

# Rechtsgutachten

über die

## **Verfassungsmässigkeit einer „obligaten“ Anreicherung von Getreidemehl mit Folsäure zur Verhütung von Spina bifida und zu weiteren gesundheitsbezogenen Zwecken**

**Ausländische Beispiele, verfassungsrechtliche Grundlagen, Tragweite des Lebensmittelgesetzes und weiterer Gesetze, Verhältnismässigkeit und Grundrechtsprobleme**

zuhanden des

**Bundesamts für Gesundheit (Abteilung Lebensmittelsicherheit)**

erstattet von

**Dr. iur. Christoph Andreas Zenger**

Fürsprecher, Dozent an der Universität Bern,

in Zusammenarbeit mit

**lic. iur. Lilian Ischi**

Fürsprecherin

Bern, September 2006

## INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis.....	1
<b>1 Auftrag, Fragestellung.....</b>	<b>5</b>
<b>2 Ausgangslage .....</b>	<b>7</b>
2.1.1 Bestrebungen zur Gewährleistung genügender Folat-Einnahme durch Frauen im gebärfähigen Alter und durch die Bevölkerung generell.....	7
2.1.2 Inzidenz von Neuralrohrdefekten und Risikogruppen .....	8
2.1.3 Zum Begriff der Folsäure .....	8
<b>3 „Obligater“ Zusatz von Folsäure im Getreidemehl als Zwangsmedikation .....</b>	<b>10</b>
3.1 Ziel, Inhalt und Adressaten der Massnahme .....	10
3.1.1 Ziel.....	10
3.1.2 Inhalt.....	11
3.1.2.1 Mehl als Trägersubstanz .....	11
3.1.2.2 Ausnahmen vom Geltungsbereich des LMG de lege lata .....	14
3.1.2.3 Varianten der „obligaten“ Anreicherung .....	14
3.1.3 Adressaten .....	16
3.2 Zwei Wirkungsebenen von „obligat“ .....	16
3.2.1 Unmittelbare instrumentelle Wirkung - Lenkung des Anbieterverhaltens .....	16
3.2.1.1 Verbindliche Anordnungen: Verordnung, Verfügungen.....	16
3.2.1.2 Formelle Vereinbarungen: Verwaltungsrechtlicher Vertrag.....	17
3.2.1.3 Informelle Vereinbarungen: Absprachen .....	18
3.2.1.4 Informelle Verhaltenslenkung: Empfehlungen an die Adresse der Anbieterseite .....	19
3.2.2 Mittelbare Zielwirkung - Zwang gegenüber den Abnehmern.....	20
3.2.2.1 Mittelbarer Zwang als Auswirkung der „Obligation“ der Anbieter .....	20
3.2.2.2 Lenkung des Abnehmerverhaltens als Alternative? .....	20
3.3 Würdigung: Zwangsmedikation der gesamten Bevölkerung oder bestimmter Bevölkerungsgruppen.....	22
<b>4 Keine Vorbilder für die Zwangsmedikation mit Folsäure im EU- und im US-Recht.....</b>	<b>23</b>
4.1 Bestehende gesetzliche Regelung in der EU mit (möglicher; Anm. is) Relevanz für Folsäurezusatz .....	23
4.1.1 Übersicht über die Regelung .....	23
4.1.1.1 Nährwertkennzeichnung.....	23
4.1.1.2 Lebensmittel für eine besondere Ernährung.....	29
4.1.2 Erlaubnis und Höchstgrenze für Folsäurezusätze in Lebensmitteln.....	31
4.2 Bestehende gesetzliche Regelung in den USA mit Relevanz für Folsäurezusatz.....	31
4.2.1 Übersicht über die Regelung .....	31
4.2.1.1 Grundlagen.....	31
4.2.1.2 Besondere Regelung für „enriched grain products“ .....	33
4.2.2 Erlaubnis für Folsäurezusätze, Höchstgrenze und Erlaubnis von Health claims, aber beschränkt auf „enriched grain products“ als Sonderfall .....	34

4.3	Würdigung: Kein Vorbild für „obligate“ Zusätze von Folsäure in einem Grundnahrungsmittel .....	34
<b>5</b>	<b>Zur Konzeption der verfassungsrechtlichen Beurteilung .....</b>	<b>35</b>
5.1	Staatliche Aufgaben und öffentliche Interessen als Schlüsselkonzepte für die verfassungsrechtliche Beurteilung .....	35
5.1.1	Notwendigkeit einer Klärung der beiden Konzepte .....	35
5.1.2	Verfassungsmässige Aufgaben des Bundes .....	36
5.1.2.1	Zum verwendeten Aufgabenbegriff .....	36
5.1.2.2	Teilung der Aufgabenverantwortung .....	38
5.1.3	Öffentliche Interessen .....	39
5.1.3.1	Öffentlichen Interessen als verfassungsmässige Zwecke staatlicher Aufgaben .....	39
5.1.3.2	Schutzpflicht aus Grundrechten und Schutz der Grundrechte Dritter .....	41
5.1.4	Verfassungsrechtliche Anforderungen .....	42
5.1.4.1	Staatliche Aufgaben und öffentliche Interessen als Bestimmungsgründe für die verfassungsrechtlichen Anforderungen .....	42
5.1.4.2	Konsequenzen für die Beurteilung der „obligaten“ Folsäurezusätze .....	44
5.2	Zur verfassungsrechtlichen Prüfung im vorliegenden Gutachten .....	46
5.2.1	Gegenstände der verfassungsrechtlichen Prüfung .....	46
5.2.1.1	Grundlage im Bundesverfassungsrecht .....	46
5.2.1.2	Verfassungskonforme gesetzliche Grundlage .....	47
5.2.1.3	Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit .....	47
5.2.1.4	Weitere Prüfungsaspekte .....	47
5.2.2	Präjudizielle Bedeutung als Anlass für eine vertiefte Prüfung der verfassungsrechtlichen und der gesetzlichen Grundlagen .....	47
<b>6</b>	<b>Bestehende Grundlagen im Bundesverfassungsrecht .....</b>	<b>49</b>
6.1	Krankheitsverhütung und Gesundheitsinteressen als Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze .....	49
6.1.1	Verfassungsmässige Aufgaben des Bundes für die Krankheitsverhütung .....	49
6.1.1.1	Bekämpfung von bestimmten Krankheitserscheinungen oder (krankheitsbezogene) Gesundheitserhaltung als Ziel der „obligaten“ Folsäurezusätze .....	49
6.1.1.2	Krankheitsverhütung als verfassungsrechtlich anerkannte öffentliche Aufgabe .....	49
6.1.1.3	Staatliche Beiträge zur Krankheitsverhütung gemäss Art. 118 BV (Gesundheitsschutz) .....	50
6.1.1.4	Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV: Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten Krankheiten als Nebenaufgabe .....	51
6.1.1.5	Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV: Verhütung von übertragbaren, stark verbreiteten oder bösartigen Krankheiten als Hauptaufgabe .....	54
6.1.1.6	Andere Verfassungsbestimmungen (Art. 117 BV) .....	57
6.1.2	Gesundheitsinteressen als Zweck der Krankheitsverhütung durch „obligate“ Folsäurezusätze .....	58
6.1.2.1	Sicherheitsinteressen als Zweck von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV .....	58
6.1.2.2	Sicherheits- und Gesundheitsinteressen als Zwecke von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV .....	59
6.1.2.3	Kriterium für die Entscheidung zwischen Sicherheits- und Gesundheitsinteressen .....	60
6.1.3	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Verhütung von Krankheiten durch erhöhte Folsäuregaben .....	64
6.1.3.1	Anforderungen bzgl. Gesundheitsinteressen .....	64
6.1.3.2	Zum Vergleich: Anforderungen bzgl. Sicherheitsinteressen .....	67
6.1.3.3	Folgerungen für die verfassungsrechtliche Beurteilung von „obligaten“ Folsäurezusätzen .....	69

6.2	Andere Aufgaben und andere öffentliche Interessen .....	71
6.2.1	Andere Aufgaben des Bundes als Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze? .....	71
6.2.1.1	Gesundheitsförderung als Sammelbegriff für unterschiedliche Aufgabenpostulate de constitutione ferenda.....	71
6.2.1.2	Erhaltung menschlichen Lebens (Art. 118, 122, 123 BV usw.) .....	73
6.2.1.3	Finanzierung der Kosten von Invalidität (Art. 112 BV) .....	74
6.2.1.4	Finanzierung der Kosten von Krankheit und Unfall (Art. 117 BV; Verweisung) .....	76
6.2.1.5	Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV) .....	76
6.2.1.6	Konsumentenschutz (Art. 97 Abs. 1 BV) .....	77
6.2.1.7	Keine aufgabenunabhängige Globalkompetenz zur Lebensmittelregulierung (Art. 95 Abs. 1 BV).....	78
6.2.1.8	Keine Kompetenz zur Gewährleistung der Qualität menschlichen Lebens.....	79
6.2.2	Andere öffentliche Interessen als Zweck von „obligaten“ Folsäurezusätzen? .....	80
6.3	Würdigung: Verfassungsrechtliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze .....	81
<b>7</b>	<b>Fehlende gesetzliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze.....</b>	<b>84</b>
7.1	Lebensmittelgesetzgebung .....	84
7.1.1	Fehlende Grundlage de lege lata.....	84
7.1.1.1	Zum sachlichen Geltungsbereich des Lebensmittelgesetzes.....	84
7.1.1.2	Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen sowie Konsumentenschutz als Zwecke der lebensmittelgesetzlichen Regelung.....	86
7.1.1.3	Umsetzung der gesetzlichen Zwecke allgemein .....	87
7.1.1.4	Keine Grundlage für „obligate“ Vitaminzusätze in Lebensmitteln .....	91
7.1.1.5	Die Regelung von Fluorid-, Jodid- und Jodat-Zusätzen im Speisesalz und im Trinkwasser zum Vergleich .....	95
7.1.2	Schaffung einer Grundlage in der Lebensmittelgesetzgebung de lege ferenda? .....	96
7.1.2.1	Unvereinbarkeit einer Anpassung der LMV oder der NwV mit dem geltenden LMG .....	96
7.1.2.2	Unvereinbarkeit einer Teilrevision des LMG mit den geltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen des Gesetzes.....	97
7.1.2.3	Totalrevision des LMG mit Erweiterung der verfassungsrechtlichen Grundlage oder Schaffung einer alternativen gesetzlichen Grundlage? .....	98
7.2	Andere gesetzliche Grundlagen.....	99
7.2.1	Keine Grundlage in der Heilmittelgesetzgebung.....	99
7.2.2	Keine Grundlage in der Epidemiengesetzgebung.....	101
7.2.3	Keine anderen gesetzlichen Grundlagen.....	102
7.2.3.1	Krankenversicherungsgesetzgebung.....	102
7.2.3.2	Polizeiliche Generalklausel.....	102
7.2.4	Was bleibt: Allfällige kantonale Gesetzesgrundlagen .....	102
7.3	Würdigung: Fehlende gesetzliche Grundlage auf Bundesebene für die Prävention von nicht übertragbaren Krankheiten.....	103
<b>8</b>	<b>Fehlende Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit .....</b>	<b>105</b>
8.1	Fehlende Verhältnismässigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinn .....	105
8.1.1	Auf Gesundheitsinteressen bezogene verfassungsrechtliche Anforderungen .....	105
8.1.2	Fehlende Verhältnismässigkeit unter den gegenwärtigen Voraussetzungen .....	105
8.1.2.1	Nur teilweise geeignete Massnahme .....	105
8.1.2.2	Nicht das mildeste Mittel (fehlende Erforderlichkeit) .....	108

8.1.2.3	Unangemessenes Mittel für den angestrebten Zweck der Krankheitsverhütung.....	113
8.1.3	Was ändern müsste, damit die Verhältnismässigkeit bejaht werden könnte .....	114
8.2	Fehlende Grundrechtsverträglichkeit .....	115
8.2.1	Einschränkung von Grundrechten .....	115
8.2.1.1	Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (inkl. Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden; Art. 27 BV) .....	115
8.2.1.2	Mittelbare Einschränkung der Persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) .....	117
8.2.2	Fehlende Grundrechtsverträglichkeit unter den gegenwärtigen Voraussetzungen.....	118
8.2.2.1	Interesse der Gesundheit als massgebendes öffentliches Interesse .....	118
8.2.2.2	Keine gesetzliche Grundlage.....	118
8.2.2.3	Verhältnismässigkeit.....	120
8.2.2.4	Wahrung des Kerngehalts .....	121
8.3	Würdigung .....	121
<b>9</b>	<b>Offene Fragen der Aufgabenerfüllung und des Vollzugs der Verwaltungsaufgaben.....</b>	<b>123</b>
<b>10</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>124</b>
10.1	„Obligater“ Zusatz von Folsäure im Getreidemehl als Zwangsmedikation .....	124
10.2	Keine Vorbilder für die Zwangsmedikation mit Folsäure im EU- und im US-Recht .....	124
10.3	Bestehende Grundlagen im Bundesverfassungsrecht .....	125
10.4	Fehlende gesetzliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze .....	126
10.5	Fehlende Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit.....	127
<b>11</b>	<b>Ergebnisse und Ausblick.....</b>	<b>129</b>
11.1	Ergebnisse.....	129
11.2	Ausblick .....	131
<b>12</b>	<b>Résumé.....</b>	<b>133</b>
12.1	Médication forcée : adjonction « obligatoire » d'acide folique dans les farines de céréales ....	133
12.2	Aucun modèle de médication forcée à l'acide folique dans les droits européen et américain.....	133
12.3	Bases existantes dans le droit constitutionnel fédéral.....	134
12.4	Base légale manquante pour les adjonctions « obligatoires » d'acide folique.....	135
12.5	Manque de proportionnalité et de compatibilité avec les droits fondamentaux.....	136
<b>13</b>	<b>Résultats et perspectives.....</b>	<b>138</b>
13.1	Résultats.....	138
13.2	Perspectives .....	140
<b>Literatur .....</b>	<b>142</b>	
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>145</b>	

## 1 AUFTRAG, FRAGESTELLUNG

Gestützt auf den im Oktober 2002 vorgelegten Expertenbericht der von der Eidgenössischen Ernährungskommission eingesetzten Arbeitsgruppe „Folsäureprophylaxe“ hat das Bundesamt für Gesundheit (Sektion Lebensmittelwissenschaft) im Januar 2004 das vorliegende Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Zu prüfen sind folgende Fragen:

- a. *Gibt es ausländische Vorbilder für einen obligaten Zusatz von Folsäure zum Getreidemehl, und wie sind die entsprechenden Regelungen ausgestaltet (insbes. USA)?*
- b. *Welche Optionen fallen in Betracht, um den Zusatz von Folsäure zum Getreidemehl rechtlich so auszugestalten, dass er „obligat“ bzw. „verbindlich“ (Expertenbericht 2002, 9, 10) wird und das angestrebte Ziel - Prävention von Spina bifida - erreicht werden kann?*
  - a. *An wen kann sich eine entsprechende rechtliche Verpflichtung richten, an die Lebensmittelhersteller, die Lebensmittelverteiler oder die Lebensmittelkonsumenten?*
  - b. *Wie kann eine Verpflichtung ausgestaltet werden, dass damit das angestrebte Ziel erreicht werden kann (der Vollzug wird wie bei den andern lebensmittelrechtlichen Vorschriften erfolgen)? Zum Beispiel:*
    - i. *zwingender Zusatz ohne Ausnahmen*
    - ii. *zwingender Zusatz mit der Ausnahme des Eigengebrauchs*
    - iii. *genereller Zusatz im normalen Angebot (deklariert) mit der Möglichkeit von kontrollierbaren Ausnahmen (z.B. Angebot von Produkten mit „folsäurefreiem Mehl“ in bestimmten Verkaufsstellen wie Reformhäusern oder unter bestimmten Labels wie „Knospe“, „Demeter“ o. ä.)*
    - iv. *generelle Verpflichtung für gewerbsmässige, aber Freiraum für nichtgewerbsmässige Hersteller oder Anbieter*
    - v. *Andere*
- c. *Ist der obligate Zusatz von Folsäure zum Getreidemehl zur Prävention von Spina bifida sowie unter Umständen von Herz-Kreislauf-Erkrankungen durch das öffentliche Interesse der Krankheitsbekämpfung oder allenfalls durch ein anderes verfassungsrechtlich anerkanntes öffentliches Interesse gedeckt? (**Bemerkung:** Hilft in diesem Zusammenhang allenfalls der Blickwinkel "Erhaltung des gesunden Zustands" etwas? Lebensmittelrechtlich hätten wir damit weniger Probleme als mit Prophylaxe. Zumindest der Bereich der Herz-Kreislauf-Erkrankungen liesse sich auch aus dieser Optik betrachten.)*
- d. *Berührt der obligate Zusatz von Folsäure zum Getreidemehl Grundrechte, insbesondere die Unternehmerfreiheit, die Konsumentenfreiheit und allenfalls die persönliche Freiheit?*
- e. *Bietet das LMG eine genügende gesetzliche Grundlage für den obligaten Zusatz von Folsäure?*
  - a. *Bezieht sich der Zweck des LMG auch auf öffentliche Interessen der Krankheitsbekämpfung (**Bemerkung:** Wenn nicht: Würde der Blickwinkel "Erhaltung des gesunden Zustands" weiterhelfen? (s. oben))?*

- b. Genügt gegebenenfalls auf das geltende LMG gestütztes Verordnungsrecht als gesetzliche Grundlage, oder ist unter grundrechtlichen Gesichtspunkten eine explizite Vorschrift im LMG (die eine Revision des LMG erfordern würde) nötig?
6. Ist der obligate Zusatz von Folsäure verhältnismässig
- a. unter verwaltungsrechtlichen Aspekten?  
(Ist der obligate Zusatz geeignet, bildet er das mildeste Mittel und ist er als Mittel dem Ziel der Prävention von Neuralrohrdefekten und allenfalls der Prävention von Herz-Kreislauf-Erkrankungen angemessen?)
- b. unter grundrechtlichen Aspekten?  
(Ist der obligate Zusatz nicht willkürlich, überwiegen die Interessen der Krankheitsbekämpfung gegenüber den betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen, und ist der Zusatz für die betroffenen Personen zumutbar? **Bemerkung:** In diesem Zusammenhang besonders brisant: Die obligatorische Anreicherung von Getreidemehl mit Folsäure dient in erster Linie dazu, den in der Schweiz jährlich vorkommenden rund 80 Fällen von Spina bifida vorzubeugen. Gemäss Expertenbericht könnte "die Mehrzahl" dieser Fälle vermieden werden. Andererseits wären von der Anreicherung des Getreidemehls mehrere Millionen Personen betroffen (d.h. alle, die in der Schweiz getreidemehlhaltige Produkte beziehen). Bei über der Hälfte (Männer, Frauen vor und nach dem gebärfähigen Alter) dieser Personen ist Spina bifida kein Thema. Welches Interesse überwiegt?)

Die Beantwortung der Gutachtensfragen stellt Probleme grundsätzlicher Art. Der Zusatz von Folsäure in einem Grundnahrungsmittel zur Verhütung von Krankheiten berührt drei verschiedene öffentliche Aufgaben, die in unterschiedlichem Ausmass in die Verantwortung des Bundes fallen, nämlich die Gewährleistung gesunder Ernährung, der Sicherheit von Lebens- und Heilmitteln sowie der Krankheitsverhütung. Die Zulässigkeit von Folsäurezusätzen kann deshalb nicht isoliert und punktuell, sondern nur im grösseren Zusammenhang dieser drei Aufgaben angemessen verfassungsrechtlich geprüft werden. Zum besseren Verständnis der Gründe, die für das Ergebnis der Prüfung massgebend sind, ist zudem auf einige Grundlagen des Aufgabenrechts einzugehen.

Das Gutachten wurde im September 2004 abgeschlossen und gibt den Stand der Literatur und Forschung zu diesem Zeitpunkt wieder. Nachträglich wurden vereinzelte im Jahr 2005 erschienene Publikationen berücksichtigt.

## 2 AUSGANGSLAGE

### 2.1.1 Bestrebungen zur Gewährleistung genügender Folat-Einnahme durch Frauen im gebärfähigen Alter und durch die Bevölkerung generell

Gestützt auf die bisher vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse haben die USA, Kanada, Ungarn und Chile eine Anreicherung bestimmter Lebensmittel mit Folsäure eingeführt.<sup>1</sup> Dabei wurde zumeist auf die 1992 durch den Public Health Service veröffentlichten Empfehlungen, welche für Frauen im gebärfähigen Alter die Einnahme von täglich 400 µg Folsäure vorsehen, abgestellt. In Australien und Grossbritannien ist die Anreicherung gewisser Lebensmittel auf freiwilliger Basis zulässig.<sup>2</sup> In einigen Ländern der europäischen Gemeinschaft, z.B. Dänemark, Frankreich, Deutschland, den Niederlanden, Norwegen und Schweden sowie dem Vereinigten Königreich bestehen spezielle Empfehlungen für Frauen, besonders vor und in den ersten Wochen einer Schwangerschaft zusätzlich Folsäure einzunehmen. Es hat bisher jedoch keines der erwähnten Länder eine verbindliche, obligatorische Anreicherung eines Grundnahrungsmittels eingeführt.<sup>3</sup> Bei der Erstellung des vorliegenden Gutachtens wurden speziell das Recht EU sowie der USA, welche beide seit 1998 eine Regelung der Anreicherung von Lebensmitteln mit Folsäure kennen, untersucht. Dabei ist zu beachten, dass Deutschland sowie die USA und Kanada bei der Berechnung der empfohlenen Tagesdosis auf die reduzierte Bioverfügbarkeit von Lebensmittel-Folaten abgestellt haben.<sup>4</sup>

Auch in der Schweiz sind entsprechende Bestrebungen In Gang gekommen. Nachdem das Bundesamt für Gesundheit (BAG) bereits 1996 in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Ernährungscommission (EEK) und verschiedenen Fachgesellschaften Empfehlungen für den Einsatz von Folsäure (FS) herausgegeben hatte, folgte im Jahre 1997 ein parlamentarischer Vorstoss in Form eines Postulats. Darin wurde der Bundesrat eingeladen zu prüfen,

„ob zwecks Prophylaxe gegen Geburtsgebrechen infolge eines (recte: un-)vollständigen Verschlusses der Neuralrinne (Spina bifida, Myelomeningocele, Encephalocele, Anencephalie) die Beifügung von Vitamin B9 zu Lebensmitteln (z.B. im Getreidemehl) vorgeschrieben bzw. gefördert werden sollte.“

Am 26.11.1997 erklärte sich der Bundesrat bereit, das Postulat entgegenzunehmen.<sup>5</sup>

Mit dem Ziel, die Folsäureversorgung der Schweizer Bevölkerung zu verbessern, setzt sich seit dem Jahr 2000 ebenfalls die private „Folsäure Offensive Schweiz“ in Zusammenarbeit mit führenden Lebensmittelproduzenten dafür ein, die Folsäure-Lücke zu schliessen.<sup>6</sup> Weiter setzte die EEK im September 2000 eine Arbeitsgruppe „Folsäureprophylaxe“ ein, welche ihren Bericht im Oktober 2002 vorlegte und dabei unter anderem folgende Massnahmen vorgeschlagen hat, nämlich:

„... das in Art. 135 und 136 der LMV umschriebene Backmehl mit 3 mg Folsäure und 10 µg B<sub>12</sub>/kg Mehl anzureichern und zwar auf einer verbindlichen Basis. ...“ und weiter: „... die dazu notwendigen rechtlichen Grundlagen sind einzuleiten. ...“<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> EXPERTENBERICHT 2002, S. 50.

<sup>2</sup> VGL. ZUM GANZEN KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 8 ff.

<sup>3</sup> KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 12 ff.; S. 34, Tafel 7.

<sup>4</sup> VGL. KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 9. Spezifische Ausführungen zu den internationalen Regelungen für den Folsäurezusatz finden sich in Kapitel 3 hiernach.

<sup>5</sup> vgl. WIEDERKEHR POSTULAT 97.3501 unter [www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/1997...](http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/1997...)

<sup>6</sup> vgl. Website: [www.folsaeure.ch/offenisv/...](http://www.folsaeure.ch/offenisv/...)

<sup>7</sup> vgl. zum Ganzen: EXPERTENBERICHT 2002.

Dieser Expertenbericht führte, wie bereits unter Kapitel 1 ausgeführt zur Auftragserteilung für das vorliegende Rechtsgutachten.

### 2.1.2 Inzidenz von Neuralrohrdefekten und Risikogruppen

Die Inzidenz von Neuralrohrdefekten erscheint sowohl zwischen einzelnen Ländern als auch innerhalb der Länder unterschiedlich und schwankt zwischen 1 ‰ und 5 ‰. Weltweit werden mehr als 300'000 bis 400'000 Kinder mit Neuralrohrdefekten geboren; in den USA sind es pro Jahr zwischen 2'500 bis 3'000 Kinder, in England etwa 1'500 Kinder pro Jahr. Die Geburtsrate in der Schweiz für Kinder mit Spina bifida beträgt ca. 20 Kinder pro Jahr; bei ca. 60 weiteren Föten wird die Missbildung pränatal diagnostiziert und die Schwangerschaften werden abgebrochen.<sup>8</sup> Damit stellt die Schweiz im Vergleich zu anderen Ländern ein Land mit niedrigerem Risiko dar. NRD entstehen während der ersten 28 Tage der Schwangerschaft durch einen unvollständigen Verschluss des Neuralrohres; ein gewisser Prozentsatz dieser Kinder weisen zusätzliche Missbildungen auf. Kinder mit Spina bifida überleben immer häufiger, nicht zuletzt aufgrund medizinischer und chirurgischer Massnahmen; sie weisen jedoch meist lebenslange Behinderungen auf.<sup>9</sup>

Bereits vor mehr als dreissig Jahren wurde postuliert, dass Folsäure einen Einfluss auf die während einer Schwangerschaft auftretenden Neuralrohrdefekte (NRD) haben könnte.<sup>10</sup> Seither wurden in zahlreichen Ländern Studien durchgeführt, welche die Wirkung von Folsäure in diesem besonderen Kontext untersuchten.<sup>11</sup> Grundsätzlich ergibt sich aus diesen Studien Einigkeit bezüglich der Risikogruppen, welche von einer ungenügenden Folsäureversorgung betroffen sein können: es handelt sich dabei überwiegend um Frauen im gebärfähigen Alter, jüngeren Frauen und Frauen aus sozialen Unterschichten, Migrantinnen und Raucherinnen. Darüber hinaus können auch Patienten mit speziellen Behandlungen wie Dialyse oder mit längerfristiger Einnahme von bestimmten Medikamenten (z.B. Zytostatika, Antiepileptika etc.) unter einem Folsäuremangel leiden. Weiter besteht die Möglichkeit eines genetisch bedingten, funktionellen Folsäuremangels, welcher weltweit in 4 bis 23 % der Bevölkerung vorkommt.<sup>12</sup>

Weiter besteht grundsätzliche Einigkeit darüber, dass die Anreicherung von Grundnahrungsmitteln ein einfacher und passiver Weg sei, um die Folat-Einnahme von Frauen im gebärfähigen Alter steigern zu können. Kein Grundkonsens besteht dagegen über die konkrete Konzeption einer solchen Anreicherung.

### 2.1.3 Zum Begriff der Folsäure

Durch die verschiedenen verwendeten Begriffe (Folate, Folacin etc.) wird die Interpretation von Studien und Empfehlungen erschwert, wenn nicht genau angegeben ist, was gemeint ist. Somit empfiehlt sich vorab eine kurze Erklärung der verschiedenen Begriffe, insbesondere auch um die Festsetzung des Bedarfs (Unterscheidung zwischen Werten für „reine“ Folsäure - gemeint ist die synthetische

---

<sup>8</sup> vgl. zum Ganzen: KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 8 ff.

<sup>9</sup> EXPERTENBERICHT 2002, S. 30.

<sup>10</sup> COMA 2000; KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 6.

<sup>11</sup> TÖNZ 1996a, S. 178 f.; KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 6 f.; COMA 2000, insbes. Kapitel 5.

<sup>12</sup> EXPERTENBERICHT 2002, S. 8; HURST 2000, S. 18 ff., 22 f., 25.; HESS 2001, S. 271.

Form - oder für Nahrungsfolate = Gesamtfolat) für das vorliegende Gutachten so korrekt wie möglich interpretieren zu können.<sup>13</sup>

„Folate“ sind ein Überbegriff für mehrere biologische Vitaminverbindungen mit Folsäurecharakter, welche alle folatwirksamen Verbindungen in der Nahrung erfassen. Im französischen Schrifttum werden sie auch als Vitamin B<sub>9</sub> bezeichnet. Ein weiterer verwendeter Begriff lautet „Folacin“. Folate liegen in Form von sog. Pteroylmonoglutamat und von Pteroylpolyglutamaten vor; dabei ist das Verhältnis zwischen Mono- und Polyglutamaten in den verschiedenen Nahrungsmitteln sehr unterschiedlich, beträgt durchschnittlich aber etwa 50 : 50. Monoglutamate werden im Darm sehr gut aufgenommen (>90 %), während die Polyglutamate nur zu 20 bis 30 % absorbiert werden.<sup>14</sup>

Weiter ist von den natürlichen Folaten die (synthetische) Folsäure (FS) (Pteroylmonoglutaminsäure = PGA) abzugrenzen, welche die stabilste Form des Vitamins darstellt, die weit gehend hitzestabile Kernsubstanz, die fast zu 100 % im Darm aufgenommen wird. Diese unterschiedliche Zusammensetzung und Absorption der Folate und FS hat in jüngerer Zeit zum Begriff des sog. „FS-Äquivalents“ geführt. Die Formel lautet wie folgt:

$$\begin{aligned} 1 \text{ FS-Äquivalent} &= 1 \mu\text{g Nahrungsfolat} \\ &= 0.5 \mu\text{g synthetische (galenische) FS (PGA)} \\ &= 0.6 \mu\text{g FS der Nahrung zugesetzt} \end{aligned}$$

Der Begriff „Gesamtfolate“ bezeichnet das Total der Nahrungsfolate, „freies Folat“ die Monoglutamate.<sup>15</sup>

Früher wurde der Folsäurebedarf mit 200 µg/d veranschlagt, wobei nicht näher umschrieben wurde, ob es sich dabei um Gesamtfolat oder freie Folsäure handelte. Diese Werte, im EU-Raum und in der Schweiz noch heute gültigen, legalen Werte, beruhen auf dem Bedarf, der zur Ausreifung der Blutzellpräkursoren notwendig ist. Moderne, wissenschaftliche Dosisempfehlungen basieren hingegen auf Mengen, die zur Absenkung des sog. „Homocysteins“ benötigt werden. Bezogen auf die oben dargestellten Folsäureäquivalente bedeutet dies: zur Nahrung zugesetzte Folsäure wird mit einem Faktor 1,7 dazuberechnet und reine Folsäure mit Faktor 2. Ein Beispiel könnte somit lauten: 260 µg Nahrungsfolat plus 200 µg zugesetzte Folsäure ergibt 600 Folsäure-Äquivalente (260 + [200 x 1,7 = 340]).<sup>16</sup>

<sup>13</sup> EXPERTENBERICHT 2002, S. 23, 26 ff.; KÖTTER-SPIRGI 1999, S. 9.

<sup>14</sup> EXPERTENBERICHT 2002, S. 23 ff.

<sup>15</sup> Vgl. zum Ganzen auch das Merkblatt des BAG vom August 2001 (LM+G 9.01, 40EXT01003): Fakten zum Verbraucherschutz: Folsäure.

<sup>16</sup> TÖNZ 2002, S. 304.

### 3 „OBLIGATER“ ZUSATZ VON FOLSÄURE IM GETREIDEMEHL ALS ZWANGSMEDIKATION

Frage 2 des Fragenkatalogs: Welche Optionen fallen in Betracht, um den Zusatz von Folsäure zum Getreidemehl rechtlich so auszugestalten, dass er „obligat“ bzw. „verbindlich“ (Expertenbericht 2002, 9, 10) wird und das angestrebte Ziel - Prävention von Spina bifida - erreicht werden kann?

- a. An wen kann sich eine entsprechende rechtliche Verpflichtung richten, an die Lebensmittelhersteller, die Lebensmittelverteiler oder die Lebensmittelkonsumenten?
- b. Wie kann eine Verpflichtung ausgestaltet werden, dass damit das angestrebte Ziel erreicht werden kann? (der Vollzug wird wie bei den andern lebensmittelrechtlichen Vorschriften erfolgen).  
Zum Beispiel:
  - i. zwingender Zusatz ohne Ausnahmen
  - ii. zwingender Zusatz mit der Ausnahme des Eigengebrauchs
  - iii. genereller Zusatz im normalen Angebot (deklariert) mit der Möglichkeit von kontrollierbaren Ausnahmen (z.B. Angebot von Produkten mit „folsäurefreiem Mehl“ in bestimmten Verkaufsstellen wie Reformhäusern oder unter bestimmten Labels wie „Knospe“, „Demeter“ o. ä.)
  - iv. generelle Verpflichtung für gewerbsmässige, aber Freiraum für nichtgewerbsmässige Hersteller oder Anbieter
  - v. Andere

#### 3.1 Ziel, Inhalt und Adressaten der Massnahme

##### 3.1.1 Ziel

Mit „obligaten“ Folsäurezusätzen im Getreidemehl wollen staatliche Behörden dafür sorgen, dass bestimmte Krankheiten besser als bisher verhütet werden; diese Krankheiten sollen zwar nicht gänzlich zum Verschwinden gebracht werden, aber bedeutend weniger häufig auftreten. Ursprünglich war das Ziel auf Spina bifida und weitere mit Neuralrohrdefekten (NRD) korrelierter körperlicher Schädigung und Behinderungen mit Krankheitswert beschränkt. Inzwischen sind aber weitere Krankheiten einbezogen worden.

Mit Bezug auf die Verhütung von NRD-korrelierten Krankheitserscheinungen sind bisher für die Schweiz vor allem unverbindliche Empfehlungen von Experten vorhanden. Darin wird zur allgemeinen Reduktion von NRD (Spina bifida, Myelomeningocele, Encephalocele, Anencephalie) empfohlen, dass alle Frauen, die schwanger werden möchten oder könnten, d.h. alle Frauen im gebärfähigen Alter ohne zuverlässigen Konzeptionsschutz, sich mit FS-reichen Lebensmitteln ernähren sollen (Bevorzugung von frischem Gemüse und Früchten, Vollkornprodukte, nach Möglichkeit FS-angereicherte Lebensmittel wie z.B. Frühstückscerealien und –getränke) und zusätzlich kontinuierlich 0,4 mg FS täglich in anderer (galenischer) Form einnehmen sollen<sup>17</sup>. Gemäss Nährwertverordnung (NwV) beträgt die empfohlene Tagesdosis allerdings 200 Mikrogramm Folsäure. Neue Empfehlungen für Erwachsene der Fachgesellschaften für Ernährung Deutschlands, Österreichs und der Schweiz (D-A-CH) sehen

---

<sup>17</sup> Siehe HURST 2000, S. 7.

400 Mikrogramm Folat-Äquivalente pro Tag vor, was nach neuer Definition einer Menge von 200 Mikrogramm Folsäure als Pteroylmonoglutamatsäure (PGA) entspricht. Für Frauen, die schwanger werden wollen oder können, wird ebenfalls täglich die Aufnahme von zusätzlichen 400 Mikrogramm Folsäure (als PGA) empfohlen<sup>18</sup>

Mit Bezug auf andere Krankheiten sind bisher keine Empfehlungen ersichtlich. Es gibt jedoch Expertenmeinungen, denen zufolge erhöhte Folsäurezusätze zur Vorbeugung z. B. gegen Herz-Kreislauf-Erkrankungen, kardiovaskuläre Krankheiten, insbes. Schlaganfälle und Herzanfälle (vgl. Kapitel 6 COMA) sowie Gemütskrankheiten (mood disorders) und Demenz (vgl. Kapitel 7 COMA) wirksam seien; denn eine hohe Folatzufuhr senke das Serum-Homocystein, einen Risikofaktor für Atherosklerose, koronare Herzkrankheiten und Apoplexie (syn. Schlaganfall; Pschyrembel), weniger neuroektodermale Neoplasien (Hirntumoren), verbessere die allgemeine Ernährungssituation, vermindere das Risiko von Missbildungen (auch ausserhalb des Neuralrohrs: andere Fehlbildungen an Herz, Gaumenspalten, Harnwege, Gliedmassen) und Untergewicht bei der Geburt, und ein protektiver Effekt gegen einige Karzinomtypen (v.a. Kolon- und Mammakarzinom, kindliche Leukämien und Hirntumoren) sei zum mindesten wahrscheinlich.

Mit „obligaten“ Folsäurezusätzen möchte man jetzt über diese nicht-behördlichen, nicht-formellen Empfehlungen hinausgehen und dafür sorgen, dass den potentiellen NutzniesserInnen erhöhte Mengen von Folsäure zugeführt werden. Man hat die Anreicherung eines Grundnahrungsmittels – des Getreidemehls – ins Auge gefasst, weil man sich sowohl von der nicht-direktiven als auch von der direktiven Information der Bevölkerung, auch der zielgruppenspezifischen Information, keine Wirkung verspricht, aber auch, weil die Kosten dafür geringer sind als für die Informationsarbeit.

### 3.1.2 Inhalt

#### 3.1.2.1 Mehl als Trägersubstanz

Wie einleitend beschrieben, schlägt die von der Eidgenössischen Ernährungscommission im September 2000 eingesetzte Arbeitsgruppe „Folsäureprophylaxe“ in ihrem Bericht von Oktober 2002 unter anderem folgende Massnahmen vor: „... das in Art. 135 und 136 der LMV umschriebene Backmehl mit 3 mg Folsäure und 10 µg B<sub>12</sub>/kg Mehl anzureichern und zwar auf einer verbindlichen Basis. ...“ und weiter: „... die dazu notwendigen rechtlichen Grundlagen sind einzuleiten. ...“<sup>19</sup>.

Mehl, dem Folsäure zugesetzt werden soll, bildet eines unter verschiedenen Müllereiprodukten. In Art. 134 LMV ist definiert die Produkte, die zu den Müllereiprodukten zählen, namentlich auch Mehl (Buschstabe g), wie folgt:

Art. 134 Müllereiprodukte

<sup>1</sup> Müllereiprodukte sind mechanisch zerkleinerte Getreidearten oder Hülsenfrüchte, die allenfalls zusätzlich behandelt werden.

<sup>2</sup> Je nach Herstellungsverfahren werden unterschieden:

- a. Graupen: die rundlichen, geschälten und polierten Ganz- oder Teilkörner;
- b. Grütze: die geschälten, grob gebrochenen oder geschnittenen Teilkörner;

<sup>18</sup> Siehe *Fakten zum Verbraucherschutz des BAG, Stand August 2001*

<sup>19</sup> Vgl. zum Ganzen: EXPERTENBERICHT 2002.

- c. Flocken, Flöckli: das aus ganzem, geschältem Getreide, aus Nackfrucht oder aus Grütze oder Graupen mit Dampf und anschliessendem Trocknen hergestellte Müllereiprodukt;
- d. Schrot: das bei der groben Zerkleinerung von ganzen Körnern (mit Keimling) anfallende Müllereiprodukt;
- e. Griess: die beim Schroten oder Mahlen anfallenden schalenfreien Endospernteilchen;
- f. Dunst: weiter zerkleinerter und gereinigter feiner Griess;
- g. Mehl: fein gemahlene Körner mit einer Partikelgrösse von mehrheitlich weniger als 180  $\mu$  m;
- h. Keimling: der fett- und proteinhaltige Embryo, mit oder ohne *Scutellum* (Schildchen, Kötyledon), der durch Hitzebehandlung stabilisiert werden kann;
- i. Kleie: das die äusseren nahrungsfaserhaltigen Schichten des Kornes und einen grossen Teil der darunter liegenden Aleuronschicht umfassende Müllereiprodukt;
- k. Gluten (Weizenkleber): die gummiähnliche, elastische Masse, die vorwiegend aus wasserunlöslichem Protein besteht und nach Auswaschen der Stärke und der löslichen Bestandteile des Teiges mit Wasser zurückbleibt;
- l. Quellmehl: Mehl mit verkleistertem Stärkeanteil.

Art. 135 und 136 LMV regeln allerdings nicht nur die lebensmittelrechtlichen Anforderungen an Backmehl, sondern an Normal- und Spezialmehl generell. Sie lauten wie folgt:

#### Art. 135<sup>20</sup> Normalmehl

<sup>1</sup> Normalmehl (Mehl) ist das aus Weizen hergestellte Müllereiprodukt.

<sup>2</sup> Folgende Sorten werden unterschieden:

- a. Weissmehl: vorwiegend aus dem inneren Teil des Getreidekornes gewonnenes Mehl;
- b. Halbweissmehl: nahezu schalenfreies Mehl;
- c. Ruchmehl: Mehl, das noch einen Teil der äusseren Schalenschicht enthält;
- d. Vollkornmehl: aus dem ganzen Getreidekorn gewonnenes Mehl, mit oder ohne äusserste Schalenteile; die Gesamtausbeute muss mindestens 98 Massenprozent des gesamten Getreidekornes betragen.

