

ZfMR

Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht

17. August 2016

43. Jahrgang

Seiten 447–568

Inhalt

Editorial

Hensel, Andreas

Zwischen Wissen und Metaphysik – Wo steht das Vorsorgeprinzip im Streit um die Risikobewertung des Pflanzenschutzmittelwirkstoffs Glyphosat?..... 447

Abhandlungen

Meisterernst, Andreas/Eberlein, Lisa

Kontrollbarometer NRW – Voll gegen die Wand?.. 451

Rettenmaier, Felix/Krüger, Carsten

Die (straflose) Verwendung von Probiotika in Säuglingsanfangsnahrung 469

Rechtsprechung

Gericht der Europäischen Union, Urteil vom 16.3.2016 – T-100/15 – „Dextro Energy“ – Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) Ziff. i), Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 3, Art. 17 Abs. 5, Art. 18 Abs. 3 i. V.m. Art. 16 Abs. 3, Art. 18 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006; Verordnung (EU) 2015/8 – Zulassung gesundheitsbezogener Angabe abhängig von allgemein anerkannten Ernährungs und Gesundheitsgrundsätzen – Kommission hat ein weites Ermessen bei der Frage der Zulassung gesundheitsbezogener Angaben – Rechtswidrigkeit einer Maßnahme nur bei ungeeignet der Maßnahme 477

Seehafer, Astrid

Totalverbote für Zucker-Claims durch die Hintertür? 512

Bundesgerichtshof, Urteil vom 2.12.2015 – I ZR 45/13 – „Himbeer-Vanille-Abenteuer II“ – Art. 2 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 Richt-

linie 2000/13/EG; § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB aF; Art. 7 Abs. 1 Buchst. a und d, Abs. 4 Buchst. b, Art. 17 Abs. 5 in Verbindung mit Anhang VI Teil A Nr. 4 Verordnung (EU) Nr. 1169/2011; § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB nF; Art. 3 Abs. 4, Art. 7 Richtlinie 2005/29/EG – Zutatenliste kann im Einzelfall nicht Irreführung ausräumen – normalerweise verwendete Zutaten sind auch abgebildete Zutaten – Keine weitergehenden Informationspflichten aus Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG 520

Conte-Salinas, Nicola/Wallau, Rochus

Denn jedem Ende wohnt ein Anfang inne 527

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 6.8.2015 – I-2 U 11/15 – „Verschönerung des Hautbildes“ – Art. 2 Abs. 2 Nr. 5; Art. 3, Art. 5 und Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006; Art. 7 und Art. 8 Verordnung (EU) Nr. 1169/2011; § 11 Abs. 1 LFGB – Angaben zur Verschönerung des Hautbildes sind nicht gesundheitsbezogen – Erfordernis allgemein anerkannter wissenschaftlicher Nachweise bei dem lebensmittelrechtliche Irreführungsverbot – Verantwortlichkeit für Produktinformationen auch beim „Mittäter“ 535

Holle, Martin

Weniger ist manchmal mehr – Zur wissenschaftlichen Absicherung von Aussagen zum äußeren Erscheinungsbild 552

Stellungnahmen und Berichte

Weyland, Gerd

Die Sicherheitsbewertung von Lebensmitteln im Zusammenhang mit den Mikrobiologischen Richt- und Warnwerten der DGHM 558

Riemer, Boris

Tut gut – Anmerkungen zu *Hagenmeyer/Seehafer*, VNGA-Kommentar 565

Die Autoren 567

IMPRESSUM
ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMTE LEBENSMITTELRECHT (ZLR)

Vereinigt mit EFLR European Food Law Review

43. Jahrgang

dfv Mediengruppe

Verlag: *Deutscher Fachverlag GmbH*

Gründer: *Wilhelm Lorch †*
Geschäftsführung: *Angela Wisken (Sprecherin), Peter Esser, Markus Gotta, Peter Kley, Holger Knapp, Sönke Reimers*
Aufsichtsrat: *Klaus Kottmeier, Andreas Lorch, Catrin Lorch, Peter Ruß*

