

Fachliche Zusammenfassung vom 15. Mai 2018

Departement Life Sciences und Facility Management der ZHAW

### 13. Wädenswiler Lebensmittelrecht-Tagung vom 3. Mai 2018

#### «Soft Law» – Praktische Relevanz und rechtliche Bedeutung von Leitfäden und Co.

**Die diesjährige Wädenswiler Lebensmittelrechttagung der ZHAW befasste sich mit dem Thema «Soft Law» in der Lebensmittelpraxis. Unter diesem Begriff werden rechtlich nicht bindende offizielle Verlautbarungen wie Leitfäden, Empfehlungen, Mitteilungen oder andere Vorgaben von Behördenseite verstanden.**

Die ZHAW-Tagung näherte sich diesem komplexen, vielschichtigen Thema, indem verschiedene Erscheinungsformen von «Soft Law» im Lebensmittelbereich von nationalen und internationalen Referentinnen und Referenten aus unterschiedlichen Perspektiven behandelt wurden. Dabei wurden Fragen beleuchtet wie: Welche Erscheinungsformen und welche Ziele hat «Soft Law»? Welche Bindungswirkung kommt «Soft Law» in der Praxis zu – handelt es sich nur um guten Rat oder um Quasi-Gesetzgebung? Kann «Soft Law» einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten oder bewirkt es eher das Gegenteil, beispielsweise wegen der Unübersichtlichkeit oder weil es über die in der eigentlichen Rechtsvorschrift gesteckten Grenzen hinausgeht? Auch stellt sich die Frage, auf welcher Basis die Erstellung von «Soft Law» legitimiert ist und wie grundsätzlich die Einordnung in das Rechtsgefüge aussieht.

#### **DGHM-Werte und Leitsätze des Deutschen Lebensmittelbuches mit unterschiedlich starker Rechtswirkung**

Martin Holle von der Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Hamburg, ist Mitglied der Deutschen Lebensmittelbuchkommission<sup>1</sup> und konnte daher aus erster Hand über die Arbeit und die Ziele dieser Kommission berichten. Einen zweiten Schwerpunkt seines Referates bildeten die mikrobiologischen Richt- und Warnwerte der DGHM (Deutsche Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie)<sup>2</sup>. Bei beiden Publikationen handelt es sich um «Soft Law», das auch in der Schweiz oft herangezogen wird. Das Fazit von Martin Holle: Die faktischen Wirkungen können trotz fehlender rechtlicher Verbindlichkeit erheblich sein. Insbesondere im aussergerichtlichen Bereich ist eine faktisch „gesetzesgleiche“ Anwendung zu konstatieren. In der Rechtsprechung kommt den Leitsätzen des Deutschen Lebensmittelbuches eine – im Vergleich zu den DGHM-Werten – hohe Bedeutung zu, wobei die Leitsätze nur ein Auslegungshilfsmittel unter mehreren sind. Martin Holle stellte die Leitsätze zudem in den Kontext des EU-Lebensmittelrechts<sup>3</sup> und hielt fest, dass eine stärkere rechtliche Verbindlichkeit weder gewollt noch zweckmässig sei, da diese unweigerlich Fragen der Konformität mit dem EU-Recht aufwerfen würde.

#### **Mitteilungen, Leitsätze der EU – «Soft Law» mit Lenkungswirkung**

Eine vertiefte rechtliche Analyse zum «Soft Law» der EU legte Rechtsanwalt Albrecht von Graevenitz (Anwaltssozietät Clifford Chance, Frankfurt am Main) dar. Albrecht von Graevenitz ist Autor eines Aufsatzes zum «Soft Law» der EU<sup>4</sup>, woraus er wichtige Erkenntnisse vorstellte, angereichert mit Beispielen aus dem Lebensmittelbereich. Aufschlussreich waren die vorgestellten Vorteile von «Soft Law» im Allgemeinen; dazu gehört etwa die Tatsache, dass «Soft Law»-Vorgaben eine wichtige Auslegungshilfe bezogen auf das EU-«Hard Law» darstellen oder dessen Transparenz, Vorhersehbarkeit