<sup>3</sup> Zur Verbesserung der Backfähigkeit können dem Mehl bis insgesamt höchstens 5 Massenprozent Dinkel, Roggen, Quellmehle, Gluten (Weizenkleber), enzymaktives Malzmehl sowie Acerolapulver oder andere geeignete Lebensmittel mit einem hohen natürlichen Gehalt an Ascorbinsäure zugegeben werden.

<sup>4</sup> Acerolapulver nach Absatz 3 darf als Trägerstoffe Zutaten wie Maniokstärke, Maltodextrin oder Weizenstärke bis zu 70 Massenprozent enthalten.

#### Art. 136 Spezialmehl

Spezialmehl ist Mehl, das sich von Normalmehl entweder durch seine Zusammensetzung oder durch den Verwendungszweck deutlich unterscheidet (z.B. Dinkelmehl, Roggenmehl, Gerstenmehl, Fünfkornmehl, Mehl mit Zugabe von Weizenkeimlingen, Kuchenmehl, Biskuitmehl).

Obwohl im Bericht nur von „Backmehl“ die Rede ist, ist daran zu denken, dass das in Art. 135 und 136 LMV definierte Mehl nicht nur für Brot (Art. 143 LMV) und sämtliche anderen Backwaren gemäss Art. 146 LMV, sondern auch für Pudding und Crème (Art. 150 LMV), Pudding- und Crèmepulver (Art. 151 LMV) sowie alle Arten von Teigwaren (Art. 152 LMV) Verwendung findet; denn auch diese Produkte

<sup>20</sup> Fassung gemäss Ziff. I der V vom 27. März 2002, in Kraft seit 1. Mai 2002 ([AS 2002 573](#)).

enthalten Müllereiprodukte und können folglich auch Mehl enthalten. Die einschlägigen Bestimmungen der LMV seien hier um der Anschaulichkeit willen wiedergegeben:

Art. 143 Definitionen

<sup>1</sup> Normalbrot (Brot) ist der gebackene Teig, der ausschliesslich aus Normalmehl (Art. 135), Wasser, Speisesalz sowie Backhefe oder Sauerteig hergestellt worden ist.

<sup>2</sup> Spezialbrot ist:

- a. Normalbrot mit Zutaten wie Milch, Fett oder Früchten;
- b. der gebackene Teig aus Spezialmehl (Art. 136) mit oder ohne Zutaten wie Milch, Fett oder Früchten.

Art. 146 Definitionen

<sup>1</sup> Backwaren sind durch Backen oder ähnliche Verfahren (z. B. Extrusion) hergestellte Lebensmittel aus Müllereiprodukten, Zuckerarten, Fetten, Eiern oder Eierbestandteilen, mit oder ohne Füllungen, Überzüge, Garnituren usw.<sup>21</sup> Als weitere Zutaten können Milch und Milchprodukte, Kakao, Schokolade, Couverture, Glasurmassen, Honig, Gewürze, Nüsse, Fruchtzubereitungen usw. verwendet werden.

<sup>2</sup> Feinbackwaren sind süsse oder salzige Backwaren wie Nussgipfel, Brioche, Berliner Pfannkuchen, Brezel oder Salzstängel.

<sup>3</sup> Dauerbackwaren sind Backwaren, die mindestens einen Monat haltbar sind.

Art. 150 Pudding und Crème

<sup>1</sup> Pudding und Crème sind halb feste oder dickflüssige Zubereitungen aus Müllereiprodukten oder Stärke von Getreide, Leguminosen, Kartoffeln oder anderen Knollenfrüchten mit Milch, Fett, Eiern, Zuckerarten, Wasser oder anderen Zutaten.<sup>22</sup>

<sup>2</sup> Sie können geschmackgebende Zutaten wie Fruchtsaft, Kakao, Mandelmehl, gemahlene Nüsse, getrocknete Früchte oder Fruchtbestandteile oder Gewürze enthalten.

Art. 151 Pudding- und Crèmepulver

Pudding- und Crèmepulver muss bei Zubereitung nach Gebrauchsanweisung ein Lebensmittel nach Artikel 150 ergeben.

Art. 152<sup>23</sup> Definition

<sup>1</sup> Teigwaren sind Lebensmittel, die aus Müllereiprodukten hergestellt werden. Sie dürfen Zutaten wie Eier, Milch oder Gemüse enthalten.

<sup>2</sup> Frische Teigwaren sind Teigwaren, die bei der Herstellung nicht getrocknet oder lediglich ange-trocknet werden. Die Behandlung mit heissem Wasser oder mit Wasserdampf ist erlaubt, ebenso die Pasteurisation, Kühlung oder Tiefkühlung.

<sup>3</sup> Sterilisierte Teigwaren sind Teigwaren im Sinne von Absatz 2, die jedoch vor dem Inverkehrbringen sterilisiert werden.

---

<sup>21</sup> Fassung gemäss Ziff. I der V vom 27. März 2002, in Kraft seit 1. Mai 2002 ([AS 2002 573](#)).

<sup>22</sup> Fassung gemäss Ziff. I der V vom 27. März 2002, in Kraft seit 1. Mai 2002 ([AS 2002 573](#)).

<sup>23</sup> Fassung gemäss Ziff. I der V vom 27. März 2002, in Kraft seit 1. Mai 2002 ([AS 2002 573](#)).

„Obligate“ Zusätze von Folsäure im Getreidemehl würden also dazu führen, dass nicht nur in Backwaren oder in speziell angereicherten Produkten erhöhte Folsäuremengen vorhanden wären, sondern in zahlreichen Lebensmitteln des täglichen Gebrauchs, in welchen Getreidemehl mit verarbeitet ist.

### **3.1.2.2 Ausnahmen vom Geltungsbereich des LMG de lege lata**

„Obligate“ Folsäurezusätze würden alles Getreidemehl und die daraus hergestellten Produkte betreffen, die in den sachlichen Geltungsbereich der Lebensmittelgesetzgebung fallen<sup>24</sup>. unterworfen sind. Das eidgenössische Lebensmittelgesetz (LMG) kennt nur wenige Ausnahmen, für die seine Regeln nicht anwendbar sind. Dazu gehören

- die Herstellung für den Eigengebrauch:  
Ausgenommen vom LMG sind gemäss Art. 2 Abs. 4 Buchstabe a „Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, die für den Eigengebrauch bestimmt sind; vorbehalten bleibt das Absinthverbot; ...“.
- Produkte, die in den Geltungsbereich der Heilmittelgesetzgebung fallen<sup>25</sup>:  
Ausgenommen vom sachlichen Geltungsbereich des LMG sind gemäss Art. 2 Abs. 4 Buchstabe b LMG „Stoffe und Erzeugnisse, die von der Heilmittelgesetzgebung erfasst werden; vorbehalten bleiben die lebensmittelpolizeilichen Bestimmungen über die Verwendung von Tierarzneimitteln.“

An sich wäre denkbar, auch die nicht gewerbsmässige Herstellung und Verteilung gewisser Lebensmittel vom Geltungsbereich des LMG auszunehmen, so dass über den Eigengebrauch hinaus die Möglichkeit zur Versorgung mit Produkten bestünde, die nicht mit Folsäure angereichert sind. Doch der Geltungsbereich des LMG erstreckt sich gemäss Art. 2 Abs. 1 und 2 auf jeden Umgang mit den erfassten Lebensmitteln, gleichgültig ob dieser gewerbsmässig ist oder nicht. Für die gesundheitspolizeilichen und konsumentenschützenden Zwecke, die das LMG bestimmen, ist dies plausibel; Mindest- und Höchstgehalte an bestimmten Inhaltsstoffen sollen gewährleisten, dass die Produkte auch dann vollwertig und nicht gesundheitsschädigend sind, wenn sie nicht systematisch verkauft, sondern umsonst verteilt oder in Einzelfällen verkauft werden. Doch für erhöhte Folsäurezusätze, die anderen Zwecken – nämlich der Krankheitsverhütung oder der Gesundheitserhaltung und –förderung – dienen, ist die Unterstellung unter das LMG nicht zwingend.

### **3.1.2.3 Varianten der „obligaten“ Anreicherung**

Liesse sich das Ziel der Massnahme erreichen, wenn nicht allein das Anliegen der Krankheitsverhütung, sondern auch gegenläufige Anliegen mit berücksichtigt werden? Gegenläufig sind vor allem Anliegen der Konsumentenschutzes, der Freiheit der Bestimmung über die eigene Gesundheit sowie der Anspruch auf körperliche Integrität der betroffenen Personen, die alle eine Wahlfreiheit der Abnehmer bedingen. Denkbar sind drei Grundtypen für die Ausgestaltung der Massnahme:

- „Obligate“ Zusetzung von erhöhten Folsäuremengen zu allem vom LMG erfassten Mehl:  
Dies ist die am wenigsten freiheitsfreundliche Variante. Die Wahlfreiheit ist ausgeschlossen; realistischere steht hier nicht einmal der Verzicht auf folsäurefreie Produkte zur Wahl, weil Getreidemehl in zahlreichen Lebensmitteln des täglichen Gebrauchs verarbeitet wird.

---

<sup>24</sup> Siehe zur Lebensmittelgesetzgebung hinten ...

<sup>25</sup> Siehe zur Abgrenzung zwischen der Lebens- und der Heilmittelgesetzgebung hinten ...

Die Variante setzt voraus, dass die betroffenen Personen in der Regel nicht in eigener Verantwortung für ihre Gesundheit sorgen können oder wollen bzw., wenn doch, keine Berechtigung dazu haben.

- „Obligate“ Zusetzung von erhöhten Folsäuremengen zum Getreidemehl generell, aber Sonderregelung für nicht mit Folsäure angereichertes Getreidemehl und entsprechende Produkte („ohne Folsäurezusätze“ als besonderer Fall):

Bei dieser Variante besteht die Möglichkeit einer Wahl von Produkten, die nur den natürlichen Gehalt an Folsäure enthalten. Eine entsprechende Regelung könnte beispielsweise eine besondere Deklaration solcher Produkte, die Verteilung in speziellen Kanälen (z. B. Reformhäuser) usw. vorsehen. Eine Anpreisung als Produkte „ohne Folsäurezusätze“ wäre allerdings mit dem Ziel der Massnahme nicht vereinbar, sofern das Anliegen ist, nicht nur gebärfähigen Frauen, sondern möglichst der gesamten Bevölkerung zusätzliche Folsäuredosen zuzuführen. Daher wäre eine freie Wahl in der Realität nur für Konsumenten gewährleistet, die gut informiert und gesundheitsbewusst sind, nicht aber für jene Zielgruppen, für die dies nicht zutrifft und welche mit der Massnahme gerade erreicht werden sollen. Für diese Zielgruppen würde sich die Regelung faktisch gleich auswirken wie „obligate“ Folsäurezusätze in allem Mehl.

Hier ist vorausgesetzt, dass manche betroffenen Personen fähig und willens sind, in eigener Verantwortung für ihre Gesundheit zu sorgen, andere aber nicht

- „Obligate“ Zusetzung von erhöhten Folsäuredosen nur zu Mehl und Produkten, die als „angereicherte“ Produkte deklariert und / oder angepriesen werden („mit Folsäurezusätzen“ als besonderer Fall):

Diese Variante wäre die freiheitsfreundlichste, weil sie jedermann die Wahl lässt, in eigener Verantwortung und aus eigener Motivation erhöhte Folsäuremengen einzunehmen. Allerdings ist dafür in jedem Fall Aufklärungsarbeit erforderlich, damit die Massnahme für die Krankheitsverhütung wirksam werden kann. In Abhängigkeit davon, ob nur nicht-direktive Informationen vermittelt oder das Konsumverhalten durch direkte Informationen<sup>26</sup>, Anreize oder rechtliche Verpflichtungen beeinflusst werden soll, ist die Wahl freier oder weniger frei. Hier bestünde die Möglichkeit von zielgruppenspezifischen Interventionen.

Diese Variante unterstellt die Fähigkeit (allenfalls mit Unterstützung) und die Bereitschaft der betroffenen Personen generell, eigenverantwortlich für ihre Gesundheit zu sorgen.

Die gegenwärtigen Bestrebungen in der Schweiz sind allem Anschein nach auf die erste Variante gerichtet. Auf diese Variante bezieht sich die Prüfung im vorliegenden Gutachten.

Die rechtlichen Überlegungen gelten aber genauso mit Bezug auf die zweite Variante, mit dem Unterschied, dass der Zwangscharakter nur bestimmte Bevölkerungsgruppen treffen würde (diejenigen nämlich, die gleich aus welchen Gründen nicht in der Lage sind, sich die nötigen Informationen über Lebensmittel ohne Folsäurezusätze zu verschaffen, die Bedeutung von solchen Zusätzen einzuschätzen oder sich ein eigenes Urteil über den Nutzen von erhöhten Folsäuredosen in ihrer Situation zu bilden).

Bei der dritten Variante dagegen fehlt der Zwangscharakter, so dass diese rechtlich anders zu beurteilen wäre. Sie ist aber nicht Gegenstand des Gutachtens.

---

<sup>26</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 3.2.2.2.

### 3.1.3 Adressaten

Als Adressaten für Massnahmen der Behörden, die „obligate“ Folsäurezusätze der ersten oder der zweiten Variante anstreben, fallen die Personen, welche die Folsäuredosen konsumieren sollen, ausser Betracht. Es geht bei beiden Varianten gerade darum, Personen auch ohne oder gegen ihren Willen Folsäure zuzuführen, indem man Produkten, die sie an sich zur Ernährung kaufen, Folsäure zusetzen lässt.

Adressaten können die Müllereien sein. Allerdings haben so Importeure, Grossverteiler und Detaillisten die Möglichkeit, Produkte mit Getreidemehl ohne Zusatz zu vertreiben. Gleich verhält es sich, wenn Massnahmen an die Lebensmittelproduzenten adressiert sind. Werden auch Importeure, Grossverteiler und Detaillisten verpflichtet, nur noch Produkte mit Getreidemehl mit Zusatz zu vertreiben, bleibt den Konsumenten nur noch die Möglichkeit, Getreide selbst zu mahlen und zu verwenden (Eigenverbrauch).

Importeure, Grossverteiler und Detaillisten können den Produkten nicht selbst Folsäure zusetzen, und nur einzelne (z. B. Migros, Coop) haben die nötige Marktmacht, um Zusätze bei den Lieferanten durchzusetzen. Für Lebensmittelproduzenten dürfte Ähnliches gelten. Am wirksamsten erscheint daher, entsprechende Massnahmen an die Müllereien zu adressieren und für Kontrollen zu sorgen, dass Lebensmittelproduzenten nur deren Mehl oder importiertes Mehl mit ebenbürtigen Folsäurezusätzen verarbeiten.

## 3.2 Zwei Wirkungsebenen von „obligat“

Der Ausdruck „obligat“ ist mehrdeutig. Er kann als „verpflichtend“ verstanden werden, wobei mit der Wortwahl vermutlich signalisiert werden soll, dass keine rechtliche Verpflichtung damit gemeint ist, sondern eine moralische oder eine faktische soziale Bindung. In dieser Bedeutung bezieht er sich auf die Anbieterseite; hier sollen Anbietern – Müllereien, Lebensmittelproduzenten, Lebensmittelhandel o. ä. - so eingebunden werden, dass sie dem Getreidemehl erhöhte Folsäuremengen zusetzen. Die Zusetzung von Folsäure ist freilich nur instrumentell im Hinblick auf das eigentliche Ziel, den Abnehmern erhöhte Folsäuremengen zuzuführen.

„Obligat“ kann aber auch die Bedeutung von „obligatorisch“ haben. Dann bezieht sich der Ausdruck eher auf die Abnehmerseite und gibt zu verstehen, dass die Lebensmittelkonsumenten gar nicht mit der Entscheidung konfrontiert sein sollen, ob sie erhöhte Folsäuremengen zu sich nehmen wollen, sondern solche nolens volens hinnehmen müssen. Damit ist die eigentlich gewollte Zielwirkung angesprochen.

### 3.2.1 Unmittelbare instrumentelle Wirkung - Lenkung des Anbieterverhaltens

#### 3.2.1.1 Verbindliche Anordnungen: Verordnung, Verfügungen

Das Anliegen des BAG könnte mit einer förmlichen Verpflichtung von Betrieben, nur Getreidemehl und Produkte mit erhöhten Folsäurezusätze anzubieten, also mit privater Hilfe, realisiert werden, durch Regelung in einer Verordnung allgemein und Anordnung im konkreten Einzelfall in Form einer normalen Verfügung. Eine Verfügung ist die Anordnung einer Behörde (a), mit der im Einzelfall (b) ein

Rechtsverhältnis (c) in einseitiger und verbindlicher Weise (d) gestützt auf öffentliches Recht (e) geregelt wird (vgl. Art 5 VwVG).<sup>27</sup>

Behörde ist jede Verwaltungsinstanz, die mit der Erfüllung von Staatsaufgaben betraut ist. Wer zur Erfüllung einer Staatsaufgabe sachlich, örtlich und funktionell zuständig ist, ist auch kompetent, Verfügungen zu erlassen: Verwaltungsbefugnis schliesst Verfügungsbefugnis ein. Die Verfügungsbefugnis entfällt aber namentlich dann, wenn das Gesetz andere verwaltungsrechtliche Handlungsformen vorschreibt.

Die Verfügung regelt Rechte und Pflichten im Einzelfall für einen individuell bestimmten Adressaten und hinsichtlich eines konkreten Sachverhalts (individuell-konkrete Wirkung).

Ein Rechtsverhältnis liegt insbesondere dann vor, wenn die Anordnung der Verwaltung darauf ausgerichtet ist, Rechte oder Pflichten verwaltungsrechtlicher Natur zwischen Staat und Bürger zu begründen. Keine Verfügungen sind organisatorische Anordnungen und – wie schon erwähnt – Realakte wie Auskünfte, Empfehlungen und nicht-direktive Informationen. Hingegen kann schon eine Androhung von Massnahmen eine Verfügung sein; sie ist es dann, wenn sie eine Vorstufe zu einer möglichen schärferen Massnahme bildet und dadurch die aktuelle Rechtsstellung des Privaten bereits verschlechtert.<sup>28</sup>

Einseitig ist eine Verfügung deshalb, weil die Behörde ohne Einverständnis des Privaten ein Rechtsverhältnis regeln kann. Es ist gerade kein konsensuales Element vorhanden; das letzte Wort bei der Bestimmung von Rechten und Pflichten bleibt bei der Verwaltung. Verbindlichkeit bedeutet, dass die Verfügung zweiseitig rechtswirksam ist, also Gemeinwesen und Private an den Inhalt der Verfügung gebunden sind und dass die Verfügung zwangsweise vollstreckt werden kann.

Die Verfügung muss sich auf öffentliches Recht abstützen. Die Normstufe (Gesetz, Verordnung) ist unerheblich.

Darüber hinaus muss die Verfügung schriftlich in einer der Amtssprachen den Betroffenen zukommen. Sie muss als solche bezeichnet sein, die verfügende Behörde sowie den Adressaten nennen und eine Begründung enthalten. Weiter enthält sie ein Dispositiv und eine Unterschrift.

Eine Aufforderung an die Müllereien, Folsäure zuzusetzen, müsste alle notwendigen Elemente einer Verfügung beinhalten. Dabei stellt sich vor allem das Problem der gesetzlichen Grundlage. Möglicherweise sieht die Lebensmittelgesetzgebung für diese Massnahme eine andere Handlungsform vor oder die Behörde kann sich überhaupt auf keine gesetzliche Grundlage stützen. Dies wird im vorliegenden Gutachten geprüft.

### **3.2.1.2 Formelle Vereinbarungen: Verwaltungsrechtlicher Vertrag**

Denkbar wäre prinzipiell auch, dass die zuständigen Behörden die Zusetzung von Folsäure in verwaltungsrechtlichen Verträgen mit den Müllereien regelt. Ein *verwaltungsrechtlicher Vertrag* ist eine Vereinbarung, die auf übereinstimmender Willenserklärung von zwei oder mehreren Parteien beruht und die Regelung konkreter Verwaltungsrechtsverhältnisse zum Gegenstand hat.<sup>29</sup> Er hat jedoch subsidiäre Funktion, d.h. er kommt nur dort zum Zug, wo zur Regelung verwaltungsrechtlicher Rechte und

---

<sup>27</sup> Zum Verfügungsbegriff TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, S. 156 ff.

<sup>28</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, S. 163.

<sup>29</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, S. 235 ff.

Pflichten die Vertragsform geeigneter erscheint als der Erlass einer Verfügung. Im Gegensatz zur Verfügung, die eine einseitige hoheitliche Anordnung ist, beruht das Zustandekommen des verwaltungsrechtlichen Vertrags auf der Zustimmung aller Beteiligten und begründet gegenseitige Rechte und Pflichten.

Die Regelung von Rechtsverhältnissen durch verwaltungsrechtlichen Vertrag ist dann zulässig, wenn sie vom Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend zugelassen ist. Zudem müssen sachliche Gründe für diese Handlungsform vorliegen und der Vertragsinhalt muss rechtmässig sein.<sup>30</sup>

Für die vorliegende Problematik drängt sich die Frage auf, ob das LMG (oder ein anderes eventuell als Grundlage in Betracht fallendes Gesetz) für diesbezügliche verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Bundesbehörden und Privaten überhaupt Raum lässt. Eine ausdrückliche Ermächtigung ist nicht ersichtlich. Auch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, der Systematik und der bundesstaatlichen Ordnung lässt sich keine stillschweigende Möglichkeit ableiten. Das LMG ist in der Substanz ein Polizeigesetz, d.h. ausser in gewissen Teilbereichen werden Massnahmen und Kontrollen hoheitlicher Art umschrieben und die Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen beim Vollzug des Gesetzes geregelt. Da die Kantone weitgehend für den Vollzug zuständig sind, ist dies ein weiteres Indiz dafür, dass das BAG keine verwaltungsrechtlichen Verträge mit Betrieben abschliessen dürfte.

### 3.2.1.3 Informelle Vereinbarungen: Absprachen

Im modernen Staat kann die Verwaltung dem Individuum auf zwei grundsätzlich verschiedene Weisen entgegentreten: Entweder handelt sie formell. Dann erlässt sie eine einseitig verbindliche Verfügung oder erlässt Rechtsverordnungen, schliesst verwaltungsrechtliche Verträge ab oder verfasst Pläne. Diese Handlungsformen können dadurch charakterisiert werden, dass sie unmittelbare Rechtswirkungen nach sich ziehen. Oder – dies die andere Möglichkeit – eine Verwaltungsinstanz handelt ausserhalb dieser juristisch definierten rechtlichen Handlungsformen. In diesem Fall zielt sie nicht darauf ab, ein bestimmtes Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder aufzuheben. Allerdings kann ihr Handeln in solchen Fällen faktisch ähnliche Funktionen erfüllen wie das formgerechte Handeln, so dass trotzdem besondere rechtliche Anforderungen daran gestellt werden. In der Lehre wird diese Art von Verwaltungshandeln als *tatsächliches bzw. schlichtes Verwaltungshandeln*<sup>31</sup>, *informelles Verwaltungshandeln*<sup>32</sup> oder *Realakt bezeichnet*.<sup>33</sup> Dazu gehören etwa unmittelbare Vollzugshandlungen<sup>34</sup>, Auskünfte, Belehrungen, Zusicherungen, nicht-direktive Informationen, Empfehlungen und Warnungen.

Neben eigentlichen Verträgen werden heute vermehrt *informelle Absprachen* zwischen Verwaltungsinstanzen und Privaten getroffen. Darunter versteht man die formlose Verständigung zwischen Behörde und Bürger über die einvernehmliche Regelung einer Verwaltungsangelegenheit.<sup>35</sup> Die informellen Absprachen dienen – ähnlich wie Informationen oder Empfehlungen (siehe unten) – der Verhaltensbeeinflussung ohne Rechtsbindung. Anders als bei Realakten, die in Form von Empfehlungen ergehen, aber ähnlich wie bei verwaltungsrechtlichen Verträgen wird bei dieser Handlungsform Einver-

<sup>30</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, S. 239.

<sup>31</sup> MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 360 f.

<sup>32</sup> HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 734 ff. sprechen vom *sog. informellen Verwaltungshandeln*.

<sup>33</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, S. 260.

<sup>34</sup> Als klassische Realakte gelten die Verhaftung der Polizei oder die Beschlagnahme von Gegenständen.

<sup>35</sup> TSCHANNEN, Warnungen und Empfehlungen, S. 367.

nehmlichkeit der Parteien vorausgesetzt: Informelle Absprachen sind auch – im Gegensatz zu den einseitigen Empfehlungen – konsensuale (zweiseitige) Arten des Verwaltungshandelns.<sup>36</sup> Sie werden insbesondere dann getroffen, wenn hoheitliche Regelungen vermieden werden sollen, also von der Behörde keine Rechtsbindung angestrebt wird.

Für informelle Vereinbarungen zwischen Müllereien und dem BAG wären folgende Einschränkungen zu beachten: Die Vereinbarung muss konsensual ausgestaltet sein, d.h. die Betriebe sind mit ihren Anliegen einzubeziehen. Darüber hinaus darf sie grundsätzlich nur eine „moralische“ Verpflichtung begründen und sollte rechtlich unverbindlich sein, also keine Rechtsfolgen enthalten. Es wäre also nicht zulässig, den Betrieben mit Sanktionen zu drohen und solche als Konsequenz von Unterlassungen bei der Folsäurezusetzung eintreten zu lassen.

Zu beachten ist auch die bundesstaatliche Kompetenzordnung. Absprachen, auch informelle, müssten durch die Kantone initiiert werden und sind nur rechtmässig, wenn das kantonale Recht eine Grundlage dafür im Gesetzes- oder Verordnungsrecht enthält; denn auch informelle Absprachen beinhalten einen Eingriff in Grundrechte von anderen Anbietern (Wirtschaftsfreiheit), besonders aber der KonsumentInnen (persönliche Freiheit) und bedürfen einer gesetzlichen Grundlage<sup>37</sup>. Das geltende LMG bietet keine Grundlage dafür, so dass den Bundesbehörden der Weg über informelle Absprachen ebenso wie über formelle Vereinbarungen verwehrt ist. Auch die Schaffung einer auf das LMG gestützten verordnungsrechtlichen Basis fällt ausser Betracht, weil das LMG auf die Sicherheit der Lebensmittel, nicht auf die Krankheitsverhütung zugeschnitten ist<sup>38</sup>; wenn schon, müsste das LMG selbst geändert werden. Es bleibt den Bundesbehörden jedoch unbenommen, die Anbieter gestützt auf Art. 12 LMG mittels nicht-direktiver Informationen von den Gesundheits- und Marketing-Vorteilen der Folsäure-Zusätze zu überzeugen und ihnen für die Vermarktung dienliches Wissen zur Verfügung zu stellen, wobei sie an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden sind, also nicht einzelne Anbieter bevorzugt behandeln dürften.

### **3.2.1.4 Informelle Verhaltenslenkung: Empfehlungen an die Adresse der Anbieterseite**

Schliesslich wäre an Empfehlungen gegenüber den Müllereien zu denken. Obwohl diese „weicher“ erscheinen als eine verbindliche Anordnung der Anreicherung, bedürfen auch sie einer gesetzlichen Grundlage, weil sie an die Stelle formeller Verpflichtungen treten und eine äquivalente Funktion wie diese erfüllen<sup>39</sup>.

Ob eine allgemein gehaltene Grundlage im formellen Gesetz genügt und die Massnahme erst auf Verordnungsstufe konkreter geregelt wird, entscheidet sich danach, ob die informelle „Obligation“ zu Folsäurezusätzen einen schweren Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Müllereien bedeuten würde. Davon ist hier nicht auszugehen<sup>40</sup>. Entscheidend ist jedoch, dass eine verordnungsrechtliche Grundlage auf die Zwecke bzw. staatlichen Aufgaben zugeschnitten sein muss, denen die Folsäure-Prophylaxe dienen soll, nämlich auf Aufgaben der Krankheitsverhütung oder der Gesundheitserhaltung. Es wird weiter hinten zu zeigen sein, dass die Lebensmittelgesetzgebung des Bundes diese Zwecke nicht aufnimmt und die Epidemiengesetzgebung des Bundes, die an sich darauf zugeschnit-

---

<sup>36</sup> Vgl. zum Ganzen SCHLETTE, Verwaltung als Vertragspartner, S. 217 ff.

<sup>37</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 8.2.

<sup>38</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.1.

<sup>39</sup> Siehe zur Begründung Ziff. 3.2.2.2 hienach.

<sup>40</sup> Siehe hinten 8.2.2.2.

ten wäre, sachlich explizit nur übertragbare Krankheiten erfasst, also für die mit der Folsäure-Anreicherung anvisierten Krankheiten ausser Betracht fällt, weil diese ausserhalb ihres Geltungsbereichs liegen.

### **3.2.2 Mittelbare Zielwirkung - Zwang gegenüber den Abnehmern**

#### **3.2.2.1 Mittelbarer Zwang als Auswirkung der „Obligation“ der Anbieter**

Wie immer „obligate“ Folsäurezusätze gegenüber den Anbietern durchgesetzt werden, für die Abnehmer sind, wenn die Behörden erfolgreich sind, nur noch Mehl und daraus hergestellte Produkte mit den erhöhten Folsäurezusätzen erhältlich.

Je nach Variante (siehe oben), die gewählt wird, bleibt so entweder der gesamten Bevölkerung oder jenem Teil der Bevölkerung, der nicht in der Lage ist, sich über Getreideprodukte ohne solche Zusätze zu informieren und damit zu versorgen, keine Wahl als die zusätzlichen Folsäuremengen zu sich zu nehmen. Oft dürfte dies zudem im Unwissen geschehen.

Veranlasst durch die staatlichen Behörden und vermittelt durch die Verpflichtung der Anbieter, wird mithin der Konsum erhöhter Folsäuremengen durch die betroffene Bevölkerung erzwungen. Der Zwangskonsum ist eine mittelbare Wirkung behördlichen Handelns, eine Wirkung, die sich indirekt ergibt, aber nicht in Gestalt einer Neben-, sondern der hauptsächlich beabsichtigten Wirkung. Daher sind „obligate“ Folsäurezusätze bezogen auf die betroffene Bevölkerung als Zwangsmassnahme einzuordnen. Weil der Zweck in der Krankheitsverhütung durch ein (medizinisch indiziertes) Einwirken auf den menschlichen Organismus mit einem Stoff chemischen oder biologischen Ursprungs besteht, ist die Massnahme überdies als Zwangsmedikation zu qualifizieren<sup>41</sup>.

Aus diesem Grund konzentrieren sich die Überlegungen im vorliegenden Gutachten auf die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine staatliche Zwangsmedikation.

#### **3.2.2.2 Lenkung des Abnehmerverhaltens als Alternative?**

Als Alternative zu dieser Art von Zwangsmedikation wäre grundsätzlich denkbar, dass die zuständigen Behörden besondere medical claims für Lebensmittel mit Folsäurezusätzen zulassen (allerdings im Rahmen der Heilmittel-, nicht der Lebensmittelgesetzgebung zu regeln<sup>42</sup>) und die Bevölkerung begleitend dazu über Nutzen und Risiken des Konsums von Lebensmitteln, die solche Zusätze enthalten, informieren.

Mit Bezug auf solche Informationen stellt sich ein Abgrenzungsproblem, das für die Beurteilung der Zuständigkeit des BAG und des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage zentrale Bedeutung hat: die Abgrenzung zwischen direktiven und nicht-direktiven behördlichen Informationen:

Staatliche Informationen bewegen sich in einem Spektrum, dessen Endpunkte auf der einen Seite die blosser Vermittlung von Faktenwissen ohne jede Bewertung und auf der anderen Seite die bewusstseins- und verhaltensprägende, manipulative Desinformation bilden. Nicht-direktive Informationen sind

---

<sup>41</sup> Siehe dazu die Definition der Arzneimittel gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG sowie die Qualifikation von Fluorzusätzen in der öffentlichen Trinkwasserversorgung im Kanton Basel Stadt als Zwangsmassnahme im BGE vom 29.6.1990, in ZBI 1/1991, 25ff., 29; siehe auch daselbst S. 27.

<sup>42</sup> Siehe dazu hinten 7.1.1.1, 7.2.1.

näher beim ersten Pol, Warnungen und Empfehlungen näher beim zweiten Pol angesiedelt; liegen beide eng bei der Mitte des Spektrums, können sie ineinander übergehen.

Bei nicht-direktiven Informationen geht es nur darum, der Bevölkerung oder spezifischen Zielgruppen das nötige Wissen zu vermitteln. Diese Art von Information kann auf Art. 12 LMG gestützt werden. Hat die Information über die Bedeutung von erhöhten Folsäuredosen und über die Möglichkeiten der Versorgung mit entsprechenden Produkten daher nur das Ziel der Aufklärung, nicht der Verhaltensbeeinflussung, ist sie als nicht-direktive Information zu qualifizieren.

Anders verhält es sich, wenn die Behörden zuhanden der Bevölkerung oder bestimmter Bevölkerungsgruppen Empfehlungen abgeben, um sie zu einem bestimmten Verhalten - hier: zur Zusetzung von Folsäure in Lebensmitteln (Anbieter) oder zum Konsum von Folsäurezusätzen (Abnehmer) – zu veranlassen. Warnungen und Empfehlungen sind Informationen, die sich an die Öffentlichkeit oder an eine bestimmte Gruppe richten und *verhaltenslenkend* oder *verhaltenssteuernd* wirken sollen<sup>43</sup>. Warnungen zielen auf ein Unterlassen, Empfehlungen auf ein Tun. Verhaltenslenkende Informationen sind darauf ausgerichtet, die Ziele einer bestimmten Gesetzgebung im Kommunikationsprozess zwischen Verwaltung und Bürger umzusetzen. Durch die Vermittlung von Fakten wird eine Verhaltenssteuerung bei den Adressaten angestrebt<sup>44</sup>.

Die Aids-Präventionskampagne des BAG beispielsweise enthält viele Elemente der (direkt wirkenden) Verhaltenssteuerung und der (indirekt wirkenden) Verhaltenslenkung durch Information. Warnungen und Empfehlungen sollen bewirken, dass die epidemische Ausbreitung von Aids verhindert oder zumindest eingegrenzt wird. Diese treten an die Stelle von formellen Verhaltensvorschriften oder –anweisungen und die Anordnung von Zwangsmassnahmen, erfüllen also eine äquivalente Funktion wie jene für die Erfüllung der Ziele der Epidemiengesetzgebung mit Bezug auf Aids.

Anders verhält es sich mit nicht-direktiven Informationen, die im Rahmen der Aids-Kampagne ebenfalls vorkommen. Sie sollen nicht fremdbestimmt ein konkretes Verhalten bewirken, sondern dem einzelnen ermöglichen, sich eine eigene Meinung zu bilden und in eigener Verantwortung selbst zu bestimmen, was er tut und unterlässt. Die Erwartung dabei ist, dass sich verantwortungsbewusste Menschen so verhalten werden, dass weder sie selbst noch andere mit dem HI-Virus angesteckt werden, sofern ihnen klar ist, mit welchem Verhalten Übertragungsrisiken verbunden sind und mit welchem nicht. Die informierende Instanz darf und soll durchaus auch ihre eigene Meinung darüber äussern, welches Verhalten sie als angemessen erachtet; insofern gilt Gleiches wie für die Patientenaufklärung im Rahmen des Informed Consent. Solange sie nicht darauf abzielt, die Informationsadressaten damit zu einer bestimmten Entscheidung resp. einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, ergibt sich daraus noch keine Verhaltenslenkung oder –steuerung.

Entscheidend ist nun, dass nicht-direktive Informationen ohne spezifische Kompetenz- und Gesetzesgrundlage zulässig sind, für direktive Informationen dagegen prinzipiell die gleichen Anforderungen die rechtliche Grundlage gelten wie für rechtsverbindliche Verhaltenspflichten. Die Rechtslage ist deshalb für letztere im Vergleich zu förmlichen Verhaltensverpflichtungen unverändert<sup>45</sup>.

Die Förderung von angereicherten Produkten mit direkter Information, aber auch mit wirtschaftlichen Anreizen durch Produktverbilligung oder ähnlichem zielen auf eine „weiche“ Verhaltenslenkung der

---

<sup>43</sup> NÜTZI, Rechtsfragen, S. 35 ff., 64 ff.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 360 f.; TSCHANNEN, Warnungen und Empfehlungen, S. 365 f. („verhaltenssteuernde Information“).

<sup>44</sup> Im Bezug auf die Aids-Präventionskampagne NÜTZI, Rechtsfragen, S. 54.

<sup>45</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, S. 264.

betroffenen Personen, die rechtlich nicht anders zu behandeln sind als verbindlich angeordnete Folsäureeinnahme-Pflichten, weil sie eine äquivalente Funktion wie diese erfüllen. Was daher im Folgenden zu den Erfordernissen einer gesetzlichen Grundlage, der Verhältnismässigkeit und der Grundrechtsverträglichkeit gesagt wird, bezieht sich auch auf diese Art von „weichem“ Vorgehen staatlicher Behörden.

### **3.3 Würdigung: Zwangsmedikation der gesamten Bevölkerung oder bestimmter Bevölkerungsgruppen**

Mit „obligaten“ Folsäurezusätzen im Getreidemehl will man in erster Linie die Zahl von NRD und der damit verbundenen Krankheitserscheinungen senken (ca. 80 Fälle / Jahr in der Schweiz, je nach täglich zusätzlich aufgenommenen Folsäuremenge und je nach Schätzung um 40 – 70 % reduzierbar). Zudem hofft man allenfalls auch andere, in der Bevölkerung weiter verbreitete Krankheiten zu verhüten, besonders Herz-Gefäss-Erkrankungen oder gewisse Krebsarten. An sich bringen die Folsäurezusätze nur gefährdete Personen einen Nutzen, doch um diese vollständig und möglichst effizient zu erreichen, will man der gesamten Bevölkerung erhöhte Mengen von Folsäure zuführen.

Angereichert würde das Getreidemehl, das in der Lebensmittelgesetzgebung umschrieben und geregelt ist. Es wird nicht nur in Backwaren, sondern auch in Teigwaren, Puddings usw. verarbeitet. Erfasst würde praktisch alles in der Schweiz verwendete Getreidemehl; denn die Lebensmittelgesetzgebung macht nur Ausnahmen für den Eigengebrauch sowie für Lebensmittel und Zusatzstoffe, die in den Geltungsbereich der Heilmittelgesetzgebung fallen.

Um Folsäurezusätze „obligat“ zu machen, können die zuständigen Behörden die Müllereien in unterschiedlichen rechtlichen Formen (z. B. Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag) oder durch informelles Handeln (z. B. Absprachen, Empfehlungen oder andere direktive Information) dazu verhalten, Folsäure in der gewollten Menge zuzusetzen. Flankierend müssten andere Akteure auf der Anbieterseite - Importeure, Lebensmittelproduzenten, Gross- und Detailhandel – dazu verpflichtet werden, nur mit in der Schweiz produziertem oder äquivalentem importiertem Mehl hergestellte Lebensmittel anzubieten.

Auf diesem Weg würde die gewollte Wirkung, nämlich die Versorgung der Bevölkerung, indirekt erreicht. Je nachdem, ob die Möglichkeit von besonders gekennzeichneten, allenfalls auf besonderen Kanälen vertriebenen Getreidemehlen und Produkten „ohne erhöhte Folsäurezusätze“ in der Lebensmittelgesetzgebung vorgesehen würde, wäre die gesamte Bevölkerung oder nur ein Teil davon betroffen. Man will also nicht bestimmten Zielgruppen oder der gesamten Bevölkerung vorschreiben, erhöhte Folsäuremengen zu konsumieren. Auch dies könnte durch formelles (Verhaltensvorschriften) oder informelles (direktive Information, Empfehlungen) behördliches Handeln geschehen. Doch weil die Abnehmer damit nur verpflichtet würden, die Durchsetzung aber nicht gewährleistet wäre, wird nicht dieser Weg anvisiert. Die Konsumentinnen und Konsumenten sollen keine Wahl haben, sondern im Interesse der Krankheitsverhütung auch ohne oder gegen ihren Willen mit der Nahrungsaufnahme zugleich erhöhte Folsäuremengen aufnehmen. Dieses Vorgehen für die Krankheitsverhütung ist als Zwangsmedikation zu qualifizieren.

## 4 KEINE VORBILDER FÜR DIE ZWANGSMEDIKATION MIT FOLSÄURE IM EU- UND IM US-RECHT

*Frage 1 des Fragenkatalogs vom 31.10.2003: Gibt es ausländische Vorbilder für einen obligaten Zusatz von Folsäure zum Getreidemehl, und wie sind die entsprechenden Regelungen ausgestaltet (insbes. USA)?*

In den USA und in Kanada enthält angereichertes Mehl seit dem 1.1.1998 Weizenmehl mit 140 µg FS pro 100 g. Folsäurezusätze kennen auch Ungarn und Chile; in Ungarn werden ebenfalls seit 1998 pro 100 g Mehl je 160 µg FS, 0.8 µg Vitamin B<sub>12</sub> und 1.08 mg B<sub>6</sub> zugesetzt und in Chile wird Weizenmehl seit Anfang 2000 mit 2.2 mg FS pro kg angereichert. In Grossbritannien gelangte das COMA-Komitee zum Schluss, dass eine generelle Anreicherung mit 240 µg FS pro 100 g Mehl erfolgen sollte, wobei die Anreicherung von Grundnahrungsmitteln nach wie vor auf freiwilliger Basis erfolgt.