Adresse: Mainzer Landstraße 251, 60326 Frankfurt am Main, www.dfv.de

Gesamtverlagsleitung Fachmedien Recht und Wirtschaft: *RA Torsten Kutschke*
Telefon 0 69/75 95-11 51, Telefax: 0 69/75 95-11 50
E-Mail Adresse: torsten.kutschke@dfv.de

ZLR-Redaktion
Chefredaktion und presserechtlich verantwortlich:
Rechtsanwalt *Dr. Carl von Jagow*

Redaktion
Rechtsanwalt *Dr. Tobias Teufer*, LL. M.
Rechtsanwalt *Dr. David Zechmeister*

Anschrift der Redaktion: KROHN Rechtsanwälte,
Alsterufer 3, 20354 Hamburg

Tel. 0 40/3 56 10-0, Telefax: 0 40/3 56 10-180

E-Mail Adresse: zlr@krohnlegal.de

Internet: www.krohnlegal.de

ZLR wird herausgegeben in Zusammenarbeit mit

Dietrich Gorny,
Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Prof. Dr. Matthias Horst,
Rechtsanwalt, Berlin

Prof. Dr. Friedhelm Hufen,
Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz

Prof. Dr. Hans-Jörg Koch,
Amtsgerichtsdirektor a. D., Würzburg

Susanne Langguth,
Direktorin, Südzucker AG Mannheim/Ochsenfurt

Prof. Dr. Stefan Leible,
Universität Bayreuth

Thomas Mettke,
Rechtsanwalt, München

Kurt-Dietrich Rathke,
Rechtsanwalt, Dießen/Ammersee

Prof. Dr. Olaf Sosnitzka,
Julius-Maximilian-Universität Würzburg

Prof. Dr. Rudolf Streinz,
Ludwig-Maximilians-Universität, München

Dr. Michael Winter,
Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft
und Verbraucherschutz

Vertrieb: *Konrad Eckes*, Tel. (069) 75 95-11 54
Anzeigen: *Iris Biesinger*, Tel. (069) 75 95-27 13
Gesamtleitung Printmedien-Services: *Kurt Herzig*
Produktion: *Hans Dreier* (Ltg.)
Logistik: *Ilja Sauer* (Ltg.)
Kundenservice: Tel.: (069) 75 95-27 88; Fax: (069) 75 95-27 60
Erscheinungsweise: 6 × jährlich

Jahresbezugspreis für das Inland: EUR 546,50 (inkl. Versandkosten und MwSt.). Ermäßigter Jahresbezugspreis für Studenten bei Vorlage der Studienbescheinigung: EUR 223,30. Einzelpreis des Heftes: EUR 95,- EU-Jahresbezugspreis mit ID-Nr. EUR 511,82 (inkl. Versandkosten); ohne ID-Nr. EUR 553,03 (inkl. Versandkosten und MwSt.), Weltpreis: Jährlich EUR 522,32 (inkl. Versandkosten). Luftpost auf Anfrage.

Nicht eingegangene Exemplare können nur bis 10 Tage nach Erscheinen des nächstfolgenden Heftes kostenlos reklamiert werden.

Die Abonnementgebühren sind im voraus zahlbar.

Abonnementkündigung nur mit dreimonatiger Frist zum Ende des jeweiligen Berechnungszeitraumes möglich.