1 Vgl. <https://www.deutsche-lebensmittelbuch-kommission.de/> [14.05.2018].

2 Vgl. <https://www.dghm-richt-warnwerte.de/de> [14.05.2018].

3 Rechtlicher Rahmen betreffend EU-Recht: Im Primärrecht verbietet Art. 34 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) mengenmässige Beschränkungen; diese umfassen auch Massnahmen gleicher Wirkung. Die Leitsätze des Deutschen Lebensmittelbuches sind ein Auslegungshilfsmittel zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im EU-Recht („verkehrsüblich“); sie stellen gemäss Prof. Holle mangels genereller rechtlicher Verbindlichkeit jedoch keine Massnahmen gleicher Wirkung dar. Soweit sie die deutsche Verkehrsauffassung zutreffend beschreiben, muss gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 („Lebensmittelinformationsverordnung“) auch bei ausländischen Erzeugnissen eine von den Leitsätzen abweichende Beschaffenheit kenntlich gemacht werden.

4 Vgl. von Graevenitz, EuZW 2013, S. 169 – 173.

und Effizienz unterstützen können. Zudem kann «Soft Law» zu einer einheitlichen Anwendung des EU-Rechts sowie zur Selbstdisziplinierung des erlassenden Organs beitragen. Als problematisch wird u.a. angesehen, dass der Erlass von «Soft Law» teilweise intransparent ist und die demokratie-theoretische Absicherung fehlt, da es nicht wie «Hard Law» im ordentlichen Rechtsetzungsverfahren erlassen wurde. Die Unübersichtlichkeit von «Soft Law», die mehrfach an der Tagung von verschiedenen Exponenten angesprochen wurde, wurde auch von Albrecht von Graevenitz hervorgehoben. Es ist wohl für den normalen, mittelständigen Rechtsanwender selbst bei grossem Bemühen kaum feststellbar, was genau er erfüllen muss («Hard Law») respektive was er zusätzlich beachten sollte («Soft Law»).

Für die Praxis gab der Rechtsexperte folgende Empfehlungen ab: Wenn man sich an Vorgaben mit «Soft Law»-Charakter halten möchte, sollte geprüft werden, ob der Wortlaut des Dokumentes Vorgaben zur Anwendbarkeit im konkreten Fall enthält. Zudem ist zu prüfen, ob höherrangiges Recht oder andere Umstände die Vorgaben respektive Empfehlungen im «Soft Law»-Dokument als falsch oder unrechtmässig erscheinen lassen, beispielsweise durch eine unzulässige inhaltliche Ausweitung gegenüber der zutreffenden «Hard Law»-Vorschrift. Im anderen Fall, d.h. wenn man sich nicht an die Vorgaben aus einem «Soft Law»-Dokument halten möchte, sollte geprüft werden, ob das Dokument selbst die Abweichung erlaubt und in welchem Kontext das Dokument steht, beispielsweise ob eine «Hard Law»-Regelung es zwingend oder empfehlenswert macht, die «Soft Law»-Vorgaben einzuhalten. Auch sollten die Chancen, im Falle einer Auseinandersetzung die entsprechenden Behörden oder ein Gericht von der Unanwendbarkeit resp. Unzulässigkeit einer «Soft Law»-Vorgabe zu überzeugen, abgewogen werden.

