

Adrian Kunz

«Weiche» Instrumente der Rechtsetzung im Bereich des Lebensmittelrechts

Der Beitrag befasst sich mit den Zielen des Lebensmittelgesetzes und legt dar, weshalb der Erlass normativer Bestimmungen unter den aktuellen politischen Rahmenbedingungen nicht der einzige Weg sein kann, um diese Ziele zu erreichen. Drei Beispiele aus der Praxis lassen erkennen, dass «weiche» Instrumente der Rechtsetzung ebenfalls einen Beitrag zur Zielerreichung zu leisten vermögen. Solche Instrumente lassen sich jedoch nicht in allen Bereichen einsetzen. Namentlich wo der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit ein grosses Gewicht zukommt, stossen sie an ihre Grenzen.

Categoria di articoli: Contributi scientifici
Categoria: Convegno scientifico della SSL

Citazione: Adrian Kunz, «Weiche» Instrumente der Rechtsetzung im Bereich des Lebensmittelrechts, in: LeGes 29 (2018) 3

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Erklärung von Mailand zur Zuckerreduktion
3. Die gute Herstellungspraxis
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Das Schweizerische Lebensmittelbuch
 - 3.3. Das deutsche Lebensmittelbuch
 - 3.4. Fazit
4. Die Branchenleitlinien (Art. 80 LGV)
5. Schlussfolgerungen

1. Einleitung

[Rz 1] Das Lebensmittelgesetz vom 20. Juni 2014 (LMG, SR 817.0) bezweckt den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor nicht sicheren Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, die Sicherstellung des hygienischen Umgangs mit diesen Produkten, den Schutz vor Täuschung sowie das Vorliegen der für den Erwerb von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen nötigen Informationen (Art. 1 LMG).

[Rz 2] Die Wahrnehmung dieser Aufgaben hat im Lebensmittelbereich einen grossen Rechtsetzungsbedarf zur Folge. Dieser hängt auch damit zusammen, dass der Warenverkehr mit unserem wichtigsten Handelspartner in diesem Bereich, der Europäischen Union (EU), nur dann reibungslos ablaufen kann, wenn das Schweizer Recht regelmässig auf dasjenige der EU abgestimmt wird. Angesichts der Technizität der Materie und des Rechtsetzungsrhythmus der EU führt dies zu einem Rechtsetzungsvolumen, das namentlich von der Politik teilweise stark kritisiert wird. Das Spannungsverhältnis zwischen den gegenläufigen Forderungen nach schlanker Regulierung bzw. Deregulierung einerseits und nach der Vermeidung von Handelshemmnissen bzw. nach einer anwendungsfreundlichen Übernahme des EU-Rechts ins Schweizer Recht andererseits ist gross. «Weiche» Instrumente der Rechtsetzung sind deshalb willkommen, um der angeprangerten Regulierungsflut entgegenzuwirken.

[Rz 3] Im Folgenden werden drei im Lebensmittelbereich angewendete «weiche» Instrumente der Rechtsetzung näher beschrieben sowie die mit ihnen gemachten Erfahrungen dargestellt.

2. Erklärung von Mailand zur Zuckerreduktion

[Rz 4] Zur Problematik: Fettleibigkeit und nichtübertragbare Krankheiten wie Krebs, Diabetes oder Herz-Kreislauf-Erkrankungen sind heute stark am Zunehmen. Deren Folgekosten für die Schweiz werden auf 52 Milliarden Franken pro Jahr geschätzt; dies entspricht rund 80 Prozent der direkten Gesundheitskosten in der Schweiz. Die Hälfte dieser Erkrankungen könnte durch einen gesunden Lebensstil vermieden oder wenigstens verzögert werden. Politik und Behörden sind sich einig, dass diesbezüglich Handlungsbedarf besteht.