Anzeigenpreisliste Nr. 26 vom 1. 1. 2016

Bankverbindungen:
Frankfurter Sparkasse Frankfurt am Main
Kto.-Nr. 34 926 IBAN DE56 5005 0201 0000 0349 26
BLZ 500 502 01 SWIFT BIC HELADEF 1822

Commerzbank
Kto.-Nr. 386 555 500 IBAN DE68 5004 0000 0586 5555 00
BLZ 500 400 00 SWIFT BIC COBADEFF XXX

Satz: inmedialo, Digital- und Printmedien UG
Am Ochsenhorn 14, 68723 Plankstadt
Druck: medienhaus Plump GmbH,
Rolandsecker Weg 33, 53619 Rheinbreitbach
Gedruckt auf umweltfreundlich-chlorfreiem Papier

Der Innenteil der ZLR Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht ist auf matt Recyclingpapier oberflächengeleimt aus 100 % Altpapieranteilen ohne optische Aufheller gedruckt.

Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Ohne Genehmigung des Verlages ist eine Verwertung strafbar. Dies gilt auch für die Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und für die Vervielfältigung auf CD-ROM.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechteübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-Rom oder andere Verfahren) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen.

Im Deutschen Fachverlag, Fachmedien Recht und Wirtschaft erscheinen außerdem folgende Fachzeitschriften: *wrp* Wettbewerb in Recht und Praxis und Zeitschrift zum Innovationsrecht (InTeR), Compliance-Berater (CB), Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU), Betriebsberater (BB), Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Der Steuerberater (StB), Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Kommunikation & Recht (K&R), Netzwirtschaft und Recht (N&R), Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgRWiss) Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) Recht der Finanzinstrumente (RdF) und Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG).

ISSN: 0342-3476

Zwischen Wissen und Metaphysik – wo steht das Vorsorgeprinzip im Streit um die Risikobewertung des Pflanzenschutzmittelwirkstoffs Glyphosat?

Glyphosat ist einer der am besten untersuchten Stoffe der Welt, seit etwa 40 Jahren wird dieser Pflanzenschutzmittelwirkstoff in der Landwirtschaft eingesetzt und ist heute das meistverwendete Pestizid weltweit. Seine vergleichsweise günstigen toxi-kologischen Eigenschaften, die preiswerte Verfügbarkeit verbunden mit vielen ackerbaulichen Vorteilen und nicht zuletzt die Entwicklung und weltweite Einführung gentechnisch veränderter, Glyphosat resistenter Nutzpflanzen machen ihn aber auch zur Projektionsfläche verschiedener weltanschaulicher Strömungen, die um die Deutungshoheit zukünftiger Entwicklungen in der Landwirtschaft ringen. Deutlich wird dies bei der national und dann europaweit geführten gesellschaftlichen Debatte über die routinemäßige Überprüfung und Wiedezulassung des Wirkstoffes. Diese wirft viele ordnungspolitische, aber auch einige wissenschaftstheoretische Fragen auf.

In letzter Zeit war in der Öffentlichkeit viel von Vorsorge die Rede, den Ängsten der Bevölkerung vor kanzerogenen Substanzen soll im Zuge der Risikobewertung mit dem Vorsorgeprinzip Rechnung getragen werden, dann sei man auf der sicheren Seite. Es müsse bewiesen werden, dass Substanzen grundsätzlich nicht schädlich für die menschliche und tierische Gesundheit sind und auch die Umwelt keinen Schaden nimmt. Es wird gefordert, alles zu verbieten, was nicht absolut sicher ist und einem heute und zukünftig Sorgen bereiten könnte. Es erscheint inakzeptabel, unkalkulierbaren Gefahren ausgesetzt zu sein, wo doch ein aus dem Vorsorgeprinzip resultierendes Verbot jedes Risiko von vornherein ausschließen würde. Entsprechend emotional ist auch die öffentliche Diskussion.