### **Beispiele der kantonalen Lebensmittelüberwachung zur Vollzugspraxis von «Soft Law»**

Die Sicht des kantonalen Vollzugs zum Thema «Soft Law» wurde von Otmar Deflorin (Präsident des Verbands der Kantonschemiker der Schweiz, VKCS und Kantonschemiker Bern) anhand verschiedener Beispiele aus der Vollzugspraxis dargelegt. Otmar Deflorin führte aus, dass «Soft Law» bei konkreten Vollzugsfragen ein wertvolles Instrument sein kann, um zu praktikablen Lösungen zu kommen. Wichtig ist, dass bei der Erarbeitung von «Soft Law»-Regelungen – damit sie tragfähig und akzeptiert sind – die beteiligten Kreise involviert werden. Ein Beispiel ist das Informationsschreiben 2018/2 des Bundesamts für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) betreffend Empfehlung des Fremdfleischanteils in Fleischwaren und fleischhaltigen Produkten<sup>5</sup>. Dieses «Soft Law»-Dokument geht auf einen Beschluss des VKCS im Jahr 2007 zurück, und die entsprechenden Empfehlungen wurden durch die Europäische Kommission anlässlich der Untersuchungen zum Pferdefleischskandal bestätigt. Die Empfehlungen besagen, dass für das Vorhandensein nicht deklarer Tierarten in Fleischwaren (Fleischzubereitungen, Fleischerzeugnisse) und fleischhaltigen Produkten eine Toleranz von 1% bezogen auf den Fleischanteil gilt; für Fleischwaren mit spezieller Auslobung wie z.B. "schweinefleischfrei" wird ein Fremdfleischanteil von 0.1 % akzeptiert. Dieser Beschluss ist insbesondere auch wegen der Tatsache, dass bei entsprechend sensibler Analytik nahezu jeder Stoff überall nachgewiesen werden kann, von praktischer Relevanz. Interessant sind auch Regelungen, die zuerst «Soft Law» sind und später in «Hard Law», d.h. eigentliche Rechtsvorschriften gegossen werden. Hierzu nannte Otmar Deflorin das Beispiel der Lesbarkeit der obligatorischen Angaben bei vorverpackten Lebensmitteln. Bevor die Schriftgrösse rechtlich verbindlich im «Hard Law» festgelegt wurde<sup>6</sup>, existierte eine «Soft Law»-Regelung in Form einer Interpretationshilfe des VKCS (Interpretationshilfe Nr. 21 zur Lesbarkeit der Kennzeichnung vorverpackter Lebensmittel), die eine Schriftgrösse von Arial oder Helvetica 7 Punkt empfahl. Dies entspricht einer Schriftgrösse von ca. 2 mm. Diese bereits „softe“ Regelung wurde allerdings durch eine Allgemeinverfügung im Zusammenhang mit dem sogenannten Cassis-de-Dijon-Prinzip weiter aufgeweicht<sup>7</sup>, was in eine Vollzugspraxis mündete, wonach die Schrift min. 1 mm in gutem Kontrast sein soll. Mittlerweile besteht, wie erwähnt, eine «Hard Law»-Regelung zur Schriftgrösse (mind. 1.2 mm, gemessen an der x-Höhe). Weitere aufschlussreiche

5 Abrufbar unter <https://www.blv.admin.ch/blv/de/home/lebensmittel-und-ernaehrung/rechts-und-vollzugsgrundlagen/hilfsmittel-und-vollzugsgrundlagen/informationsschreiben.html> [14.05.2018].

6 Vgl. Art. 4 und Anhang 3 der Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 betreffend die Information über Lebensmittel (LIV), SR 817.022.16, Stand am 7. Juni 2017. Diese Regelung wurde vom entsprechenden EU-Recht übernommen (vgl. Art. 13 und Anhang IV der Verordnung (EG) Nr. 1169/2011).

7 Vgl. Allgemeinverfügung Nr. 1046, 2010 BBl 8098, abrufbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/8098.pdf> [14.05.2018].

Praxisbeispiele aus der Vollzugspraxis, wo «Soft Law» unterstützend wirkt, rundeten das interessante Referat von Otmar Deflorin ab.