[Rz 5] Auf dem politischen Weg ist der Kanton Neuenburg aktiv geworden. Er hat am 25. April 2017 eine entsprechende Standesinitiative eingereicht (17.308 Standesinitiative. Für ein Bundesgesetz über zuckerhaltige Produkte und für einen beschränkten Zugang zu Nahrungsmitteln mit hohem Energiegehalt). Die Initiative verlangt, dass die Bundesversammlung den Erlass eines Spezialgesetzes zu zuckerhaltigen Produkten prüft. Dieses soll auch eine Steuer auf bei der Herstellung zugesetztem Zucker vorsehen. Weiter fordert sie, dass die Abgabe von Nahrungsmitteln mit

hohem Energiegehalt und die einschlägige Werbung dafür in der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016 (LGV, SR 817.02) beschränkt wird.

[Rz 6] Der Kanton Neuenburg begründet seinen Vorstoss mit:

- den beträchtlichen Auswirkungen der nichtübertragbaren Erkrankungen auf die gesamten Gesundheitskosten;
- der sich seit mehreren Jahrzehnten immer weiter ausbreitenden globalen Diabetes- und Fettleibigkeitsepidemie;
- den positiven Auswirkungen der Zuckersteuer auf die Stabilisierung des Zuckerkonsums pro Kopf in Ländern mit einer solchen Steuer;
- den Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO), mit denen die Staaten aufgefordert werden, entsprechende Rechtsnormen zu erlassen;
- der positiven Präventionsbilanz der Alkohol- und Tabakproduktegesetzgebung, ohne dass die Interessen der Wirtschaftskreise verletzt wurden;
- den in der Schweiz im internationalen Vergleich geringen Mitteln für Prävention und Gesundheitsförderung.

[Rz 7] Dieser Vorstoss wirft nicht nur fachliche Fragen auf, sondern auch rechtliche. So müsste unter anderem geprüft werden, ob:

- es für eine solche Zuckersteuer nicht einer Rechtsgrundlage in der Bundesverfassung (BV, SR 101) bedürfte;
- eine solche Steuer mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vereinbar wäre, d. h. ob sie tatsächlich erforderlich und geeignet wäre, die angestrebten Ziele mit dem mildestmöglichen Mittel zu erreichen;
- das Lebensmittelrecht es tatsächlich erlauben würde, die Abgabe von Nahrungsmitteln mit hohem Energiegehalt und die einschlägige Werbung dafür zu beschränken, ist Zucker doch ein im Sinne der Lebensmittelgesetzgebung «sicheres» Lebensmittel und wird in der Kennzeichnung eines Lebensmittels ja über den Zuckergehalt informiert.

[Rz 8] Angesichts dieser und noch weiterer offener Fragen verfolgt der Bundesrat in diesem Bereich – wie in anderen Bereichen der Prävention – eine andere Strategie als diejenige des Erlasses normativen Rechts. Das Zauberwort heisst: informales Verwaltungshandeln.

[Rz 9] Schweizer Lebensmittelproduzenten und Vertreter des Detailhandels haben am 4. August 2015 gemeinsam mit Bundespräsident Alain Berset an der Expo Mailand ein «Memorandum of Understanding»¹ unterzeichnet (Erklärung von Mailand). Ziel dieser Erklärung ist es, den Zuckergehalt in Joghurt und Frühstückscerealien bis Ende 2018 schrittweise zu reduzieren. Darin heisst es:

- «Das EDI und die Unternehmen sind sich einig, dass gesundheitsfördernde Innovationen in der Lebensmittelproduktion dazu beitragen können, die Herausforderungen im Bereich der nicht übertragbaren Krankheiten in der Schweiz zu meistern.»
- «Mit Rezepturoptimierungen und Innovationen in der Lebensmittelproduktion kann ein Beitrag in Richtung gesunder Ernährungsweisen erreicht werden.»

¹ www.blv.admin.ch/dam/blv/fr/dokumente/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/erklarung-mailand.pdf.download.pdf/memorandum-of-understanding.pdf

[Rz 10] Um zu überprüfen, ob den in Mailand abgegebenen Versprechen in der Praxis auch tatsächlich Taten gefolgt sind, hat das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) eine Evaluation durchgeführt und deren Ergebnisse 2017 in einem Bericht² festgehalten. Dieser kommt zu folgendem Ergebnis: «Motiviert durch die Erklärung von Mailand haben die zehn unterzeichnenden Firmen in weniger als einem Jahr den Zuckergehalt ihrer Joghurts um rund 4,5 % und den ihrer Frühstückscerealien um gut 8 % reduziert.»