Der Expertenbericht der Eidgenössischen Expertenkommission ist für die USA und Kanada angegeben: „Anreicherung von Grundnahrungsmitteln: verbindlich, 140 µg / 100 g Getreidekörner“<sup>46</sup>. Die Formulierung insinuiert, dass in den USA und Kanada bereits, wie jetzt für die Schweiz vorgeschlagen, Getreidemehl generell seit dem 1.1.1998 Weizenmehl mit 140 µg FS pro 100 g angereichert werde. Die folgenden Ausführungen zeigen aber, dass dort die besagte Menge von Folsäure dem Mehl bzw. den Produkten zugesetzt sein soll, die als „angereichert“ deklariert und angepriesen werden; daneben sind Mehl und daraus hergestellte Produkte ohne solche Zusätze erhältlich.

Nachstehend werden die Regelungen der EU sowie diejenige der USA näher dargestellt<sup>47</sup>.

### 4.1 Bestehende gesetzliche Regelung in der EU mit (möglicher; Anm. is) Relevanz für Folsäurezusatz

#### 4.1.1 Übersicht über die Regelung

##### 4.1.1.1 Nährwertkennzeichnung

Am 24.09.1990 erliess der Rat der Europäischen Gemeinschaften die Richtlinie 90/496/EWG über die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln.<sup>48</sup> Folgende Gründe wurden dabei in Erwägung gezogen: Es bestehe ein zunehmendes öffentliches Interesse an dem Zusammenhang zwischen Ernährung und Gesundheit sowie an der Wahl einer geeigneten, auf individuelle Bedürfnisse abgestellten Ernährung. Die Kenntnis von Ernährungsgrundsätzen und eine angemessene Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln würden weitgehend dazu beitragen, die Verbraucher bei ihrer Wahl zu unterstützen. Die Nährwertkennzeichnung solle weitere Massnahmen auf dem Gebiet der Aufklärung der Öffentlichkeit über Ernährungsfragen fördern. Weiter hielt der Rat fest, dass die Richtlinie 79/112/EWG des Rates vom 18.12.1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür<sup>49</sup>, bereits allgemeine Etikettierungsvorschriften

<sup>46</sup> Vgl. zum Ganzen: EXPERTENBERICHT 2002, insbesondere S. 48 ff. und Tabelle 11, S. 53.

<sup>47</sup> Die Übersicht ist im wesentlichen von Lilian Ischi erstellt worden und ihr zu verdanken.

<sup>48</sup> ABl. Nr. L 276 vom 06.10.1990, S. 0040 ([www.europa.eu.int/...](http://www.europa.eu.int/))

<sup>49</sup> ABl. Nr. L 33 vom 08.02.1997, S. 1 ([www.europa.eu.int/...](http://www.europa.eu.int/))

ten und Definitionen enthalte. Aus diesem Grunde könne die Richtlinie 90/496/EWG auf Vorschriften über die Nährwertkennzeichnung beschränkt werden.

In der Zwischenzeit wurde die Richtlinie 79/112/EWG durch die am 20.03.2000 vom Europäischen Parlament und dem Rat erlassene Richtlinie 2000/13/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür<sup>50</sup> kodifiziert und aufgehoben. Rat und Parlament waren der Meinung, dass es sich aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit empfahl, die seit Erlass mehrfach in wesentlichen Punkten geänderte Richtlinie 79/112/EWG zu kodifizieren. Durch diese Neukodifizierung wurde jedoch die Richtlinie 90/496/EWG, deren relevante Bestimmungen nachfolgend aufgeführt werden, nicht betroffen und befindet sich nach wie vor in Kraft.

Zur Richtlinie 2000/13/EG vom 20.03.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür ist folgendes zu bemerken: Da die „Vorgänger“-Richtlinie 79/112/EWG v. 18.12.1978 mehrfach in wesentlichen Punkten geändert wurde, empfahl es sich aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit, die gesamte Richtlinie zu kodifizieren. Mit der neukodifizierten RL sollten die allgemeinen, horizontalen Gemeinschaftsregeln für alle Lebensmittel festgesetzt werden, die in den Handel gebracht würden. Weiter sollten die Regeln für die Etikettierung auch das Verbot enthalten, den Käufer zu täuschen oder den Lebensmitteln medizinische Eigenschaften zuzuschreiben. Um wirksam zu sein, müsse dieses Verbot auf die Aufmachung der Lebensmittel und auf die Lebensmittelwerbung ausgedehnt werden.

Artikel 1: (1) Diese RL gilt für die Etikettierung von Lebensmitteln, die ohne weitere Verarbeitung an den Endverbraucher abgegeben werden sollen, sowie für bestimmte Aspekte ihrer Aufmachung und der für sie durchgeführten Werbung. ...

Artikel 2: (1) Die Etikettierung und die Art und Weise, in der sie erfolgt, dürfen nicht

a) geeignet sein, den Käufer irreführen, und zwar insbesondere nicht

i) über die Eigenschaften des Lebensmittels, namentlich über Art, Identität, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung oder Herkunft und Herstellungs- oder Gewinnungsart;

ii) durch Angabe von Wirkungen oder Eigenschaften, die das Lebensmittel nicht besitzt;

iii) indem zu verstehen gegeben wird, dass das Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Eigenschaften besitzen;

b) vorbehaltlich der Gemeinschaftsvorschriften über natürliche Mineralwasser und Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind, einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaften entstehen lassen. ...

(ANHANG I enthält die Kategorien von Zutaten, bei denen der spezifische Name durch die Angabe der Klasse ersetzt werden kann; ANHANG II bezeichnet die Kategorien von Zutaten, bei denen die Bezeichnung unter dem Namen der Klasse, gefolgt von ihrem spezifischen Namen oder der EG-Nummer zwingend vorgeschrieben ist; ANHANG III regelt die Bezeichnung von Aromen in der Zutatenliste).

<sup>50</sup> ABl. Nr. L 109 vom 06.05.2000, S. 29 ([www.europa.eu.int/...](http://www.europa.eu.int/))

Am 6.09.2001 hat die Kommission einen Vorschlag zur Änderung der Grundrichtlinie 2000/13/EG vorgelegt. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes der Verbraucher ein hohes Niveau erreicht und das Recht der Verbraucher gewährleistet werden soll und deshalb sei sicherzustellen, dass die Verbraucher insbesondere durch Angabe aller Zutaten in der Etikettierung in angemessenem Umfang informiert würden. Gemäss Artikel 6 der RL 2000/13/EG v. 20.03.2000 müssten bestimmte Stoffe nicht im Verzeichnis der Zutaten erscheinen. Bestimmte Zutaten, die Bestandteil von Lebensmitteln sind, könnten bei Verbrauchern in der Gemeinschaft Allergien oder Unverträglichkeiten auslösen; einige dieser Allergien oder Unverträglichkeiten stellten eine Gefahr für die Gesundheit der Personen dar, die daran leiden.

In Ergänzung der RL 2000/13/EG v. 20.03.2000, welche allgemeine Etikettierungsvorschriften und Definitionen enthält, sowie in Ergänzung der RL 90/496/EWG v. 24.09.1990 über die Nährwertkennzeichnung, welche nicht für Nahrungsergänzungsmittel gilt, erliessen das Europäische Parlament und der Rat am 10.06.2002 die Richtlinie 2002/46/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel.

Ziel der RL war die Harmonisierung der Vorschriften bezüglich Definition, Zusammensetzung und Etikettierung von Nahrungsergänzungen, die in der Europäischen Gemeinschaft vertrieben werden dürfen. Neben dem Ziel, ein hohes Schutzniveau für den Verbraucher zu gewährleisten, sollte auch der freie Warenverkehr mit diesen Lebensmitteln sichergestellt werden. Der Anwendungsbereich der RL bezieht sich auf Nahrungsergänzungen, die aus Nährstoff-Konzentraten bestehen und in dosierter Form in den Verkehr gebracht werden (z.B. Kapseln, Tabletten, Pulverbeutel etc.), um die Nährstoffzufuhr im Rahmen der normalen Ernährung zu ergänzen (vgl. Artikel 2 lit. a und b).

Artikel 4 (1) der RL hält fest: „... im Falle von Vitaminen und Mineralstoffen dürfen vorbehaltlich des Absatzes 6 (= Übergangsregelung befristet bis 31.12.2009, Anm. v.V.) nur die in Anhang I aufgeführten Vitamine und Mineralstoffe, in den in Anhang II aufgeführten Formen für die Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln verwendet werden.“

Nach Artikel 5 (1) werden „für Vitamine und Mineralstoffe, die in Nahrungsergänzungsmitteln enthalten sind, Höchstmengen, bezogen auf die vom Hersteller empfohlene Tagesdosis, festgesetzt, wobei folgenden Mengen Rechnung zu tragen ist:

- a) den sicheren Höchstmengen an Vitaminen und Mineralstoffen, die durch eine wissenschaftliche Risikobewertung auf der Grundlage allgemein anerkannter wissenschaftlicher Daten ermittelt werden, wobei gegebenenfalls die unterschiedlichen Sensibilitäten der einzelnen Verbrauchergruppen zu berücksichtigen sind,
- b) den Mengen an Vitaminen und Mineralstoffen, die im Rahmen der Ernährung aus anderen Quellen zugeführt werden.

In Abs. (2) des Artikels 5 werden zudem „bei der Festsetzung der in Absatz 1 genannten Höchstmengen die Bevölkerungsreferenzmengen für Vitamine und Mineralstoffe gebührend berücksichtigt.“ Weiter hält Abs. (3) fest, dass zur Gewährleistung, „dass Nahrungsergänzungsmittel Vitamine und Mineralstoffe in ausreichender Menge enthalten, gegebenenfalls Mindestmengen, bezogen auf die vom Hersteller empfohlene Tagesdosis, festzusetzen sind.“

Weiter schreibt Artikel 6 Abs. (3) folgende zwingende Angaben der Kennzeichnung vor:

...

- b) die empfohlene tägliche Verzehrsmenge in Portionen des Erzeugnisses;
- c) einen Warnhinweis, die angegebene empfohlene Tagesdosis nicht zu überschreiben,
- d) einen Hinweis darauf, dass Nahrungsergänzungsmittel nicht als Ersatz für eine abwechslungsreiche Ernährung verwendet werden sollten, ...“

Artikel 8 Abs. (1) hält fest, dass

„die Menge der Nährstoffe oder sonstigen Stoffe, mit ernährungsspezifischer oder physiologischer Wirkung, die in dem Erzeugnis enthalten ist, in numerischer Form auf dem Etikett anzugeben ist. Für Vitamine und Mineralstoffe sind die in Anhang I angegebenen Einheiten zu verwenden.“

Abs. (3) spezifiziert weiter:

„Informationen über Vitamine und Mineralstoffe sind gegebenenfalls auch als Prozentsatz der im Anhang der RL 90/496/EWG genannten Referenzwerte anzugeben.“

ANHANG I enthält die Liste der Vitamine und Mineralstoffe, die bei der Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln verwendet werden dürfen fest; hier erscheint unter 1. Vitamine auch die Angabe „Folsäure (µg)“. ANHANG II enthält die Formen der Vitamine und Mineralstoffe, welche für die Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln verwendet werden dürfen, nämlich unter „Ziffer 10. Folsäure, a) Pteroylmonoglutaminsäure“.

In Ergänzung der Richtlinie 79/112/EWG des Rates vom 18.12.1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür<sup>51</sup> erliess der Rat am 24.09.1990 die Richtlinie 90/496/EWG über die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln.<sup>52</sup> Diese Richtlinie ist, mit Änderungen, nach wie vor in Kraft, obwohl die Richtlinie 79/112/EWG inzwischen durch die am 20.03.2000 vom Europäischen Parlament und dem Rat erlassene Richtlinie 2000/13/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür<sup>53</sup> kodifiziert und aufgehoben wurde<sup>54</sup>.

Die relevanten Bestimmungen der Richtlinie 90/496/EWG lauten wie folgt:

Artikel 1

(1) Diese Richtlinie betrifft die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln, die in unverändertem Zustand an den Endverbraucher abgegeben werden. ...

(2) Diese Richtlinie gilt nicht für

- natürliches Mineralwasser sowie anderes für den menschlichen Gebrauch bestimmtes Wasser,
- Nahrungsergänzungen.

(3) Diese Richtlinie gilt unbeschadet der Etikettierungsbestimmungen der Richtlinie 89/398/EWG des Rates vom 3. Mai 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Le-

<sup>51</sup> ABI. Nr. L 33 vom 08.02.1979, S. 1. ([www.europa.eu.int/...](http://www.europa.eu.int/))

<sup>52</sup> ABI. Nr. L 276 vom 06.10.1990, S. 0040. ([www.europa.eu.int/...](http://www.europa.eu.int/))

<sup>53</sup> ABI. Nr. L 109 vom 06.05.2000, S. 29. ([www.europa.eu.int/...](http://www.europa.eu.int/))

<sup>54</sup> Als Ergänzung zu RL 2000/13/EG wurde RL 2002/46 EG v. 10.06.2002 erlassen, welche explizit für Nahrungsergänzungsmittel, welche als Lebensmittel in den Verkehr gebracht werden und als solche aufgemacht werden. Diese Regelung gilt spezifisch für eine breite Palette von Nährstoffen und anderen Zutaten, u.a. aber nicht ausschliesslich ,für Vitamine, Mineralstoffe etc.)

bensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind (1), sowie der in Artikel 4 derselben Richtlinie vorgesehenen Einzelrichtlinien.

(4) Im Sinne dieser Richtlinie gilt folgendes:

a) „Nährwertkennzeichnung“ bedeutet alle in der Etikettierung erscheinenden Angaben über

i) Energiewert;

ii) folgende Nährstoffe:

- Eiweiss ...
- die im Anhang aufgeführten und gemäss den dort angegebenen Werten in signifikanten Mengen vorhandenen Vitamine oder Mineralstoffe.
- Änderungen der Liste der Vitamine und Mineralstoffe sowie ihrer empfohlenen Tagesdosis werden nach dem Verfahren des Artikels 10 festgelegt; ...

k) „Durchschnittswert“ bedeutet den Wert, der die in einem bestimmten Lebensmittel enthaltenen Nährstoffmengen am besten repräsentiert und jahreszeitlich bedingte Unterschiede, Verbrauchsmuster und sonstige Faktoren berücksichtigt, die eine Veränderung des tatsächlichen Wertes bewirken können.

#### Artikel 2

(1) Vorbehaltlich des Absatzes 2 ist die Nährwertkennzeichnung freiwillig.

(2) Wird auf dem Etikett, in der Aufmachung oder in der Werbung mit Ausnahme produktübergreifender Werbekampagnen eine nährwertbezogene Angabe gemacht, so ist die Nährwertkennzeichnung zwingend vorgeschrieben.

#### Artikel 3

Zugelassen sind nur nährwertbezogene Angaben über den Energiewert und die Nährstoffe gemäss Artikel 1 Abs. 4 Buchstabe a) Ziffer ii) sowie über die Stoffe, die einer dieser Nährstoffgruppen angehören oder deren Bestandteile bilden. ...

#### Artikel 4

(1) Erfolgt eine Nährwertkennzeichnung ...

(3) Die Nährwertkennzeichnung kann auch Mengen eines oder mehrerer der nachfolgenden Stoffe umfassen:

- Stärke ...

- die im Anhang aufgeführten und gemäss den dort angegebenen Werten in signifikanten Mengen vorhandenen Vitamine oder Mineralstoffe.

(4) Bezieht sich eine nährwertbezogene Angabe auf Stoffe, die einer der in den Absätzen 1 und 3 genannten Nährstoffgruppen angehören oder deren Bestandteil bilden, so ist die Angabe des Gehalts zwingend vorgeschrieben. ...

#### Artikel 6

(1) Die Angabe des Energiewerts und des Gehalts an Nährstoffen oder Nährstoffbestandteilen hat in Zahlen zu erfolgen. Dabei sind folgende Einheiten zu verwenden:

1.2 // ... Milligramm (mg) // Vitamine und Mineralstoffe // die im Anhang spezifizierten Einheiten.

(2) Die Angaben erfolgen je 100 g bzw. je 100 ml. Zusätzlich kann diese Angabe je Portion erfolgen, die mengenmässig auf dem Etikett festgelegt ist, oder je Portion, sofern die Anzahl der in der Verpackung enthaltenen Portionen angegeben ist. ...

(5) a) Angaben über Vitamine und Mineralstoffe müssen zusätzlich als Prozentsatz der im Anhang empfohlenen Tagesdosen (Recommended Daily Allowances – RDA) je in Absatz 2 aufgeführter Menge ausgedrückt werden.

b) Der Prozentsatz der empfohlenen Tagesdosis von Vitaminen und Mineralstoffen kann auch als bildliche Darstellung angegeben werden. ...

#### **ANHANG**

Vitamine und Mineralstoffe, die in der Angabe enthalten sein können, und ihre empfohlene Tagesdosis (Recommended Daily Allowance – RDA)

...

**Vitamin B6 mg 2**

**Folacin µg 200**

**Vitamin B12 µg 1**

...

In der Regel sollte eine Menge von 15 % der in diesem Anhang angegebenen empfohlenen Tagesdosis in 100 g oder 100 ml oder in einer Packung, sofern die Packung nur eine einzige Portion enthält, bei der Festsetzung der signifikanten Menge berücksichtigt werden.

Mit der Richtlinie über die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln (90/496/EWG) wurden Gemeinschaftsvorschriften für die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln geschaffen. Einerseits sollte damit der freie Verkehr von Lebensmitteln in der Gemeinschaft erreicht werden, andererseits sollte ebenfalls der Verbraucherschutz gewährleistet sein. Weiter liess sich der Rat, wie bereits kurz erwähnt, von der Überlegung leiten, dass die Kenntnis von Ernährungsgrundsätzen und eine angemessene Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln weitgehend dazu beitragen würde, die Verbraucher bei ihrer Wahl zu unterstützen. Ausserdem sollte die Nährwertkennzeichnung weitere Massnahmen auf dem Gebiet der Aufklärung der Öffentlichkeit über Ernährungsfragen fördern und Lebensmittel, bei denen eine Nährwertkennzeichnung erfolgt, sollten den in der Richtlinie niedergelegten Vorschriften entsprechen. Als längerfristiges Ziel sah der Rat vor, die beteiligte Wirtschaft und insbesondere auch Klein- und Mittelbetriebe zu veranlassen, eine Nährwertkennzeichnung bei einer möglichst grossen Anzahl von Erzeugnissen anzubringen. Die Leitlinien des Codex Alimentarius für die Nährwertkennzeichnung sollten bei Erlass der vorliegenden Richtlinie ebenfalls berücksichtigt werden.

Das EU-Recht regelt die Zusetzung von Vitaminen in Nahrungsmitteln nicht, sondern nur deren Deklaration im Fall, dass sie erfolgt. Folsäurezusätze sind also gemäss EU-Recht zulässig, aber im Interesse der Konsumenteninformation zu deklarieren. Eine Verpflichtung der Lebensmittelanbieter, Folsäure zuzusetzen, ergibt sich daraus jedoch nicht. Die Richtlinie 90/496/EWG über die Nährwertkennzeichnung dient wie oben ausgeführt der Förderung des freien Warenverkehrs in der Gemeinschaft sowie den Zielen des Verbraucherschutzes. Weiter sollen die Verbraucher bei der Wahl von Lebensmitteln durch die Kennzeichnung unterstützt werden. Etwas anderes lässt sich der RL nicht entnehmen; weder legt sie Grenzwerte fest, (spricht sie doch lediglich von RDA = Recommended Daily Allowances), noch kann sie m.E. als Grundlage für die „Zwanganreicherung von Lebensmitteln“ mit irgendwelchen Stoffen beigezogen werden.

Es ist anzunehmen, dass in den Ländern der europäischen Gemeinschaft, ebenso wie in der Schweiz, verschiedene Lebensmittel im Handel sind (z.B. Getränke, Cerealien und Milchprodukte etc.), die im Rahmen der vorhandenen Gesetzgebung und auf freiwilliger Basis mit einem zusätzlichen Anteil an Folsäure angereichert werden (durch die Industrie und nicht gestützt auf staatliche Intervention), was die durchschnittliche Folsäure-Zufuhr für verschiedene Bevölkerungsgruppen, je nach Ernährungsgewohnheit, erhöhen dürfte. Trotz den in einigen Ländern, z.B. Dänemark, Frankreich, Deutschland, den Niederlanden, Norwegen, Schweden und dem Vereinigten Königreich bestehenden speziellen Empfehlungen für Frauen, besonders vor und in den ersten Wochen einer Schwangerschaft zusätzlich

Folsäure einzunehmen, hat bisher keines der erwähnten Länder eine verbindliche, obligatorische Anreicherung eines Grundnahrungsmittels eingeführt.<sup>55</sup>

#### **4.1.1.2 Lebensmittel für eine besondere Ernährung**

Für Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind, erliess der Rat am 3.05.1989 die Richtlinie 89/398/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind.<sup>56</sup> Die betreffenden Lebensmittel sollen sich für den angegebenen Ernährungszweck eignen und werden mit dem Hinweis darauf in den Verkehr gebracht, dass sie für diesen Zweck geeignet sind. Eine besondere Ernährung muss den besonderen Ernährungserfordernissen folgender Verbrauchergruppen entsprechen: Personen, deren Verdauungssystem oder Stoffwechsel gestört ist, oder Personen, die sich in besonderen physiologischen Umständen befinden, oder gesunde Säuglinge oder Kleinkinder. Im ANHANG I der RL sind die Gruppen von Lebensmitteln aufgeführt, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind und für die in Einzelrichtlinien besondere Vorschriften erlassen werden sollen. Es handelt sich dabei um: Säuglingsfertiernahrung; Folgemilch und andere Folgelebensmittel; sonstige Lebensmittel für Säuglinge und Kleinkinder; Lebensmittel mit niedrigem oder reduziertem Brennwert zur Gewichtsüberwachung; Diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diäten); Natriumarme Lebensmittel einschliesslich Diätsalze, die einen niedrigen Natriumgehalt aufweisen oder natriumfrei sind; glutenfreie Lebensmittel; Lebensmittel für intensive Muskelanstrengungen, vor allem für Sportler; Lebensmittel für Personen, die unter einer Störung des Glucosestoffwechsels leiden (Diabetiker). Dabei bestand Einvernehmen darüber, dass Erzeugnisse, die sich bei der Genehmigung der RL bereits im Handel befänden, von dieser RL nicht berührt würden.

Am 19.12.1996 erliess das Europäische Parlament und der Rat die RL 96/84/EG zur Änderung der RL 89/398/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind; dabei ging es vor allem um eine Änderung des Artikels 4 der RL 89/398/EWG. Damit sollte ein Verfahren zur vorübergehenden Zulassung, d.h. für die Dauer von zwei Jahren, des Inverkehrbringens von Lebensmitteln vorgesehen werden, die im Rahmen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts entwickelt wurden und nicht den Zusammensetzungsregeln der Einzel-RL entsprechen.

Weiter erliessen das europäische Parlament und der Rat am 07.06.1999 die RL 1999/41/EG zur Änderung der RL 89/398/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind; nebst der Einfügung der Artikel 4 a und 4 b, erhielt Anhang I der RL 89/398/EWG eine neue Fassung. Insbesondere ging es darum, die Liste jener Gruppen von Lebensmitteln einzugrenzen, für welche die RL 89/398/EWG den Erlass von Einzelrichtlinien vorsieht. Damit sollten auch unnötig detaillierte Rechtsvorschriften vermieden werden. Künftig würden für natriumarme Lebensmittel und Lebensmittel für Diabetiker die allgemeinen Bestimmungen gelten.

Weiter wurden folgende Einzelrichtlinien, gestützt auf RL 89/398/EWG, Artikel 4 erlassen:

- Richtlinie 96/5/EG, Euratom der Kommission vom 16.02.1996 über Getreidebeikost und andere Beikost für Säuglinge und Kleinkinder<sup>57</sup>; diese wurde mit RL 98/36/EG der Kommission vom

---

<sup>55</sup> VGL. KÖTTER-SPIRGI 1999, TAFEL 7, S. 34.

<sup>56</sup> ABI Nr. L 186 v. 30.06.1989, S. 0027 ff.

<sup>57</sup> ABI Nr. L 049 v. 28.02.1996, S. 0017 ff.

2.06.1998<sup>58</sup> insofern geändert als die Anhänge der RL 96/5 welche Höchstwerte für bestimmte Stoffe festlegen, die zu nährwertrelevanten Zwecken zugesetzt werden, erforderlichenfalls geändert werden können. Es wird neu ANHANG VI angefügt, welcher die „Höchstmengen festlegt für Vitamine, Mineralien und Spurenelemente, wenn sie Getreidebeikost und anderer Beikost für Säuglinge und Kleinkinder zugesetzt werden“, und weiter ausführt, dass die „Nährstoffanforderungen sich auf das verzehrfertige Erzeugnis beziehen, das als solches auf den Markt gebracht oder nach den Anweisungen der Hersteller rekonstituiert wird, ...“. Für den Nährstoff „Folsäure ( $\mu\text{g}$ )“ wird dabei ein Höchstwert von 50 je 100 kcal festgelegt.

- Richtlinie 96/8/EG der Kommission vom 26.02.1996 über Lebensmittel für kalorienarme Ernährung zur Gewichtsverringerung<sup>59</sup>: darin sind die Anforderungen an die Zusammensetzung und Etikettierung dieser Lebensmittel festgelegt.
- Richtlinie 91/321/EWG der Kommission vom 14.05.1991 über Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung<sup>60</sup>: auch hier wird in den Anhängen eine Mindest- bzw. Höchstmenge von Folsäure, je nachdem, ob es sich um Anfangs- oder Folgenahrung handelt, festgelegt.
- weiter wurde die Richtlinie 1999/21/EG der Kommission vom 25.03.1999 über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke<sup>61</sup> erlassen, welche in Art. 4 Abs. lit. b festhält, dass
 

„... die durchschnittliche Menge sämtlicher in dem Erzeugnis enthaltener und im Anhang aufgeführter Mineralstoffe und Vitamine als Zahlenangabe pro 100 g oder pro 100 ml des Erzeugnisses bei Verkauf und gegebenenfalls pro 100 g oder pro 100 ml des gemäss den Anweisungen des Herstellers gebrauchsfertig zubereiteten Erzeugnisses. ...“

Im Anhang wird unter dem Titel „Wesentliche Zusammensetzung von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke“, Ziffer 3 ausgeführt:

„Vitamine und Mineralstoffe dürfen in Erzeugnissen im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchstabe c), die eigens für Säuglinge bestimmt sind, nicht in höheren als den in Tabelle 1 angegebenen Höchstmengen enthalten sein; hiervor bleiben Änderungen hinsichtlich eines oder mehrerer dieser Nährstoffe unberührt, sofern sie aufgrund der Zweckbestimmung des Erzeugnisses erforderlich sind.“

Weiter hält Ziffer 4 fest:

„Sofern dies nicht den aus der Zweckbestimmung resultierenden Erfordernissen zuwiderläuft, sind Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, die eigens für Säuglinge bestimmt sind, mit den Vorschriften über andere Nährstoffe konform, die für Säuglingsanfangsnahrung bzw. Folgenahrung gelten und in Richtlinie 91/321/EWG und ihren Änderungsrichtlinien festgeschrieben sind.“

In Tabelle 1 des Anhangs finden sich die Werte für Vitamine etc. in diätetisch vollständigen Lebensmitteln für Säuglinge, welche pro 100 kJ im Minimum 1  $\mu\text{g}$  und im Maximum 6  $\mu\text{g}$  Folsäure, und pro 100 kcal Minimum 4  $\mu\text{g}$  und Maximum 25  $\mu\text{g}$  Folsäure betragen. In Tabelle 2 finden sich die Werte für Vitamine etc. in diätetisch vollständigen Lebensmitteln, die nicht für Säuglinge bestimmt sind n= Folsäure ( $\mu\text{g}$ ), pro 100 kJ min. 2,5, max. 12,5 und pro 100 kcal min. 10, max. 50.

- Richtlinie 2001/15/EG vom 15.02.2001<sup>62</sup> über Stoffe, die Lebensmitteln, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind, zu besonderen Ernährungszwecken zugefügt werden dürfen: Darin wird

<sup>58</sup> ABI Nr. L 167 v. 02.06.1998, S. 0023 f.

<sup>59</sup> ABI Nr. L 055 v. 06.03.1996, S. 0022 ff.

<sup>60</sup> ABI Nr. L 175 v. 04.07.1991, S. 0035 ff.

<sup>61</sup> ABI Nr. 91 v. 07.04.1999, S. 0029 ff.

<sup>62</sup> ABI. Nr. L 52 v. 22.02.2001, S.19 ff.

festgelegt, welche Nährstoffe in Lebensmitteln, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind, enthalten sein dürfen, und zwar: die im Anhang der RL aufgeführten chemischen Stoffe, die unter bestimmte Kategorien (Vitamine, Mineralstoffe, Aminosäuren, etc.) fallen; diese chemischen Stoffe wurden nach dem Kriterium der Sicherheit ausgewählt, ausserdem nach ihrer Verfügbarkeit für die menschliche Nutzung sowie organoleptischen und technischen Eigenschaften; es gelten die Reinheitskriterien, die durch das Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf die Herstellung von Lebensmitteln insgesamt festgelegt wurden, oder, falls solche nicht vorliegen, die von internationalen Einrichtungen empfohlenen allgemein akzeptablen Reinheitskriterien. Die Lebensmittel, denen diese Nährstoffe zugefügt werden, müssen sicher sein und den besonderen Ernährungsbedürfnissen des Personenkreises gerecht werden, für den sie bestimmt sind. Der Handel mit Erzeugnissen, die dieser RL nicht entsprechen, ist ab 1.04.2004 untersagt.

Im Anhang der RL 2001/15/EG ist der Stoff Folsäure, Vitamin B9 (Pteroylglutaminsäure) aufgeführt; dieser kann in „allen LBE“ zugefügt werden. „alle LBE = diätetische Lebensmittel für eine besondere Ernährung, einschliesslich LBMZ (= Lebensmittel für eine bes. Ernährung, die für bes. med. Zwecke bestimmt sind), aber mit Ausnahme von Säuglingsfertiernahrung, Folgenahrung, Getreidebeikost und anderer Beikost für Säuglinge und Kleinkinder.

#### **4.1.2 Erlaubnis und Höchstgrenze für Folsäurezusätze in Lebensmitteln**

In den hievordrprüften Unterlagen des EU-Rechts sind keine Grundlagen für „obligate“ Folsäurezusätze in einem Grundnahrungsmittel ersichtlich. Ein Unterschied besteht darin, dass das schweizerische Recht solche Zusätze explizit nicht nur zur Steigerung des Nährwerts, sondern auch „aus Gründen der Volksgesundheit“ zulässt<sup>63</sup>. Sowohl nach EU-Recht als auch nach schweizerischem Recht handelt es sich aber nur um eine Erlaubnis für die Zusetzung eines unter vielen anderen Zusatzstoffen, die mangels einer solchen Erlaubnis verboten wäre.

### **4.2 Bestehende gesetzliche Regelung in den USA mit Relevanz für Folsäurezusatz**

#### **4.2.1 Übersicht über die Regelung**

##### **4.2.1.1 Grundlagen**

In den USA ist mit 140 µg FS pro 100 g angereichertes Weizenmehl seit dem 1.1.1998 zulässig<sup>64</sup>. Da in Kanada die gleichen Bestimmungen wie in den USA gelten, werden in Zusammenhang mit dem vorliegenden Rechtsgutachten lediglich die in den USA geltenden Bestimmungen analysiert.

Inhaltsübersicht zu FDA Federal Register Documents, Code of Federal Regulations & Food, Drug, and Cosmetic Act  
([www.cfsan.fda.gov...](http://www.cfsan.fda.gov...))

Inhaltsübersicht Federal Food, Drug, and Cosmetic Act: Portions revised or new – As Amended by the FDA Modernization Act of 1997  
([www.fda.gov/opacom/laws/fdact/fdoc.htm](http://www.fda.gov/opacom/laws/fdact/fdoc.htm))

<sup>63</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.1.1.4.

<sup>64</sup> Siehe Expertenbericht 2002, S. 47, 50 und aus Übersicht S. 53 übernommen; vgl. auch Übersetzung 61 FR 8781, March 5, 1996, 30.03.04);

Übersicht Laws Enforced by the FDA and Related Statutes  
[\(www.fda.gov/opacam/laws/..\)](http://www.fda.gov/opacam/laws/)

Federal Food and Drugs Act of 1906 (The "Wiley Act"), Public Law Number 59-384 34 Stat. 768 (1906); 21 U.S.C. Sec 1 – 15 (1934); Repealed in 1938 By 21 U.S.C. Sec 329 (a)

Information zu "Dietary Supplement Health and Education Act of 1994  
[www.cfsan.fda.gov/~dms/dietsupp.html](http://www.cfsan.fda.gov/~dms/dietsupp.html)

Dietary Supplement Health and Education Act of 1994, Public Law 103-417, 103<sup>rd</sup> Congress  
[www.fda.gov/opacom/laws/dshea.html](http://www.fda.gov/opacom/laws/dshea.html)

Auszug aus: Code of Federal Regulations, Title 21, Volume 2  
 Part 101 – Food Labeling; Subpart A \_ General Provisions; Sec. 101.9 Nutrition labeling of food  
[www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfCFR/CFRSearch...](http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfCFR/CFRSearch...)

Auszug aus: Code of Federal Regulations, Title 21, Volume 2  
 Part 137 – Cereal flours and related products; Subpart B – Requirements for Specific Standardized Cereal Flours and Related Products; Sec. 137.165 Enriched flour  
[www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfCFR/CFRSearch...](http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfCFR/CFRSearch...)

Auszug aus: Title 21 – Food and Drugs Chapter I – Food and Drug Administration, Department of Health and Human Services Part 5 – Delegations of Authority and Organization; Subpart A – Delegations of Authority to the Commissioner of Food and Drugs...  
[www.fda.gov/opacom/laws/delauth.htm](http://www.fda.gov/opacom/laws/delauth.htm)

Auszug aus: Federal Register: October 3, 2000 (Volume 65, Number 192); Rules and Regulations, page 58917-58918)  
 "Food Labeling: Health Claims and Labeling Statements; Dietary Fiber and Cancer; Antioxidant Vitamins and Cancer; Omega-3 Fatty Acids and Coronary Heart Disease; Folate and Neural Tube Defects; Revocation..  
[www.cfsan.fda.gov/~lrd/fr001003.html](http://www.cfsan.fda.gov/~lrd/fr001003.html)

Auszug aus: Bill Summary & Status for the 101<sup>st</sup> Congress: "To amend the Federal Food, Drug and Cosmetic Act to prescribe nutrition labeling for foods, and for other purposes  
<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/...>

#### **Verschiedene Artikel:**

FDA Consumer, May 1994: FDA Proposes Folic Acid Fortification by Rebecca D. Williams

U.S. Department of Health and Human Services; HHS News, Feb. 29, 1996: Folic Acid to Fortify U.S. Food Products to Prevent Birth Defects

FDA, Office of Public Affairs, Fact Sheet, February 29, 1996: Folic Acid Fortification; revised FDA Consumer, February 1999:  
 How Folate can help prevent Birth Defects by Paula Kurtzweill

FDA, Center for Food Safety and Applied Nutrition, Office of Nutritional Products, Labeling and Dietary Supplements, April 3, 2001: Letter Regarding a Health Claim for Folic Acid and Neural Tube Defects (Docket No. 91N-100H)

Übersichten FDA (div. Inhaltsübersichten)

Übersichten Health Canada (do.)

von Herrn Kunz, Rechtsdienst BAG erhalten: FDA, Food Standards: Amendment of Standards of Identity for Enriched Grain Products to Require Addition of Folic Acid, 21 CFR Parts 136, 137 and 139, Docket No. 91N-100S RIN 0910-AA19.

Gestützt auf Empfehlungen des U.S. Public Health Service und des FDA Food Advisory Committee schreibt die FDA seit 1996 vor, dass bestimmte unter den Lebensmitteln, die als angereicherte Lebensmittel deklariert werden, unter anderem einen bestimmten Mindest- und Höchstgehalt an Folsäure enthalten sollen. Die betreffenden angereicherten Lebensmittel wurden deshalb für die Anreicherung mit Folaten ausgewählt, weil sie für den Grossteil der U.S.-Amerikanischen Bevölkerung ein Grundnahrungsmittel darstellen und weil sie bereits früher erfolgreich als Vehikel zur Verminderung

von klassischen ernährungsbedingten Mangelerscheinungen in Erscheinung getreten waren.<sup>65</sup> Dies wird im Folgenden näher ausgeführt:

#### 4.2.1.2 **Besondere Regelung für „enriched grain products“**

1996 publizierte die FDA die rechtlichen Grundlagen für die Anreicherung von Lebensmitteln mit Folsäure unter dem Titel: „Food Standards: Amendment of Standards of Identity for Enriched Grain Products to Require Addition of Folic Acid“.<sup>66</sup> Die FDA gelangte zum Schluss, dass die Entwicklung und Einführung eines Anreicherungsprogramms für die Zusetzung von Folsäure in Lebensmitteln einen wichtigen Beitrag zur Verminderung des Risikos einer Schwangerschaft mit Spina bifida oder einem anderen NRD-Defekt bei Frauen im gebärfähigen Alter leisten könnte. Gleichzeitig war sich die FDA aber bewusst, dass diese Anreicherung nicht unkontrolliert vor sich gehen durfte. Es galt sicherzustellen, dass die tägliche Einnahme von Folsäure, sowohl bei der ursprünglich anvisierten Zielgruppe der Frauen im gebärfähigen Alter als auch bei der übrigen Bevölkerung nicht mehr als 1 mg betragen würde.

Weiter wurde die Zulassung eines Health claims über den Zusammenhang zwischen Folsäure und dem Risiko einer von einem NRD betroffenen Schwangerschaft erwogen; hier galt es jedoch zu vermeiden, dass dadurch eine unkontrollierte Anreicherung stattfinden konnte. Aus diesem Grunde beschloss die FDA schliesslich die Anreicherung auf *cereal-grain-products* (inkl. ready-to-eat-cereals und diätätischen Supplementen) zu beschränken und nicht auf Molkereiprodukte und Saftprodukte (juice products) auszudehnen. Ausserdem wurde der angemessene Anreicherungslevel für die Produkte auf 400 µg/100 g festgelegt. Damit sollte es möglich sein, die Zufuhr von Folsäure bei Frauen im gebärfähigen Alter zu erhöhen ohne dass die anderen Bevölkerungsgruppen mehr als die als „safe upper limit“ festgelegte Menge von ca. 1mg/Tag zu sich nehmen würde.

Bei der Überprüfung der bestehenden Regelung für Lebensmittelzusätze Sec. 172.345 (21 CFR 172.345) stellte die FDA fest, dass die Richtlinien für Hersteller, welche Nahrungsmittel sich für eine Anreicherung eignen würden, fehlten; ebenso die Höhe der möglichen Anreicherung (levels) mit Folsäure. Die bis dahin bestehende Regelung hätte es ermöglicht, jedes Lebensmittel beliebig mit Folsäure anzureichern. Aus diesem Grund publizierte die FDA einen Vorschlag mit dem Titel „Food Additives Permitted for Direct Addition to Food for Human Consumption, Folic Acid (Folacin) (58 FR 53312) um damit die Food Additive-Regelung so auszugestalten, dass die Zusetzung von Folsäure nur bei spezifischen Lebensmitteln möglich wäre. Gleichzeitig wurde ebenfalls ein Vorschlag mit dem Titel: Food Standard: Amendment of the Standards of Identity for Enriched Grain Products to Require Addition of Folic Acid (58 FR 53305) publiziert um damit die bestehenden Erlasse für die nachfolgenden Produkte derart ergänzen zu können, dass die vorgeschriebene Menge an Folsäure 140 µg/100 g betragen würde. Es handelt sich dabei um:

enriched bread, rolls and buns (Sec. 135.115; 21 CFR 136.115); enriched self-rising flour (Sec. 137.185); enriched corn grits (Sec. 137.235); enriched corn meals (Sec. 137.260); enriched farina (Sec. 137.305); enriched rice (Sec. 137.350); enriched macaroni products (Sec. 139.115); enriched nonfat milk macaroni products (Sec. 139.222) and enriched noodle products (Sec. 139.155) und, mit Querverweisen, enriched bromated flour (Sec. 137.160); enriched vegetable macaroni products (Sec. 139.135) und enriched vegetable noodle products (Sec. 139.165).

<sup>65</sup> Vgl. FDA/CFSAN Folic Acid Fact Sheet, 1996 (<http://www.cfsan.fda.gov/> ...)

<sup>66</sup> Federal Register: March 5, 1996, Volume 61, Number 44, p. 8781-8797 (Docket No. 91-N-100S).