### Das ALARA-Prinzip als Quelle des «soften» Kontaminantenrechts

Wie «Soft Law»-Regelungen bei Kontaminanten hilfreiche Risikomanagementmassnahmen darstellen können, legte Annette Rexroth, Regierungsdirektorin/Referentin für Kontaminanten in Lebensmitteln beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) in Bonn, anschaulich dar. Das ALARA-Prinzip (as low as reasonably achievable)<sup>8</sup> ist hierbei eine Quelle für «Soft Law»-Regelungen in Form von Empfehlungen, Richtwerten etc., insbesondere für genotoxische und kanzerogene Substanzen, da für solche Substanzen keine unbedenkliche Aufnahmedosis festgelegt werden kann, die Anwesenheit solcher Substanzen in Lebensmitteln sich jedoch nicht vollständig verhindern lässt. «Soft Law»-Regelungen haben in diesem Kontext viele Vorteile, beispielsweise stellen sie vorläufige Schutzmassnahmen zu Gunsten der Konsumentinnen und Konsumenten im Sinne des Vorsorgeprinzips dar und schaffen gleichzeitig einen Zeitgewinn für die mit dem Risikomanagement betrauten Behörden, um zu weiteren wissenschaftlichen Erkenntnissen zu gelangen, neue Methoden und Verfahren zu entwickeln oder weitere Kreise (etwa Mitgliedstaaten, Wirtschaftsbeteiligte) zu sensibilisieren. Damit kann eine solide Grundlage geschaffen werden für eventuelle spätere verbindliche Regelungen. Ein Beispiel, das Frau Annette Rexroth heranzog, betrifft den thermisch induzierten Prozesskontaminanten Acrylamid. Das Vorkommen dieser chemischen Substanz in Lebensmitteln wurde seit 2002 von Wissenschaftlern wiederholt beschrieben. Sie entsteht in einem komplexen Bildungsmechanismus beim Erhitzungsprozess von stärkehaltigen Lebensmitteln. Sie gilt als genotoxisch und erhöht im Tierversuch die Krebsrate bei Ratten<sup>9</sup>. In Deutschland wurde seit 2002 ein freiwilliges Minimierungskonzept mit Signalwerten verfolgt. Auf EU-Ebene wurden Empfehlungen zur Überwachung und Untersuchung des Acrylamidgehaltes erlassen<sup>10</sup>. Zudem wurde von der Lebensmittelbranche (Food Drink Europe) eine Toolbox für die Unternehmen zur Minimierung der Acrylamidgehalte entwickelt. Diese Bemühungen und grundlegenden Arbeiten mündeten in «Hard Law», d.h. in die EU-Verordnung 2017/2158 zur Festlegung von Minimierungsmassnahmen und Richtwerten für die Senkung des Acrylamidgehaltes in Lebensmitteln. Die Verordnung ist seit 11. April 2018 in Kraft. Allerdings führte Annette Rexroth die Nachteile aus, wenn eigentliches «Soft Law» (Minimierungsmassnahmen, Richtwerte) in Form von «Hard Law» (Verordnung (EU) 2017/2158) umgesetzt wird; beispielsweise bestehen in Bezug auf die amtliche Überwachung zahlreiche Fragen, so sind die Tatbestände nicht eindeutig definiert, was die Strafverfolgung problematisch gestaltet, oder viele zentrale Begriffe sind nicht umschrieben. Das Fazit von Annette Rexroth lautet daher, dass «Soft Law» im Kontaminantenrecht ein sehr hilfreiches Instrument im Sinne des Vorsorgeprinzips ist, die Kombination von «Soft Law» und «Hard Law» in ein und demselben Rechtstext sich aber als problematisch erweisen kann.

### Der rechtliche Status von Normen

Grundlegende Erläuterungen zum Verhältnis von Normung und Recht legte Urs Fischer, CEO der Schweizerischen Normen-Vereinigung SNV, dar. Normen haben grundsätzlich «Soft Law»-Charakter, können jedoch eine starke rechtliche Wirkung haben, wenn in Rechtsvorschriften auf sie verwiesen wird. Ein Beispiel ist der Verweis auf die analytischen Referenzmethoden in Anhang 1 der Verordnung des EDI (Eidgenössisches Departement des Innern) über die Hygiene beim Umgang mit Lebensmitteln (Hygieneverordnung EDI, HyV, SR 817.024.1). Die entsprechenden Normen bleiben aber freiwillig anwendbar, da auch andere Analysemethoden zulässig sind, wenn sie anhand der Referenzmethode nach