[Rz 11] Gestützt auf diese Erkenntnisse und die geführte Diskussion hat der Ständerat am 6. März 2018 beschlossen, der Standesinitiative des Kantons Neuenburg keine Folge zu geben.

3. Die gute Herstellungspraxis

3.1. Allgemeines

[Rz 12] Artikel 26 Absatz 1 LMG legt fest, dass wer Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstände herstellt, behandelt, lagert, transportiert, in Verkehr bringt, ein-, aus- oder durchführt, dafür sorgen muss, dass die gesetzlichen Anforderungen eingehalten werden. Er oder sie ist zur Selbstkontrolle verpflichtet. Um diese Selbstkontrolle sicherzustellen, muss jeder Betrieb eine verantwortliche Person bestimmen, die auf allen Herstellungs-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen dafür zu sorgen hat, dass die Anforderungen des Lebensmittelrechts, die in ihrem Tätigkeitsbereich gelten, erfüllt werden (Art. 73 und 74 LGV). Die Kontrolle, ob die lebensmittelrechtlichen Vorschriften eingehalten werden, ist somit nicht in erster Linie Sache der Vollzugsbehörden, sondern der Marktakteure.

[Rz 13] Die Pflicht zur Selbstkontrolle beinhaltet namentlich auch die Sicherstellung der guten Verfahrenspraxis (Art. 75 LGV). Diese ist unterteilt in die gute Hygienepraxis (Art. 76 LGV) und die gute Herstellungspraxis (Art. 77 LGV).

[Rz 14] Die gute Herstellungspraxis umfasst:

1. bei Lebensmitteln: Verfahren, die gewährleisten, dass aus Rohstoffen und Halbfabrikaten Produkte entstehen, die sicher sind und die Konsumentinnen und Konsumenten nicht über den wahren Wert des Produktes täuschen;
2. bei Gebrauchsgegenständen: diejenigen Aspekte, die gewährleisten, dass die Gebrauchsgegenstände in konsistenter Weise hergestellt und überprüft werden, damit sie den für sie geltenden Anforderungen entsprechen.

Sie orientiert sich an den branchenüblichen Vorgaben (Art. 77 Abs. 3 LGV).

[Rz 15] Die gute Herstellungspraxis wird im Verordnungsrecht nicht konkretisiert. Deren Umschreibung ist grundsätzlich Sache der einzelnen Branchen. Sie kann sowohl Elemente der Sicherheit eines Produktes berücksichtigen wie auch Elemente, die dessen Qualität betreffen.

[Rz 16] Will die verantwortliche Person eines Betriebes ihrer Selbstkontrollpflicht nachkommen, muss sie sich somit fragen, welches denn die branchenspezifischen Verfahren sind, die gewährleisten, dass aus Rohstoffen und Halbfabrikaten Produkte entstehen, die sicher sind und die Konsumentinnen und Konsumenten nicht über den wahren Wert des Produktes täuschen. Dieselbe

² Zugewetzter Zucker in Joghurt und Frühstückscerealien auf dem Schweizer Markt, vom 5.4.2018, S. 29. Der Bericht ist einsehbar unter www.blv.admin.ch Lebensmittel und Ernährung Ernährung Produktzusammensetzung Zuckerrückführung.

Frage muss sich aber auch die Lebensmittelkontrollbehörde stellen, wenn sie überprüfen will, ob ein Betrieb bei seiner Produktion die gute Herstellungspraxis der betreffenden Branche berücksichtigt.