#### **4.2.2 Erlaubnis für Folsäurezusätze, Höchstgrenze und Erlaubnis von Health claims, aber beschränkt auf „enriched grain products“ als Sonderfall**

Auch in den geprüften Unterlagen aus dem amerikanischen Recht ergibt sich keine Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze. Die amerikanische Regelung geht allerdings in einem Punkt über diejenige des EU-Rechts und des schweizerischen Rechts hinaus. Folsäurezusätze werden nicht nur gleich wie andere Zusatzstoffe bis zu einer definierten Höchstgrenze erlaubt, sondern als Bestandteil von „enriched“ Getreideprodukten speziell geregelt. Wenn Produkte als „enriched“ gekennzeichnet und angepriesen werden, müssen sie definierte Mengen von Folsäure enthalten. Insofern gleicht die Situation derjenigen für Jod- und Fluorzusätze im Speisesalz sowie Fluorzusätze im Trinkwasser gemäss der schweizerischen NwV, wobei dort für die Jod- und Fluorzusätze nicht Health claims, sondern (ohne Grundlage im LMG) Medical claims vorgesehen sind<sup>67</sup>.

#### **4.3 Würdigung: Kein Vorbild für „obligate“ Zusätze von Folsäure in einem Grundnahrungsmittel**

Folsäurezusätze in einem Grundnahrungsmittel sind in verschiedenen Staaten bekannt. Gerechtfertigt werden sie vor allem als Mittel zur Verhütung von Spina bifida und anderen NRD-korrelierten Krankheiten. Es liesse sich systematisch prüfen, welche unter diesen Staaten allenfalls solche Zusätze „obligat“ vorsehen; eine solche Untersuchung läge jedoch ausserhalb des vorliegenden Auftrags. Geprüft wurden nur die Regelungen in der EU und in den USA, die für die Schweiz am ehesten als Referenz in Betracht fallen. Das Material, das für diese beiden Jurisdiktionen vorliegt, enthält keine Rechtsgrundlagen für „obligate“ Zusätze. Insofern könnten weder die EU noch die USA als Vorbild für solche Zusätze herhalten.

In beiden Fällen liegt der Schwerpunkt der Regelung auf dem Gesundheits- und dem Täuschungsschutz zugunsten der Abnehmerseite. Im EU-Recht sind die üblichen Höchstgrenzen für Zusatzstoffe, auch für den Zusatz zu Folsäure und Vitamin B-Arten, explizit konkretisiert; im US-Recht finden sich besondere Vorschriften für Folsäurezusätze in speziell deklarierten „enriched grain products“ und darauf bezogene Höchstgrenzen und Health claims. Die EU-Regelung weist Parallelen zu derjenigen des schweizerischen Lebensmittelrechts für Folsäurezusätze generell, die US-Regelung solche zur schweizerischen Regelung für Jod- und Fluorzusätze im Speisesalz und Fluorzusätze im Trinkwasser auf, die an anderer Stelle im Gutachten dargestellt sind.

---

<sup>67</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.1.1.5.

## **5 ZUR KONZEPTION DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN BEURTEILUNG**

### **5.1 Staatliche Aufgaben und öffentliche Interessen als Schlüsselkonzepte für die verfassungsrechtliche Beurteilung**

#### **5.1.1 Notwendigkeit einer Klärung der beiden Konzepte**

Die Zwangsmedikation zur Verhütung von Krankheitserscheinungen, die durch Folsäuremängel mit verursacht sind, ist zum vornherein nur zulässig, wenn sie im Namen des Staates angeordnet wird. Sie fällt unter das Zwangsmonopol des Rechtsstaates; private Personen und Organisationen sind nicht legitimiert, sie von sich aus an die Hand zu nehmen.

Doch auch im Namen des Staates darf eine Zwangsmedikation nicht ohne weiteres angeordnet werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist entscheidend, ob der Staat über eine allgemeine oder eine spezifische rechtliche Grundlage für die konkrete Zwangsmedikation verfügt. Fehlt die Rechtsgrundlage, müssen die zuständigen Behörden auf die Massnahme verzichten, selbst wenn die verantwortlichen Personen überzeugt sind und alle objektiven Fakten und Zahlen dafür sprechen würden, dass die Massnahme richtig ist.

Die verfassungsrechtliche Prüfung von „obligaten“ Folsäurezusätzen setzt bei den Kompetenzbestimmungen des geltenden Bundesverfassungsrechts an. Sie stösst jedoch an Grenzen, weil die spezifisch gesundheitsrechtlichen Bestimmungen wenig zahlreich und überdies noch wenig konkretisiert sind. Weder aus dem positiven Verfassungsrecht noch aus Lehre und Praxis ergeben sich genügend Anhaltspunkte zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Anforderungen, anhand derer die Massnahme beurteilt werden kann. Deshalb müssen die Überlegungen im vorliegenden Gutachten auf die staatlichen Aufgaben und die öffentlichen Interessen ausgedehnt werden, die Sinn und Zweck der Kompetenzbestimmungen sind.

Doch auch diese Überlegungen stossen rasch an Grenzen; denn weder das Konzept der öffentlichen Interessen noch dasjenige der staatlichen Aufgaben sind dogmatisch geklärt. Beide Begriffe haben für die Rationalität verfassungsrechtlicher Argumentation zentraler Bedeutung. Bisher spielt zwar nur derjenige des öffentlichen Interesses eine wichtigere Rolle, aber beide haben eigentlich eine Schlüssel-funktion. Welche staatliche Aufgabe mit „obligaten“ Folsäurezusätzen erfüllt werden soll, ist entscheidend dafür, ob für solche Zusätze eine verfassungsrechtliche Grundlage vorhanden ist, und welche Bundesgesetze ihnen eine Grundlage bieten können. Welchem spezifischen öffentlichen Interesse „obligate“ Folsäurezusätze dienen, ist nicht nur für diese beiden, sondern zusätzlich für weitere Fragen entscheidend, insbesondere auch, aber nicht nur für die verfassungsrechtliche Güterabwägung. Warum dies so ist, wird in den nachfolgenden Darlegungen punktuell näher begründet.

Vorweg soll daher umrissen werden, was im Rahmen des Gutachtens unter den beiden Begriffen verstanden wird. Besteht darüber Klarheit, lässt sich leichter darlegen, aus welchen Gründen für die Beurteilung der „obligaten“ Folsäurezusätze ganz bestimmte verfassungsrechtliche Anforderungen zugrunde gelegt werden.

## 5.1.2 Verfassungsmässige Aufgaben des Bundes

### 5.1.2.1 Zum verwendeten Aufgabenbegriff

- Die verfassungsmässigen Aufgaben des Bundes, von welchen im Folgenden die Rede ist, sind *staatliche Aufgaben*. Sie bestehen nach traditioneller Auffassung in verfassungsrechtlich legitimierte Policies, das heisst für Programme die Politikinhalte, die unter staatlicher Verantwortung realisiert werden sollen. U. E. reicht ihr programmatischer Gehalt aber weiter und bestimmt auch, durch was für institutionelle Einrichtungen und Prozesse der jeweilige konkrete Politikinhalt verwirklicht werden soll. Staatliche Aufgaben sind in dieser Konzeption Politikprogramme im Sinn von Programmen für ganze Bündel von Policies, Politics und Politics. Dies ist hier aber nicht unmittelbar von Bedeutung und braucht deshalb nicht ausgeführt zu werden.

Von den staatlichen Aufgaben sind die *Verwaltungsaufgaben* zu unterscheiden. Die Verwaltungsaufgaben umfassen jene Teile von staatlichen Aufgaben, die durch staatliche Instanzen erfüllt werden sollen<sup>68</sup>, und sei es auch in Formen des Privatrechts (Organisationsprivatisierung) oder in anderen Modalitäten des so genannten New public management (NPM). Neben Verwaltungsinstanzen sind seit jeher, in jüngerer Zeit aber in wachsendem Ausmass auch nichtstaatliche Akteure – Einzelpersonen oder Organisationen – an der Erfüllung von staatlichen Aufgaben beteiligt. Während man früher dafür den Begriff der „parastaatlichen“ oder „privatwirtschaftlichen“ Verwaltung verwendete, spricht man heute von Privatisierung (Aufgaben- oder Funktions-, Finanzierungs-, Eigentumsprivatisierung). Es ist zu beachten, dass mit Privatisierungsformen nicht die Aufgabenverantwortung geteilt wird; denn das jeweils zuständige Gemeinwesen bleibt vollumfänglich verantwortlich dafür, dass eine staatliche Aufgabe erfüllt wird. Dieses muss deshalb zumindest durch Regulierung dafür sorgen, dass die Aufgabenerfüllung durch Private im Sinn des jeweiligen Politikprogramms und im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien erfolgt. Zusammen und einander ergänzend dienen die privatisierte Aufgabenerfüllung und die Verwaltungsaufgaben zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben. Durch Privatisierungen werden nichtstaatliche Akteure also an der Erfüllung staatlicher Aufgaben beteiligt, mehr nicht. Etwas grundlegend anderes ist die Ausscheidung zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Aufgabenbeiträgen zu einer öffentlichen Aufgabe. Sie geschieht durch Umschreibung der staatlichen Aufgaben und bewirkt eine Teilung der Aufgabenverantwortung<sup>69</sup>. Nichtstaatliche Aufgabenbeiträge sind der staatlichen Verantwortung entzogen; in der Regel darf kein staatliches Gemeinwesen im Bereich solcher Beiträge regulierend (Kontrolle), planend (Gestaltung) oder leistend (Leistungserstellung und -erbringung) eingreifen.

- Die Aufgaben des Bundes bilden, politologisch betrachtet, Programme für spezifische *staatliche Politikbeiträge im Rahmen von Policynetzwerken*. Die Aufgaben, die der Bund tatsächlich erfüllt, sind aus dieser Sicht spezifische Beiträge innerhalb von Policynetzwerken, in welchen auch kommunale, kantonale, internationale, insbesondere aber auch nichtstaatliche Akteure mitwirken. Verfestigen sich solche Policynetzwerke zu dauerhaften Wirkungszusammenhängen mit definierten Rollen der Beteiligten und organisierten Prozessen, so spricht man auch von so genannten institutionellen Aufgabenarrangements. Der Aufgabenbegriff hat hier aber nicht die gleiche Funktion wie in der juristischen Konzeption; er hat anders als der juristische (und ethische) Aufgabenbegriff nicht eine präskrip-

---

<sup>68</sup> Siehe zur Unterscheidung zwischen Staatsaufgaben und Verwaltungsaufgaben auch SCHMIDT-ASSMANN E., Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Organisationsidee, Berlin 1998, Rn. 60 – 63.

<sup>69</sup> Siehe Ziff. 5.1.2.2 hienach.

tive, sondern eine deskriptive Funktion, dient also nur zur Beschreibung von Politikinhalt, die faktisch akzeptiert, realisiert und empirisch untersuchbar sind.

- Die staatlichen Aufgaben im Rechtssinn sind durch *aufgabenrechtliche Verfassungsbestimmungen* konstituiert, die in den einzelnen Verfassungsartikeln zusammengefasst sind. Art. 118 BV beispielsweise („Gesundheitsschutz“) enthält unter anderem eine Bestimmung über den Schutz vor gesundheitsgefährdenden Lebensmitteln (Der Bund „erlässt Vorschriften über (a) den Umgang mit Lebensmitteln .... und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können; ...“). Die Verfassungsinterpretation muss zeigen, welche Normgehalte mit dieser Bestimmung verfassungsrechtlich verankert sind.

Es gibt verschiedene Arten solcher Bestimmungen: Am häufigsten sind wohl reine Kompetenzbestimmungen (Zuständigkeitsverteilungen zwischen staatlichen Gemeinwesen), Zielbestimmungen (Handlungsaufträge mit Zielvorgabe, insbesondere Sachzielnormen, unter Umständen in Verbindung mit Sozialzielen oder objektiven Grundrechtsgehalten) und instrumentelle Bestimmungen (Handlungsaufträge mit Mittelvorgabe, wie insbesondere Gesetzgebungsaufträge)<sup>70</sup>. Seltener finden sich im Verfassungsrecht auch institutionelle Bestimmungen (Aufträge zur Errichtung oder Erhaltung von bestimmten institutionellen Einrichtungen wie z.B. Spitälern, Heimen oder Hochschulen), Handlungs- und Verfahrensformbestimmungen (Zuständigkeitsverteilungen zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Institutionen) und andere Arten. Oft finden sich im selben Verfassungsartikel verschiedene Arten von aufgabenrechtlichen Bestimmungen. Dies gilt namentlich auch mit Bezug auf Art. 118 BV, der als Grundlage für Folsäurezusätze im Vordergrund steht.

Die aufgabenrechtlichen Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts bilden die wichtigste Grundlage für die Umschreibung der Aufgaben des Bundes; hinzukommen internationalrechtliche Bestimmungen und die Verfassungsrechtsprechung. Aufgabenbestimmende Funktionen können auch andere Bestimmungen des Verfassungsrechts erfüllen. Beispiele sind vor allem Grundrechte, aus welchen sich aufgabenrelevante Programm- und Prinzipiengehalte ergeben, sowie die Programmgehalte von Sozialzielbestimmungen (s. BGE 130 I 16 ff., 20 f.). Diese begründen allerdings anders als die Aufgabenbestimmungen keine Kompetenz des Bundes; denn andernfalls liesse sich die föderalistische Aufgabenverteilung auf dem Weg der Verfassungsinterpretation fast restlos aus den Angeln heben. Aber sie tragen dazu bei, die Ziele und Inhalte von staatlichen Aufgaben zu bestimmen.

Alle Arten von Verfassungsbestimmungen tragen auf ihre Weise zur Umschreibung von staatlichen Aufgaben bei. Jede staatliche Aufgabe ist das Ergebnis juristischer Rekonstruktion aus unterschiedlichen Bestimmungen. Für jede aufgabenrechtliche Bestimmung ist daher mit Hilfe der traditionellen Auslegungsmethoden zu prüfen, welche staatliche Aufgabe sie im Verbund mit anderen Bestimmungen mitbegründet und welches der Sinn dieser Aufgabe ist. Den Sinn einer staatlichen Aufgabe (z.B. Prävention gegen bösartige Krankheiten) und indirekt der einzelnen aufgabenrechtlichen Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV: Gesetzgebungsauftrag für die Bekämpfung von bösartigen Krankheiten) bildet jeweils eine umfassendere öffentliche Aufgabe (z.B. Krankheitsverhütung). Dies führt zu einem letzten Punkt:

---

<sup>70</sup> Kälin zählt zu den instrumentellen Aufgabenbestimmungen neben „direkten Handlungsanweisungen“, die offensichtlich konditionalen Charakter haben, auch Bestimmungen mit finalem Charakter, namentlich „Schutzpflichten“, „Förderungs- und Unterstützungspflichten“, „Berücksichtigungspflichten“, „Handlungsschranken und Enthaltungspflichten“, „Aufsichts- und Koordinationspflichten“ sowie „Institutionsnormen“, die bestimmte Handlungsbedingungen vorsehen (siehe Kälin 1995, 63 f.)

- Der Begriff der staatlichen Aufgaben ist vom Begriff der *öffentlichen Aufgaben* zu unterscheiden<sup>71</sup>. Beides sind präskriptive Begriffe, sie dienen also nicht nur zur Beschreibung von etwas, was ist, sondern vermitteln Vorgaben für etwas, was sein soll. Beide enthalten zudem Politikprogramme mit einem ethischen Begründungsanspruch. Aber Unterschiede bestehen mit Bezug auf die Verantwortungsträgerschaft, auf die Reichweite des Geltungsbereichs und - jedenfalls nach herrschender Lehre und Praxis – auf die verfassungsrechtliche Anerkennung:

Staatliche Aufgaben umschreiben Verantwortungen des Staates. Diese können zwar auf verschiedene staatliche Ebenen verteilt (bundesstaatliche und internationale Verantwortungsteilungen) und ihre Erfüllung kann weitgehend in nichtstaatliche Zusammenhänge verlagert werden (Privatisierungen). Doch die Verantwortung dafür, dass die Aufgabe programmgerecht erfüllt wird, ist staatlichen Institutionen zugewiesen. Hinzu kommt, dass die staatlichen Aufgaben unmittelbar verfassungsrechtlich anerkannt und verankert sind.

Öffentliche Aufgabe dagegen beinhalten Verantwortungen einer Öffentlichkeit, die weit über die staatlichen Institutionen hinausreicht und auch die Institutionen der Wirtschaft und weitere institutionelle Zusammenhänge der so genannten Zivilgesellschaft umfasst. Die Verantwortung für eine öffentliche Aufgabe kann zwischen verschiedenen Bereichen der Öffentlichkeit geteilt sein (siehe den anschließenden Abschnitt). Die staatlichen Aufgaben bilden eine von verschiedenen Arten von Beiträgen zu öffentlichen Aufgaben. Im Weiteren sind öffentliche Aufgaben verfassungsrechtlich in der Regel nur mittelbar anerkannt. Die verfassungsrechtliche Anerkennung einer öffentlichen Aufgabe folgt daraus, dass staatliche Aufgaben, die verfassungsrechtlich verankert sind, integrierende Bestandteile von öffentlichen Aufgaben bilden.

### **5.1.2.2 Teilung der Aufgabenverantwortung**

- Wichtig ist die Abgrenzung der Verantwortung des Bundes für die Krankheitsverhütung von derjenigen der Kantone im Rahmen der *binnenstaatlichen Verantwortungsteilung*. Die Auslegung der Aufgabenbestimmungen des Bundesverfassungsrechts muss auch zeigen, ob der Bund für sämtliche staatlichen Beiträge zu einer bestimmten öffentlichen Aufgabe verantwortlich ist oder ob neben dem Bund auch die Kantone einen Teil der staatlichen Verantwortung für die gleiche Aufgabe tragen. Dieser Punkt verdient im vorliegenden Gutachten Beachtung. Wenn sich erweist, dass der Bund für den „obligaten“ Zusatz von Folsäure als Zwangsmassnahme gar keine Kompetenz hat oder einen solchen Zusatz nicht für Zwecke der Krankheitsverhütung anordnen darf, bleibt immer die Möglichkeit, dass die Kantone über eine eigene Verfassungsgrundlage verfügen, um eine solche Massnahme anzuordnen.

- Der Bund ist bei weitem nicht für sämtliche Inhalte der öffentlichen Aufgabe der Krankheitsverhütung verantwortlich. Eine *Verantwortungsteilung* ist auch für öffentliche Aufgaben üblich, allerdings eben nicht innerhalb verschiedener staatlicher Ebenen, sondern *zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Institutionen*. Öffentliche Aufgaben umfassen nicht nur staatliche, sondern auch nichtstaatliche Aufgabenbeiträge. Auch diese nichtstaatlichen Beiträge liegen in der Verantwortung der Öffent-

---

<sup>71</sup> Siehe dazu auch SCHMIDT-ASSMANN 1998 (Fn. 66), Rn. 61.

lichkeit. Nur was ausserhalb der öffentlichen Aufgaben ist, bleibt der Eigenverantwortung individueller Personen und Personengemeinschaften in ihrer privaten und intimen Lebensführung überlassen.

Für viele öffentliche Aufgaben (z.B. Krankheitsverhütung) liegt die Verantwortung zum Teil (z.B. Bekämpfung von bösartigen oder übertragbaren Krankheiten), aber nicht umfassend bei staatlichen Institutionen. Dass sie zu anderen Teilen in nichtstaatlichen Institutionen angesiedelt ist, ergibt sich nicht zuletzt aus der verfassungsrechtlichen Erwartung, dass jede Person nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft beitragen soll (siehe den anschliessenden Abschnitt); der Begriff der „Aufgaben in der Gesellschaft“ ist dann sinnvoll, wenn man darunter nichtstaatliche Beiträge zu öffentlichen Aufgaben versteht. Art. 6 BV behält ausdrücklich eine persönliche (Mit-)Verantwortung für die Erfüllung von staatlichen und von nichtstaatlichen öffentlichen Aufgaben vor („Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.“)<sup>72</sup>.

Die Abgrenzung der staatlichen von „privater“ Aufgabenverantwortung erfolgt nach schweizerischem Bundesverfassungsrecht nicht anhand einer schematischen Subsidiaritätsregel. Vielmehr ergibt auch sie sich aus der Auslegung der Aufgabenbestimmungen, welche die staatlichen Beiträge zu einer konkreten öffentlichen Aufgabe begründen. Damit ist auch gesagt, dass die Abgrenzung für jede öffentliche Aufgabe spezifisch vorzunehmen ist. Weil die staatliche Verantwortung für öffentliche Aufgaben in der Schweiz auf Bund und Kantone verteilt ist, ist die Abgrenzung allein aufgrund des Bundesverfassungsrechts nicht möglich. Grundlage ist auch das kantonale Recht, wobei sich die Grenzen staatlicher Verantwortung nur in jenen Kantonen aus dem kantonalen Verfassungsrecht herauslesen lassen, die wie der Bund einen Verfassungsvorbehalt kennen; in den übrigen Kantonen muss das gesamte einschlägige Gesetzesrecht analysiert werden. Die Grenze zwischen staatlicher und „privater“ Aufgabenverantwortung ist in der Schweiz von Kanton zu Kanton verschieden.

### 5.1.3 Öffentliche Interessen

Mit der staatlichen Verantwortung für einen spezifischen Beitrag zur öffentlichen Aufgabe der Krankheitsverhütung steht zwar fest, was getan werden soll, aber nicht *wozu*. Erst wenn auch über diesen Zweck einer staatlichen Aufgabe Klarheit besteht, kann der Inhalt einer staatlichen Aufgabe Konturen gewinnen.

#### 5.1.3.1 Öffentlichen Interessen als verfassungsmässige Zwecke staatlicher Aufgaben

Mit der Feststellung, dass „obligate“ Folsäurezusätze in einer verfassungsrechtlich verankerten Verantwortung des Bundes für die Aufgabe der Krankheitsverhütung eine Grundlage finden, ist ein wichtiger Schritt getan. Doch dies allein genügt nicht; denn damit steht noch nicht fest, zu welchen Zwecken im Rahmen des verfassungsrechtlichen Auftrags Krankheiten verhütet werden sollen, und ob die „obligaten“ Folsäurezusätze einem dieser Zwecke entsprechen. Die staatliche Verantwortung für die

---

<sup>72</sup> Es sei angemerkt, dass im Titel zu dieser Bestimmung die „individuelle“ und die „gesellschaftliche“ Verantwortung nebeneinander stehen. Auch die nichtstaatliche Aufgabenverantwortung erschöpft sich bei weitem nicht in der individuellen Verantwortung von einzelnen Personen. Zum ganz überwiegenden Teil ist sie ebenso institutionalisierte Verantwortung wie die staatliche, mit dem Unterschied, dass sie nicht in den staatlichen, sondern z. B. in medizinischen, familiären, kirchlichen und anderen Sinn- und Handlungszusammenhängen wahrgenommen wird.

Krankheitsverhütung kann zwar auf gesundheitspolitische, aber auch auf wirtschaftliche, sicherheitspolitische, eugenische und andere Zwecke bezogen sein. Je nach Zweck verlangt sie die Konzentration auf andere Krankheiten, andere Prioritäten für die Verhütung, andere Strategien und Massnahme usw. Solange die Zwecke nicht geklärt sind, bleibt das Politikprogramm, welches die staatliche Aufgabe der Krankheitsverhütung enthält, weitgehend abstrakt und inhaltlich beliebig.

Der Zweck einer konkreten staatlichen Aufgabe ergibt sich aus der Interpretation der Verfassungsbestimmungen, welche die Aufgabe konstituieren. Den Zweck bildet jeweils ein bestimmtes öffentliches Interesse an der Aufgabe, das vielleicht bereits in einer entfernteren Vergangenheit, vielleicht auch erst in der Gegenwart als gültige Begründung für die Aufgabe dient.

Öffentliche Interessen sind per definitionem verfassungsrechtlich anerkannte Gemeinwohlinteressen und gelten dank dieser verfassungsrechtlichen Anerkennung als legitim. Sie sind also nicht mit den persönlichen Interessen zu verwechseln, welche das Verhalten von Akteuren faktisch motivieren. Zu den letzteren zählen einfache Eigeninteressen (Optimierung des individuellen Eigennutzens), aber auch entwickelte Eigeninteressen (Engagement für überindividuelle Nutzen). Beide äussern sich auf politischer Ebene als Partikulärinteressen. Die Eigen- und Partikulärinteressen sind faktische Interessen; sie stehen einander in der Realität gegenüber. Konflikte zwischen solche Interessen müssen durch Kompromisse gelöst werden, sei es in strategisch geführten Verhandlungen zwischen den Beteiligten selbst (Teilnehmerperspektive) oder in neutraler Suche nach einer Lösung, die alle Interessen möglichst weitgehend abdeckt, durch neutrale Unbeteiligte (Beobachterperspektive).

Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ ist ein Begriff des Verfassungsrechts. Er wird zwar in Lehre und Praxis sehr häufig verwendet, ist aber trotzdem wenig geklärt. Oft werden für das staatliches Handeln im konkreten Fall verschiedene, öffentliche Interessen kumulativ geltend gemacht, die manchmal von sehr unterschiedlicher Art und Bedeutung sind. Je mehr öffentliche Interessen benannt werden, desto vielfältiger sind die Zwecke, die zur Legitimation der Aufgabe, welche mit dem konkreten staatlichen Handeln erfüllt werden soll, in Anspruch genommen werden können, und desto offener ist der Aufgabeninhalt.

Dem vorliegenden Gutachten liegt dagegen eine Konzeption der öffentlichen Interessen zugrunde, die verlangt, dass im konkreten Fall ein bestimmtes öffentliches Interesse massgebend ist: Öffentliche Interessen bezeichnen verfassungsrechtlich anerkannte Zwecke staatlichen Handelns. Jedes öffentliche Interesse bildet den Bezugspunkt für eine spezifische Gewichtung von verfassungsrechtlichen Werten oder Gütern und für eine spezifische Rangierung von verfassungsrechtlichen Prinzipien. Je nach dem, welches öffentliche Interesse man zur Begründung der Konkretisierung und Erfüllung einer staatlichen Aufgabenverantwortung geltend macht, haben daher andere verfassungsrechtliche Güter das grösste Gewicht und andere verfassungsrechtliche Prinzipien den höchsten Rang, gilt also ein anderer oberster Massstab; was dies für die Praxis bedeutet, wird gleich anschliessend ausgeführt. Diese Konzeption bedingt, dass zwischen den einzelnen öffentlichen Interessen weitergehend differenziert wird als dies in der herrschenden Lehre und Praxis üblich ist. Herkömmlicherweise wird nur zwischen polizeilichen Interessen (hier: Sicherheitsinteressen), sozialen und sozialpolitischen Interessen (hier: Wohlfahrtsinteressen) sowie unbestimmten anderen Interessen unterschieden<sup>73</sup>. In der vorliegenden Konzeption treten neben Sicherheits- und Wohlfahrtsinteressen weitere spezifische öffentliche Interessen. Darauf ist später einzugehen<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Siehe dazu MARTIN PHILIPP WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Bern 2001, 279 ff.

<sup>74</sup> Siehe Ziff. 622.

Nun können für jede staatliche Aufgabe nur bestimmte öffentliche Interessen als Zwecke massgebend sein; welche dies sind, ergibt sich aus der Interpretation der Verfassungsbestimmungen, welche die Aufgabe konstituieren, durch die Lehre und die Verfassungsrechtsprechung. Und um Vorkehren zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe im konkreten Fall zu begründen, kann immer nur eines unter diesen relevanten öffentlichen Interessen geltend gemacht werden; denn würde man zwei oder mehr öffentliche Interessen gleichzeitig zugrundelegen, wäre eine konsistente Begründung für die Vorkehren ausgeschlossen. Wenn zwei (oder mehr) Zwecke gleichzeitig erfüllt werden sollen, wird keiner wirklich erfüllt, und die Verpflichtung auf Zwecke verliert jede praktische Bedeutung.

In der Praxis ist daher eine zweistufige Entscheidung nötig: Auf einer ersten Stufe muss entschieden werden, welche öffentlichen Interessen im Rahmen der jeweiligen Aufgabe Platz haben und welche nicht. Auf der zweiten Stufe ist zu entscheiden, welches unter den öffentlichen Interessen, die Zweck der betreffenden Aufgabe sein können, für die konkrete Massnahme massgebend ist. Die erste Entscheidung fällt abstrakt und allgemein, die zweite im Hinblick auf eine konkrete, spezifische staatliche Vorkehr. Während der Entscheidungsanteil für die erste Stufe in die Verfassungsinterpretation eingebettet ist, tritt er für die zweite offen zutage. Soll die Entscheidung nicht beliebig sein, gilt es zumindest eines oder mehrere Kriterien dafür herauszuarbeiten.

### **5.1.3.2 Schutzpflicht aus Grundrechten und Schutz der Grundrechte Dritter**

Das Bundesgericht lässt in jüngerer Zeit neben öffentlichen Interessen ausdrücklich auch den Schutz von Grundrechten der betroffenen Personen (Schutzpflicht aus Grundrechten<sup>75</sup>) sowie den Schutz von Grundrechten Dritter als Zwecke für staatliche Interventionen im Rahmen einer bestimmten Kompetenz gelten (BGE 130 I 16 ff., 20 f.: Zwangsbehandlung Zug). Es hat sich allerdings nicht vertieft mit der Frage auseinandergesetzt, in welchem Verhältnis dieser Schutz zum Konzept der öffentlichen Interessen steht.

Eine Möglichkeit wäre, den Schutz von Grundrechten der Betroffenen oder Dritter als eine von den öffentlichen Interessen getrennte, eigene Art von Zwecken für staatliches Handeln zu begreifen. Damit würde eine Konzeption zugrundegelegt, die in der Lehre und Praxis verbreitet ist. Dieser Konzeption zufolge sind „öffentliche Interessen“ und „individuelle“ oder „grundrechtliche Interessen“ einander entgegengesetzt und müssen im Konfliktfall gegeneinander abgewogen werden. „Öffentliche Interessen“ erscheinen dann als Gefäss für überindividuelle verfassungsrechtliche Werte, wobei die in concreto angeführten öffentlichen Interessen aber regelmässig so unscharfe Konturen und einen so diffusen Gehalt haben, dass fast beliebige Wert- und Prinzipienvorstellungen in sie hineininterpretiert werden können.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, den Schutz der Grundrechte von Betroffenen und Dritten als Teil des Schutzes von verfassungsrechtlichen Werten und Prinzipien zu begreifen, den der Staat im Rahmen von öffentlichen Interesse gewährleisten soll (siehe den anschliessenden Abschnitt). Je nachdem, welches öffentliche Interesse in casu massgebend ist, haben diese Grundrechte ähnlich wie andere, nicht individualbezogene Werte und Prinzipien des Verfassungsrechts ein anderes Gewicht. Besonders hervorgehoben wird dieser Schutz von Grundrechten nur, um zu betonen, dass im Rahmen des jeweiligen öffentlichen Interesses nicht nur kollektivbezogene, sondern auch individualbezo-

---

<sup>75</sup> Siehe Art. 35 und 36 Abs. 2 BV sowie BGE 130 I 16 ff., 20 f. Das Konzept der Schutzpflicht steht in engem Zusammenhang mit dem älteren Konzept der Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte. Siehe MÜLLER J. P. 2001, 636 f. (Rz 36 ff.).

gene Werte und Prinzipien in die Güterabwägungen einzubeziehen sind. In dieser Konzeption wird auch vom vornherein klar, dass unter dem Titel des Schutzes von Grundrechten nicht Grundrechtsbestimmungen des positiven Verfassungsrechts als Kompetenzgrundlage geltend gemacht werden können – damit liesse sich die bundesstaatliche Kompetenzverteilung weitgehend aus den Angeln heben -, sondern dass der Bund für diesen Schutz nur im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen, die sich aus der Auslegung der Aufgabenbestimmungen ergeben, verantwortlich ist<sup>76</sup>.

Diese zweite Möglichkeit ist u. E. verfassungstheoretisch überzeugender und liegt deshalb den folgenden Ausführungen zugrunde. Wenn „obligate“ Folsäurezusätze also, wie nachstehend ausgeführt wird, mit öffentlichen Interessen der Gesundheit gerechtfertigt werden können, so bedeutet dies nicht, dass eine irgendwie werthafte, objektive Gesundheit auch gegen den Willen von betroffenen Bevölkerungsgruppen oder Personen zu schützen wäre, sondern nur, dass Abwägungen unter verfassungsrechtlichen Gütern einschliesslich der Grundrechte Dritter anhand der spezifischen Gewichtung oder Hierarchie unter solchen Gütern, die bezogen auf die Gesundheit gilt, erfolgen sollen.

#### **5.1.4 Verfassungsrechtliche Anforderungen**

##### **5.1.4.1 Staatliche Aufgaben und öffentliche Interessen als Bestimmungsgründe für die verfassungsrechtlichen Anforderungen**

Warum ist es wichtig, die spezifische staatliche Aufgabe, die für diese Aufgabe zulässigen öffentlichen Interessen und das im konkreten Fall massgebende öffentliche Interesse zu bestimmen?

„Obligate“ Folsäurezusätze im Brotgetreide dienen zum Schutz von Rechtsgütern, die verfassungsrechtlich anerkannt sind. Dazu gehören insbesondere

- die persönliche Fürsorge für künftige Kinder, die ja selbst nicht in der Lage sind, durch Folsäuremängel bedingte Krankheitserscheinungen zu verhüten;
- die individuelle Gesundheit der künftigen Kinder, aber auch erwachsener Personen, die durch NRD-korrelierte, Herz-Gefäss- oder Krebserkrankungen beeinträchtigt wird;
- die Gesundheit von besonders betroffenen Bevölkerungsgruppen, die durch die genannten Krankheitserscheinungen dann beeinträchtigt wird, wenn diese gehäuft auftreten, beispielsweise weil eine besondere genetische Veranlagung, kulturell bedingte Verhaltensweisen, die Schichtzugehörigkeit, spezifische Umweltbedingungen oder anderes zu Erkrankungen führen;
- die wirtschaftliche Prosperität
- die Eigenverantwortung, die als Pflicht gilt und deren Durchsetzung zur Sanktionierung oder Therapie derjenigen führt, die dieser Verantwortung nicht gerecht werden;

---

<sup>76</sup> Aber: Kein Grundrecht auf Gesundheit oder Versorgung mit gesundheitsrelevanten Gütern und Leistungen, und ohnehin liesse sich aus einem solchen Grundrecht keine Kompetenz des Bundes ableiten, sondern er ergäbe sich nur eine entsprechende Aufgabengrundlage im Rahmen anderweitiger Kompetenzbestimmungen des Bundesverfassungsrechts. Persönliche Integrität der Konsumenten aus Persönlicher Freiheit als Grundlage für Schutzmassnahmen des Staates gegen gesundheitliche Gefährdungen von Produkten, die allenfalls durch Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV nicht gedeckt wären. Oder Verhütung von Krankheiten, die nicht in den Geltungsbereich von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV fallen, als Gehalt der Persönlichen Freiheit, unter Umständen des Grundrechts der Menschenwürde oder möglicherweise eines potentiellen Rechts auf Gesundheit. Solche Schutzgehalte von Grundrechten haben dann, wenn die Sicherheit auf dem Spiel steht, grosses Gewicht.

- die Wohlfahrt der Bevölkerung als ganzer, die Umverteilungen bedingt und deren Legitimität nicht durch vermeidbare Umverteilungen in Frage gestellt werden soll, so dass sich damit eine Pflicht zur Vermeidung von Krankheitserscheinungen als kostenverursachende Umverteilungsfälle verbindet (Umverteilung durch Einheitsprämien in der sozialen Krankenversicherung, Prämienverbilligungen bei tieferen Einkommen, Sozialhilfe).

Auf der anderen Seite gehören dazu auch Rechtsgüter, die den einzelnen vor staatlichen Pflichten und Zwangseingriffen schützen, wie namentlich

- die individuelle körperliche, seelische und geistige Integrität lebender und künftiger Menschen;
- die individuelle Selbstbestimmung über den eigenen Körper und dessen Gesundheits- oder Krankheitsentwicklung;
- die individuelle Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Konsums;
- die individuelle Selbstbestimmung bezüglich der eigenen unternehmerischen Tätigkeit einschliesslich der Produktgestaltung;
- eventuell auch kollektive Güter von bestimmten lebenden oder künftigen Gruppen.

Diese Auflistung ist nicht abschliessend, sondern soll vor allem illustrieren, dass die Rechtsgüter des geltenden Verfassungsrechts keine systematische Einheit bilden. Die genannten Güter sind zum Teil gegensätzlich und geraten jedenfalls in vielen Fällen miteinander in Konflikt. Die verfassungsrechtlichen Entscheidungen, die solche Gegensätze und Konflikte lösen, setzen einen Massstab voraus, der erlaubt, Güter gegeneinander abzuwägen und Normen für das Richtige und Gerechte in eine Rangordnung zu bringen<sup>77</sup>. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass keine Einigkeit darüber herrscht, welches dieser Massstab ist und ob man überhaupt einen einzigen obersten Massstab für alle verfassungsrechtlichen Entscheidungen voraussetzen kann. Das vorliegende Gutachten geht davon aus, dass das schweizerische Bundesverfassungsrecht keinen einheitlichen obersten Massstab enthält, sondern verschiedene oberste Massstäbe nebeneinander anerkennt<sup>78</sup>.

Welches sind nun aber die Massstäbe, die verfassungsrechtlich anerkannt sind und grundsätzlich in Betracht fallen? Und welcher unter diesen Massstäben soll für die verfassungsrechtliche Beurteilung der „obligaten“ Folsäurezusätze zur Anwendung kommen? Hier wird erkennbar, warum es auch wichtig ist, die spezifische staatliche Aufgabe, die für diese Aufgabe zulässigen öffentlichen Interessen und das im konkreten Fall massgebende öffentliche Interesse zu bestimmen: Jedes öffentliche Interesse verweist nicht nur auf eine bestimmte Bedeutung, die man den Folsäurezusätzen zuschreiben kann (soziales Gut), sondern zugleich auf den obersten verfassungsrechtlichen Massstab, der mit Bezug auf diese Bedeutung gilt. Für jedes öffentliche Interesse gelten zwar sämtliche Werte und Normen des Bundesverfassungsrechts, doch sind für jedes öffentliche Interesse andere Güter die höchsten oder

---

<sup>77</sup> Auch Richtigkeits- und Gerechtigkeitsüberlegungen schliessen Wertentscheidungen ein. Weder die Gerechtigkeit noch die Moral hat Vorrang, sondern beide bestimmen die verfassungsrechtlichen Normen in einer untrennbaren Mischung.

Wäre für Entscheidungen zur Lösung von verfassungsrechtlichen Güter- und Normenkonflikten kein oberster Massstab verbindlich vorausgesetzt, so würden diese beliebig; denn dann hinge einzig von der subjektiven (oft impliziten) Wahl eines obersten Massstabs ab, ob man den fremdbestimmten Schutz der Gesundheit oder die Selbstbestimmung des einzelnen wichtiger erachtet, und demzufolge auch, ob man die „obligaten“ Folsäurezusätze als verfassungsmässig beurteilt.

<sup>78</sup> Der fehlende Konsens im Grundsätzlichen wird nicht immer deutlich gemacht, ja oft wird ein bestimmter Massstab implizit zugrundegelegt und weder begründet noch problematisiert. Würde man es dabei belassen, so würde die Verfassungsauslegung über weite Strecken zur Verfassungspolitik im Kleid der Wissenschaft.

wertvollsten und stehen andere Normen an erster Stelle. Weiss man, zu welcher staatlichen Aufgabe „obligate“ Folsäurezusätze beitragen sollen, so kann man auch die öffentlichen Interessen eingrenzen, die zur Begründung in Frage kommen. Innerhalb des so gesetzten Rahmens gilt es dann zu entscheiden, welches öffentliche Interesse in casu ausschlaggebend ist; weil dieses auf einen bestimmten obersten Massstab verweist, ist damit zugleich entschieden, welcher Massstab zur Anwendung kommen soll.

Für die Praxis hat dies zur Folge, dass je nach Aufgabe und öffentlichem Interesse materiell andere verfassungsrechtliche Anforderungen anwendbar sein können. Die Bestimmung der staatlichen Aufgabe und des öffentlichen Interesses ist also keineswegs nur theoretisch motiviert, sondern hat zentrale praktische Bedeutung; denn sie ist vorentscheidend für den Massstab, der angelegt werden soll, und indirekt für das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Beurteilung.