Die Realität ist allerdings komplexer, nicht „0“ oder „1“ und nicht nur „Schwarz“ oder „Weiß“. „Weiß“, das ist die abseits von Fachwissen geäußerte Wunschvorstellung, dass ein Stoff kein Gefährdungspotenzial besitzt, also anwendungs- oder dosisunabhängig „ungiftig“ ist und dass man dies auch beweisen könne. Was da solchermaßen gefordert wird, hat die Qualität eines Gottesbeweises: Es ist zu beweisen, dass etwas nicht existiert, sprich, eine Gefahr nicht vorhanden ist. Zu beweisen, dass etwas nicht ist, ist aber rein logisch nicht möglich. Zudem gibt es auch keinen einzigen Stoff, der ungiftig ist: jeder Stoff birgt, wenn er im Übermaß aufgenommen wird, Gefahren. Das gilt für Kochsalz wie für Glyphosat. Natürlich ist das alles nicht neu und auch keine überraschende Erkenntnis: „Alle Dinge sind Gift, und nichts ist ohne Gift; allein die Dosis macht es, dass ein Ding kein Gift sei“, sagte schon Paracelsus im 16. Jahrhundert.

Da die heutige chemische Analytik in der Lage ist, auch kleinste Stoffmengen von bis zu einem Femtogramm (0,00000000000001 Gramm) nachzuweisen, kann man simp-

lifiziert sagen, dass praktisch alles überall nachgewiesen werden kann, also überall „giftige“ Stoffe zu finden sind, wenn man nur danach sucht. Insofern ist eher alles „Schwarz“ denn „Weiß“, beziehungsweise liegt – wie vieles im Leben – irgendwo auf der Grauskala: Ein bisschen Schwarz ist nämlich immer im Weißen und *vice versa*.

„Grau“ bedeutet hier im übertragenen Sinne, dass die generelle Präsenz eines Stoffes, ob schädigend oder nicht, kein Maß für *das* Risiko ist. Ein Null-Risiko gibt es nicht, sondern nur ein akzeptables Risiko (oder eben ein inakzeptables). Mathematisch gesprochen: „Ein Risiko nähert sich asymptotisch auf der Kurve des wahrscheinlichen Eintritts eines Schadens und seines Ausmaßes der Null an, kann aber nie Null werden.“ Entscheidend ist deshalb die Ermittlung der Menge, die ein Mensch kurzfristig oder lebenslang aufnehmen kann, ohne dass gesundheitliche Beeinträchtigungen zu erwarten sind. Die Tatsache, dass man Anfang dieses Jahres Glyphosat in vierzehn Biersorten gefunden hat, ist als solche nicht bemerkenswert, geschweige denn alarmbedürftig. Das wäre sie nur gewesen, wenn die täglich lebenslang maximal aufnehmbare Menge überschritten worden wäre. Legt man die höchsten in den Medien veröffentlichten Werte zugrunde, müsste man jedoch täglich 1.000 Liter Bier trinken, um die für Glyphosat ermittelte, gesundheitlich noch akzeptable tägliche Aufnahmemenge zu erreichen. Die Aufnahme von Alkohol über Bier ist in viel kleineren Mengen nicht nur krebserregend, sondern auch reproduktionstoxisch und somit das eigentliche Gesundheitsrisiko, wäre da nicht – nüchtern betrachtet – das viel höhere Risiko, vorher an einer akuten Alkoholvergiftung zu sterben.