3.2. Das Schweizerische Lebensmittelbuch

[Rz 17] Unter dem alten Lebensmittelrecht war die Frage, was unter der guten Herstellungspraxis konkret zu verstehen ist, noch einfacher zu beantworten. Denn damals gab es noch das Schweizerische Lebensmittelbuch.³ Dieses enthielt eine Sammlung von Empfehlungen, wie Lebensmittel, Zusatzstoffe und Gebrauchsgegenstände zu untersuchen und zu beurteilen sind. Weiter enthielt es Qualitätsanforderungen an Fleischprodukte sowie Umschreibungen von Produkten wie Fleischkäse oder Hinterschinken. Dadurch wurde die gute Herstellungspraxis zumindest teilweise konkretisiert.

[Rz 18] Im neuen Lebensmittelrecht wird das Schweizerische Lebensmittelbuch nun aber nicht mehr erwähnt. Der Grund dafür liegt darin, dass jeweils nicht klar war, welche rechtliche Bedeutung den darin enthaltenen Qualitätsanforderungen und Umschreibungen zukam. In der Praxis entwickelte es sich zu einer Parallelgesetzgebung mit unklarem rechtlichem Stellenwert. In dieser Situation entschied man sich, darauf zu verzichten und diejenigen Anforderungen und Umschreibungen, die bei der Produktion zwingend zu beachten sind, in das normative Lebensmittelrecht überzuführen. Dadurch wurde nun zwar Rechtssicherheit geschaffen, andererseits ist in verschiedenen Bereichen aber nicht mehr klar, was unter der guten Herstellungspraxis überhaupt zu verstehen ist. Es gibt heute deshalb Stimmen, die nachdrücklich die Wiedereinführung des Schweizerischen Lebensmittelbuches fordern.

3.3. Das deutsche Lebensmittelbuch

[Rz 19] Im Gegensatz zur Schweiz verfügt Deutschland nach wie vor über ein Lebensmittelbuch. Die Problematik, die in der Schweiz zu dessen Abschaffung geführt hat, führte auch in Deutschland zu zahlreichen Diskussionen. Statt das Lebensmittelbuch in Deutschland abzuschaffen, wurde es jedoch in der Gesetzgebung besser verankert, und auch der institutionelle Rahmen wurde darin klar vorgegeben. Folgende Kernelemente sind besonders erwähnenswert:

- die deutsche Lebensmittelbuch-Kommission ist gesetzlich verankert;
- die Mitglieder werden vom Bundesministerium berufen;
- die betroffenen Kreise sind paritätisch vertreten (Wissenschaft, Vollzug, Verbraucherschaft, Wirtschaft);
- das Lebensmittelbuch enthält Leitsätze, welche die Bezeichnung und die Produkteumschreibung umfassen;
- das Verfahren der Erstellung der Leitsätze ist im normativen Recht klar geregelt;
- die Leitsätze bedürfen der Zustimmung von mindestens drei Vierteln der Mitglieder;
- sie werden im Bundesanzeiger veröffentlicht.

[Rz 20] Bezüglich der rechtlichen Relevanz gilt:

³ S. Art. 22 Abs. 2 des Lebensmittelgesetzes vom 9. Oktober 1992, AS 1995 1469.

- die Leitsätze beschreiben, was die betroffenen Kreise von einem Lebensmittel bezüglich Beschaffenheit erwarten dürfen;
- sie sind nicht rechtsverbindlich;
- sie dienen als Auslegungshilfe für die Gerichte zur Ermittlung der Verkehrsauffassung und sind damit auch von Bedeutung für die Konkretisierung des Täuschungsverbots.

3.4. Fazit

[Rz 21] Das neue Schweizer Lebensmittelrecht masst sich nicht an, die guten Herstellungspraxen sämtlicher Branchen normativ zu regeln. Denn nur diese verfügen über das diesbezügliche Wissen. Zudem lässt der Sturm der Entrüstung, mit welchem sich die Verwaltung seinerzeit bei der Präsentation des neuen Lebensmittelrechts konfrontiert sah (die Vernehmlassungsvorlage umfasste rund 2000 Seiten normatives Recht), darauf schliessen, dass nicht akzeptiert worden wäre, wenn solche Regelungen das normative Recht noch mehr ausgeweitet hätten. Der Preis dafür ist jedoch, dass die Rechtssicherheit in diesem Bereich abgenommen hat.