#### **5.1.4.2 Konsequenzen für die Beurteilung der „obligaten“ Folsäurezusätze**

Von den verfassungsrechtlichen Anforderungen, den öffentlichen Interessen, die sie bestimmen, und der staatlichen Aufgabe, welche die leitenden öffentlichen Interessen heraushebt, hängt die gesamte Beurteilung der Rechtmässigkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen ab. Wie wichtig die Bestimmung der staatlichen Aufgabe, der massgebenden öffentlichen Interessen und der verfassungsrechtlichen Anforderungen ist, wird noch besser verständlich, wenn man die Konsequenzen betrachtet:

Sie ist entscheidend für die Beurteilung,

- ob die Zusetzung von Folsäure zur Verhütung spezifischer Krankheiten (gleich wie jeder anderen behördlichen Massnahme oder hinter dieser stehende Strategie oder Policy), welche staatliche Behörden faktisch an die Hand nehmen wollen, überhaupt in die staatliche Verantwortung fällt oder der Verantwortung nichtstaatlicher Institutionen vorbehalten ist (staatliche Aufgabe),
- ob dafür eine Kompetenzgrundlage im Bundesverfassungsrecht vorhanden ist, so dass eine Bundesverantwortung dafür besteht, oder ob die Kompetenz den Kantonen oder allenfalls inter- oder supranationalen Organisationen vorbehalten ist (Bundesaufgabe),
- ob die Folsäurezusätze eine Massnahme zur Erfüllung des Beitrags zur betreffenden staatlichen Aufgabe, den der Bund inhaltlich konkret gewährleisten soll,
- ob die Massnahme auf ein öffentliches Interesse als Zweck ausgerichtet ist, welches im Rahmen dieses Aufgabenbeitrags anerkannt ist und deshalb zur Begründung der Massnahme dienen kann, und
- welche verfassungsrechtlichen Werte und Normen für die Beurteilung der Massnahme relevant und wie sie im Verhältnis zueinander zu gewichten sind.

Von der massgebenden Bundesaufgabe und dem in ihrem Rahmen massgebenden öffentlichen Interesse ist zudem abhängig, ob eine *verfassungskonforme gesetzliche Grundlage* vorhanden ist, namentlich also,

- ob ein bestimmtes Bundesgesetz, auf das die „obligate“ Zusetzung von Folsäure im Getreidemehl direkt oder indirekt gestützt wird, gemäss seinem Zweck gerade die verfassungsmässige Aufgabe konkretisiert, zu deren Erfüllung die Massnahme beitragen soll,
- ob Bund, falls er Grundlage im Gesetz hat, „obligate“ Folsäurezusätze auf Verordnungsstufe vorsehen darf,

- ob der Bund, wenn solche Zusätze auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe eine allgemeine Grundlage haben, diese in Anwendung dieser Vorschriften für eine oder mehrere der konkret relevanten Krankheitserscheinungen einführen darf.

Von den Anforderungen hängt weiter ab, welche strategischen Ziele, Strategien und Massnahmen als *verhältnismässig und grundrechtsverträglich* erscheinen, oder im einzelnen,

- ob „obligate“ Zusätze von Folsäure zum Brotgetreide unter verwaltungs- und grundrechtlichen Aspekten als geeignet, als das mildeste Mittel bzw. erforderlich und als angemessenes Mittel für den angestrebten Zweck erscheinen, und
- ob die verfassungsrechtlichen Güter, welche mit den Zusätzen geschützt werden sollen, in der Güterabwägung gegenüber entgegenstehenden grundrechtlich geschützten Gütern überwiegen (materiell-rechtliche Begründung durch positives Ergebnis der verfassungsrechtlichen Güterabwägung).

Zusätzliche Bedeutung hat die Bestimmung der öffentlichen Interessen im Hinblick auf die Anforderungen an die *Erfüllung der staatlichen Aufgabenverantwortung*. Je nach Gewichtung der verfassungsrechtlichen Werte und Prinzipien, auf welche ein konkretes öffentliches Interessen verweist<sup>79</sup>, stehen für eine Beteiligung Privater an der staatlichen Aufgabenerfüllung grössere oder kleinere Spielräume offen und sind die Verwaltungsaufgaben weiter oder enger umschrieben. Danach entscheidet sich,

- ob der Bund selbst leisten, d. h. die Produktion von (generell mit Folsäure angereichertem) Mehl monopolisieren und Private höchstens im Rahmen von Aufträgen, also vollständig weisungsgebunden, in die Herstellung und / oder Verteilung von Mehl miteinbeziehen soll (Verstaatlichung, Verwaltungsaufgabe bis und mit Leistungserstellung und –erbringung);
- ob der Bund im Rahmen eines Monopolsystems Konzessionen an eigenwirtschaftliche handelnde Private vergeben (Finanzierungsprivatisierung) oder die Herstellung oder Einfuhr des (generell anzureichernden) Mehls vollständig privaten Herstellern und Importeuren überlassen darf, (Leistungsprivatisierung) aber durch Planung dafür sorgen soll, dass das (generell angereicherte) Mehl immer in genügender Menge angeboten oder, wenn die Menge nicht ausreicht, zielgruppengerecht verteilt wird (Privatisierung; Verwaltungsaufgabe bis und mit Planung);
- ob der Bund den privaten Herstellern und / oder Importeuren überlassen soll, ob sie mit Folsäure angereichertes Mehl bzw. angereicherte Erzeugnisse auf dem Markt anbieten wollen, und nur das private Angebot reguliert (keine gesundheitsgefährdenden Mengen an zugesetzter Folsäure, angemessene Deklaration der Zusätze, Gewährleistung der Verfügbarkeit auch von nicht angereichertem Mehl und von Produkten ohne Zusatz) (Privatisierung und Liberalisierung, Verwaltungsaufgabe bis und mit Regulierung).

Schliesslich vermittelt das massgebliche öffentliche Interesse auch Hinweise darauf, wie der *Vollzug zu organisieren* ist und wie weitgehend staatliche Instanzen *im Vollzug der Verwaltungsaufgaben auf die Eigenverantwortung der Personen* (Art. 9 BV), die angereicherte Lebensmittel konsumieren sollten, damit die Krankheitsverhütung wirksam wird, abstellen sollen. Insbesondere ergibt sich,

- welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Instanzen, Verfahren und Gründe für staatliches Handeln anwendbar sind,

---

<sup>79</sup> Ein öffentliches Interesse ist nicht schon ein Gut, das man abwägen kann, sondern es verweist auf verfassungsrechtlich anerkannte Güter – der Allgemeinheit und des Einzelnen – und eine spezifische Gewichtung dieser Güter.

- ob der Bund durch Verhaltenslenkung gleich welcher Art die Bevölkerung generell oder bestimmte Zielgruppen - z.B. gebärfähige Frauen, Personen mit erhöhtem Risiko von Herz-Kreislauf-Erkrankungen - dazu veranlassen soll, angereicherte Produkte zu konsumieren,
- ob der Bund an der Verteilung beteiligte Private – z.B. Anbieter, Gynäkologen, Schulen o. ä. – verpflichten soll, bestimmte Zielgruppen über die Funktion angereicherter Lebensmittel zu informieren, zu deren Konsum anzuhalten oder in ihrem Konsumverhalten zu kontrollieren; oder
- ob sich der Bund mit der eigenverantwortlichen Versorgung begnügen soll (KonsumentInnen sind selbst verantwortlich dafür, dass sie wissen, wozu Folsäure dient und in welchen Produkten sie welche Mengen davon finden).

## 5.2 Zur verfassungsrechtlichen Prüfung im vorliegenden Gutachten

Zur Beantwortung der verbleibenden Gutachtensfragen ist es nicht nötig, alle vorstehend aufgeführten Aspekte der Verfassungsmässigkeit staatlichen Handelns zu prüfen. Eine vertiefte verfassungsrechtliche Prüfung erfolgt für die Grundlagen im Bundesverfassungsrecht und die gesetzliche Grundlage. Weil sich erweist, dass eine gesetzliche Grundlage fehlt und nur durch ein neues Bundesgesetz oder die Neukonzeption eines bestehenden Bundesgesetzes geschaffen werden könnte, werden die weiteren Aspekte nur cursorisch geprüft (Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit) oder bleiben offen (Aufgabenerfüllung, Vollzug der Verwaltungsaufgaben); denn die Schaffung einer genügenden verfassungsrechtlichen Grundlage liesse sich zur Zeit, wenn überhaupt, nur weit hinten in der politischen Agenda unterbringen.

### 5.2.1 Gegenstände der verfassungsrechtlichen Prüfung

Die knapp umrissene Konzeption der verfassungsrechtlichen Beurteilung führt zu folgendem Aufbau für die Prüfung von „obligaten“ Folsäurezusätzen:

#### 5.2.1.1 Grundlage im Bundesverfassungsrecht

Zunächst wird geklärt, ob die Ziele, die mit „obligaten“ Folsäurezusätzen faktisch angestrebt werden sollen, nämlich die Verhütung von spezifischen Krankheitserscheinungen, den Zielsetzungen einer verfassungsrechtlich verankerten *staatlichen Aufgabe* entsprechen. Die Interpretation der einschlägigen Verfassungsbestimmungen gibt darüber Auskunft (Verhütung bestimmter Krankheitsarten als staatliche Aufgabe).

Ebenfalls ausgehend vom geltenden Verfassungsrecht und der verfassungsrechtlichen Praxis werden in einem zweiten Schritt die *öffentlichen Interessen* umschrieben, welche im Rahmen dieser Aufgabe massgebend sein können (öffentliche Interessen der Sicherheit und solche der Gesundheit). Wichtig ist anschliessend die Klärung, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen inhaltlich mit Bezug auf diese Interessen gelten. Auf dieser Grundlage wird untersucht, ob der Zweck, dem „obligate“ Folsäurezusätze faktisch dienen sollen, mit einem dieser öffentlichen Interessen übereinstimmt (öffentliche Interessen der Gesundheit).

In einem dritten Schritt wird gezeigt, dass es einen Unterschied macht, welches öffentliche Interesse den verfassungsmässigen Zweck von „obligaten“ Folsäurezusätzen bildet, weil je nach massgebenden

dem öffentlichem Interesse andere *verfassungsrechtliche Anforderungen* gelten (Werte der Selbstbestimmung bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit als wichtigste Werte).

### **5.2.1.2 Verfassungskonforme gesetzliche Grundlage**

Im Anschluss an die Prüfung der Verfassungsgrundlage wird zunächst untersucht, ob die geltende eidgenössische Lebensmittelgesetzgebung eine Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung enthält. Zu diesem Zweck wird geklärt, ob solche Zusätze überhaupt in den sachlichen Geltungsbereich des Lebensmittelgesetzes (oder aber des Heilmittelgesetzes) fallen, auf welche Aufgaben das Gesetz entsprechend seiner verfassungsrechtlichen Abstützung und seinem Zweckartikel bezogen ist, welche öffentlichen Interessen in der konkreten inhaltlichen Regelung aufgenommen werden, und welche Vorschriften im besonderen für Folsäurezusätze (und zum Vergleich: auf Jod- und Fluorzusätze im Speisesalz sowie Fluorzusätze im Trinkwasser) anwendbar sind.

Es folgen Überlegungen zur Frage, ob durch eine Revision des Lebensmittelverordnungsrechts oder des Lebensmittelgesetzes eine Grundlage geschaffen werden könnte.

Der Vollständigkeit halber werden weitere gesetzliche resp. verfassungsrechtliche Grundlagen auf ihre Tragfähigkeit für „obligate“ Folsäurezusätze untersucht (Heilmittelgesetz, Epidemienengesetz, Krankenversicherungsgesetz; polizeiliche Generalklausel).

### **5.2.1.3 Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit**

Vorweg wird das öffentliche Interesse in Erinnerung gerufen, welches „obligate“ Folsäurezusätze verfassungsrechtlich legitimiert (öffentliches Interesse der Gesundheit). Anschliessend werden die Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit anhand der dafür gültigen Anforderungen geprüft, und zwar ausgehend von einer Sammlung der Argumente pro contra solche Zusätze aus einschlägigen wissenschaftlichen und gesundheitspolitischen Publikationen.

Die Prüfung der Grundrechtsverträglichkeit, die sich anschliesst, bedingt zunächst die Abklärung, ob „obligate“ Folsäurezusätze in die Wirtschaftsfreiheit der Anbieter und die persönliche Freiheit der Abnehmer von Getreideprodukten eingreift. Ausgehen können dann die grundrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage geprüft und im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eine abstrakte und konkrete Güterabwägung vorgenommen werden.

### **5.2.1.4 Weitere Prüfungsaspekte**

Fragen der Anforderungen an die Aufgabenerfüllung (Zulässigkeit von Privatisierungen, Liberalisierungen) und des Vollzugs der Verwaltungsaufgaben (Organisationsstrukturen, Selbstverantwortung der betroffenen Personen) bleiben offen.

## **5.2.2 Präjudizielle Bedeutung als Anlass für eine vertiefte Prüfung der verfassungsrechtlichen und der gesetzlichen Grundlagen**

„Obligate“ Folsäurezusätze mögen zwar als relativ harmlose Art der Zwangsmedikation wahrgenommen werden, weil ihre Wirkungen in Grenzen bleiben und schwerwiegende Nebenwirkungen bisher nicht bewiesen sind. Für andere Arten der Zwangsmedikation, beispielsweise mit Psychopharmaka, sind die Wirkungen und Nebenwirkungen besser bekannt und zum Teil stärker. Die Wirkungen sind

jedoch nicht das zentrale Problem. Vielmehr wird mit der Anordnung einer Zwangsmedikation die Selbstbestimmung der betroffenen Personen über ihre Gesundheit rundweg negiert. Der dadurch bewirkte Eingriff mag begründet sein, wenn Personen krank oder konkret krankheitsverdächtig oder krankheitsgefährdet sind; eine Rechtfertigung wird aber sehr prekär, wenn gesunde Personen betroffen sind. Umso problematischer ist die Zwangsmedikation, wenn wie im vorliegenden Fall grosse Bevölkerungsgruppen oder die Gesamtbevölkerung zwangsmediziert werden, zu welchen zahlreiche gesunde, nicht gefährdete Personen gehören. Damit wird ein „slippery slope“ betreten, auf dem es kein Halten mehr gibt, wenn keine Sicherungen eingebaut werden. Unterliesse man es, den verfassungsrechtlichen Beschränkungen für „obligate“ Folsäurezusätze Nachachtung zu verschaffen, so würde es auch schwer fallen, solche Beschränkungen für Zwangsmedikationen geltend zu machen, welche gravierendere Gefährdungen der Bevölkerungsgesundheit oder des Polizeiguts der „öffentlichen Gesundheit“ betreffen und möglicherweise noch wesentlich einschneidendere Auswirkungen auf die Lebensführung des einzelnen haben.

Es ist sogar von Vorteil, wenigstens die Anforderungen an die verfassungsrechtlichen und die gesetzlichen Grundlagen für eine staatliche Zwangsmedikation der Gesamtbevölkerung oder bestimmter Bevölkerungsgruppen anhand eines Beispiels vertieft zu prüfen, das vergleichsweise bescheidene Bedeutung für die Bevölkerungsgesundheit, die Sicherheit der Bevölkerung, die Wohlfahrt, den Volkswohlstand (Geld und Waren) und allenfalls weitere öffentliche Interessen hat; denn dies erleichtert eine unvoreingenommene Prüfung.

## 6 BESTEHENDE GRUNDLAGEN IM BUNDESVERFASSUNGSRECHT

### 6.1 Krankheitsverhütung und Gesundheitsinteressen als Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze

#### 6.1.1 Verfassungsmässige Aufgaben des Bundes für die Krankheitsverhütung

##### 6.1.1.1 *Bekämpfung von bestimmten Krankheitserscheinungen oder (krankheitsbezogene) Gesundheitserhaltung als Ziel der „obligaten“ Folsäurezusätze*

Zur Erfüllung welcher öffentlichen Aufgabe wollen Behörden und Experten bzw. Expertinnen, die sich dafür einsetzen, mit einem „obligaten“ Zusatz von Folsäure im Getreidemehl und den daraus hergestellten Produkten faktisch beitragen?

Sie streben ganz überwiegend die *Verhütung von Krankheiten* an. Zum einen sollen Neuralrohrdefekte (NRD) und die damit verbundenen Folgeerscheinungen verhindert werden. Im Zentrum steht nicht die Anenzephalie, bei welcher Kinder tot geboren werden oder nach einigen Tagen sterben, sondern stehen Spina bifida und eventuelle andere Fehlbildungen (Herz, Gaumenspalte, Harnwege, Gliedmassen). Diese Fehlbildungen sind medizinisch und chirurgisch behandelbar, so dass die betroffenen Kinder immer häufiger überleben. Insofern dient die Verhinderung von NRD zur Verhütung behandelbarer und darum als Krankheiten eingestufte Folgen. Zum andern hofft man mit der Verhinderung von NRD verschiedene andere Krankheiten zu verhüten, insbesondere Herz-Kreislauf-Krankheiten und gewisse Krebsarten. In allen genannten Fällen bilden medizinisch definierte Krankheiten den Bezugsgegenstand.

Die Krankheitsverhütung schliesst auch die Gesundheitserhaltung in einem spezifischen Sinn ein, nämlich der Erhaltung eines Zustands des einzelnen, von Bevölkerungsgruppen oder der Gesamtbevölkerung, in welchem (medizinisch definierbare) Krankheiten abwesend sind, sei es weil sie unter Kontrolle sind oder weil es sie nicht mehr oder noch nicht gibt. Sie beschränkt sich also nicht auf die Bekämpfung von bereits aufgetretenen Krankheitssymptomen, sondern umfasst auch Anliegen der Vorbeugung.

Die Krankheitsverhütung ist als nicht nur individuelle, sondern auch gesellschaftliche Aufgabe faktisch anerkannt, als sozialer Wirkungszusammenhang aus definierten Rollenanforderungen etabliert und in einem davon geprägten organisierten Zusammenspiel von Akteuren – Organisationen und Personen – integriert. Sie stellt mithin eine institutionalisierte, faktisch akzeptierte öffentliche Aufgabe dar. Im folgenden ist ein „obligater“ Zusatz von Folsäure hauptsächlich im Sinn eines *Beitrags zu dieser öffentlichen Aufgabe der Krankheitsverhütung* zu prüfen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist entscheidend, wie weit die faktisch akzeptierte Aufgabe verfassungsrechtlich anerkannt und geboten ist, und insbesondere ob „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts Platz finden.

##### 6.1.1.2 *Krankheitsverhütung als verfassungsrechtlich anerkannte öffentliche Aufgabe*

Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV weist dem Bund ausdrücklich die Verantwortung für die Bekämpfung bestimmter Krankheiten zu. Aus weiteren Verfassungsbestimmungen ergeben sich zusätzlich Funktio-

nen des Bundes für die Krankheitsverhütung. Dies zeigt, dass die öffentliche Aufgabe der Krankheitsverhütung im Prinzip als verfassungsrechtlich anerkannt ist, auch wenn der Beitrag des Bundes zur ihrer Erfüllung inhaltlich begrenzt ist und Personen und Organisationen in nichtstaatlichen Zusammenhängen dafür ebenfalls Verantwortung tragen. Die entscheidende Frage ist daher nicht, ob die Krankheitsverhütung als öffentliche Aufgabe anerkannt sei, sondern worin die Beiträge, die der Bund zu dieser Aufgabe erbringen soll, im einzelnen bestehen.

Da Art. 118 BV die wichtigste verfassungsrechtliche Grundlage für die Anordnung „obligater“ Zusätze von Folsäure durch Bundesbehörden zur Verhütung von Krankheitserscheinungen bildet, die durch Folsäuremängel bedingt sind, kann sich die nachstehende Analyse hauptsächlich auf diesen Artikel konzentrieren.

### **6.1.1.3 Staatliche Beiträge zur Krankheitsverhütung gemäss Art. 118 BV (Gesundheitsschutz)**

Art. 118 BV lautet wie folgt:

#### **Art. 118 Schutz der Gesundheit**

1 Der Bund trifft im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit.

2 Er erlässt Vorschriften über:

- a. den Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können;
- b. die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren;
- c. den Schutz vor ionisierenden Strahlen.

Art. 118 Abs. 1 enthält eine Zielbestimmung. Er schreibt dem Bund eine weitreichende inhaltliche Verantwortung zu. Diese umfasst generell Massnahmen zum Schutz der Gesundheit, allerdings nur „im Rahmen seiner Zuständigkeiten“. Abs. 1 enthält mit anderen Worten keine eigenständige Kompetenzbegründung<sup>80</sup>, sondern eine allgemeine programmatische Orientierung für das Handeln der Bundesbehörden im Rahmen der Kompetenzen, die dem Bund in anderen Verfassungsbestimmungen übertragen werden.

Abs. 2 umfasst drei spezifische Aufgabenbestimmungen. Für den vorliegenden Zusammenhang sind nur die Bestimmungen unter den Buchstaben a und b bedeutsam. Beide weisen dem Bund für die Sachverhalte, die sie erfassen, eine gegenüber „privatem“ Handeln unbegrenzte Verantwortung zu. Sie verleihen dem Bund also eine umfassende Kompetenz und lassen keinen Raum für eine originäre Aufgabenverantwortung „privater“ Personen und Organisationen in diesem Bereich. „Privaten“ kann nur eine abgeleitete Aufgabenverantwortung zufallen, insofern nämlich, als der Bund sie durch Privatisierungsmassnahmen in die Erfüllung der staatlichen Aufgabenverantwortung mit einbezieht. Diese abgeleitete „private“ Verantwortung ist im Geltungsbereich von Bst. a heute erheblich grösser als in demjenigen von Bst. b. Im Geltungsbereich von Bst. a beschränkt sich die konkretisierende Gesetzgebung zum grossen Teil auf die Regulierung und Kontrolle „privater“ resp. privatisierter Aufgabener-

---

<sup>80</sup> Ebenso LUZIUS MADER, St. Galler Kommentar zu Art. 118 BV, Rz. 2 ff.

füllung; dies gilt namentlich auch mit Bezug die Lebensmittelgesetzgebung<sup>81</sup>. Im Geltungsbereich von Bst. b dagegen weist der Bund – soweit er seine Verantwortung effektiv wahrgenommen hat (i. e. für übertragbare Krankheiten: Epidemiengesetzgebung) - die Leistungserstellung und –erbringung oder wenigstens die Planung staatlichen Instanzen zu. Dass der Bund bis vor kurzer Zeit untätig geblieben ist, was seine Verantwortung für die Bekämpfung von stark verbreiteten und bösartigen Krankheiten angeht, bedeutet nicht, dass die Verantwortung dafür bei „Privaten“ läge, sondern dass die staatliche Verantwortung bei den Kantonen verblieben ist; weil jedoch auch die Kantone die staatliche Verantwortung für die Bekämpfung dieser Krankheiten höchstens punktuell erfüllen, müssen sich beide Ebenen, Bund und Kantone, eine verfassungsrechtlich bedenkliche Vernachlässigung der Aufgabenverantwortung vorhalten lassen.

Damit ist auch bereits die föderalistische Aufgabenverteilung angesprochen. Im Verhältnis zu kantonalem Handeln weisen die Bestimmungen in Bst. a und b beide dem Bund eine umfassende Kompetenz zu, freilich nicht im Sinn von ausschliesslichen, sondern von konkurrierenden Kompetenzen. Der Bund hat seine in Bst. a verankerte Kompetenz als Grundlage für die Gesetzgebung über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG), Heilmittel (HMG), Betäubungsmittel (BetmG), Chemikalien (GiftG) und Mikroorganismen (EpG, USG, UVG) genutzt und damit viel weitergehend ausgeschöpft als die in Bst. b enthaltene Kompetenz zur Krankheitsverhütung<sup>82</sup>. Von der letzteren hat er nur mit Bezug auf Infektionskrankheiten Gebrauch gemacht (Epidemiengesetzgebung). Für die Verhütung aller anderen Krankheiten bleiben daher die Kantone zuständig.

#### **6.1.1.4 Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV: Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten Krankheiten als Nebenaufgabe**

Seinem Wortlaut nach enthält Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV eine reine Kompetenzbestimmung. Er belässt dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, weil jede weitergehende Präzisierung der Kompetenzausübung – der Ziele, der Strategien, der Instrumente, der Einrichtungen oder der Handlungsformen - fehlt. Eine gewisse inhaltliche Umschreibung der staatlichen Aufgabe, die darin verfassungsrechtlich begründet ist, ergibt sich aus der Aufzählung von Mitteln und Gegenständen, die den sachlichen Geltungsbereich von Bst. a begrenzt; aber die Generalklausel von „Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können“ dehnt diese Grenzen weit aus. Auch das Programm ist weitgehend offen; Vorschriften „über den Umgang“ könnten an sich beliebige Anforderungen an die *Qualität der Versorgung mit den in Bst. a genannten Mitteln und Gegenständen* beinhalten.

Hinweise für eine inhaltliche Präzisierung ergeben sich aus dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang, vor allem aber aus der historischen und geltungszeitlichen Verständnis der in Bst. a (resp. in Art. 69 bis aBV) verankerten Bundesaufgabe. Alle Elemente deuten darauf hin, dass ein ganz spezifisches öffentliches Interesse für die Umschreibung des Aufgabeninhalts ausschlaggebend ist, nämlich das Interesse der Sicherheit. Auf dieses Interesse ist später einzugehen<sup>83</sup>. Hier ist wichtig,

---

<sup>81</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.1.1.

<sup>82</sup> Auf Art. 118 Abs.2 Buchstabe a („Vorschriften über den Umgang mit .... Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können.“; alt 69bis Abs. 1 Bst. b; sowie weitere Kompetenzbestimmungen in den Wirtschaftsartikeln und die Privatrechtsgesetzgebungskompetenz) stützt sich auch das Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten, vom 19. März 1976 (SR 819.1). Dieses Gesetz ist in der systematischen Sammlung des Bundesrechts als einziges Bundesgesetz unter dem Titel „Unfallbekämpfung“ eingeordnet.

<sup>83</sup> Siehe dazu hinten 6.1.2.1.

dass der Inhalt der Aufgabe hauptsächlich durch ein einzelnes öffentliches Interesse bestimmt wird, das darin zur Geltung kommen soll; oder anders betrachtet: ein bestimmter Aufgabensinn ist nur erkennbar, weil ein einzelner, spezifischer Zweck massgebend ist, der Sinn fällt also mit dem Zweck in eins. Könnten in Bst. a verschiedene öffentliche Interessen den Zweck bilden, wäre die darin verankerte Aufgabe weitgehend konturlos.

Bst. a bildet nicht die Grundlage für beliebige Anforderungen an die Qualität der Versorgung mit den darin aufgezählten Mittel und Gegenstände, sondern der Bund ist nur für *einen bestimmten Qualitätsaspekt – die Gefahrlosigkeit für die Gesundheit* – verantwortlich. Dafür spricht, dass in Abs. 2 Bst. a neben spezifischen genannten Gegenständen allgemein „Gegenstände, welche die Gesundheit gefährden können“, aufgeführt sind. Damit werden nach Auffassung der Lehre Waren und Gegenstände erfasst, mit welchen grundsätzlich jedermann in Kontakt kommen kann und die grundsätzlich von jedermann verwendet werden können, nicht dagegen Gegenstände, mit welchen ausschliesslich Spezialisten im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit in Kontakt kommen<sup>84</sup>. Aber über diese Bedeutung für die Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs hinaus sagt der Wortlaut auch etwas über den Zweck aus, welchen staatliches Handeln dienen soll; der Bund soll intervenieren, um Gefährdungen der Gesundheit zuvorkommen. Weniger aussagekräftig, aber immerhin als Indiz verwendbar ist der systematische Zusammenhang. Gemäss Art. 118 Abs. 1 BV gilt der Schutz der Gesundheit als Generalprogramm für alle in Abs. 2 angesprochenen Aufgaben. Der Bund solle also auch die in Abs. 2 Bst. a aufgeführten Stoffe und Gegenstände regulieren, um die Gesundheit zu schützen. Das Programm des Gesundheitsschutzes ist zwar auch für andere als Sicherheitsinteressen offen, doch immerhin grenzt es die Anforderungen an die Qualität der Versorgung inhaltlich ein. Wichtig ist vor allem, dass Art. 69 bis aBV von Beginn an als Grundlage für gesundheitspolizeiliche Vorschriften verstanden wurde und auch heute die Gesetzgebung nur auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV gestützt wird, soweit sie gesundheitspolizeiliche Anliegen aufnimmt<sup>85</sup>. Vorschriften im Rahmen von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV sind daher auf *einen bestimmten Qualitätsaspekt – die Gefahrlosigkeit für die Gesundheit – beschränkt*; andere Vorschriften über Anforderungen an die Qualität der Versorgung mit den genannten Mitteln und Gegenständen haben darin keinen Platz.

*Sekundär* gehören andere Aufgaben, die auch zum Sinn von Abs. 2 Bst. a gehören können, sind Nebenaufgaben; das heisst sie sind nur mit enthalten, weil und soweit die Massnahmen der Gefahrenabwehr zugleich auch zur Erfüllung dieser Aufgaben beitragen. Erwähnenswert ist beispielsweise die Aufgabe der *Lebenserhaltung*: Indem staatliche Vorschriften Gesundheitsgefahren ausschliessen, tragen sie auch dazu bei, Todesgefahren zu verhindern. Insbesondere aber hat Abs. 2 Bst. a auch Bedeutung für die Aufgabe der *Krankheits- und Unfallverhütung*; denn werden Gefahren für die Gesundheit durch die aufgeführten Gegenstände abgewehrt, wird dadurch auch ein Beitrag zur Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten Krankheiten und Unfällen geleistet<sup>86</sup>. Dieser Beitrag zur Krankheitsverhütung ist aber im Rahmen von Abs. 2 Bst. a nur als Nebeneffekt mit gemeint. Die Krankheitsverhütung bildet hier keine originäre, sondern eine derivative Aufgabe; denn sie ist nur mit inbegriffen, soweit sie aus der originären Aufgabe der Gefahrenabwehr fliesst.

---

<sup>84</sup> Siehe Mader, St. Galler Kommentar zu Art. 118 BV, Rz. 7, im Anschluss an Malinverni, Kommentar aBV zu Art. 69 bis, Rz. 10.

<sup>85</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.1 und 7.2 zur Prüfung der gesetzlichen Grundlagen in der Lebensmittel-, Heilmittel- und weiteren Gesetzgebung.

<sup>86</sup> Die Unfallverhütung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung. Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV bildet jedoch eine Grundlage sowohl für die Krankheits- als auch für die Unfallverhütung. Zu recht stützt sich daher beispielsweise das BG über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (vom 19. März 1976, SR 819.1) darauf.

Vorschriften zur Krankheits- und Unfallverhütung sind daher im Rahmen von Abs. 2 Bst. a in spezifischer Weise limitiert. Zu den Gesundheitsgefährdungen, die verhindert werden sollen, gehören nur Krankheitsgefahren, die sich aus Eigenschaften der regulierten Mittel und Gegenstände oder aus dem Umgang mit diesen ergeben würden. Platz haben sogar Vorschriften über den kompensatorischen Zusatz von Stoffen (z.B. Vitaminen), die in einem Lebens- oder Heilmittel regulär vorkommen sollten, damit es einwandfrei ist, und deren Fehlen (z. B. als Folge der industriellen Verarbeitung) in den betreffenden Lebens- oder Heilmittel zu einem Mangel führt, der gesundheitsgefährdend ist und sonst nicht kompensiert werden kann. Auf Bst. a könnte sich daher allenfalls eine Verpflichtung zur Kompensation von Folsäureverlusten durch Verarbeitung oder Lagerung stützen, freilich nur soweit, als sich aus den Verlusten nachweislich generell eine Gefährdung der Gesundheit ergäbe. Dies wäre im Rahmen des geltenden LMG, welches Abs. 2 Bst. a konkretisiert, möglich. Es würde prima facie genügen, gestützt auf das geltende LMG eine entsprechende verordnungsrechtliche Grundlage zu schaffen. Jedenfalls wäre eine solche Anordnung durch den Zweck des LMG gedeckt<sup>87</sup>.

Hingegen hat die Zusetzung von Folsäure, bei der Lebensmittel nur als Vehikel für Massnahmen zur Krankheitsverhütung dienen, ihren verfassungsrechtlichen Ort nicht hier, sondern in Bst. b des Art. 118 BV. Im Rahmen von Bst. a darf es nur um Vorkehren zur Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten Krankheiten gehen. Das entscheidende Kriterium ist also die *Ursache von Krankheiten*. Es kommt darauf an, *ob eine Krankheit durch Lebensmittel als solche, darin enthaltene oder fehlende Inhaltsstoffe oder Zusatzstoffe oder den Umgang mit Lebensmitteln verursacht wird, oder ob sie davon unabhängige Ursachen hat und durch Lebensmittel, darin enthaltene oder fehlende Inhaltsstoffe oder Zusatzstoffe oder den Umgang mit Lebensmitteln verhütet werden kann*. Für den ersten Fall verfügt der Bund in Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV über eine Kompetenzgrundlage, für den zweiten Fall nicht. Weil viele Krankheiten multifaktoriell verursacht sind, kommt es in der Praxis auf die Priorität und das Schwergewicht der Ursachen an. Abs. 2 Bst. a trägt nur, vereinfacht gesagt, Vorkehren zur Verhütung von Krankheiten, die sich *aus* Lebens- oder Heilmitteln oder dem Umgang mit diesen *ergeben*, nicht zur Verhütung von Krankheiten *mit Hilfe* von Lebens- oder von Heilmitteln.

Was ergibt sich daraus für die Folsäurezusätze?

Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV bildet die Grundlage für Vorschriften des Bundes sowohl bezüglich Lebensmittel als auch bezüglich Heilmittel. Deshalb ist es gleichgültig, ob man für die rechtliche Beurteilung bei den Lebensmitteln, welche die Folsäure transportieren (Brotgetreide und damit hergestellte Produkte), oder bei der Folsäure selbst ansetzt, die als (präventiv wirksames, gegen spezifische medizinisch definierte Krankheiten eingesetztes) Heilmittel eingesetzt wird. Die Folsäurezusätze könnten darum aus verfassungsrechtlicher Sicht im Rahmen der Lebensmittel- ebenso gut wie im Rahmen der Heilmittelgesetzgebung erfasst werden.

Im einen wie im andern Fall lassen sich nur Vorschriften auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV stützen, mit denen verhindert werden soll, dass die Gesundheit durch den Konsum oder die sonstige Verwendung von Lebensmitteln, die Folsäure enthalten oder normalerweise enthalten sollten, oder durch Folsäurepräparate gefährdet wird. Abs. 2 Bst. a bildet daher nur eine Basis für Vorschriften über Höchstgehalte von Folsäure in Lebensmitteln, über die Kompensation der normalerweise in einem Lebensmittel enthaltenen, aber durch Lagerung, Transport, Verarbeitung usw. verlorenen Folsäure oder über die Deklaration des Folsäuregehalts, soweit Über- resp. Unterversorgungen mit Folaten gesundheitliche Gefährdungen und Krankheitserscheinungen zur Folge haben.

---

<sup>87</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.1.1.4.

Dagegen bietet Abs. 2 Bst. a keine Grundlage für Vorschriften über die Verhütung von Krankheiten, die losgelöst von den Lebens- oder Heilmitteln entstehen und durch Folsäure, die Lebensmitteln über ihren normalen Gehalt hinaus zugesetzt oder in Heilpräparaten zusätzlich zur normalen Versorgung verabreicht wird, verhindert werden sollen. Mit den hier zu prüfenden „obligaten“ Folsäurezusätzen würde genau dies angestrebt; denn geplant sind „obligate“ Zusätze, die zwar noch innerhalb der zulässigen Grenzwerte liegen, aber gerade über den normalen Folsäuregehalt des Brotgetreides hinausgehen, weil nur dann eine ins Gewicht fallende Reduktion der Schädigungen durch Spina bifida erwartet werden kann. Das Brotgetreide und die daraus hergestellten Produkten würden dabei als Vehikel für den Transport von Folsäurezusätzen genutzt, die über den normalen Gehalt hinausgehen, um Gesundheitsgefahren wie Spina bifida, Herz-Gefäss-Erkrankungen zu begegnen, welche sich nicht aus dem Umgang mit diesen Produkten ergeben. Im Rahmen von Art. 118 Abs. 2 Bst. a ist dafür kein Raum.

#### **6.1.1.5 Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV: Verhütung von übertragbaren, stark verbreiteten oder bösartigen Krankheiten als Hauptaufgabe**

Für die Krankheitsverhütung im Allgemeinen und die Verhütung von Krankheiten durch „obligate“ Folsäurezusätze im speziellen ist die Bestimmung in Art. 118 Abs. 2 Bst. b wichtiger als diejenige in Bst. a desselben Artikels.

Die Aufgabenbestimmung in Bst. b weist dem Bund eine zwar inhaltlich limitierte, aber primäre Verantwortung für die Verhütung spezifischer Krankheitsarten zu. Sie enthält nicht nur eine Kompetenzbestimmung, sondern verpflichtet den Bund zum Erlass von Vorschriften über „die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren“. In der Lehre ist unbestritten, dass Gesetzaufträge dieses Typs auch die Kompetenz zum Vollzug einschliessen. Die Bundeskompetenz ist umfassend; sie beschränkt sich nicht auf eine Grundsatzgesetzgebung. Es handelt sich wie erwähnt nicht um eine ausschliessliche, sondern um eine konkurrierende Kompetenz. Soweit der Bund seine Kompetenz nicht ausgeschöpft hat, bleibt daher Raum für eigenständige kantonale Regelungen resp. liegt die Last der in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV umschriebenen staatlichen Aufgabenverantwortung auf den Kantonen.

Im Unterschied zur Bestimmung in Abs. 2 Bst. a ist in Bst. b das Ziel explizit genannt. Die Aufgabe besteht nicht nur darin, den Umgang mit Krankheiten zu regulieren bzw. (in Verbindung mit Abs. 1) gefahrlos und risikoarm zu machen. Dies kann auch dazu gehören, beispielsweise durch Bewegungs- oder Tätigkeitseinschränkungen für infizierte Personen. Aber immer dienen entsprechende Massnahmen nur als Mittel, um das Ziel – Krankheiten zu besiegen – zu erreichen. Krankheiten gelten anders als die in Abs.2 Bst. a aufgeführten potentiell gesundheitsgefährdenden Mittel und Gegenstände nicht als akzeptabel, sondern als Übel, das „bekämpft“ werden soll. Man kann sich fragen, ob dies angemessen sei; in jüngerer Zeit werden Stimmen lauter, die Frieden mit Krankheiten postulieren oder gar Krankheiten allgemein, eventuell auch nur spezifische Krankheiten (z.B. Kinderkrankheiten im Kindesalter), für die betroffenen Personen individuell oder gesellschaftlich als nützlich darstellen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die in Art. 118 Abs. 2 Bst. b genannten Krankheiten nach geltendem, offensichtlich medizinisch beeinflusstem Verfassungsrecht generell als Übel gelten und deshalb eliminiert, wenn möglich eradiziert werden sollen.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen über den Sinn dieser Bestimmung; die Bekämpfung der besagten Krankheiten trägt offensichtlich zur Krankheitsverhütung insgesamt bei. Die Krankheitsverhü-

tung bildet den primären Aufgabensinn dieser Bestimmung. Der Beitrag zu dieser Aufgabe, der in Abs. 2 Bst. b umschrieben ist, hat potentiell einen sehr weit reichenden Inhalt. Die Krankheitsverhütung schliesst die Erforschung und Eliminierung oder Eindämmung einer Vielzahl von Gefahren und Risikofaktoren für Erkrankungen ein. Sie umfasst bei weitem nicht nur medizinisch behebbare oder allenfalls durch behördliche Zwangsmassnahmen kontrollierbare Krankheitsursachen, sondern auch Risikofaktoren, die sich aus Lärm, Licht, Gerüchen, Mikroklimata, nichtionisierender Strahlung, individuellem Verhalten wie z.B. Ernährungsverhalten, sozialer Einbettung des einzelnen, Verhaltensbedingungen wie z.B. Wohn- oder Arbeitsbedingungen usw. ergeben und die Entstehung oder den Verlauf von Erkrankungen beeinflussen können.

In der verfassungsrechtlichen Lehre und Praxis hat Abs. 2 Bst. b bisher trotzdem nur wenig Beachtung gefunden. Dies mag zum Teil daran liegen, dass sein Inhalt stark reduziert war, solange man der darin verankerten Aufgabe in einem älteren Verständnis Sicherheitsinteressen bzw. Zwecke polizeilicher Gefahrenabwehr zuschrieb. Wegen der Verengung auf die Abwehr von Gefahren für das Polizeigut Gesundheit wurde die Bestimmung nur für übertragbare Krankheiten aktiviert, bei welchen die polizeilich relevanten Gefahren offensichtlich sind. Der Wortlaut geht aber zum vornherein darüber hinaus und nennt explizit auch Krankheiten, die keine Sicherheitsprobleme stellen. Insbesondere wird der Aufgabe auch in der Behördenpraxis seit langem auch ein anderer Zweck unterstellt. Deutlich erkennbar wurde dies spätestens mit der Revision des eidgenössischen Epidemiengesetzes<sup>88</sup> im Jahr 1970. Damals wurden in dieses Gesetz Neuerungen eingefügt, die eine auf epidemiologischen Grundlagen beruhende, nach präventivmedizinischen anstatt polizeilichen Konzeptionen ausgestaltete Krankheitsverhütungspolitik begründeten. Seither hat letztere in der Realität, wie das Vorgehen im Fall der HIV-Epidemie belegt, neben präventivmedizinischen prominent auch Konzeptionen aufgenommen, die sozial- und verhaltenswissenschaftlich mit bestimmt sind und in erster Linie auf Technologien der Informations- und Wissensvermittlung setzen. Dabei stehen nicht mehr die Sicherheit und Interessen der Gefahrenabwehr, sondern die Gesundheit und Interessen der Abwesenheit von Krankheit oder gar einer Förderung des Wohlbefindens im Zentrum. Die Verschiebung signalisiert einen Wechsel vom Modell der Gesundheitspolizei im engen Sinn zu Modellen des Old resp. des New public health. Darauf ist anderer Stelle zurückzukommen<sup>89</sup>. Jedenfalls wird Abs. 2 Bst. b mit der Verschiebung inhaltlich für eine umfassende politische Gestaltung im Bereich der oben geschilderten Aufgabe Krankheitsverhütung geöffnet, die Reduktion auf die Gefahrenabwehr entfällt. Weder die inhaltlichen Erweiterungen noch die Zweckverschiebung, die vorausgesetzt ist, sind unter verfassungsrechtlichen Aspekten reflektiert und geklärt.