8 Das ALARA-Prinzip ist ein Minimierungsgebot. Es besagt, dass durch eine gute Praxis auf allen Stufen entlang der Wertschöpfungskette der Gehalt an Kontaminanten auf so niedrige Werte begrenzt werden sollte, wie dies vernünftigerweise möglich ist. In der EU ist es in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 315/1993 („Kontaminantenverordnung“) verankert; auf internationaler Ebene im Codex-Alimentarius-Standard „General Standard for Contaminants and Toxins in Food and Feed (CODEX STAN 193-1995, Rev. 2017, vgl. Ziffer 1.3.1.).

9 European Food Safety Authority EFSA (2015). Scientific Opinion on acrylamide in food. EFSA Journal 13(6):4104, abrufbar unter <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.2903/j.efsa.2015.4104> [14.05.2018].

10 Zuletzt: 2013/647/EU: Empfehlung der Kommission vom 8. November 2013 zur Untersuchung des Acrylamidgehalts von Lebensmitteln, ABl. L 301 vom 12.11.2013, S. 15–17.

international anerkannten Protokollen validiert sind und zu gleichen Beurteilungen führen wie die Referenzmethoden (vgl. Art. 5 Abs. 2 HyV).

Normen konkretisieren überdies abstrakte Rechtsbegriffe wie „Stand der Technik“. In diesem Zusammenhang ist die in der EU verankerte Rechtsetzungstechnik des „New Approach“ (resp. „New Legislative Framework“<sup>11</sup>) zu erwähnen, die darin besteht, dass sich die Rechtsvorschriften auf grundlegende Anforderungen beschränken, insbesondere bezüglich Sicherheit oder anderen Aspekten des öffentlichen Interesses, und die Ausarbeitung der technischen Details den Normierungsorganisationen übergeben wird. Die Einhaltung der entsprechenden Normen bleibt freiwillig, um Innovation und Flexibilität der Unternehmen zu fördern; eine Anwendung der Normen begründet jedoch die Vermutung der Konformität mit der Rechtsvorschrift. Normen im Zusammenhang mit der EU-Gesetzgebung werden „harmonisierte Normen“ genannt; sie erlangen ihre Gültigkeit mit der Publikation im Amtsblatt der EU<sup>12</sup>.

Weiter haben Normen eine rechtliche Auswirkung, wenn sie Teil von Verträgen sind. Die vereinbarten Normen werden damit zum verbindlichen Vertragsinhalt; bei Meinungsverschiedenheiten kann ein Richter die von den Vertragsparteien vereinbarten Normen in seine Beurteilung einbeziehen. Selbst in Fällen, wo Normen vertraglich nicht vereinbart sind, haben sie eine gewisse rechtliche Bedeutung, denn ein Richter stellt bei der Beurteilung von Meinungsverschiedenheiten bezüglich der geforderten Leistung eines Produktes häufig auf Normen ab, da Normen in der Regel den Stand der Technik abbilden.

Schliesslich sind Normen im Zusammenhang mit der Produkthaftung von Belang; dies wiederum deshalb, weil sie den Stand der Technik abbilden und Hersteller die Sicherheit der Produkte zu gewährleisten haben<sup>13</sup>. Die Anwendung von Normen bildet hierbei einen wesentlichen Bestandteil der Sicherheitsvermutung.

### **Der rechtliche Status von Codex-Alimentarius-Standards**

Den Abschluss bildete das Referat von Awilo Ochieng Pernet vom Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) über den rechtlichen Status der Codex-Alimentarius-Standards. Frau Ochieng Pernet präsidierte die Codex-Alimentarius-Kommission von 2014 bis 2017. Sie erläuterte zuerst die Geschichte des Codex Alimentarius sowie die Ziele und die Wichtigkeit der Codex-Normen zur Gewährleistung des fairen Handels mit Lebensmitteln auf internationaler Ebene sowie des Gesundheitsschutzes.