[Rz 22] Auch im geltenden Recht hat man jedoch nicht gänzlich auf das Regeln der guten Herstellungspraxis verzichtet. Prominentes Beispiel dafür ist die im Landwirtschaftsrecht verankerte Bio-Verordnung vom 22. September 1997 (SR 910.18). Diese regelt detailliert, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um ein Lebensmittel als biologisch produziert kennzeichnen zu dürfen. Wird es so gekennzeichnet, ohne dass die entsprechenden Vorgaben eingehalten werden, liegt ein Verstoß gegen das lebensmittelrechtliche Täuschungsverbot vor. Die Konsumentinnen und Konsumenten sollen davon ausgehen können, dass als «Bio» bezeichnete Lebensmitteln «lege artis», d. h. entsprechend der guten Herstellungspraxis im Bio-Bereich produziert worden sind.

[Rz 23] Ein anderes Beispiel sind die Branchenleitlinien nach Artikel 80 LGV. In diesem Bereich werden normatives Recht und «weiche» Instrumente der Rechtsetzung miteinander kombiniert. Ergebnis ist ein in der Praxis zwar durchaus taugliches, rechtlich aber nur schwer fassbares Konstrukt. Nähere Ausführungen dazu finden sich unter Ziffer 4 nachstehend.

[Rz 24] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das neue Lebensmittelrecht die Philosophie, wonach es Sache der Branchen sein soll, ihre gute Herstellungspraxis zu umschreiben, konsequenter umsetzt als das alte. Ausdruck davon ist auch die Aufgabe des Positivprinzips und des Grenz-/Toleranzwertkonzepts.⁴ Dass sich der Gesetzgeber gleichwohl noch eine Tür offenhalten wollte, um im Bedarfsfall die gute Herstellungspraxis zu regeln, zeigt die Delegationsbestimmung in Artikel 18 Absatz 4 Buchstabe d LMG. Sollte die neue Philosophie scheitern, wird dank dieser Bestimmung im Verordnungsrecht umgehend Remedur geschaffen werden können.

4. Die Branchenleitlinien (Art. 80 LGV)

[Rz 25] Wie unter Ziffer 3.1 oben dargelegt, statuiert Artikel 26 Absatz 1 LMG die Pflicht zur Selbstkontrolle. Deren Umsetzung kann – je nach Betriebstätigkeit – relativ komplex sein. Kleinere Betriebe sind durch diese Pflicht deshalb oft überfordert. Mit den Branchenleitlinien wird

⁴ S. Ziff. 1.2.1 der Botschaft des Bundesrates vom 25. Mai 2011 zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Nahrungsgegenstände, BBl 2011 5571.

ihnen die Möglichkeit geboten, das standardisierte Konzept der Branche beizuziehen, statt selber ein Selbstkontrollkonzept zu schaffen. Solche von der Branche ausgearbeiteten Branchenleitlinien enthalten oft auch spezifische Lösungen für Kleinbetriebe. Das Ziel der Branchenleitlinien ist es, die Selbstkontrolle zu erleichtern.

[Rz 26] Nach Artikel 84 LGV müssen Branchenleitlinien:

- von der Lebensmittelwirtschaft ausgearbeitet werden;
- vom BLV genehmigt werden;
- mit den betroffenen Kreisen abgesprochen sein.

[Rz 27] Über die rechtliche Bedeutung der Branchenleitlinien liesse sich wohl streiten. In den Erläuterungen zu Artikel 80 LGV⁵ wird festgehalten, dass Branchenleitlinien durch die Genehmigung durch das BLV einen Stellenwert erhalten, der mit demjenigen einer Amtsverordnung vergleichbar ist. Dies bedeutet: Wer sich daran hält, wird nicht beanstandet, wer dagegen verstösst, erhält eine Beanstandung. Dies hat dann auch noch weitere Konsequenzen. Wer beanstandet wird, muss die Kosten der Kontrolle übernehmen (Art 58 Abs. 1 LMG) und hat gegebenenfalls auch noch eine Strafanzeige zu gewärtigen.