Eine gewisse inhaltliche Begrenzung, die verhindert, dass Abs. 2 Bst. b ganz ausufert und als Generalkompetenz des Bundes für die Gesundheitspolitik beansprucht werden kann, ergibt sich nur durch den Krankheitsbezug und die Einschränkung auf bestimmte Krankheitsarten<sup>90</sup>. Selbst wenn ein Ver-

---

<sup>88</sup> Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; EpG), SR 818.101. Zu den Besonderheiten vgl. HALLER, Grundrechte und Epidemiengesetz, S. 81 ff.

<sup>89</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 6.1.2.2.

<sup>90</sup> In der „Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend zur Revision des Art. 69 der Bundesverfassung im Sinne vermehrter Befugnis des Bundes bei der Bekämpfung menschlicher und tierischer Krankheiten“ vom 20. Dezember 1911 wurde für die Erweiterung der Bundeskompetenzen über die ansteckenden Krankheiten hinaus geprüft, welches Merkmal von Krankheitsarten „in erster Linie ... das Einschreiten des Staates erheischt“ (310). Dies wurde bejaht für die Übertragbarkeit im weitesten Sinn (auch ohne An-

ständnis des New public health unterstellt wird, bleibt die in Bst. b statuierte Verantwortung des Bundes auf die Verhütung von medizinisch definierten Krankheiten bezogen und dürfte nicht für politische Programme, die von konkreten Krankheiten losgelöste Anliegen der Gesundheitsförderung aufnehmen, in Anspruch genommen werden; dies wird gleich anschliessend präzisiert. Zudem ist die Verantwortung des Bundes auch in diesem Rahmen auf die genannten spezifischen Krankheiten beschränkt und könnte nicht als Grundlage für die Verhütung jeglicher Krankheiten herangezogen werden.

Im Übrigen kommen auch in Bst. b zusätzliche Nebenaufgaben hinzu; denn die staatliche Bekämpfung der darin aufgezählten Krankheiten erfüllt Funktionen auch für andere öffentliche Aufgaben als für die Krankheitsverhütung. Sie kann nämlich zur Gewährleistung der Qualität der Mittel und Gegenstände (in Bst. a die Hauptaufgabe) beitragen, wenn in Bst. b aufgeführten Krankheiten durch den Umgang mit Mitteln und Gegenständen bedingt sind. Dies ist etwa der Fall, wenn Lebensmittel Träger von Krankheitserregern sein können, welche bösartige Krankheiten verursachen. Die Bekämpfung solcher Krankheiten kann dann auch Vorschriften über den Umgang mit den entsprechenden Mitteln und Gegenständen einschliessen, die zur Verhinderung dieser Krankheiten nötig angebracht sind. Diese Vorschriften leisten zugleich einen speziellen Beitrag zur gesundheitlichen Gefahrlosigkeit der betreffenden Mittel und Gegenstände. In Bst. b kommen also die gleichen zwei Aufgaben zusammen wie in Bst. a, doch stehen sie in umgekehrtem Verhältnis zueinander; denn in Bst. a bildet die Qualitätsgewährleistung für Mittel und Gegenstände die Hauptaufgabe und die Krankheitsbekämpfung eine Nebenaufgabe. Immerhin können Vorschriften über Mittel und Gegenstände, mit welchen unter Bst. b fallende Krankheiten bekämpft werden sollen, wahlweise sowohl auf Bst. b als auch auf Bst. a gestützt werden.

Andere Nebenaufgabengehalte von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV sind im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung, aber trotzdem erwähnenswert. Nach dem Willen des Bundesrates bestand der (Aufgaben-) Sinn von Art. 69 aBV, der entsprechende Bestimmung der alten Bundesverfassung, nicht nur in einer spezifischen Verantwortung für die Krankheitsverhütung als solche. Dies wurde in der Revision der Bestimmung im Jahr 1911 deutlich. Damals begründete der Bundesrat die Erweiterung der Bundesverantwortung mit Argumenten, die weit über die Gesundheit der Bevölkerung und des einzelnen hinausreichen: Die Bevölkerung leide unter „Menschenverlusten, Schädigung der Gesundheit, Arbeits- und Wehrkraft“; „die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit unseres Volkes, seine Wehr- und Erwerbskraft“ werde „in hohem Grade beeinträchtigt“; und in manchen Kantonen stelle „der endemische Kretinismus die Hauptursache des Pauperismus und der grossen Armenlasten das, durch welchen wie durch ein Bleigewicht der Wettbewerb, der wirtschaftliche und geistige Aufschwung des Landes erschwert werden.“<sup>91</sup> Der Bundesrat verstand die Bestimmung demnach auch als Grundlage für Beiträge zu den Aufgaben der Abwehr militärischer Gewalt von aussen, der Versorgung der Wirtschaft mit Arbeitskräften, der Armutsverhütung sowie allenfalls auch der kulturellen Entwicklung.

Was bedeutet dies alles mit Bezug auf „obligate“ Folsäurezusätze?

Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV bietet grundsätzlich eine Grundlage für Vorkehren zur Verhütung von Krankheitserscheinungen, die auf Folsäuremängel zurückzuführen sind. Diese lassen sich zwar weder unter den „übertragbaren“ noch unter den „stark verbreiteten“ Krankheiten einordnen. Doch eine Subsump-

---

steckung, z. B. über Zwischenwirte, aber ohne Erbkrankheiten; erfasst werden sollten alle „parasitären Krankheiten“:311), aber auch für eine „grosse Verbreitung“ und für die „Bösartigkeit“ (311 f.).

<sup>91</sup> A.a.O. (Anm. hievon), 312.

tion unter die „bösartigen“ Krankheiten erscheint gerechtfertigt; denn die Konsequenzen von Folsäuremängeln sind zwar nicht in allen Fällen gravierend, können aber immer gravierend sein. Folsäuremängel zu verhindern bedeutet immer auch, damit möglicherweise verbundene „bösartige“, lebensbedrohende oder unheilbare Krankheitserscheinungen zu verhüten. Auch wenn Folsäuremängel blosser Risikofaktoren für Herz-Kreislauf- und andere Krankheiten darstellen und wenn das Fehlen von erhöhten Folsäure-Dosen im Vorfeld und während der Schwangerschaft nicht eine mit polizeilichen Mitteln abzuwehrende Gefahr für die Gesundheit der Gesamtbevölkerung oder einer Bevölkerungsgruppe bildet, bietet Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV nach dem eben Ausgeführten eine Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze, die dazu beitragen sollen, dass die anvisierten Krankheitserscheinungen in möglichst wenig Fällen auftreten.

Allerdings kann diese Massnahme nicht unmittelbar auf die Verfassung gestützt werden, sondern bedingt eine Grundlage in der konkretisierenden Gesetz- und Verordnungsgebung. Zudem muss sie sich unter verwaltungs- und grundrechtlichen Aspekten als verhältnismässig erweisen.

#### **6.1.1.6 Andere Verfassungsbestimmungen (Art. 117 BV)**

Als Nebenaufgabe ist die Krankheits- und Unfallverhütung auch in Art. 117 BV anerkannt. Sekundär ist sie dort im Verhältnis zur Aufgabe der Gewährleistung der Finanzierung der Kosten der Krankheits- und Unfallversorgung, die den primären Sinn von Art. 117 BV bildet. Vorkehren zur Krankheitsverhütung, die sich auf Art. 117 stützen, sind an den Rahmen gebunden, der durch diese Hauptaufgabe vorgegeben ist. Sie finden daher in Art. 117 eine Grundlage, soweit sie darauf abzielen, Kosten zu verhindern, für deren Finanzierung der Bund sorgen müsste (durch Vorschriften über die entsprechenden Versicherungen). Was dazu zählt, ergibt sich aus der Auslegung von Art. 117 BV und der behördlichen Konkretisierung, insbesondere aus der Konkretisierung im Krankenversicherungs- (KVG) und im Unfallversicherungsgesetz (UVG)<sup>92</sup>. Die Krankheits- und Unfallverhütung bezieht sich in diesem Rahmen daher auf Krankheiten und Unfälle, die in die Leistungspflicht der entsprechenden Sozialversicherungen fallen<sup>93</sup>. Als zweite Limitierung kommt hinzu, dass Verhütungsmassnahmen im Rahmen von Art. 117 BV nur als Massnahmen zum Ziel der Begrenzung der Kosten, nicht aber für andere Ziele zulässig sind; soweit Krankheiten und Unfälle sowie darauf bezogene Versorgungsleistungen kostenmässig nicht ins Gewicht fallen, bietet Art. 117 BV keine Grundlage für Krankheits- oder Unfallverhütungsmassnahmen durch den Bund. Dies ergibt sich a contrario auch aus der Tatsache, dass in der Bundesverfassung explizite Kompetenzbestimmungen für darüber hinausgehende Verhütungsmassnahmen enthalten sind, insbesondere Art. 118 BV; böte Art. 117 BV eine umfassende Grundlage für Verhütungsmassnahmen des Bundes, so wären diese Bestimmungen überflüssig.

Die Kosten für die Behandlung von Menschen mit NRD-korrelierten Krankheitserscheinungen sind zwar erheblich und belasten insbesondere die soziale Krankenversicherung, die für diese Kosten (bisher) aufkommt. Die Verhinderung solcher Erscheinungen hätte jedoch vermutlich keine nennenswerten Auswirkungen auf das Volumen der Kosten der obligatorischen Krankenversicherung insgesamt; substantiierte Angaben darüber, wie gross die Kosteneinsparungen tatsächlich sind, und die dafür

---

<sup>92</sup> BG über die Krankenversicherung, vom 18. März 1994 (SR 832.10); BG über die Unfallversicherung, vom 20. März 1981 (SR 832.20).

<sup>93</sup> UVG Art. 81 ff. Vorschriften über Verpflichtungen der Arbeitgeber zu Massnahmen zur Unfallverhütung (Regulierung), und Art. 88 Grundlage für eine gemeinsame Einrichtung der SUVA und der anderen Unfallversicherer, die mit „Aufklärung und allgemeine(n) Sicherheitsvorkehrungen zur Verhütung von Nichtbetriebsunfällen“ beauftragt ist.

nötigen ökonomischen Analysen wären noch zu erarbeiten. Angesichts der kleinen Zahl der Fälle von NRD und der unsicheren Wirkung von Folsäure-Zusätzen auf die Verhütung von anderen als durch NRD verursachten Krankheiten dürften die nachweisbaren Einsparungen jedoch vergleichsweise bescheiden sein. Dass im übrigen die individuelle wirtschaftliche Situation der einzelnen betroffenen Personen schwierig werden kann, weil sie neben der Behandlungsfinanzierung in manch anderer Hinsicht Einbussen in Kauf zu nehmen haben, ist klar, stellt aber ein Problem ausserhalb der in Art. 117 BV umschriebenen staatlichen Aufgabe dar.

### **6.1.2 Gesundheitsinteressen als Zweck der Krankheitsverhütung durch „obligate“ Folsäurezusätze**

Welche Zwecke der Krankheitsverhütung, die in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV als primäre und in Bst. a als Nebenaufgabe des Bundes angesprochen ist, sind nach geltendem Verfassungsrecht legitim und im vorliegenden Fall massgebend? Nach den legitimen Zwecken fragen bedeutet aus verfassungsrechtlicher Sicht, nach den verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Interessen zu fragen, welche für die Erfüllung der staatlichen Aufgabenverantwortung massgebend sind. Welche öffentlichen Interessen soll der Bund also wahren, wenn er Vorkehren zur Verhütung von übertragbaren, bösartigen oder weit verbreiteten Krankheiten trifft? Die Antwort ergibt sich im wesentlichen aus der Interpretation von Bst. b, auch wenn für die Folsäurezusätze in erster Linie die Bst. a des Art. 118 Abs. 2 BV gestützte Lebensmittelgesetzgebung ins Auge gefasst worden ist.

#### **6.1.2.1 Sicherheitsinteressen als Zweck von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV**

Bst. a bildet, wie weiter vorn dargelegt<sup>94</sup>, die Grundlage für die Gewährleistung der gesundheitliche Gefährlosigkeit der Versorgung mit bestimmten, im Verfassungstext umschriebenen Mitteln und Gegenständen. Aus Mitteln und Gegenständen oder dem Umgang mit solchen können sich immer lebens- oder gesundheitsbedrohliche Verletzungs-, Unfall-, und auch Erkrankungsgefahren ergeben. Was Erkrankungen betrifft, fallen nicht nur übertragbare Krankheiten in Betracht, die durch Krankheitserreger verursacht werden, welche integrierende Bestandteile der Mittel und Gegenständen sind oder durch diese (resp. dazugehörige Verpackungen usw.) als Wirte oder Träger weitergegeben werden); auch nicht übertragbare Krankheiten wie beispielsweise Allergien, Krebsarten oder Erkrankungen durch Heilmittelnebenwirkungen können durch Mittel und Gegenstände verursacht sein.

Welches öffentliche Interesse bildet den Zweck für staatliche Vorschriften, die auf Bst. a gestützt sind? Üblicherweise gehen Lehre und Praxis davon aus, dass Bst. a die Grundlage für gesundheitspolizeiliche Vorschriften ist, also Sicherheitsinteressen leitend sind. Dafür sprechen historische Gründe. Doch wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, können für die Krankheitsverhütung, die in Bst. a als Nebenaufgabenfunktion mit enthalten ist, auch Gesundheitsinteressen massgebend sein. Nach welchem Kriterium ist zu entscheiden, welches öffentliche Interesse den Zweck staatlicher Vorschriften über den Umgang mit Mitteln und Gegenständen bildet, wenn diese Vorschriften auf die Krankheitsverhütung abzielen? Auf die Art der Krankheit oder der Krankheitsursachen kann es nicht ankommen. Übertragbare Krankheiten bedrohen die öffentliche Gesundheit als Polizeigut nicht bereits deswegen, weil sie übertragbar sind; es gibt neben gravierenden wie HIV oder Grippe auch harmlose übertragbare

---

<sup>94</sup> Siehe vorn Ziff. 6.1.1.4.

Krankheiten wie Schnupfen, und umgekehrt kann die öffentliche Gesundheit beispielsweise durch Vergiftungserkrankungen bedroht sein, auch wenn diese nicht übertragbar sind. Entscheidend ist vielmehr die Breite des Zugangs zu Mitteln und Gegenständen. Der Umstand, dass Mittel und Gegenstände im Publikumsverkehr angeboten werden, so dass grundsätzlich jedermann mit ihnen in Kontakt kommen und sie verwenden kann<sup>95</sup>, ist ausschlaggebend. Man kann nicht voraussetzen, dass jedermann die Erkrankungsgefahren, die mit Mitteln und Gegenständen oder dem Umgang mit diesen verbunden sein können, kennt, sich und andere vor diesen schützen kann und auch willens ist, sich und andere davor zu schützen. Die Erkrankungsgefahren, die sich daraus ergeben, bilden daher ein Sicherheitsproblem. Es sind öffentliche Interessen der Sicherheit, welche staatliche Vorschriften legitimieren; diese Interessen rufen nach Vorschriften über die gesundheitliche Sicherheit von Mitteln und Gegenständen, die im Publikumsverkehr zugänglich sind, mithin nach Vorschriften zum Schutz des Polizeiguts der öffentlichen Gesundheit. Staatliche Vorschriften werden nicht um der Gesundheit der betroffenen Personen oder Bevölkerungsgruppen willen erlassen, sondern um Gefahren für ein Polizeigut abzuwehren, welches zu den Voraussetzungen für eine funktionierende privatautonome Gesellschaft und Wirtschaft zählt.

Die gesundheitspolizeilichen Vorschriften können sich, wie im Fall des Lebensmittelgesetzes, im wesentlichen auf die Regulierung beschränken, wobei diese erhebliche Einschränkungen der Handlungsfreiheit beinhalten und selbst Verbote des Konsums oder der Anwendung generell oder für bestimmte Situationen einschliessen kann, wenn der Konsum oder die Anwendung zu Gesundheitsgefährdungen (einschliesslich Krankheitsgefahren) führen kann (z.B. Prävention von Suchterkrankungen durch Verbot des Verkaufs oder Konsums bestimmter Betäubungsmittel oder durch Nichtregistrierung von bestimmten Heilmitteln). Die Vorschriften können zudem über die polizeiliche Gefahrenabwehr hinaus auch auf die (politische) Risikoeindämmung abzielen. Aber Platz haben in Abs. 2 Bst. a auch Vorschriften über staatliche Planungsmassnahmen und Leistungen.

### **6.1.2.2 Sicherheits- und Gesundheitsinteressen als Zwecke von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV**

In Bst. b von Art. 118 Abs. 2 BV liegen die Dinge zugleich einfacher und komplexer als in Bst. a. Zur Vereinfachung trägt bei, dass die Krankheitsverhütung hier die Hauptaufgabe bildet. Es braucht also anders als in Bst. a nicht erst geklärt zu werden, welche sekundären Funktionen für die Krankheitsverhütung mit einer anderweitigen staatlichen Aufgabe verbunden sind. Vereinfachend wirkt sich auch aus, dass Bst. b nicht auf spezifische Entstehungsweisen oder Ursachen von Krankheiten abstellt; weil er sich neben übertragbaren auch auf weit verbreitete und bösartige Krankheiten bezieht, erfasst er praktisch alle denkbaren Krankheitsfaktoren. Dazu gehören beispielsweise der Umgang von Menschen miteinander (direkt übertragbare Krankheiten, psychosoziale Erkrankungen), genetische Anlagen, Umweltbedingungen, die individuelle Lebensführung und andere Faktoren, unter anderem auch Erkrankungen durch den Umgang mit Mitteln und Gegenständen (insbesondere auch solchen, die nicht für jedermann zugänglich und daher in Bst. a nicht erfasst sind).

Komplexer ist der Normgehalt von Bst. b, weil gerade wegen der Weite des Geltungsbereichs sowohl Sicherheits- als auch Gesundheitsinteressen leitend sein können. Bst. b erfasst Krankheiten, die vor allem Sicherheitsprobleme stellen, aber auch solche, bei denen die Gesundheitsprobleme der betroffenen Personen oder Bevölkerungsgruppen im Vordergrund stehen. Viele Krankheiten können zudem

---

<sup>95</sup> Siehe dazu oben Ziff. 6.1.1.4.

ebenso gut als Sicherheits- wie als Gesundheitsproblem gedeutet werden. Der Entscheid für eines der beiden für die Krankheitsverhütung anerkannten öffentlichen Interessen kann daher anders als in Bst. a nicht generell, sondern muss mit Bezug auf die konkreten Krankheiten spezifisch getroffen werden.

So implizit wie in Lehre und Praxis heute in der Regel zwischen öffentlichen Interessen unterschieden wird, so implizit wird auch entschieden, welche Interessen in welchen Fällen massgebend sein sollen. Es trägt zur Rationalität der Lehre und der Praxis bei, wenn die Unterscheidungen und Zuweisungsentscheide explizit gemacht werden. Solches Explizit-machen ist aber auch inhaltlich wichtig, weil je nach öffentlichem Interesse unterschiedliche verfassungsrechtliche Anforderungen an die staatliche Aufgabenerfüllung zur Anwendung kommen und die Verhältnismässigkeit von staatlichen Vorkehren unterschiedlich zu beurteilen ist<sup>96</sup>.

Dies zeigt sich im vorliegenden Fall geradezu exemplarisch: Sind Sicherheitsinteressen massgebend, erscheint die Zwangsmedikation mit „obligaten“ Folsäurezusätzen weit eher verhältnismässig als wenn Gesundheitsinteressen massgebend sind, weil bezogen auf die Letzteren die individuelle Selbstbestimmung und Eigenverantwortung wesentlich höher gewichtet wird als bezogen auf die Ersteren. Sind staatliche Vorkehren zur Krankheitsverhütung an Sicherheitsinteressen orientiert, so sind stehen Sicherungs- und Kontrollstrategien im Vordergrund und sind die höchsten Güter jene, in welchen Werte der Bindung verkörpert sind. Lässt sich die staatliche Krankheitsverhütung dagegen von Gesundheitsinteressen leiten, so haben Strategien des Empowerment und der Ermöglichung eigenverantwortlichen Schutzes vor Erkrankungen erste Priorität und sind jene Güter am wichtigsten, welche Werte der Freiheit beinhalten.

Obwohl eine gesetzliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze zurzeit fehlt<sup>97</sup>, wird im folgenden hypothetisch geprüft, ob solche Zusätze verhältnismässig wären. Deshalb ist es wichtig, wenigstens ein Kriterium für den Entscheid herauszuarbeiten, ob für diese Prüfung anhand der Anforderungen für Sicherheits- oder für Gesundheitsinteressen erfolgen soll.

### **6.1.2.3 Kriterium für die Entscheidung zwischen Sicherheits- und Gesundheitsinteressen**

Die Verantwortung des Bundes für die Krankheitsverhütung ist nach dem Gesagten zur Hauptsache auf öffentliche Interessen der Sicherheit und solche der Gesundheit bezogen. Es wäre nicht sachgerecht, nur eines dieser beiden Interessen gelten zu lassen, und zwar nicht nur deswegen, weil beide wohlbegründet sind. Vielmehr wäre es ganz allgemein nicht angemessen, jeweils die gesamte staatliche Verantwortung für eine öffentliche Aufgabe auf einen einzigen Zweck festzulegen. Je nach den konkreten Problemen, die sich stellen, resp. je nachdem wie man die Probleme formuliert, kann die staatliche Aufgabenverantwortung andere Bedeutungen haben und daher auch andere Zwecke erfüllen. Nur mit Bezug auf das konkrete Problem, dessen Lösung in die staatliche Verantwortung fällt, lässt sich jeweils entscheiden, welches unter den öffentlichen Interessen, die für eine bestimmte staatliche Aufgabenverantwortung grundsätzlich begründet sind, leitend sein soll<sup>98</sup>. Dabei stellt sich jeweils auch die Frage, anhand welcher Kriterien diese Entscheidung getroffen werden soll. In der Verfassungsrechtslehre sind bisher keine allgemeinen Kriterien entwickelt worden.

---

<sup>96</sup> Siehe dazu auch hinten Ziff. 8.1.

<sup>97</sup> Siehe hinten Ziff. 7.1.

<sup>98</sup> Ausgehend von bestimmten Problemen lassen sich innerhalb der staatlichen Verantwortung für eine öffentliche Aufgabe spezifische staatliche Aufgabenbeiträge umschreiben. So ergeben sich Aufgabenbeiträge, für die je ein bestimmtes öffentliches Interesse leitend ist. Dies ist hier aber nicht weiter zu vertiefen.

Nicht nur im Rahmen von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV, sondern auch von Bst. b desselben Artikels kann die Art der Krankheit kein Kriterium sein. In der Praxis der Bundesbehörden ist aber ein anderes Kriterium wenigstens andeutungsweise erkennbar. Dort scheint nämlich für die unvermeidlichen Güterabwägungen vorentscheidend zu sein, *ob man von den gefährdeten Personen erwarten kann, dass sie die nötigen Vorkehrungen in eigener Verantwortung treffen*:

- Zur Bekämpfung von Schilddrüsenerkrankungen mit Folgen der Kropfbildung oder des Kretinismus - also ursprünglich regional verbreiteter und bösartiger Krankheiten - wird zwar seit langem sehr erfolgreich Kochsalz jodiert. Aber die Jodierung erfolgt nicht „obligat“, das heisst im Sinn einer alternativenlosen und damit zwangsweisen Medikation der gesamten Bevölkerung; denn neben dem jodierten ist immer ohne weiteres auch nicht jodiertes Salz erhältlich, so dass die Konsumenten eine freie Wahl haben. Die Erwartung, dass mündige Konsumenten aus eigenem Interesse mehrheitlich jodiertes Salz kaufen, weil sie dies für ihre Gesundheit als nützlich oder wenigstens nicht schädlich erachten, hat sich offensichtlich bisher erfüllt.
- HIV, also eine übertragbare Krankheit, ist in der bisherigen Politik der Bundesbehörden mit Strategien der Information und der Hilfe zur Selbsthilfe bekämpft worden; nur gelegentlich sind mit direktiven Informationen im Rahmen von Kampagnen auch fremdbestimmende Elemente eingeflossen, und Repressions- und Zwangsinstrumente sind auf Ausnahmesituationen beschränkt. Diese Policy beruht nicht etwa auf der Annahme, infizierte Personen seien so rücksichtsvoll, dass sie andere vor Ansteckung schützen, sondern auf der Voraussetzung, dass Nichtinfizierte sich wegen der spezifischen Übertragungswege (sexuelle Kontakte, Blutkontakte) vor Ansteckungen durch ihr Verhalten in der Regel ohne weiteres selbst schützen können und erwachsene Personen im allgemeinen fähig und willens sind, dies in eigener Verantwortung zu tun, wenn sie über das nötige Wissen verfügen. Nur für Sondersituationen, in welchen man dies nicht voraussetzen kann, werden fremdbestimmende Repressions- und Zwangsmittel in Erwägung gezogen.
- Fremdbestimmte Massnahmen von kantonalen Behörden gegenüber Klein- und Schulkindern (Schirmbilduntersuchungen, Impfungen, schulzahnärztliche Untersuchungen) hat das Bundesgericht vor allem mit der Begründung geschützt, dass solche Kinder für ihre Gesundheit nicht selbst die Verantwortung tragen können. Aber selbst in diesen Fällen hat regelmässig den Ausschlag gegeben, dass die Massnahmen an den Kindern nicht gegen oder den Willen der Eltern durchgesetzt werden durften. Die Eltern werden zwar regelmässig verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihre Kinder den entsprechende Massnahmen unterzogen werden können. Aber sie werden damit nur in die Verantwortung für die Verhütung von Krankheiten ihrer Kinder eingebunden. Sind sie mit den Massnahmen nicht einverstanden, müssen sie zwar eine bescheidene Busse als Sanktion in Kauf nehmen; aber sie können ihr Kind den Massnahmen entziehen, und die Behörden haben keine Befugnis, das Kind den Massnahmen mit Mitteln des polizeilichen Vollzugszwangs oder heimlich zu unterziehen. Massnahmen gegen den Willen der Eltern sind nur im Rahmen des vormundschaftlichen Kindesschutzes zulässig, also dann, wenn den Eltern die Verantwortung für ihr Kind förmlich und begründet abgesprochen werden muss. Soweit die elterliche Verantwortung für die Kinder nicht vormundschaftlich eingeschränkt oder aufgehoben ist, hat sie Vorrang vor den Anliegen der Krankheitsverhütung.

Kommt es darauf an, ob man von den gefährdeten Personen erwarten kann, dass sie die nötigen Vorkehrungen in eigener Verantwortung treffen, so erscheint auf der anderen Seite auch einleuchtend, dass der Gesundheitsschutz bezüglich des Umgangs mit Mitteln und Gegenständen – unter anderem bezüglich der Versorgung mit Lebens- und Heilmitteln – oder bezüglich Infektionskrankheiten wie SARS als Sicherheitsproblem verstanden wird und fremdbestimmte Massnahmen die Regel bilden:

- Für Mittel und Gegenstände, welche im Publikumsverkehr angeboten werden, so dass grundsätzlich jedermann mit ihnen in Kontakt kommen und sie verwenden kann, gelten - wie hievor ausgeführt - polizeiliche Vorschriften über die Sicherheit als legitim, weil man nicht voraussetzen kann, dass jedermann die Erkrankungsgefahren, die mit Mitteln und Gegenständen oder dem Umgang mit diesen verbunden sein können, kennt, sich und andere vor diesen schützen kann und auch willens ist, sich und andere davor zu schützen.
- Ein weiteres Indiz ergibt sich aus den Massnahmen des Bundes zu Bekämpfung von SARS. Hier schliesst der Übertragungsweg (Tröpfcheninfektion) praktisch aus, dass man sich durch sein Verhalten vor Infektionen selbst schützen kann, ausser durch Vermeidung von persönlichen Kontakten oder allenfalls durch Mund- und Nasenschutz. Die zuständigen Gesundheitsbehörden haben eine Ausstellung verboten (Messe Basel), die keinen anderen Zweck als die Herstellung von persönlichen Kontakten hatte, und bei der die Wahrscheinlichkeit sehr gross war, dass infizierte Personen unter den Ausstellern sind. Sie haben diese Massnahme nicht als ultima ratio, sondern an erster Stelle gewählt. Dies deutet darauf hin, dass sie die Krankheitsverhütung bei dieser Krankheit im Unterschied zu HIV nicht als Gesundheitsproblem, sondern als Sicherheitsproblem verstanden haben (Schutz des Polizeiguts öffentliche Gesundheit). Eine Erklärung für die unterschiedliche Behandlung von SARS und HIV bietet das gleiche Kriterium wie in den anderen Beispielfällen: Man kann von den gefährdeten Personen aus mehreren Gründen nicht erwarten, dass sie sich in eigener Verantwortung schützen. SARS ist eine Krankheit, die im Alltagsverkehr, nicht durch spezielles Verhalten (wie sexuelle Kontakte), spezielle Träger (wie Lebensmittel) usw. übertragen wird, so dass Vorkehren der gefährdeten Personen zum eigenverantwortlichen Schutz Änderungen ihrer gesamten Lebensführung bedingen würden. Zudem ist SARS für die Schweiz eine neue Krankheit ist, und in der allgemeinen Bevölkerung sind weder die Ansteckungsgefahren noch die Schutzmöglichkeiten hinreichend bekannt. Schliesslich wirken die Anforderungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens dem individuellen Willen zum eigenverantwortlichen Schutz mit überwältigender Macht entgegen; denn die möglichen Schutzvorkehren (Vermeidung persönlicher Kontakte, Mund- und Nasenschutz) würden private, Arbeits- und Kundenkontakte stark einschränken und beeinträchtigen.

Ein Gegenbeispiel bildet eine kantonale Massnahme, welche das Bundesgericht als verfassungskonform beurteilt hat, allerdings aufgrund einer eher summarischen Prüfung und unter Schonung der kantonalen Autonomie, weil es die Massnahme als nicht schweren Eingriff in das betroffene Grundrecht der Persönlichen Freiheit eingestuft hat:

- Die Trinkwasser-Fluorierung zur Karies-Bekämpfung im Kanton Basel-Stadt hat den Charakter einer staatlichen Zwangsmassnahme, wie das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt hat<sup>99</sup>, weil keine echte Alternative zum Trinkwasserbezug aus dem öffentlichen Leitungsnetz vorhanden ist; denn den ganzen Trinkwasserbedarf einer Familie mit Mineralwasser abzudecken, wäre sehr viel aufwendiger und kostspieliger als mit Leitungswasser. Zudem ist die Bevölkerung über die Fluorierung nicht hinreichend informiert, so dass Alternativen gar nicht gesucht werden. Vielleicht haben die verantwortlichen Behörden dort angenommen, erwachsene Personen seien nicht einmal in der Lage, in eigener Verantwortung Kariesprophylaxe zu betreiben; dies stünde allerdings in ek-

---

<sup>99</sup> Siehe BGE vom 29. Juni 1990 (Basler Trinkwasser-Fluoridierung) ZBl 1/1991, 25 ff., 29: Die – überzeugende - Begründung für den Zwangscharakter ergibt sich aus dem Umstand, dass die Industriellen Werke Basel-Stadt für die Lieferung des Trinkwassers eine „tatsächliche Monopolstellung innehaben“, so dass „der Bürger nicht auf andere Lieferanten ausweichen [kann], die ihm auf seinen Wunsch hin Trinkwasser ohne Fluorzusatz liefern.“ (a.a.O., s. 12 f.)

latantem Widerspruch zur älteren Auffassung der Promotoren der Salzfluorierung, welche die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Prophylaxe für viel gravierendere Krankheiten bejaht haben. Eher ist aber anzunehmen, dass weder eine Differenzierung zwischen öffentlichen Interessen noch Kriterien zugrundegelegt wurden, sondern ohne Rücksicht auf die verfassungsmässigen Selbstbestimmungsrechte mit technokratischem Eifer durchgesetzt wurde, was Experten für wirksam und kosteneffizient erachteten.

Vieles deutet darauf hin, dass in der Praxis als Kriterium impliziert ist, ob man von den Adressaten erwarten kann, dass sie die nötigen Vorkehren in eigener Verantwortung treffen. Im positiven Fall stehen Gesundheitsinteressen, im negativen Fall Sicherheitsinteressen auf dem Spiel. Davon ist im folgenden auszugehen. Allerdings sei auch erwähnt, dass es bei diesem Kriterium nicht sein Bewenden haben sollte<sup>100</sup>.

Was bedeutet dies mit Bezug auf „obligate“ Folsäurezusätze?

Die Verhütung von Krankheitserscheinungen, die mit Folsäure-Defiziten in Zusammenhang gebracht werden, fällt in den Geltungsbereich von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV; denn solche Krankheiten sind böseartig (NRD-bedingte Krankheitserscheinungen, u. U. Krebskrankheiten) oder weit verbreitet (u. U. Herz-Gefäss-Erkrankungen). Für die Krankheitsverhütung, die auf diese Verfassungsbestimmung gestützt ist, können sowohl Sicherheits- als auch Gesundheitsinteressen den Zweck bilden; je nachdem fällt die verfassungsrechtliche Güterabwägung unterschiedlich aus.

Entscheidend für die Zuweisung von „obligaten“ Folsäurezusätzen zu einem der beiden Zwecke ist, ob es realiter möglich ist, dass „DurchschnittsbürgerInnen“ wissen, dass sie die entsprechenden Krankheiten durch erhöhten Folsäurekonsum wahrscheinlich (NRD-korrelierte Krankheiten) oder vielleicht (andere Krankheiten) verhüten können, und dazu fähig und willens sind. Dies ist zu bejahen: Es ist nicht schwierig, den Zusammenhang zwischen Folsäure und der Verhütung der betreffenden Krankheiten zu verstehen, ausser vielleicht für besondere Personengruppen oder Personen in besonderen Situationen (z.B. Urteilsunfähigkeit, grundlegend andere Enkulturation). Dass Bürgerinnen und Bürger auch komplexere Zusammenhänge grundsätzlich verstehen und beurteilen können, unterstellt die Schweizer Rechtsordnung (zivilrechtliche Vermutung der Urteilsfähigkeit mündiger Personen, strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Folgen des eigenen Handelns, Stimmrecht selbst mit Bezug auf komplexeste Abstimmungsvorlagen, usw.). Dies gilt, wie im anschliessenden Abschnitt zu zeigen ist, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch hinsichtlich der Beziehungen zwischen eigenem Verhalten und Gesundheit; insbesondere wenn bestimmte Gründe vorliegen - Fremdgefährdung, Notwendigkeit teurer und aufwendiger Installationen, mangelnde oder reduzierte Urteils- und Handlungsfähigkeit (118 Ia 427 ff., 438) - und deshalb „der Kranke von seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten her limitiert ist, seine eigenen Interessen als wohlinformierter Patient wahrzunehmen“, kann ein „Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege“ geltend gemacht werden, dass andere an seiner Stelle entscheiden. Solche Gründe sind mit Bezug auf die Folsäure-Zusätze nicht gegeben, ausser eben bei Urteils-

---

<sup>100</sup> Das Kriterium ist eine spezielle Ausprägung des allgemeineren, verwirklichungsbezogenen Kriteriums der Kontextangemessenheit. Für die Entscheidung zwischen öffentlichen Interessen resp. den sozialen Gütern und den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die damit verbunden sind, ist die Kontextangemessenheit ein Hauptkriterium. Neben diesem sind weitere Hauptkriterien denkbar, wie beispielsweise die Kohärenz mit anderen Aufgabenbeiträgen oder der comparative Legitimationsvorteil als legitimationsbezogene Kriterien. Und innerhalb des verwirklichungsbezogenen Hauptkriteriums der Kontextangemessenheit treten neben die Möglichkeit der Eigenverantwortung weitere Unterkriterien wie beispielsweise die Verfügbarkeit von angemessenen institutionellen Bedingungen oder die Durchsetzbarkeit. Das braucht im vorliegenden Rahmen nicht vertieft zu werden, gehört jedoch zu den wichtigen Elementen einer Dogmatik des Staatsaufgabenrechts.

und / oder Handlungsunfähigkeit oder bestimmten Personengruppen. Dass die Informationsvermittlung zeitlich, finanziell und organisatorisch einigen Aufwand verursachen kann, ändert daran nichts. Der Konsum von Lebensmitteln mit erhöhten Folsäurezusätzen oder von Folsäure-Präparaten ist vom eigenen Verhalten abhängig, und die Fähigkeit zu selbstverantwortlichem Verhalten mit Bezug auf die eigene Lebensführung und das Zusammenleben in Gemeinschaften und Gesellschaft gehört zu den Grundvoraussetzungen der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung; es wäre inkonsistent, diese Fähigkeit mit Bezug auf die Gesundheit zu verneinen (ausser wiederum vielleicht mit Bezug auf die bereits genannten und allenfalls weitere Ausnahmefälle). Schliesslich mag der Wille zu eigenverantwortlichem krankheitsverhütendem Verhalten in Abhängigkeit von der Schicht- und Gruppenzugehörigkeit unterschiedlich ausgeprägt sein, aber es bestünde kein Anlass für die Annahme, er fehle im allgemeinen überhaupt, werde im konkreten Fall durch gegenläufige Anforderungen des privaten, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Lebens unterdrückt oder sei auch durch Motivierung nicht hinreichend stärkbar.

Aufgrund dieser Überlegungen ist davon auszugehen, dass „obligate“ Folsäurezusätze nicht nur faktisch Gesundheitsinteressen dienen, sondern auch verfassungsrechtlich nur mit öffentlichen Interessen der Gesundheit legitimiert werden können, nicht aber mit öffentlichen Interessen der Sicherheit. Sie unterliegen daher den verfassungsrechtlichen Anforderungen, welche für die Gesundheitsinteressen gelten.

### **6.1.3 Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Verhütung von Krankheiten durch erhöhte Folsäuregaben**

#### **6.1.3.1 Anforderungen bzgl. Gesundheitsinteressen**

In erster Linie fallen für den „obligaten“ Zusatz von Folsäure Zwecke der Gesundheit in Betracht. In der wissenschaftlichen Literatur werden die gesundheitlichen Folgen von Folsäuremängeln beschrieben und Korrelationen zwischen körperlichen Schädigungen und Krankheitserscheinungen auf der einen und Folsäuremängeln auf der anderen Seite empirisch untersucht, die ersteren beschrieben und Strategien zur Erhöhung des Folsäurekonsums bestimmter Personengruppen geprüft<sup>101</sup>. Wozu die Schädigungen und Krankheitserscheinungen verhindert werden sollen, wird kaum dargelegt, offenbar weil gesundheitliche Beeinträchtigungen selbstverständlich als Übel und ihre Bekämpfung durch die Allgemeinheit ebenso selbstverständlich als geboten gelten. Man muss annehmen, dass die Gesundheitserhaltung als solche zur Rechtfertigung dient; denn ginge es um andere Zwecke, so müsste begründet werden, inwiefern anderen Anliegen von allgemeiner Bedeutung tangiert sind.

Was für Anforderungen gelten mit Bezug auf das öffentliche Interesse der Gesundheit? Der Terminus „öffentliche Interessen der Gesundheit“ ist bewusst gewählt; es geht bei diesen Interessen nicht um den Schutz des rechtlich definierten Polizeiguts „öffentliche Gesundheit“, sondern um die effektive Gesundheit der Gesamtbevölkerung, von Bevölkerungsgruppen und der einzelnen Personen. Seit den Achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts sind öffentliche Interessen der Gesundheit, im Zusammenhang mit der Bekämpfung der HIV-Epidemie, zunehmend in den Vordergrund gerückt. Sie bestimmen die Krankheitsverhütungspolitik des Bundes und orientieren diese inhaltlich an Konzeptionen des Public

---

<sup>101</sup> Siehe dazu die Nachweise in Ziff. 2.

health, die in der angelsächsischen Tradition gewachsen, von der WHO übernommen und von Experten auch in der Schweiz nach und nach verbreitet worden sind<sup>102</sup>.