Rückstände von Pflanzenschutzmittelwirkstoffen in Lebensmitteln sind in vertretbaren festgelegten Konzentrationen gesetzlich erlaubt, der Gesetzgeber hat sich nach Güterabwägung zu diesem für die Gesellschaft akzeptablen Restrisiko bekannt. Durch das Zulassungsverfahren bei Pestiziden kommt er seinem Auftrag nach, Vorsorge zu betreiben – wie denn sonst bei Stoffen, deren erwünschtes Wirkprinzip auf der Toxizität gegenüber Schadorganismen beruht. Der kritische Punkt ist hier die Risikokommunikation: Die in der Gesellschaft vorherrschende Perzeption ist, dass Rückstände in Lebensmitteln erst gar nicht enthalten sein dürfen, weil sie per se gesundheitsschädlich seien. Damit kommt man wieder bei der Farbe „Weiß“ an: die Illusion von der Rückstandsfreiheit beziehungsweise die gesellschaftliche Erwartung absoluter Sicherheit oder eines staatlich zu garantierenden Null-Risikos. Und genau auf dieser Prämisse bauen auch die Missverständnisse hinsichtlich der Anwendung des Vorsorgeprinzips innerhalb der Risikobewertung von Glyphosat auf. So wurde von Nichtregierungsorganisationen und in der Folge auch von Politikern gefordert, dass absolut sicher sein müsse, dass gleichermaßen Glyphosat nicht krebserregend sei, wohl wissend, dass es nicht möglich ist, zu beweisen, dass ein Risiko nicht existiert. „Absolute“ Sicherheit kann es gar nicht geben, weil sie ja einschließen würde, dass alles, was wir noch nicht wissen, bei den dann erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen berücksichtigt werden muss. Mit der Forderung nach absoluter Sicherheit wird das Vorsorgeprinzip zum Totschlagargument: Entscheidungen werden nicht mehr rational begründet, sondern auf Basis bestehender Grundüberzeugungen, poli-

tischer „Notwendigkeiten“ und schlimmstenfalls willkürlich getroffen. Damit wären wir in der Sphäre der Metaphysik und nicht in der Sphäre der Wissenschaft. Herbizide vorsorglich verbieten zu wollen, weil wir angeblich nicht genug über deren Gefährlichkeit wissen, legt zudem nahe, dass wir auch alle anderen Stoffe verbieten müssten, über die wir noch weniger wissen, das heißt in der Realität: so ziemlich alles.

Ein zweiter Aspekt: Alles zu verbieten oder nichts zuzulassen, so lange man nicht hundertprozentig alle Risiken ausschließen kann, ist keine nachhaltige oder effektive Lösung. Denn jede Entscheidung für das Vorsorgeprinzip hat auch eine negative Komponente. Der Verzicht auf eine bestimmte Anwendung geht meist einher mit einer Substitutionslösung, die eventuell unsicherer und gesamtgesellschaftlich weniger nachhaltig sein kann. Dieser Aspekt kommt in der öffentlichen Debatte um Vorsorge oft zu kurz. Im Falle des Verzichts auf Glyphosat sind das die gesundheitlichen Risiken der Alternativ- oder Ersatzstoffe in der Wildkrautbekämpfung auf dem Acker, aber auch im direkten Umgang mit den Präparaten. Diskutiert werden ferner die zunehmende Bodenerosion sowie die eventuell höheren Verbraucherpreise bei der Anwendung anderer Methoden der Ackerbewirtschaftung.

Dass es in bestimmten Situationen durchaus sinnvoll sein kann, zunächst vorsichtiger vorzugehen, um negative Ereignisse oder bestimmte Gefahren bewusst ausschließen zu können, ist Konsens. Die Öffentlichkeit sollte sich aber auch die Frage stellen, welche Nachteile die Gesellschaft durch den Verzicht auf einen Stoff oder bestimmte Technologie des Landbaus in Kauf nimmt. Die im Volksmund weit verbreitete Gleichsetzung des Vorsorgeprinzips mit den Redensarten „Better safe than sorry“ oder „Vorsicht ist besser als Nachsicht“ wird komplexen Sachverhalten nicht gerecht, denn Vorsorge hat auch ihren Preis. Eine umfassende ganzheitliche Betrachtung ist erforderlich.