[Rz 28] Bezüglich des Hinweises auf den rechtlichen Stellenwert einer Amtsverordnung sorgen namentlich folgende Punkte für Kopfzerbrechen:

- Branchenleitlinien werden nicht im ordentlichen Rechtsetzungsverfahren erlassen (d. h. keine Ämterkonsultation etc.).
- Sie werden nicht nach dem Publikationsgesetz veröffentlicht (d. h. sie sind nicht in allen Amtssprachen verfügbar, sie können nicht unentgeltlich eingesehen werden etc.).
- Ändert das normative Recht, ist es Sache der Branche, die Leitlinie anzupassen. Tut sie dies nicht umgehend, weichen normatives Recht und Branchenleitlinie voneinander ab. Namentlich für den Vollzug stellt sich dann die Frage nach der Anwendbarkeit der Leitlinie.

[Rz 29] Im Sinne eines Fazits lässt sich festhalten, dass Branchenleitlinien in der Praxis durchaus hilfreich sind. Positive Erfahrungen damit haben namentlich die Gastronomie, die Fleischfachbetriebe und das Bäckereigewerbe gemacht. In andern Bereichen hat sich gezeigt, dass es nicht einfach ist, solche Leitlinien zu erstellen. Dies ist beispielsweise beim Detailhandel oder im Bio-Bereich der Fall. Auf der Homepage des BLV findet sich eine Übersicht der genehmigten Branchenleitlinien.⁶

[Rz 30] Den Rahmenbedingungen und den Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einstufung der Branchenleitlinien lässt sich entnehmen, dass ihre Anwendung sowohl seitens des Vollzugs wie auch seitens der Betriebe eine gewisse Pragmatik erfordert. Solange alle Beteiligten dies so handhaben, überwiegt der praktische Nutzen allfällige rechtliche Unsicherheiten. Rücken gestützt auf Branchenleitlinien erlassene Verfügungen dereinst aber einmal in den Fokus der Rechtsmittelinstanzen, so ist wohl fraglich, ob den Branchenleitlinien in ihrer heutigen Ausgestaltung noch ein langes Leben beschieden sein wird. Da alle beteiligten Kreise aber ein Interesse daran haben, über

⁵ www.blv.admin.ch Lebensmittel und Ernährung Rechts- und Vollzugsgrundlagen/Lebensmittelrecht-2017 Im Detail/Gesetzgebung Bundesrätliche Verordnungen Erläuterungen zur Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 15.12.2016.

⁶ www.blv.admin.ch Lebensmittel und Ernährung Rechts- und Vollzugsgrundlagen Hilfsmittel und Vollzugsgrundlagen Leitlinien für gute Verfahrenspraxis.

ein Instrument zu verfügen, das einerseits die Umsetzung der Selbstkontrollpflicht vereinfacht und andererseits gewährleistet, dass die Selbstkontrolle entsprechend den vom BLV genehmigten Vorgaben abläuft, ist deren Ende zumindest aus heutiger Sicht noch nicht absehbar.

5. Schlussfolgerungen

[Rz 31] Wie eingangs erwähnt, nimmt der Regelungsbedarf im Bereich der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände rasant zu. Sollen Handelshemmnisse zwischen der Schweiz und der EU vermieden werden, hat die Schweiz gar keine andere Wahl, als hier mitzuziehen. Will man der Regulierungsflut einen Riegel schieben, bleibt nichts anderes übrig, als zumindest in den Bereichen, in denen es nicht zwingend normatives Recht braucht, nach alternativen Lösungen zu suchen. Ziel ist und bleibt das Erreichen der Vorgaben nach Artikel 1 LMG. «Weiche» Instrumente der Rechtsetzung sind in gewissen Bereichen bestens geeignet, bei der Realisierung dieser Ziele einen Beitrag zu leisten. Wo der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit ein grosses Gewicht zukommt, stossen sie jedoch an ihre Grenzen.

ADRIAN KUNZ, Fürsprecher, Stv. Leiter Rechtsdienst, Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen, 3003 Bern, adrian.kunz@blv.admin.ch.