Grundsätzlich sind Codex-Alimentarius-Normen freiwillig anwendbar und haben dadurch «Soft Law»-Charakter<sup>14</sup>; sie stellen jedoch oftmals ein Modell für die nationalen Rechtsordnungen dar, wie Ochieng Pernet anhand einiger Beispiele aus dem schweizerischen Lebensmittelrecht darlegte (beispielsweise betreffend der Kennzeichnung von Allergenen oder der Qualitätsanforderungen für Schokolade). Erhöhte rechtliche Bedeutung haben die Codex-Normen im Rahmen des sogenannten SPS-Abkommens von 1994 erhalten (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures), das zum WTO-Abkommen gehört. Das SPS-Abkommen umfasst gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Massnahmen und greift auf die Festlegungen des Codex zurück.

Einen würdigen Abschluss fand die Tagung durch das leidenschaftliche Plädoyer von Awilo Ochieng Pernet zur globalen Gewährleistung von sicheren Lebensmitteln. Im Hinblick auf eine globale Bewusstseinsbildung zu diesem zentralen Anliegen hat Ochieng Pernet 2015 in ihrer Funktion als Präsidentin der Codex-Alimentarius-Kommission vorgeschlagen, einen weltweiten «Food Safety Day» jeweils am 7. Juni einzurichten. Der Vorschlag wurde mit überwältigender Mehrheit von den Codex-Mitgliedern angenommen und es wurde eine Resolution verabschiedet, in der die UNO-Generalversammlung aufgefordert wird, den 7. Juni zum «Food Safety Day» zu erklären.

Weitere Informationen: [www.zhaw.ch/lebensmittelrecht-tagung/](http://www.zhaw.ch/lebensmittelrecht-tagung/)

Medienmitteilung und Fotos: [www.zhaw.ch/lsvm/medien](http://www.zhaw.ch/lsvm/medien)

11 Vgl. <http://www.newapproach.org> [14.05.2018].

12 Vgl. [https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards\\_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/harmonised-standards_en) [14.05.2018].

13 Vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes über die Produktesicherheit (PrSG, SR 930.11); Art. 7 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG, SR 8170.0).



→ Bildlegenden siehe Seite 5

*Bildlegenden – Fotos: © Tevy/Wädenswil*

- 1\_Grosses Interesse am Thema «Soft Law» an der ZHAW-Lebensmittelrechttagung in Wädenswil
- 2\_Die Referentin Awilo Ochieng Pernet, Präsidentin 2014 bis 2017 der Codex Alimentarius Kommission, Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen BLV
- 3\_Dr. Annette Rexroth, Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Bonn
- 4\_Dr. Otmar Deflorin, Präsident des Verbands der Kantonschemiker der Schweiz
- 5\_Prof. Dr. Martin Holle, Professor für Lebensmittelrecht und Mitglied der Deutschen Lebensmittelbuch-Kommission, Hamburg
- 6\_ZHAW-Tagungsleiterin Dr. Evelyn Kirchsteiger-Meier, Dozentin und Leiterin Fachgruppe Qualitätsmanagement und Lebensmittelrecht am Institut für Lebensmittel- und Getränkeinnovation

**Fachkontakt Medien:**

Dr. Evelyn Kirchsteiger-Meier, Dozentin und Leiterin Fachgruppe Qualitätsmanagement und Lebensmittelrecht, Institut für Lebensmittel- und Getränkeinnovation, ZHAW/Wädenswil. 058 934 57 04, [evelyn.kirchsteiger-meier@zhaw.ch](mailto:evelyn.kirchsteiger-meier@zhaw.ch)

**Medienstelle:**

Cornelia Sidler, Media Relations Departement Life Sciences und Facility Management, ZHAW/Wädenswil. 058 934 53 66, [cornelia.sidler@zhaw.ch](mailto:cornelia.sidler@zhaw.ch)