Zunächst dominierten Konzeptionen des *Old public health*, welche, stark vereinfacht, Gesundheit als Abwesenheit von medizinisch definierten Krankheiten definieren (pathogenetisches Paradigma), für die Krankheitsverhütung schwergewichtig auf Mittel der Epidemiologie, der prädikativen Medizin, der Präventivmedizin sowie staatlicher Kontrolle und Zwangsausübung setzen und die so umrissene Aufgabe als Krankheitsbekämpfung als legitime Funktion von (primär medizinischen) Experten verstehen. Der staatlichen Politik sind in diesem Modell praktisch nur Funktionen des Vollzugs zugeordnet.

Erst in jüngster Zeit wächst der Einfluss von *New public health*-Strömungen, welche – wiederum vereinfacht - die Erhaltung und Förderung einer positiv zu umschreibenden, von Krankheiten abgelösten Gesundheit ins Zentrum stellen (salutogenetisches Paradigma). Sie verstehen Public health als in viele Bereiche sozialer Gestaltung hineinreichende und unterschiedliche öffentliche Aufgaben umfassende gesellschaftliche Aktivität, innerhalb welcher die Krankheitsreparatur und –prävention zwar ihre Funktion nach wie vor hat, aber nur eines unter vielen Elementen darstellt. Sie unterstellen grundsätzlich die Fähigkeit und den Willen mündiger Menschen, verantwortlich mit der eigenen und der Gesundheit anderer umzugehen, und verlangen deshalb hauptsächlich Mittel des Empowerment (Informationsvermittlung, Wissens- und Verständnishilfen, Beratung, soziale und finanzielle Unterstützung usw.). Zudem konzipieren sie die Bildung und Verwirklichung von Programmen als sozialen, politischen und Management-Prozess, der in die kulturelle und politische Tradition der jeweiligen Gesellschaft eingebettet sein muss<sup>103</sup>.

Diese Entwicklung der tatsächlichen Krankheitsverhütungspolitik widerspiegelt sich zum Teil in der eidgenössischen Epidemiengesetzgebung. In der Totalrevision von 1970 wurde an der ursprünglichen polizeirechtlichen Konzeption des Epidemiengesetzes nichts Grundsätzliches geändert; aber es wurden Elemente des *Old public health* eingefügt, insbesondere das systematische Meldewesen. Vor allem in der HIV / Aids-Politik zeichnet sich seit Mitte der 1980er Jahre nochmals eine Verschiebung ab, diesmal in Richtung *New public health*; aber die Neuerungen, die damit verbunden sind, fanden nur auf der Ebene des Ordnungsrechts einen Niederschlag, während sie auf der Stufe des Epidemiengesetzes nicht nachvollzogen wurde.

Doch nicht nur die eidgenössische Krankheitsverhütungspolitik ist in der Schweiz heute nicht mehr nur an Zwecken der Sicherheit, sondern auch an solchen der Gesundheit orientiert, sondern auch die eidgenössische Verfassungsrechtsprechung. Das Bundesgericht hat sich insbesondere im Freiburger Schulzahnpflegefall<sup>104</sup> so eingehend wie kaum je zuvor mit den öffentlichen Interessen an der Krankheitsbekämpfung auseinandersetzt. In diesem Entscheid es ausdrücklich das öffentliche Interesse der Gesundheit als Zweck der Krankheitsbekämpfung anerkannt und deutlich in den Vordergrund gerückt. Eher beiläufig hat es bei jener Gelegenheit auch ein öffentliches Interesse „an der Bekämpfung der

---

<sup>102</sup> Der Terminus „Public health“ sollte nach dem Gesagten jedenfalls für den Gebrauch in der verfassungsrechtlichen Diskussion nicht als „öffentliche Gesundheit“, sondern als „öffentliches Interesse der Gesundheit“ übersetzt werden. Denn er meint von seiner Entstehungsgeschichte her und in der aktuellen Verwendung nicht das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit, sondern verfassungsrechtlich anerkannte oder anzuerkennende Interessen der Allgemeinheit an der Gesundheit der Bevölkerung und von Bevölkerungsgruppen. Siehe dazu GUTZWILLER F. / JEANNERET O., Konzepte und Definitionen, in : DIES. (Hg.), Sozial- und Präventivmedizin – Public health, 2. A., Bern usw. 1999, 23 ff.

<sup>103</sup> Siehe für eine Übersicht über Inhalte von Public health in dieser neueren Version statt Vieler die Beiträge in SCHWARTZ AT AL., 2003.

<sup>104</sup> BGE 118 Ia 427 ff.

Kostenexplosion im Gesundheitswesen“ als möglichen legitimen Zweck der Krankheitsbekämpfung erwähnt, aber nicht weiter erläutert<sup>105</sup>.

Was beinhaltet das öffentliche Interesse, das in casu den Zweck der Massnahmen bestimmt, und welche verfassungsrechtlichen Wertungen gelten mit Bezug auf die Interessen der öffentlichen? Im Freiburger Schulzahnpflegefall hat das Bundesgericht in aller Ausführlichkeit versucht, das Interesse der öffentlichen Gesundheit inhaltlich zu bestimmen. Dieses zielt nach Auffassung des Gerichts darauf ab, "die physische und psychische Gesundheit unbestimmt vieler - im Idealfall aller - vor Fremd- und unter Umständen sogar vor Selbstschädigung zu bewahren und damit zur Verbesserung der Durchschnittsgesundheit der Bevölkerung beizutragen"<sup>106</sup>. Dass es dabei aber nicht um ein polizeiliches Interesse im liberalen Sinn geht, das der Gefahrenabwehr dienen würde, wird in den weiteren Ausführungen deutlich. Besonders Werte der Fürsorglichkeit sind wichtig: „Das Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege besteht insbesondere dort, wo der Kranke von seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten her limitiert ist, seine eigenen Interessen als wohlinformierter Patient selbst wahr zu nehmen. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn teure und aufwendige Installationen notwendig werden, sondern auch, wenn der Kranke wegen mangelnder oder reduzierter Urteils- und Handlungsfähigkeit auf die Unterstützung anderer, namentlich für ihn Fürsorgepflichtiger, angewiesen ist“<sup>107</sup>.

Ebenfalls in jüngerer Zeit hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass selbst Zwangsmassnahmen wie die medikamentöse Zwangsbehandlung in der Psychiatrie nicht nur zum Schutz der Patienten selbst, also aus (verfassungsrechtlich anerkannten) Gründen der Fürsorge, sondern auch zum Schutz der Grundrechte Dritter angeordnet werden dürfen und sollen (BGE 130 I 16 ff., 19, 21 f.). Nicht nur Güter, welche unpersönliche oder kollektive Anliegen verkörpern, sondern auch Grundrechtsgüter, in welchen individuelle Anliegen aufgenommen sind, können also zur Begründung staatlicher Einschränkungen individueller Freiheiten geltend gemacht werden, wenn es um die Bevölkerungs- und individuelle Gesundheit geht.

Doch das Gericht ist im Schulzahnpflegefall nicht bereit, unter dem Titel des öffentlichen Interesses der Gesundheit gemeinschaftsbildenden und paternalistischen Werten generell mehr Gewicht zuzumessen als Freiheitswerten. Dies gilt namentlich auch mit Bezug auf Wertvorstellungen eines neuen Paternalismus, der davon ausgeht, dass Menschen grundsätzlich oder jedenfalls wegen der Komplexität des Zusammenspiels von genetischen, sozialen, technologischen, natürlichen und anderen Faktoren, von welchen die Gesundheit abhängig ist, nicht in der Lage seien, Verantwortung für ihre eigene und die allgemeine Gesundheit zu übernehmen. Im Gegenteil scheint das Gericht letztlich ein Obligatorium der Karieskontrolle bei Schulkindern nur darum akzeptiert zu haben, weil gerade nicht eine durch die Schule oder in der Schule veranstaltete Kontrolle zur Diskussion stand, der die Eltern ihre Kinder kaum entziehen könnten, sondern um eine Verpflichtung der Eltern, für eine Kontrolle nach ihrer Wahl zu sorgen. Es hat unter dem Titel der Verhältnismässigkeit in der Güterabwägung stark gewichtet, dass die Verantwortung der Eltern bezüglich der Krankheitsprävention für ihre Kinder weitestgehend gewahrt blieb.

Augenscheinlich stuft das Verfassungsgericht die Selbstverantwortung (in casu diejenige der Eltern, nicht der Kinder) dort, wo es um das öffentliche Interesse der Gesundheit geht, als sehr wichtiges Gut

---

<sup>105</sup> BGE 118 Ia 427 ff., 439.

<sup>106</sup> BGE 118 Ia 427 ff., 437.

<sup>107</sup> BGE Ia 427 ff., 438. siehe dazu auch MÜLLER, Krankheitsbekämpfung, S. 168 ff.; zur öffentlichen Gesundheit als öffentliches Interesse des schweizerischen Verfassungsrechts vgl. auch WYSS, Öffentliches Interesse, S. 291 f. Die Sprache des Bundesgerichts ist aufschlussreich; sobald

ein, wichtiger als das körperliche Wohlbefinden der Kinder. Dies ist durchaus konsequent, hat das Gericht doch auch mit Bezug auf die Behandlung von urteilsfähigen Personen in seiner Rechtsprechung zum "Informed consent" die letzte Entscheidung über die individuelle Gesundheit, die ja zu den Inhalten der öffentlichen Gesundheit gehört und keineswegs eine Privatangelegenheit ist, immer entschiedener der Selbstverantwortung der Patienten zugewiesen.<sup>108</sup>

### **6.1.3.2 Zum Vergleich: Anforderungen bzgl. Sicherheitsinteressen**

Ein anderer Zweck, der in Betracht gezogen werden könnte, ist derjenige der *Sicherheit*.

Eine Möglichkeit, Folsäurezusätzen die Bedeutung von Sicherheitsvorkehrungen zu geben, ergäbe sich dann, wenn man das Verhalten der werdenden Mutter - die nicht erhöhte Folsäure-Einnahme - als Gefahrenquelle oder als Risikofaktor für die Gesundheit oder gar das Leben des werdenden Kindes identifizieren und die Folsäurezusätze als polizeiliche oder risikopolitische Massnahme einordnen würde.

Die Konstruktion gälte jedoch nur für NRD-bedingte Krankheitserscheinungen, nicht für andere Krankheiten; denn Herz-Gefäss- oder Krebserkrankungen sind wenn überhaupt auf das Verhalten der kranken Person selbst zurückzuführen (keine erhöhte Folsäure-Einnahme), nicht auf das Verhalten Dritter oder äussere Umstände. Wenn man aber das Verhalten erkrankungsgefährdeter Personen als Gefährdung durch sich selbst und „obligate“ Folsäurezusätze als Schutz vor sich selbst begreifen würde, befände man sich so weit ausserhalb der geltenden verfassungsrechtlichen Wertungen, dass sich die weitere rechtliche Analyse ohnehin erübrigte; denn das geltende Verfassungsrecht anerkennt die Eigenverantwortlichkeit jedes Menschen für sein Verhalten und legitimiert den Schutz vor sich selbst unter dem Titel der „Fürsorge“ nur in Fällen, in welchen eine Person die Folgen ihres Verhaltens nicht beurteilen (Urteilsunfähigkeit) oder ihr Verhalten nicht kontrollieren kann sowie allenfalls in Fällen, in welchen der einzelne als Nicht-Experte die Wirkungszusammenhänge (Verhältnisse), innerhalb derer er etwas tut oder unterlässt (Verhalten), wegen ihrer Komplexität zum vornherein nicht zu überblicken vermag.

In der bisherigen Expertendiskussion finden sich keine Hinweise darauf, dass der Verzicht auf „obligate“ Folsäurezusätze als Sicherheitsproblem verstanden würde. Trotzdem soll dieser Punkt etwas vertieft werden, weil dadurch die Eigenart der Sicherheitsinteressen und der Unterschied zwischen diesen und Gesundheitsinteressen deutlich wird.

Der staatliche Gesundheitsschutz, der in Art. 118 Abs. 1 BV als Ziel genannt ist, dient traditionell in erster Linie diesen Sicherheitsinteressen. Schutzgegenstand ist hier das so genannte Polizeigut der öffentlichen Gesundheit, Ziel ist die Abwehr von Gefahren für dieses Rechtsgut. Aus ökonomischer Sicht ist die Gewährleistung gesundheitlicher Sicherheit gleich wie alle polizeilichen Sicherheitsgewährleistungen funktional für eine wettbewerbsgelenkte Marktwirtschaftsordnung und daher als Bestandteil der Ordnungspolitik anerkannt. Aus medizinischer Sicht entspricht sie dem Prinzip des "nil nocere" als Leitgesichtspunkt allen Handelns im Gesundheitswesen. Je mehr Risikofaktoren für die

---

<sup>108</sup> Weil es im Freiburger Schulzahnpflegefall um die generalisierte Verhütung von Karies als übertragbarer körperlicher Krankheit ging, hat das Gericht die öffentlichen Interessen nur bezogen auf solche Krankheiten ausgetotet. In anderen Entscheidungen wird später zu klären sein, ob für andere Beiträge zur Krankheitsbekämpfung andere öffentliche Interessen als die öffentliche Gesundheit bestimmend sein sollen, und wenn nein, was die öffentliche Gesundheit mit Bezug beispielsweise auf die Behandlung von Kranken, auf die Gesundheit individueller Menschen, auf die Eindämmung von Gesundheitsrisiken, auf die Gesundheitsförderung und weitere Aspekte der Gesundheit beinhaltet.

individuelle und die Bevölkerungsgesundheit teils erzeugt, teils entdeckt werden, desto unschärfer werden allerdings die Konturen des Polizeigutes. Neben die traditionelle polizeiliche Gefahrenabwehr treten zunehmend die staatliche *Risikopolitik* und allenfalls staatlich oder nichtstaatlich geführte Risikodialoge.

Aus dem Wortlaut ergibt sich kein Hinweis auf die verfassungskonformen öffentlichen Interessen, die im Rahmen von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV massgebend sind. Die Entstehungsgeschichte von Art. 69 alt BV, der inhaltlich praktisch unverändert in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV übernommen wurde, zeigt jedoch, dass die Bestimmung historisch in erster Linie auf Interessen der Sicherheit bezogen war, die Interessen also, die für die (primäre) Aufgabe der Krankheitsverhütung und die (sekundäre) Aufgabe der Abwehr militärischer Gewalt von aussen (Erhaltung der „Wehrkraft“) als Zweck im Zentrum stehen.

Für die weiteren sekundären Aufgaben, die wie oben dargelegt in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV mit gemeint sind, sind andere öffentliche Interessen zentral. Die Versorgung der Wirtschaft mit Arbeitskräften dient hauptsächlich Interessen des Geldes (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bevölkerung für die Vermehrung des Volkswohlstands), die Armutsverhütung Interessen der Wohlfahrt (Verhinderung von Armenlasten der öffentlichen Hand durch Krankheit)<sup>109</sup> und die kulturelle Entwicklung Interessen der Erziehung und Bildung (geistiger Aufschwung). Es ging also nie nur um die „öffentliche Gesundheit“ im Sinn eines klassischen, im Bereich des Interesses der Sicherheit wichtigen Polizeigutes.

Die Konkretisierung von Art. 69 aBV durch die Bundesbehörden zeigt freilich, dass anfangs des 20. Jahrhunderts Sicherheitsinteressen ganz im Vordergrund standen. Vor dem Jahr 1911 war die Kompetenz des Bundes gemäss Art. 69 aBV auf „gemeingefährliche Krankheiten“ beschränkt gewesen; Gleiches galt mit Bezug auf das aus dem Jahr 1886 stammende erste eidgenössische Epidemiengesetz<sup>110</sup>. Und in der Revision von 1911 wurde zwar der sachliche Geltungsbereich von Art. 69 a BV auf die heute noch in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV aufgezählten Krankheitsarten ausgedehnt, aber auch dafür nannte der Bundesrat (neben den eben erwähnten anderen, sekundären Aufgabenfunktionen und Zwecken) als Hauptgrund die bedeutende Gefahr für die Volksgesundheit, welche diese Krankheiten herbeiführten. Auch nach der Revision war die Verantwortung des Bundes für die Krankheitsbekämpfung also primär auf Zwecke polizeilicher Abwehr von Gefahren für das Polizeigut der „Volksgesundheit“ oder der „öffentlichen Gesundheit“ bezogen. Konsequenterweise blieb es beim eidgenössischen Epidemiengesetz als einziger substantieller gesetzlicher Grundlage für die Bekämpfung von Krankheiten. Auch anlässlich einer Revision dieses Gesetzes im Jahr 1920 wurde vor allem ein zentrales Meldesystem eingeführt und die Abwehr von Epidemien an der Grenze vereinheitlicht bzw. den Bundesbehörden zugewiesen<sup>111</sup>. Der Fokus auf Sicherheitsinteressen blieb aber erhalten; in der bundesrätlichen Botschaft war, in fast schon militärischem Jargon, die Rede von „Verteidigung gegen die Invasion von Krankheiten“, von der „Gefahr der Ausbreitung von Seuchen“ (330 f.; NB: nach dem Krieg)

---

<sup>109</sup> Für den historischen Verfassungsgeber ging es auch um die „Erhaltung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit unseres Volkes“ und „seiner Wehrkraft“, die Bekämpfung des „Kretinismus“ als „Hauptursache des Pauperismus und der grossen Armenlasten, durch welche wie durch ein Bleigewicht der Wettbewerb, der wirtschaftliche und geistige Aufschwung des Landes erschwert“ werde, sowie die Krankheitsbekämpfung als eine Investition, „die sich reichlich lohnt und den Volkswohlstand fördert“; siehe die Botschaft des Bundesrates vom 20.12.1911 an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Art. 69 der Bundesverfassung im Sinne vermehrter Befugnis des Bundes bei der Bekämpfung menschlicher und tierischer Krankheiten, BBl 1911 V 305 ff., 312, 320. Siehe dazu auch ZENGER, Gutachten, S. 22 ff.

<sup>110</sup> Bundesgesetz betreffend Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien vom 2. Juli 1886. Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Gesetzesentwurf betreffend Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien, vom 1. Juni 1886, BBl. 1886, Bd. 2, 535 ff.

<sup>111</sup> Siehe dazu die Botschaft zur Revision, a.a.O. (Anm. 106 hievov).

oder von „einer „einheitlichen Organisation des Abwehrdienstes“ (331)<sup>112</sup>. Dieser polizeiliche Grundzug des Epidemiengesetzes hat sich bis heute erhalten<sup>113</sup>.

Aus anderen als übertragbaren Krankheiten können sich indessen zwar wegen der weiten Verbreitung oder der Bösartigkeit zwar schwere Belastungen für die Bevölkerung, bestimmte Bevölkerungsgruppen oder Einzelpersonen, aber in aller Regel keine Gefahren für das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit ergeben, welchen mit polizeilichen Mitteln zu begegnen wäre. Vor allem deswegen wohl hat sich der Gesetzgeber bis in die jüngere Zeit nicht vorhalten lassen müssen, er erfülle den Verfassungsauftrag von Art. 69 a BV bzw. Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV ungenügend, obwohl er nur für die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten die nötigen gesetzlichen Grundlagen geschaffen hat.

Weil – wie anschliessend gezeigt wird - Sicherheitsinteressen ausscheiden, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen einzugehen, die gelten, wenn Interessen der Sicherheit auf dem Spiel stehen. Festgehalten sei nur, dass in diesem Fall Werte der Freiheit, die besonders in den Freiheitsrechten und anderen Verbürgungen individueller oder kollektiver Selbstbestimmung enthalten sind, gegenüber Werten der Bindung – z.B. Fürsorge für Schwächere, Gemeinschaft, Loyalität oder Polizeigüterschutz - generell ein geringeres Gewicht haben als dann, wenn es um Interessen der Gesundheit geht. Im Interesse der Sicherheit sind weitergehende Beschneidungen der Freiheit verfassungsrechtlich zulässig oder gar geboten als im Interesse der Gesundheit. Es ist also entscheidend, ob man die Probleme, die mit den Mitteln von „obligaten“ Folsäurezusätzen angegangen werden sollen, als solche der Sicherheit oder der Gesundheit versteht.

### **6.1.3.3 Folgerungen für die verfassungsrechtliche Beurteilung von „obligaten“ Folsäurezusätzen**

Die geplanten Folsäurezusätze lassen sich nicht mit öffentlichen Interessen der Sicherheit rechtfertigen. Sicherheitsinteressen bieten eine Legitimationsgrundlage nur mit Bezug auf die Abwehr von Gefahren, bei welchen es realiter nicht möglich ist, dass Personen ihnen nicht in eigener Verantwortung begegnen können. Sie beziehen sich also auf ganz andere Sachverhalte als den vorliegend gemeinten. Öffentliche Interessen der Sicherheit (öffentliche Gesundheit als Polizeigut) sind umso eher in Anschlag zu bringen, je schneller und unabhängiger vom Verhalten der betroffenen Personen sich eine Krankheit entwickeln kann, grundsätzlich also bei Tröpfcheninfektionen eher als bei sexuell übertragbaren Krankheiten oder Erbkrankheiten, und nochmals entfernter bei nicht übertragbaren Krankheiten wie eben NRD-bedingten Krankheitserscheinungen, Herz-Gefäss-Erkrankungen oder Krebsarten. Bei übertragbaren Krankheiten kann sich eine Gefahr, die polizeiliche Sicherheitsvorkehrungen verlangt, ergeben, wenn Personen ohne oder gegen ihren Willen infiziert zu werden drohen, und umso mehr, wenn sich dadurch eine Epidemie entwickeln kann. Bei diesen und anderen Krankheiten besteht eine solche Gefahr auch, wenn Personen sich nicht selbst schützen können, etwa weil sie urteilsunfähig oder in einer Zwangslage sind. Bezüglich solcher Situationen ginge es jedoch um einen anderen Beitrag zur Krankheitsverhütung als im vorliegenden Fall. Der grössere Teil von Personen, die Lebensmittel mit erhöhtem Folsäuregehalt konsumieren würden, sind grundsätzlich urteilsfähig (Vermutung im zivilrechtlichen Sinn), frei in ihren Entscheidungen und fähig, sich in eigener Verantwortung vor der Gefahr einer Erkrankung zu schützen.

---

<sup>112</sup> Siehe auch Botschaft 330: „Wir müssen uns gegenwärtig gegen die Invasion von Krankheiten verteidigen, mit denen wir uns früher sozusagen gar nicht zu beschäftigen hatten.“ (wie z. B. epidemische Ruhr bzw. Dysenterie).

<sup>113</sup> Siehe dazu hinten Ziff. 7.2.2.

Man mag einwenden, es gehe um den Schutz künftiger Kinder, die keine Eigenverantwortung für sich wahrnehmen könnten, vor einer Gefahr für ihre Gesundheit. Doch dabei ginge zum vornherein es nicht um den Schutz individueller Gesundheit, weil sich dieser nur auf geborene, im äussersten Fall auch auf ungeborene, aber immerhin gezeugte Embryonen und Foeten bezieht, während in casu gerade der Schutz noch nicht gezeugter, künftiger Kinder zur Diskussion steht. Die Kinder, die geschützt werden sollten, existieren noch gar nicht, so dass ihnen auch nicht die Fähigkeit fehlen kann, Verantwortung für sich zu übernehmen. Daher wäre es nicht einleuchtend, eine Zwangsmedikation von Frauen im gebärfähigen als Massnahme zum Schutz ihrer künftigen Kinder zu rechtfertigen. Allenfalls könnte man den Schutz künftiger Kinder generell als Bestandteil des Polizeigutes der „öffentlichen Gesundheit“ verstehen. Doch selbst wenn man davon ausginge, liessen sich damit höchstens Massnahmen gegen gebärfähige Frauen mit Sicherheitsinteressen rechtfertigen; denn Massnahmen gegen andere Personen tragen nichts zur Abwehr der vorausgesetzten Gefahr bei und wären daher unverhältnismässig. Weil im Rahmen von Sicherheitsinteressen die individuelle Selbstbestimmung weniger wichtig ist als die Polizeigüter als Schutzgüter der Allgemeinheit, würde das Selbstbestimmungsrecht der gebärfähigen Frauen in der Abwägung wohl unterliegen. Doch die Konsequenzen wären kaum abzusehen; denn auf dieser Basis müsste man gebärfähige und umso mehr aktuell schwangere Frauen primär verpflichten oder allenfalls zwingen, für ihre künftigen Kinder gesundheitsschädliches Verhalten (Tabak, Alkohol, Medikamente, Risikoverhalten) in deren Interesse zu unterlassen, bevor man sie zu aktiven Präventionsmassnahmen verpflichtet oder zwingt, welche in ihre körperliche Integrität eingreifen.

Eine Rechtfertigungsgrundlage für „obligate“ Folsäurezusätze bietet nur das öffentliche Interesse der Gesundheit. Dieses, davon ist auszugehen, umfasst die kollektive und die individuelle Gesundheit. Die verfassungsrechtliche Konzeption der Gesundheitsinteressen, die sich in Umrissen aus der Verfassungsrechtsprechung und der Verfassungskonkretisierung in der Behördenpraxis herauslesen lässt, zeigt Elemente sowohl von Old- als auch von New public health-Vorstellungen. Sie ist im wesentlichen pathogenetisch geprägt, aber Expertenfunktionen und politische Funktionen stehen nebeneinander, und es ist vorausgesetzt, dass Personen in der Regel eine Eigenverantwortung für die Verhütung von Krankheiten übernehmen.

Wo das öffentliche Interesse der Gesundheit den Zweck staatlichen Handelns bildet, gelten andere verfassungsrechtliche Wertungen als mit Bezug auf das öffentliche Interesse der Sicherheit. Die Selbstverantwortung für die eigene Gesundheit und diejenige anderer wird höher gewichtet als dort, ja stellt letztlich das höchste Gut dar. Daher steht die eigenverantwortliche Verhütung von Krankheitsercheinungen, die mit einem erhöhten Folsäurekonsum wahrscheinlich (NRD-bedingte) oder möglicherweise (Herz-Gefäss-Erkrankungen, gewisse Krebserkrankungen) verhindert werden könnten, aus verfassungsrechtlicher Sicht an erster Stelle. Zwar finden auch Güter Berücksichtigung, in welchen Werte der Fürsorglichkeit zur Geltung kommen. Das Anliegen, Krankheitsercheinungen egal mit welchen Motiven – Mitleid, Vermeidung sozialer oder finanzieller Kosten, Verhinderung von Behinderungen o. ä – fremdbestimmt zu verhindern, erscheint unter verfassungsrechtlichen Aspekten besonders dann als legitim, wenn Personen faktisch nicht in der Lage sind, zu verhindern, dass sie selbst oder andere, für deren Gesundheit sie (mit) verantwortlich sind, erkranken. Aber Werte der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung haben das höchste Gewicht. Sie überwiegen normalerweise in Abwägungen mit Werten, welche eine fremdbestimmte Krankheitsverhütung legitimieren. Sie schliessen zwar fremdbestimmte Massnahmen nicht aus, verlangen aber triftige Gründe dafür (während die für Interessen der Sicherheit anwendbaren Anforderungen die selbstbestimmte, eigenverantwortliche Krankheitsverhütung weitgehend ausschliessen würden). Eine Zwangsmedikation als fremdbestimmte Massnahme lässt sich unter dem Regime dieser Anforderungen höchstens person- oder allenfalls

zielgruppenspezifisch, nicht aber generell rechtfertigen. Das schweizerische Recht setzt die Verantwortung der potentiellen Mutter für ihre potentiellen Kind an die erste und eine staatliche Verantwortung für das Kind (Kindeswohl) an die zweite Stelle, so dass letztere nur greift, wo Frauen *konkret* ihrer Verantwortung nicht gerecht werden.

## **6.2 Andere Aufgaben und andere öffentliche Interessen**

Der Bund verfügt zwar über die verfassungsrechtliche Kompetenz für Massnahmen der Krankheitsverhütung, die ihm erlauben würde, „obligate“ Folsäurezusätze anzuordnen. Er hat diese Kompetenz auf der Ebene der Gesetzgebung nicht wahrgenommen, so dass zurzeit die nötigen gesetzlichen Grundlagen fehlen. Um zu vermeiden, dass für „obligate“ Folsäurezusätze eines der bestehenden Bundesgesetze revidiert oder ein neues Bundesgesetz im Bereich der Krankheitsverhütung geschaffen werden muss, kann man versucht sein, solche Zusätze als Beitrag zu einer anderen öffentlichen Aufgaben zu konzipieren, für welche die nötigen gesetzesrechtlichen Grundlagen allenfalls bereits vorhanden sind. Es erscheint deshalb sinnvoll zu prüfen, welche staatliche Verantwortung das Bundesverfassungsrecht für die weiter vorn geschilderten, ebenfalls als massgeblich vorstellbaren öffentlichen Aufgaben umschreibt.

### **6.2.1 Andere Aufgaben des Bundes als Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze?**

#### **6.2.1.1 Gesundheitsförderung als Sammelbegriff für unterschiedliche Aufgabenpostulate de constitutione ferenda**

Eine Korrelation zwischen Folsäuremängeln und Krankheitserscheinungen kann namentlich mit Bezug auf Neuralrohrdefekte als erwiesen gelten. Mit Bezug auf andere Krankheiten wie Herzkreislaufkrankungen fehlen hingegen schlüssige Beweise für eine solche Korrelation. Bereits die Rechtfertigung von „obligaten“ Folsäurezusätzen zur Verhütung dieser Krankheiten oder zur auf sie bezogenen Gesundheitserhaltung ist daher auf dem gegenwärtigen Stand des Wissens prekär. Umso weniger lassen sich Folsäurezusätze, welche nicht gebärfähige Frauen und konkret durch die anderen übrigen in Betracht gezogenen Krankheiten gefährdete Personen, sondern die übrige Bevölkerung treffen, mit dem Argument der Krankheitsverhütung begründen. Die zwangsweise Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Folsäurezusätzen wäre bei weitem over-inclusive, wenn es nur um die Krankheitsverhütung ginge. Um diesem Einwand zu entgehen, kann man überlegen, die Folsäurezusätze als Massnahme zur Gesundheitsförderung darzustellen.

Der Begriff der „Gesundheitsförderung“ ist von anderer Art als derjenige der Krankheitsverhütung. Er bezeichnet keine institutionalisierte öffentliche Aufgabe, sondern bildet einen Sammelbegriff für eine Vielzahl von denkbaren, zum überwiegenden Teil noch wenig geklärten Leitideen für gesellschaftliche Aufgaben, die es erst noch zu institutionalisieren gälte. Er umschreibt auch kein einheitliches politisches Programm, sei es im Sinn einer rechtspolitischen Forderung oder gar einer im geltenden Verfassungsrecht anerkannten öffentlichen Aufgabe; wenn schon, wäre er wiederum ein Sammelbegriff, in dieser Hinsicht aber für eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen öffentlichen Aufgaben und darin transportierten politischen Programmgehalten, die teils als eigenständige Aufgaben oder als in anderen Aufgaben inbegriffene Gehalte im geltenden Verfassungsrecht anerkannt wären, teils aber auch erst Postulate de constitutione ferenda darstellen würden.

Das Aufgabenkonzept ist zum vornherein nicht angemessen, um die vielfältigen Leitideen und politischen Programmgehalte, die im Begriff Gesundheitsförderung gemeint sein können, in globo zu erfassen. Gesundheit lässt sich durch vielfältige Ziele fördern, die von der sozialen und kulturellen Integration über die schulische und berufliche Qualifikation bis zu Wohnbedingungen, Ernährungs- oder Bewegungsverhalten usw. reichen können. Wollte man all diese Ziele in einer einzigen Aufgabe zusammenfassen, entstünde ein Politikkomplex, der zahlreiche herkömmliche Aufgaben in ein „ganzheitliches“ Konzept zwingen würde und jede Differenzierung im Hinblick auf Adressaten, Inhalte, Beteiligung von Akteuren am Policy making, föderalistische Aufgabenverteilung usw. stark erschweren würde. Da auch eine „ganzheitliche“ Gesundheitsförderungspolitik in Wirklichkeit nicht aus einem Guss wäre, stünden diesen Nachteilen kaum Vorteile gegenüber.

In einem Punkt besteht immerhin eine Parallele zum Begriff der Krankheitsverhütung: Gesundheitsförderung meint auch Gesundheitserhaltung, allerdings positiv anstatt wie dort negativ umschrieben. Gesundheitserhaltung zielt hier nicht auf die Abwesenheit von Krankheiten, sondern auf Gesundheit im Sinn eines Wohlbefindens, das inhaltlich noch definiert werden müsste. Sie kann entweder als spezifische Aufgabe unter dem Sammelbegriff Gesundheitsförderung oder als Gehalt von verschiedenen andern Aufgaben, die unter diesen Titel fallen, verstanden werden.

Es ist noch wenig geklärt, inwiefern Anliegen der Gesundheitsförderung einschliesslich Gesundheitserhaltung im geltenden Bundesverfassungsrecht anerkannt sind. Die Klärung ist im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht möglich. Immerhin sei festgehalten, dass eine staatliche (Mit-) Verantwortung für jede dieser Aufgaben einzeln verfassungsrechtlich begründet werden müsste. Eine Verfassungsbestimmung wie diejenige der bernischen Kantonsverfassung beispielsweise, die in Art. 41 Abs. 1 explizit sagt: „Kanton und Gemeinden schützen und fördern die Gesundheit. ...“, begründet daher keine Aufgabenverantwortung, sondern bildet eine Zielbestimmung für eine Vielzahl von - noch zu umschreibenden – kantonalen Gesundheitsförderungsaufgaben, für die kantonale Verantwortung durch Kompetenzbestimmungen auf Verfassungs- oder (weil das bernische Verfassungsrecht keinen Verfassungsvorbehalt kennt) auf Gesetzesebene noch begründet werden muss.

In casu fällt vor allem die Gewährleistung einer gesundheitszuträglichen Ernährung in Betracht, sei es durch Zusatz von Stoffen oder durch Zusammensetzung des Speiseplans, Essverhalten, den sozialen Kontext des Essens (soziale Funktion gemeinsamen Essens!) usw. Dabei ist gesundheitszuträglich nicht als funktional für die Verhütung von bestimmten Krankheiten, sondern als funktional für den Prozess immer neu zu bildenden körperlichen, seelischen oder sozialen Wohlbefindens allgemein zu verstehen. Im geltenden Bundesverfassungsrecht finden sich dafür keine Grundlagen. Es gibt nur vereinzelte Bestimmungen, die dem Bund Kompetenzen bezogen auf den Zusammenhang zwischen Ernährung und Gesundheit im weitesten Sinn zusprechen. Erwähnenswert ist beispielsweise Art. 105 BV (Alkoholkonsum). Art. 104 Abs. 1 Buchstabe a BV (Landwirtschaft), an den man auch denken könnte, bezieht sich nur auf den Beitrag der schweizerischen Landwirtschaft zu einer sicheren Versorgung der Bevölkerung mit landwirtschaftlichen Produkten; und in Abs. 3 sind die Förderung einer naturnahen, umwelt- und tierfreundlichen Produktion (Buchstabe b) sowie die Kompetenz zum Erlass von Deklarationsvorschriften für die Produkte, nicht aber eine Kompetenz für Anforderungen an die ernährungsrelevanten Funktionen der Produkte enthalten. Man mag dies rechtspolitisch für problematisch halten. Für Massnahmen zur Gesundheitserhaltung und -förderung durch eine gesunde Ernährung sind jedoch zurzeit im wesentlichen die Kantone zuständig. Allerdings dürften sich in den kantonalen Verfassungen und in den kantonalen Gesetzgebungen nur wenige Vorschriften darüber finden. Eine stichprobenweise Suche am Beispiel des Kantons Bern hat keinen einzigen Treffer ergeben.

Der Vollständigkeit halber sei hervorgehoben, dass Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV nicht in eine Aufgabe der Gewährleistung einer gesundheitserhaltenden und –fördernden Versorgung mit Mitteln und Gegenständen, die von Krankheiten und anderen konkreten Gesundheitsgefahren und –risiken losgelöst wäre, umgedeutet werden dürfte. Nicht nur fehlen für eine solche Sinnzuschreibung stichhaltige Auslegungsargumente, sondern dagegen sprechen auch föderalistische Gründe; denn damit würden dem Bund neue, weit ausgreifende Kompetenzen eingeräumt, die nicht einfach auf dem Weg der Verfassungsinterpretation eingeführt werden dürfen, sondern für die eine förmliche Verfassungsänderung voraussetzen.

In Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV wiederum haben zwar auch Zwecke des New public health Platz. Die Krankheitsverhütung im Rahmen von Art. 118 BV kann nicht nur als Beitrag zur Abwesenheit von Krankheit (Old public health), sondern auch zur Herstellung und Erhaltung von Wohlbefinden konzipiert werden (New public health). Im ersten Fall steht die Krankheitsverhütung im Zentrum, im zweiten ist sie relativ marginal und erscheint als eines von verschiedenen Elementen, die zusammen das Wohlbefinden ermöglichen sollen. Im zweiten Fall gilt es zudem Krankheiten nicht als prinzipielles Übel zu bekämpfen, sondern nur soweit, als sie nicht eine akzeptable Funktion im Hinblick auf ein längerfristiges Wohlbefinden erfüllen (wie möglicherweise z.B. bestimmte Kinderkrankheiten) und die potentiell betroffenen Personen sich nicht selbst davor schützen können (Selbstverantwortung). Aber die Verantwortung des Bundes gemäss 118 bleibt auch in dieser Lesart auf die Krankheitsverhütung beschränkt.

### **6.2.1.2 Erhaltung menschlichen Lebens (Art. 118, 122, 123 BV usw.)**

Ein weiteres Anliegen, das mit Folsäurezusätzen verfolgt werden könnte, mag die *Erhaltung des menschlichen Lebens* sein, kategorial und individuell. Sie bildet eine etablierte öffentliche Aufgabe. Doch dieses Anliegen steht ganz im Hintergrund. Zwar ist in letzter Konsequenz mit vielen Krankheitserscheinungen, die erwiesenermassen oder vielleicht mit Folsäuremängeln korreliert sind, auch die Möglichkeit des Todes verbunden. Doch über die individuelle Prophylaxe hinausgehende, bevölkerungsbezogene Anstrengungen zur Verhütung solcher Mängel sind viel breiter angelegt; sie zielen zum überwiegenden Teil auf Krankheitserscheinungen, die zwar zu schweren Belastungen für die Betroffenen und die Allgemeinheit führen können, aber nicht den Tod zur Folge haben.

Es wäre daher nicht wirklich überzeugend, „obligate“ Folsäurezusätze als Beitrag zur Aufgabe der Lebenserhaltung verstehen. Ginge man aber davon aus, wären verschiedene Verfassungsgrundlagen vorhanden. Die Lebenserhaltung stellt eine grundlegende Aufgabe des Staates dar, die einzig durch das Selbstbestimmungsrecht des (urteilsfähigen) Trägers beschränkt ist. Die Bundesverfassung schreibt dem Bund unter verschiedenen Titeln spezifische Verantwortungen für diese Aufgabe zu. In der Regel sind diese Bestandteil allgemeiner gefasster Verfassungsbestimmungen, so dass durch Auslegung herausgearbeitet werden muss, welches die jeweiligen Funktionen für die Lebenserhaltung sind; ausserhalb der Bundeskompetenzen sind die Kantone verantwortlich.

Zum vornherein ist die auch ungeschrieben geltende polizeiliche Generalklausel integrierender Bestandteil des eidgenössischen ebenso wie des kantonalen Verfassungsrechts. Sie umfasst auch die Bewahrung menschlichen Lebens in Fällen unmittelbarer, nicht vorhersehbarer Todesgefahr. „Obligate“ Folsäurezusätze dienen jedoch nicht zur Intervention in derartigen Fällen, so dass die Klausel als Grundlage dafür ausscheidet.

Mit Bezug auf die Folsäurezusätze kann man eher an Art. 118 Abs. 2 Bst. a und b BV denken. Ebenso wie die Krankheitsverhütung ist auch die Lebenserhaltung in Abs. 2 Bst. a als Nebenaufgabe anerkannt. Vorschriften zur Gewährleistung der Sicherheit resp. Gefahrlosigkeit der dort aufgeführten Mittel und Gegenstände sollen letztlich auch dafür sorgen, dass sich aus dem Umgang mit diesen keine Todesgefahren ergeben. Desgleichen bildet die Lebenserhaltung eine Nebenaufgabe im Rahmen von Abs. 2 Bst. b; denn die Verhütung von Krankheiten umfasst immer auch die Verhinderung der schlimmsten Folge von Krankheiten, des Todes. Die staatliche Verantwortung für die Lebenserhaltung bezieht sich aber auf der Grundlage beider Bestimmungen nur auf die darin erfassten Zusammenhänge mit Mitteln und Gegenständen resp. mit bestimmten Krankheiten.