Im Kern geht es beim Vorsorgeprinzip darum, Risiken keinesfalls zu unterschätzen: Irreversible Schäden und Kosten sollen in jedem Fall vermieden werden. Das Vorliegen von wissenschaftlicher Unsicherheit – das sind Risiken, die noch nicht vollständig bekannt sind – sollte jedoch keinesfalls zur Untätigkeit oder zu einer Verzögerung von weiteren Forschungs- oder Managementmaßnahmen führen. Es besteht in der Wissenschaft weitgehend Konsens darüber, dass es keine generellen Gefährdungssituationen gibt, in denen das Vorsorgeprinzip angewendet werden *muss*, sondern nur mögliche Szenarien, in denen es angewendet werden *könnte oder sollte*. Das Vorsorgeprinzip ist eben keine naturwissenschaftliche Dimension, sondern eine Antwort der Politik auf den Umgang mit Nichtwissen. Als solche Szenarien kommen nur diejenigen in Frage, in denen es *keine ausreichende wissenschaftliche Gewissheit* über das Eintreten der Störung oder des Ausmaßes des Schadens gibt. Auch die Europäische Kommission geht in ihrer Mitteilung über „Die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips“ aus dem Jahr 2000 davon aus, dass nur eine möglichst umfassende, wissenschaftliche Risikobewertung das Ausmaß der wissenschaftlichen Unsicherheit ermitteln kann. Erst wenn diese vorliegt, „kann diese den Auslöser für den [immer auch politischen] Management-Entschluss bilden, das Vorsorgeprinzip anzuwenden [...]“.

Und genau aus diesen Gründen passt das viel diskutierte Vorsorgeprinzip nicht zur Debatte um die Risikobewertung von Glyphosat.

Zum einen handelt es sich keineswegs um ein unbekanntes oder unkalkulierbares Risiko. Der Wirkstoff ist schon seit 1974 auf dem Markt und damit schon seit mehr als vier Jahrzehnten untersucht, bewertet und überwacht. Die Bewertung und die Zulassung durch die zuständigen Behörden erfolgte mittlerweile mehrfach und heute auf der Basis von mehr als 1500 Studien und allen aktuellen wissenschaftlichen Publikationen.

Es geht bei Glyphosat auch nicht um den Umgang mit Nichtwissen. Es besteht in der Frage der wissenschaftlichen Gewissheit weltweit Konsens zwischen allen zuständigen Risikobewertungsinstitutionen: das Bundesinstitut für Risikobewertung (BfR), die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA), die zuständigen Behörden der EU-Mitgliedstaaten sowie das *Joint FAO/WHO Meeting on Pesticide Residues* (JMPR), aber auch zahlreiche andere wissenschaftliche Institutionen der Risikobewertung außerhalb Europas kommen zu dem Schluss, dass nach derzeitigem Stand des Wissens bei bestimmungsgemäßer und sachgerechter Anwendung des Pflanzenschutzmittelwirkstoffes Glyphosat keine Gesundheitsbeeinträchtigung für den Menschen zu erwarten ist. Das gilt für die Exposition über Lebensmittel, aber auch für die Anwender und unbeteiligte Dritte.

Es ist die gesetzliche Aufgabe der wissenschaftlichen Risikobewertung des BfR, der Bundesregierung die nötigen Informationen und das notwendige Fachwissen zur Verfügung zu stellen, damit letztere eine rational begründbare, das heißt wissenschaftsbasierte Entscheidung treffen kann. Es ist die schwierige Aufgabe demokratisch gewählter Regierungen zu entscheiden, welche (Rest-)Risiken die Gesellschaft tragen soll oder welche Entscheidungsprinzipien sie in Managementfragen anwenden möchte oder nicht. Es war von jeher ein Dilemma, dass auch einige potenziell gesundheitsgefährdende Stoffe gesellschaftlich akzeptiert sind, die wissenschaftlich eindeutig als „krebserregend“ klassifiziert werden: Alkohol, Tabakrauch oder zu Wurst verarbeitetes Fleisch. An dieser Stelle wären wir dann doch wieder bei der Farbe „Schwarz“ angelangt. Das aber ist nicht das Terrain der Wissenschaft; da geht es vor allem um die Graustufen.

Prof. Dr. Dr. Andreas Hensel, Berlin