Ein weiterer staatlicher Beitrag zur Aufgabe der Lebenserhaltung ergibt sich aus Art. 122 BV (Zivilrechtskompetenz), auch hier wiederum sekundär. Diese Bestimmung schliesst die Möglichkeit der Fürsorge für Personen ein, die nicht hinreichend für sich selbst sorgen können. Geschützt sind unter anderem Kinder; wie weit dieser Schutz während der Zeit vor ihrer Geburt reicht, kann hier offen bleiben. Denn ohnehin dürfte Art. 122 nicht als Grundlage für eine polizeiliche Abwehr von Gefährdungen durch Dritte in Anspruch genommen werden; zudem bildet er eine höchst prekäre Grundlage für staatliche Zwangsmassnahmen, auch wenn der Bundesgesetzgeber die fürsorgerische Freiheitsentziehung darauf gestützt hat. Daher scheidet er als Basis für eine (polizeilich motivierte) Zwangsmedikation der gebärfähigen Frauen im Interesse des werdenden Kindes aus. Er trägt aber auch (fürsorgerisch motivierte) generelle Zwangsmedikation der Bevölkerung nicht, weil das Bundesverfassungsrecht davon ausgeht, dass Menschen normalerweise selbst für sich sorgen können und selbst bestimmen sollen, was für sie gut ist.

Schliesslich kann man an Art. 123 BV (Strafrechtskompetenz) und den strafrechtlichen Lebensschutz denken. Dass man die Bevölkerung mittels Strafbestimmungen zum Konsum von zusätzlicher Folsäure zwingen würde, ist zwar ein eher abwegiger Gedanke. Aber auf Art. 123 sind beispielsweise Bestimmungen wie die fahrlässige Körperverletzung oder die Aussetzung gestützt, die prinzipiell gegenüber der werdenden Mutter geltend gemacht werden könnten, sofern der Schutz des Neugeborenen auf Gefährdungen vor der Geburt und allenfalls vor der Zeugung ausgedehnt würde. Aber dabei ergäbe sich eine Güterkollision mit dem Selbstbestimmungsrecht der werdenden Mutter; die Abwägung fielen angesichts des relativ kleinen Risikos (zwar grosses Schadenspotential, aber relativ geringe Eintrittswahrscheinlichkeit) nicht ausgerechnet für diesen Sachverhalt zulasten der letzteren aus, nachdem das Selbstbestimmungsrecht der Frau bislang in Situationen mit wesentlich grösseren Risiken für das werdende Kind wie beispielsweise durch Alkohol- oder Tabakkonsum überwiegt.

Weitere Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts mit Bedeutung für die Lebenserhaltung sind noch weiter vom hier relevanten Problem der Folsäurezusätze entfernt als die eben beleuchteten, so dass darauf nicht einzugehen ist.

### **6.2.1.3 Finanzierung der Kosten von Invalidität (Art. 112 BV)**

Ebenfalls weiter entfernt liegt die Möglichkeit, Folsäurezusätze als Beitrag zur Aufgabe der *Finanzierung der Kosten von Invalidität*. Wenn die Folsäurezusätze erfolgreich wären, würden die entsprechenden Kosten reduziert und demzufolge die Finanzierungsmöglichkeiten für andere Invaliditätsfolgen bzw. Leistungen der Krankheits- und Gesundheitsversorgung prinzipiell verbessert. Dieser Sinn wird den Folsäurezusätzen eher selten zugeschrieben. Erinnerung sei aber beispielsweise an das Postulat im eidgenössischen Parlament aus dem Jahr 1997, mit welchem der Bundesrat eingeladen wurde, zu prüfen, „ob zwecks Prophylaxe gegen *Geburtsgebrechen* infolge eines (recte: un-)vollständigen

Verschlusses der Neuralrinne (Spina bifida, Myelomeningocele, Encephalocele, Anencephalie) die Beifügung von Vitamin B9 zu Lebensmitteln (z.B. im Getreidemehl) vorgeschrieben bzw. gefördert werden sollte.“(Hervorhebung v.V.)<sup>114</sup>.

„Obligate“ Folsäurezusätze könnten als Beitrag zur Aufgabe der Finanzierung von Kosten der Invalidität verstanden werden, soweit sie zur Verhütung von NRD-bedingten Schädigungen bestimmt sind. Art. 112 BV enthält die Grundlage einer weitreichenden staatlichen Verantwortung für diese Aufgabe:

Art. 112 Alters—, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung

1 Der Bund erlässt Vorschriften über die Alters—, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung.

2 Er beachtet dabei folgende Grundsätze:

- a. Die Versicherung ist obligatorisch.
- b. Die Renten haben den Existenzbedarf angemessen zu decken.
- c. Die Höchstrente beträgt maximal das Doppelte der Mindestrente.
- d. Die Renten werden mindestens der Preisentwicklung angepasst.

3 Die Versicherung wird finanziert:

- a. durch Beiträge der Versicherten, wobei die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Hälfte der Beiträge bezahlen;
- b. durch Leistungen des Bundes und, wenn das Gesetz es vorsieht, der Kantone.

4 Die Leistungen des Bundes und der Kantone betragen zusammen höchstens die Hälfte der Ausgaben.

5 Die Leistungen des Bundes werden in erster Linie aus dem Reinertrag der Tabaksteuer, der Steuer auf gebrannten Wassern und der Abgabe aus dem Betrieb von Spielbanken gedeckt.

6 Der Bund fördert die Eingliederung Invalider und unterstützt Bestrebungen zugunsten Betagter, Hinterlassener und Invalider. Für diesen Zweck kann er Mittel aus der Alters—, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung verwenden.

Gemäss Art. 112 Abs. 6 ist der sachliche Geltungsbereich dieser Bundeskompetenz nicht auf die Organisation der Finanzierung von Renten und die Förderung der Wiedereingliederung beschränkt, sondern umfasst auch ganz allgemein die Unterstützung von Bestrebungen zugunsten Invalider. Darunter kann man auch Massnahmen zur Prävention von NRD-bedingten Gebrechen subsumieren, allerdings – wie bereits erwähnt<sup>115</sup> – nur wenn und soweit diese zu einer relevanten Kostensenkung für die IV führen. Im Fall der Spina bifida bleiben in der Regel lebenslange Behinderungen bestehen (Lähmungen der unteren Extremitäten, Stuhl- und Urininkontinenz), die mit grosser Wahrscheinlichkeit eine spätere Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben. Weil die Ursache dieser Behinderungen auf den Neuralrohrdefekt und damit auf ein Geburtsgebrechen zurückzuführen ist und wahrscheinlich eine Erwerbsunfähigkeit zur Folge hat, resultiert zusätzlich eine Invalidität im rechtlichen Sinn, d. h. im Sinn von Art. 5 Abs. 2 IVG, welche Leistungen der Invalidenversicherung auslösen kann. In dieser Hinsicht bildet die Verhinderung von NRD zugleich eine Massnahme zur Verhütung von Erwerbsunfähigkeit. Die Formulierung im weiter vorn erwähnten parlamentarischen Postulat aus dem Jahr 1997 könnte man allenfalls in diesem Sinn interpretieren; dort wird nämlich explizit von der „Prophylaxe gegen Geburtsgebrechen infolge eines (recte: un-)vollständigen Verschlusses der Neuralrinne (Spina bifida, Myelo-

<sup>114</sup> Siehe vorn Ziff. 2.1.1.

<sup>115</sup> Siehe vorn Ziff. 6.1.1.6.

meningocelie, Encephalocelie, Anencephalie)“ gesprochen. Doch ist dies eher eine entfernte Möglichkeit.

#### **6.2.1.4 Finanzierung der Kosten von Krankheit und Unfall (Art. 117 BV; Verweisung)**

Die Finanzierung der Kosten der Krankheits- und Unfallversorgung ist als staatliche Aufgabe in Art. 117 BV anerkannt:

Art. 117 Kranken- und Unfallversicherung

1 Der Bund erlässt Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung.

2 Er kann die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären.

Zu dieser öffentlichen Aufgabe soll der Bund einen spezifischen Beitrag leisten: er soll die Qualität der Kranken- und Unfallversicherung gewährleisten (Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung) und nötigenfalls sicherstellen, dass bestimmte Bevölkerungsteile oder die Gesamtbevölkerung versichert ist (Obligatorium). Die Zielrichtung der Aufgabe wird durch das in Art. 41 Abs. 2 BV formulierte Sozialziel präzisiert („... dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, ... gesichert ist.“), wobei Bund und Kantone gemäss dem Vorbehalt in Art. 41 Abs. 5 BV „die Sozialziele im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel“ anstreben sollen; eine Kompetenzgrundlage für den Bund ergibt sich daraus nicht.

Dass sich aus Art. 117 BV sekundär eine staatliche Verantwortung für die Verhütung von Krankheiten, die durch eine ungenügende Folsäure-Versorgung bedingt sind, ergibt, ist bereits vorn in anderem Zusammenhang zur Sprache gekommen<sup>116</sup>. Darauf kann hier verwiesen werden.

#### **6.2.1.5 Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV)**

Der Bund ist aufgrund von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV, wie im Rahmen der Analyse von Art. 118 BV dargelegt<sup>117</sup>, unter anderem für einen spezifischen Aspekt der Qualität der Versorgung mit Lebensmitteln verantwortlich, nämlich für die Gefährlosigkeit der Versorgung für die Gesundheit. Um diesen spezifischen Aufgabenbeitrag zu erfüllen, kann er zu Mitteln der polizeilichen Gefahrenabwehr greifen, aber darüber hinaus auch gesundheitliche Risiken, aus welchen sich Gefahren für die Gesundheit entwickeln können, eindämmen.

Gesundheitsgefahren oder –risiken aus den konsumierten Lebensmitteln können sich durch einen zu hohen Folsäuregehalt ergeben, und allenfalls – falls nämlich das Fehlen des in Lebensmitteln *normalerweise* feststellbaren Folsäuregehalts gesundheitsgefährdend sein sollte - auch aus einer Unterschreitung des Normalgehalts, die der Konsument nicht erkennen kann, so dass die Normalversorgung mit Folsäure nicht mehr gewährleistet ist. Um Gesundheitsgefahren auszuschliessen, sind deshalb *Höchstgrenzen* für Folsäure-Gehalte von Lebensmitteln und allenfalls *Mindestgrenzen* im Sinn

---

<sup>116</sup> Siehe vorn Ziff. 6.1.1.6.

<sup>117</sup> Siehe vorn Ziff. 6.1.1.4.

eines *Normalgehalts* (sofern Lebensmitteln durch die Verarbeitung oder Verteilung Folsäure entzogen wird) sinnvoll. Nur die Festsetzung solcher Höchst- und Mindestgrenzen fällt in den Bereich von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV. Eine staatliche Verantwortung für die Qualität von Lebensmitteln im Sinn der Nützlichkeit für die Krankheitsverhütung ergibt sich aus Bst. a des Art. 118 Abs. 2 BV nicht, sondern wenn überhaupt aus Bst. b (Bekämpfung von bösartigen Krankheiten).

Art.118 Abs. 2 Bst. a BV verleiht dem Bund daher keine Kompetenz, im Rahmen der Lebensmittelregulierung „obligate“ Folsäurezusätze in dem Mass, das für die Verhütung von NRD-korrelierten und weiteren Krankheitserscheinungen nötig wäre, anzuordnen.

### 6.2.1.6 Konsumentenschutz (Art. 97 Abs. 1 BV)

Das eidgenössische Lebensmittelgesetz stützt sich nicht nur auf und Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV (Gesundheitsschutz bzgl. Mittel und Gegenstände)<sup>118</sup>, sondern überdies auch auf Art. 97 Abs. 1 BV (Konsumentenschutz) und Art. 123 BV (Strafrecht). Die Bestimmung über den Konsumentenschutz lautet:

#### Art. 97 Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten

1 Der Bund trifft Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.

2 Er erlässt Vorschriften über die Rechtsmittel, welche die Konsumentenorganisationen ergreifen können. Diesen Organisationen stehen im Bereich der Bundesgesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb die gleichen Rechte zu wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden.

3 Die Kantone sehen für Streitigkeiten bis zu einem bestimmten Streitwert ein Schlichtungsverfahren oder ein einfaches und rasches Gerichtsverfahren vor. Der Bundesrat legt die Streitwertgrenze fest.

Allenfalls könnte man auch an die Aufgabe des *Konsumentenschutzes* denken. Allerdings ist prima facie nicht ersichtlich, dass zur Erfüllung dieser Aufgabe „obligate“ Folsäurezusätze gerechtfertigt wären. Diese Aufgabe zielt darauf ab, KonsumentInnen als Beteiligten im Markt die nötige Wahlfreiheit zu gewährleisten und sie vor eigenen Konsumententscheidungen, deren Tragweite und Konsequenzen sie nicht überblicken können, zu schützen. Sie verlangt also vielmehr Alternativen zu den mit Folsäure angereicherten Lebensmitteln und die Deklaration. „Obligat“ Folsäurezusätze könnte man nur dann als Vorkehr des Konsumentenschutzes verstehen, wenn man davon ausginge, dass KonsumentInnen nicht in der Lage sind, die Folgen des Konsums oder Nicht-Konsums bestimmter Lebensmittel bzw. der darin enthaltenen Stoffe zu berücksichtigen und darum auch die Belastungen als Folge der Unterlassung erhöhter Folsäure-Einnahme nicht erkennen könnten: Dafür wäre allerdings eine Komplexität

---

<sup>118</sup> Unter der Herrschaft der aBV wurden im Ingress des LMG als Grundlagen die Artikel 32<sup>ter</sup>, 64 und 69<sup>bis</sup> der Bundesverfassung aufgeführt. In einer Fussnote des amtlichen Gesetzestextes heisst es dazu: „Diesen Bestimmungen entsprechen die Art. 97 Abs. 1, 105, 118 Abs. 2 und 123 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR [101](#)).“ Diese Konkordanzangabe ist unvollständig. Die Angabe müsste vollständig anstatt „118 Abs. 2“ präziser „118 Abs. 2 Bst. a“ lauten. Es wäre problematisch, wenn die Formulierung dazu führen würde, dass unbedarfte Leser für das LMG auch Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV als Grundlage in Anspruch nehmen würden. Denn diese Bestimmung hat eine ganz andere Bedeutung als diejenige in Bst. a; sie war in der aBV in einem anderen Verfassungsartikel (Art. 69 aBV) untergebracht und ist nur aufgrund der „nachführenden“ Revision der BV mit dem ursprünglichen Art. 69bis aBV im selben Artikel zusammengelegt worden. Die Anmerkung ist zwar nur erläuternder Art, sie liegt in der administrativen Verantwortung der Bundeskanzlei und hat nicht Teil an der Gesetzeskraft; dennoch sollte sie nicht irreführend sein.

oder der Abstraktheit der Zusammenhänge vorausgesetzt, die den KonsumentInnen normalerweise eine freie Konsumwahl verunmöglichen. Diese Voraussetzung ist in casu nicht gegeben; bei hinreichender Aufklärung und Erziehung zu folgenbewusstem Ernährungsverhalten sind die Betroffene im Normalfall durchaus in der Lage, die Zusammenhänge zwischen Folsäure-Versorgung und Krankheiten zu verstehen.

Da wie erläutert<sup>119</sup> die Verantwortung des Bundes für Konsumentenschutzaufgaben aufgrund dieser Bestimmung nicht zur Begründung von „obligaten“ Folsäurezusätzen herangezogen werden kann, sondern Zusätzen mit der Funktion einer Zwangsmedikation gegenteils entgegensteht, ist hier nicht weiter darauf einzugehen.

### **6.2.1.7 Keine aufgabenunabhängige Globalkompetenz zur Lebensmittelregulierung (Art. 95 Abs. 1 BV)**

Es fragt sich, ob eine spezifische Verfassungsgrundlage für Folsäurezusätze in der Verfassung überhaupt nötig sei, weil dem Bund ja in Art. 95 BV ausdrücklich eine - rein formale - Kompetenz zur Regelung der „privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit“ eingeräumt wird:

Art. 95 Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit

1 Der Bund kann Vorschriften erlassen über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit.

2 Er sorgt für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum. Er gewährleistet, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können.

Die Regelungskompetenz bezieht sich auf wirtschaftliche Tätigkeiten, die in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen. Nun bildet die Versorgung mit Lebensmitteln zwar eine öffentliche Aufgabe. Aber die Bundesverfassung weist dem Staat nur für spezifische Aspekte eine Verantwortung für ihre Erfüllung zu, eben unter anderem für den in Art. 118 Abs. 2 Bst. a enthaltenen Qualitätsaspekt oder etwa auch für die Versorgungssicherung in Krisenzeiten (Art. 102 BV) und die Gewährleistung einer „sicheren Versorgung der Bevölkerung“ mit landwirtschaftlichen Produkten durch die einheimische Landwirtschaft (Art. 104 Abs. 1 Bst. a BV). Ausserhalb solcher Aufgabenverantwortungen des Bundes und allfälliger weiterer staatlicher Aufgabenbeiträge, die sich die Kantone zusprechen können, fällt die Verantwortung Privaten zu. Ohne dass dies verfassungsrechtlich so festgelegt wäre, wird diese private Verantwortung heute in den Institutionen der Wirtschaft erfüllt und ist dort den Regeln einer wettbewerbsorientierten (und sozial- und umweltverpflichteten) Marktwirtschaftsordnung<sup>120</sup> unterworfen. Ein Konstitutionselement dieser Ordnung ist die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV, Art. 94 Abs. 1 und 4 BV).

Könnte der Bund also nicht gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV die Lebensmittelindustrie zu „obligaten“ Folsäurezusätzen verpflichten? Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre gingen ursprünglich davon aus, dass in Art. 31 Abs. 2 aBV (kantonale Einschränkungen der damals so genannten Handels- und Gewerbefreiheit; heute in Art. 3 BV integriert) nur polizeiliche Massnahmen Platz finden. Im Jahr 1971 öffnete das Bundesgericht, wohl auch unter dem Eindruck von Kritik in der Lehre, Art. 31 Abs. 2 BV auch für sozialpolitische Massnahmen. Von da an erklärte es schrittweise

<sup>119</sup> Siehe vorn Ziff. 6.2.1.6.

<sup>120</sup> Siehe René Rhinow, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, 502 f.

auch anders begründete Massnahmen für zulässig. Die Begrenzung erfolgte nur noch negativ; einzig „wirtschaftspolitische“ resp. strukturpolitische Interventionen sollten untersagt sein. Unter der Herrschaft der neuen Bundesverfassung verlangt ein Teil der Lehre, die Unterscheidung zwischen „wirtschaftspolitischen“ und anderen Massnahmen sei überhaupt aufzugeben<sup>121</sup>. Diese Dogmatik wurde auch auf die analoge Bestimmung für Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit durch den Bund in Art. 31 bis Abs. 2 BV, die Art. 95 Abs. 1 BV entsprechende Bestimmung der alten Bundesverfassung, übertragen. Damit hat jedoch die Kompetenz in Art. 95 BV höchstens noch einen negativen materialen Gehalt; ausserhalb der untersagten strukturpolitisch motivierten Ausübungsvorschriften lässt diese Bestimmung praktisch beliebige Interventionen zu. Zudem ist damit letztlich nur über die öffentlichen Interessen etwas ausgesagt, die im Rahmen von Art. 95 Abs. 1 BV zur Geltung kommen sollen (Zweck der Verfassungsbestimmung), aber nichts über die öffentliche(n) Aufgabe(n) und die staatliche Aufgabenverantwortung, die den Sinn der Bestimmung ausmachen; dieser Sinn bleibt vollständig offen.

Wo die inhaltlichen Grenzen für „Ausübungsvorschriften“ des Bundes liegen, ist nicht geklärt. Unseres Erachtens ist der Bund für Ausübungsvorschriften im Rahmen von Art. 95 Abs. 1 BV an die Bundesaufgaben des Bundesverfassungsrechts gebunden. Der Bund soll ja die föderalistische Aufgabenverteilung und die Verantwortungsverteilung zwischen ihm und Privaten nicht beliebig zu seinen Gunsten verschieben können. Art. 95 Abs. 1 BV ordnet nur das Verhältnis der Bundesaufgaben zur Wirtschaftsfreiheit und bewirkt, dass letztere die Aufgaben des Bundes nicht generell vereitelt. Ausübungsvorschriften des Bundes sind in der hier zugrundegelegten Konzeption jeweils nur in Verbindung mit spezifischen materiellen Aufgabenverantwortungen zulässig, die das übrige Bundesverfassungsrecht dem Bund zuweist. Es genügt mithin nicht, zu fragen, ob eine Intervention des Bundes polizeilichen oder anderen Interessen diene; ebenso wenig reicht es aus, nach Verbindungen zwischen Art. 95 Abs. 1 BV und einer einzelnen anderen Verfassungsbestimmung zu suchen.

Diese bedeutet mit Bezug auf „obligate“ Folsäurezusätze: Art. 95 Abs. 1 BV kann nur in Verbindung mit einer der vorstehend umschriebenen Aufgaben des Bundes als Grundlage für solche Zusätze herangezogen werden. Allein bildet er keine tragfähige verfassungsrechtliche Grundlage dafür.

### **6.2.1.8 Keine Kompetenz zur Gewährleistung der Qualität menschlichen Lebens**

Allenfalls denkbar wäre auch, dass mit der Massnahme eine öffentliche Aufgabe erfüllt werden soll, die man als Gewährleistung der *Qualität menschlichen Lebens* – wie immer diese definiert wird - umschreiben könnte. Eine derartige Aufgabe könnte unter anderem die Gewährleistung eines Lebens ohne die körperlichen, seelischen und geistigen Auswirkungen von NRD einschliessen, so dass sich eine Verpflichtung oder wenigstens eine Berechtigung des Staates ergäbe, die werdende Mutter zugunsten des werdenden Kindes zu einer bestimmten Ernährung zu zwingen.

Zwar nicht die Verhütung von Herz-Kreislauf- und Krebserkrankungen, aber doch die Verhütung von Schädigungen, die durch Neuralrohrdefekte bedingt sind, könnte als Gegenstand staatlicher Verantwortung für diese Aufgabe verstanden werden. Doch auch wenn in der unseligen Tradition der Ausgrenzung des „Andersartigen“ Interessen der Allgemeinheit an einer bestimmten Qualität menschlichen Lebens - namentlich von Behinderungen freien Lebens - geltend gemacht und Bestrebungen für

---

<sup>121</sup> So z. B. Giovanni Biaggini, Wirtschaftsfreiheit in: Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 49, Rz. 22.

eine vorgeburtliche Zuchtwahl stärker würden, gäbe es im geltenden Bundesverfassungsrecht keine Grundlagen dafür. Im Gegenteil, viele verfassungsrechtliche, insbesondere grundrechtliche Bestimmungen zielen darauf ab, die individuelle und private Selbstbestimmung gegenüber solchen Bestrebungen zu stärken. Jedenfalls heute noch gehen die herrschende Lehre und die Praxis mit guten Gründen davon aus, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht alle Erscheinungen menschlichen Lebens gleichwertig sind, gleichgültig „wie ausgefallen und einmalig diese auch immer sein mögen (...). Es gibt mit anderen Worten kein lebensunwertes Leben“ (BGE 98 I 508 ff., 514 f.).

### 6.2.2 Andere öffentliche Interessen als Zweck von „obligaten“ Folsäurezusätzen?

Die verfassungsmässigen Zwecke der Krankheitsverhütung durch den Bund beschränken sich im wesentlichen auf die geschilderten öffentlichen Interessen der Sicherheit und der Gesundheit. Neben die Sicherheitsinteressen, welche in der Lehre herkömmlicherweise polizeiliche Interessen heissen, treten also nicht nur Interessen der Wohlfahrt - traditionell als soziale und sozialpolitische Interessen bezeichnet -, sondern zumindest auch öffentliche Interessen der Gesundheit. Aber damit sind nicht alle verfassungsrechtlich anerkannten Zwecke staatlichen Handelns erfasst. In anderen staatlichen Aufgaben, die theoretisch auch als Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze in Betracht gezogen werden könnten, kommen auch andere öffentliche Interessen zum Tragen. Solche Interessen kämen dann zum Zug, wenn andere Verfassungsbestimmungen als Art. 118 BV als Grundlage dienen würden:

- Man könnte an *Wohlfahrtsinteressen* denken, welche Massnahmen mit Umverteilungswirkung zur Kompensation von Behandlungs- und Folgekosten bei Folsäuremangel-bedingten Krankheiten und Gebrechen legitimieren würden. Dafür müsste aber gezeigt werden, dass die Krankheitsercheinungen, die auf eine nicht erhöhte Folsäure-Einnahme zurückgeführt werden, für die Betroffenen regelmässig zu so hohen finanziellen Belastungen führen, dass sie auf die Unterstützung durch Dritte oder die Allgemeinheit angewiesen sind, um der Verarmung zu entgehen, und dass die entsprechenden Unterstützungsleistungen die Krankenversicherungsprämien (durch Prämienverbilligungen), die Invalidenversicherungsprämien oder die Sozialhilfebudgets der öffentlichen Hand so stark belasten würden, dass sie die Wohlfahrt der Bevölkerung zu beeinträchtigen vermöchten. Angesichts der geringen Zahl von Fällen ist nicht anzunehmen, dass dies zutrifft, und es finden sich in der Experten-Diskussion auch kaum entsprechende Argumente. Umso weniger steht ein positiv gedeutetes Wohlfahrtsinteresse, das die Förderung der wirtschaftlichen Voraussetzungen für einen bestimmten Lebensstandard legitimieren würde, zur Diskussion.

Wohlfahrtsinteressen sind beispielsweise im Rahmen von Art. 112 BV (Alters- und Hinterlassenenversicherung) oder Art. 115 BV (Unterstützung Bedürftiger) anerkannt, doch können auch auf diese Bestimmungen keine Massnahmen zur Verhütung von Krankheiten bzw. der durch diese bedingten Behandlungskosten gestützt werden.

Art. 117 BV (Krankenversicherung) bietet nur am Rand Raum für Wohlfahrtsinteressen; diese kommen beispielsweise in Prämienverbilligungen für tiefe Einkommen zum Tragen. Zentral sind jedoch Gesundheitsinteressen<sup>122</sup>. Anders als bei der Sozialhilfe geht es hier nicht um Erhaltung

---

<sup>122</sup> Es ist deshalb nicht angemessen, Art. 117 BV als Bestandteil von verfassungsrechtlichen Grundlagen für ein „System der sozialen Sicherheit“ zu deuten.

eines bestimmten Lebensstandards oder die Abwesenheit von Armut (Wohlfahrtsinteressen), sondern um Gesundheitserhaltung oder Abwesenheit von Krankheit (Gesundheitsinteressen). Zwar kommt im Risikoausgleich für den Fall von Krankheiten ein Wert der Solidarität zur Geltung; doch die Prämien sind nicht einkommensabhängig, so dass sie tiefere Einkommen stärker belasten als hohe. Und auch im Sozialausgleich – keine risikogerechten Prämien – kommen Solidaritätswerte zum Ausdruck; aber auch da geht es nicht um die Erhaltung eines bestimmten Lebensstandards oder die Existenzsicherung (diese ist Gegenstand der Altersvorsorge und der Sozialhilfe), sondern darum, dass die Behandlung und Verhütung von Krankheiten für jedermann finanziert werden kann. Werte der Solidarität haben zwar innerhalb der verfassungsrechtlichen Anforderungen, die für Gesundheitsinteressen gelten, einen erheblichen Stellenwert, stehen aber nicht an oberster Stelle.

- Auch *Geld- und Wareninteressen* sind denkbar. Wo sie leitend sind, gelten primär Anforderungen der Kosteneffizienz und der Rendite. Sie haben beispielsweise im Rahmen der Aufgaben gemäss Art. 95 BV (Regulierung der Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeit) und Art. 97 BV (Konsumentenschutz) Platz. Massnahmen des Konsumentenschutzes insbesondere bezwecken, den Konsumenten vor Täuschungen über den Gebrauchswert der Waren schützen, die er kauft, weil für den Anbieter nach der Logik des wettbewerbsgelenkten Marktes der Gebrauchswert bedeutungslos und nur der Tauschwert der Ware (gegen Geld) relevant ist. Auch die Ordnungsfunktion, die der Konsumentenschutz erfüllt, ist an Geld- und Wareninteressen orientiert; denn in dieser Funktion soll er Informationsprobleme lösen, die zu Marktversagen führen würden, und trägt damit zum Funktionieren einer marktwirtschaftlichen Ordnung bei, in deren Rahmen Sach- und Dienstleistungen nur relevant sind, insofern sie die Bedeutung von Geld bzw. Waren haben.

Auf diese Bestimmungen lassen sich indessen vor allem Verkaufs- und Deklarationspflichten für mit Folsäure angereicherte Lebensmittel stützen, nicht die Anreicherung von Lebensmitteln mit gesundheitsfördernden Mitteln oder präventiv oder therapeutisch wirkenden Heilmitteln.

- Allenfalls fielen auch *Zugehörigkeitsinteressen* in Betracht. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die dafür gelten, würden beispielsweise Massnahmen zur Verhütung der eingeschränkten Einsetzbarkeit in der Arbeitswelt, die sich aus Gebrechen, die durch NRD-Defekte bedingt sind, legitimieren. Zugehörigkeitsinteressen sind im Rahmen von Art. 112 BV (Invalidenversicherung) anerkannt, doch bezieht sich diese Kompetenz nur auf Eingliederungsmassnahmen zugunsten der Personen, die infolge eines Geburtsgebrechens – wie eben NRD - invalid geworden sind, nicht aber auf die Verhütung von Behinderungen.

### **6.3 Würdigung: Verfassungsrechtliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze**

„Obligate“ Folsäurezusätze können als Beitrag zur Krankheitsverhütung verstanden werden. Das geltende Bundesverfassungsrecht anerkennt die Krankheitsverhütung indirekt als öffentliche Aufgabe, nämlich durch die Verankerung von spezifischen staatlichen Aufgaben, die zur Krankheitsverhütung beitragen, aber weitere, nichtstaatliche Aufgabenbeiträge zur Krankheitsverhütung voraussetzen. Mit Bezug auf Folsäurezusätze fallen vor allem die Aufgaben gemäss Art. 118 BV in Betracht.

Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV konstituiert zur Hauptsache eine staatliche Aufgabe, die mit der Krankheitsverhütung nichts zu tun hat, nämlich die Gewährleistung der gesundheitlichen Sicherheit als Qualitätsmerkmal des Umgangs mit näher umschriebenen Mitteln und Gegenständen. Nur als Nebenaufgabe ergibt sich daraus auch ein spezifischer Beitrag zur Krankheitsverhütung. Dabei handelt es sich um die Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten (oder durch andere dort aufgeführte Mittel oder Gegenstände bedingten) Krankheiten. Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV dagegen begründet die Bekämpfung von übertragbaren, weitverbreiteten oder bösartigen Krankheiten als Hauptaufgabe.

Ob Art. 118 Abs. 2 BV für die „obligaten“ Folsäurezusätze eine verfassungsrechtliche Grundlage bietet, hängt allerdings nicht nur von den staatlichen Aufgaben ab, die er konstituiert, sondern auch von den öffentlichen Interessen, die den Zweck dieser Aufgaben bilden. Dazu gehören öffentliche Interessen der polizeilichen Sicherheit (Sicherheitsinteressen) und solche der Bevölkerungs- und der individuellen Gesundheit (Gesundheitsinteressen). Die staatliche Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten (oder durch andere dort aufgeführte Mittel oder Gegenstände bedingten) Krankheiten gemäss Bst. a hat ausschliesslich Sicherheitsinteressen zum Zweck; sie dient zur Abwehr von Gefahren für das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit. Hingegen hat die staatliche Bekämpfung von übertragbaren, von bösartigen oder allenfalls von weit verbreiteten Krankheiten gemäss Bst. b einen Doppelpurpose, sie kann sowohl Sicherheits- als auch Gesundheitsinteressen dienen. Die Gesundheitsinteressen haben die ursprünglich zentralen Sicherheitsinteressen aus dem Zentrum der Krankheitsverhütung verdrängt und marginalisiert. Offen ist, ob die Gesundheitsinteressen verfassungsrechtlich ausgehend vom Paradigma des Old public health oder des New public health zu bestimmen sind. Jedenfalls muss die Auslegung zeigen, in welchen Fällen jedes dieser beiden Interessen massgeblich ist. In der Praxis zeichnet sich für die Zuweisung vor allem ein Kriterium ab, nämlich ob man von den gefährdeten Personen erwarten kann, dass sie die nötigen Vorkehrungen in eigener Verantwortung treffen.

Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV scheidet als Grundlage für die „obligaten“ Folsäurezusätze aus, weil diese weder zur Erfüllung der dort umschriebenen Aufgabe beitragen noch mit Sicherheitsinteressen begründet werden können. Die Krankheitserscheinungen, die verhütet werden sollen, sind weder durch Brotgetreide oder andere Lebensmittel noch durch Folsäure-Präparate bedingt, sondern sollen nur mit Hilfe von Brotgetreidemehl (als Transportmittel) und der (als präventiv wirksames Heilmittel) zugesetzten Folsäure verhindert werden. Zudem stellen die Krankheitserscheinungen, die verhütet werden sollen, keine Gefahr für das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit dar; denn man kann erwarten, dass gefährdete Personen oder für Gefährdete sorgepflichtige Personen in der Regel in eigener Verantwortung beurteilen, ob erhöhte Folsäuregaben in ihrem Fall erforderlich sind, und gegebenenfalls für erhöhte Gaben sorgen. Ihnen das erforderliche Wissen dafür zu vermitteln, ist (abgesehen von besonderen Fällen) nicht schwierig, sondern höchstens vielleicht kostspielig.

Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV aber bietet eine tragfähige Grundlage. Die Krankheitserscheinungen, die mit „obligaten“ Folsäurezusätzen verhütet werden sollen, gehören zu den potentiell bösartigen, teils auch zu den weit verbreiteten (Herz-Gefäss-Krankheiten) Krankheiten. Solche Zusätze fallen also sachlich in den Geltungsbereich dieser Bestimmung resp. tragen zur Erfüllung darin konstituierten staatlichen Aufgabe bei. Überdies dienen sie zwar nicht Sicherheits-, wohl aber Gesundheitsinteressen; denn sie sollen dazu beitragen, Krankheitserscheinungen zu verhindern und dadurch Gesundheit zumindest im Sinn der Abwesenheit von Krankheit zu gewährleisten.

„Obligate“ Folsäurezusätze sind daher dann verfassungskonform, wenn die gesetzliche Grundlage, auf der sie beruhen, auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV gestützt ist und als Zweck den Schutz öffentlicher Interessen der Gesundheit aufnimmt und konkretisiert. Doch die Konsequenzen der Zuweisung zu dieser staatlichen Aufgabe und diesen öffentlichen Interessen gehen darüber hinaus. Die Verfas-

---

sungsmässigkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen muss nach den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen beurteilt werden, die für Gesundheitsinteressen gelten. Gemäss diesen Anforderungen stellt die Selbstverantwortung für die eigene Gesundheit oder die Gesundheit Schutzbefehlener das höchste Gut dar; sie überwiegt in Güterabwägungen, wenn nicht besondere Gründe das Gewicht der Güter in der gegenüberliegenden Waagschale erhöhen. Zudem richtet sich die Beurteilung der Eignung von „obligaten“ Folsäurezusätzen in erster Priorität nach medizinischen und präventivmedizinischen Standards; andere Standards für richtiges Handeln kommen nur in zweiter Priorität zum Zug. Was dies für die materielle Verfassungsmässigkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen konkret für Folgen hat, bleibt zu prüfen.

## 7 FEHLENDE GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR „OBLIGATE“ FOLSÄUREZUSÄTZE

Die zuständigen Bundesbehörden dürfen ausser in bestimmten Ausnahmefällen, die hier nicht gegeben sind, nicht unmittelbar gestützt auf eine verfassungsrechtliche Staatsaufgabe Zwangsmassnahmen anordnen. Das allgemeine Prinzip der Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns ebenso wie das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die mit der Zwangsmedikation verbundenen Grundrechtseingriffe verlangen, dass der Bundesgesetzgeber den Inhalt und die Erfüllungsvoraussetzungen für die Staatsaufgabe konkretisiert. Staatliche Aufgaben und Bundesgesetze sind allerdings inhaltlich oft nicht deckungsgleich. In einem Bundesgesetz und dem darauf gestützten Verordnungsrecht können Beiträge zu mehreren staatlichen Aufgaben und Ordnungsanliegen geregelt sein. Umgekehrt kann eine staatliche Aufgabe in verschiedenen Gesetzen aufgenommen sein, wobei unter Umständen je nach Gesetz andere öffentliche Interessen zum Tragen kommen. Aus diesem Grund erfolgt die Prüfung der Gesetzgebung separat von derjenigen der Verfassungsgrundlagen.

Gemäss Gutachtensauftrag ist zu prüfen, ob die Lebensmittelgesetzgebung eine Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze bietet. Darauf liegt im folgenden der Schwerpunkt. Ergänzend wird aber auch untersucht, was für Alternativen vorhanden wären.

### 7.1 Lebensmittelgesetzgebung

#### 7.1.1 Fehlende Grundlage de lege lata

*Frage 5 Fragenkatalog vom 31.10.2003: Bietet das LMG eine genügende gesetzliche Grundlage für den obligaten Zusatz von Folsäure?*

*Frage 5 a Fragenkatalog vom 31.10.2003: Bezieht sich der Zweck des LMG auch auf öffentliche Interessen der Krankheitsbekämpfung? (**Bemerkung:** Wenn nicht: Würde der Blickwinkel „Erhaltung des gesunden Zustands“ weiterhelfen? (s. oben)).*

##### 7.1.1.1 Zum sachlichen Geltungsbereich des Lebensmittelgesetzes

Das seit 1.1.1995 in Kraft stehende Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG)<sup>123</sup> bildet die Basis der geltenden schweizerischen Lebensmittelgesetzgebung. Vorweg stellt sich die Frage, ob Getreidemehl mit erhöhten Folsäurezusätzen vom sachlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes erfasst wird. Art. 3 LMG definiert die erfassten Lebensmittel und Stoffe wie folgt:

Art. 3 Lebensmittel

<sup>1</sup>Lebensmittel sind Nahrungs- und Genussmittel.

<sup>2</sup>Nahrungsmittel sind Erzeugnisse, die dem Aufbau oder dem Unterhalt des menschlichen Körpers dienen und nicht als Heilmittel angepriesen werden. ...

<sup>4</sup>Zutaten sind Lebensmittel, die andern Lebensmitteln zugesetzt werden oder aus denen ein Lebensmittel zusammengesetzt ist, sowie Zusatzstoffe.

---

<sup>123</sup> LMG; SR 817.0.

Art. 4 Inhaltsstoffe, Zusatzstoffe, Fremdstoffe

<sup>1</sup>Inhaltsstoffe sind Stoffe, die in einem bestimmten Lebensmittel natürlicherweise vorkommen.

<sup>2</sup>Zusatzstoffe sind Stoffe, die bei der Herstellung von Lebensmitteln zur Erzielung bestimmter Eigenschaften oder Wirkungen verwendet werden. ...

Das Getreidemehl fällt unter den Begriff der Lebensmittel, die Zusetzung von Folsäure unter Art. 6 LMV. Einzelnen unterliegen die beiden Komponenten also den Regeln des Lebensmittelgesetzes. Wenn jedoch durch den Zusatz von Folsäure für die Krankheitsverhütung der krankheitsbezogene Zweck überwiegt, unterstehen die Produkte dem HMG, auch wenn der Trägerstoff Getreidemehl ein Nahrungsmittel darstellt<sup>124</sup>. Ob dies zutrifft, ist im vorliegenden Gutachten nicht zu prüfen. Die Prüfung wäre nur dann erforderlich, wenn sich das Gutachten auf die Zulässigkeit von Folsäurezusätzen beziehen würde, welche die Produzenten aus eigenem Antrieb machen wollen. Denn dann würde sich das Problem stellen, ob die entsprechenden Produkte für die Marktzulassung der Lebensmittel- oder der Heilmittelkontrolle unterliegen. Doch im Rahmen des vorliegenden Gutachtens ist ein anderes Problem zu lösen; hier ist zu klären, ob die zuständigen Behörden solche Zusätze gestützt auf das Lebensmittelgesetz (oder allenfalls das Heilmittel- oder ein anderes Gesetz) „obligat“ verlangen dürfen. Wie im folgenden gezeigt wird, bietet weder die Lebensmittel- noch die Heilmittelgesetzgebung eine Grundlage dafür.

Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation und damit verbunden nach der Zuordnung von Getreidemehl mit erhöhten Folsäurezusätzen zur Lebensmittel- oder zur Heilmittelgesetzgebung braucht zwar im vorliegenden Zusammenhang nicht abschliessend beantwortet zu werden, doch seien immerhin einige Hinweise angefügt. Die Praxis stellt darauf ab, ob der Heilzweck wichtiger ist als der Ernährungszweck bzw., wenn beide Zwecke ebenbürtig sind, ob die Heilwirkungen mit erheblichen nachteiligen Nebenwirkungen verbunden sind, die auch beim Konsum normaler Mengen des Produkts auftreten können<sup>125</sup>. In diesen Fällen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Heilmittelgesetzgebung anwendbar. Gleiches gilt nach gesetzlicher Vorschrift, wenn ein Produkt als Heilmittel angepriesen wird<sup>126</sup>, oder gemäss bundesgerichtlicher Praxis, wenn es als solches bekannt ist<sup>127</sup>. Mit Ge-

---

<sup>124</sup> Siehe zu dieser Abgrenzung zwischen den Geltungsbereichen des Heilmittel- und des Lebensmittelgesetzes BGE 127 2A 565/2000: „Unter dem Gesichtswinkel des Verwendungszwecks ist mit Blick auf das Wesen des Lebensmittels danach zu fragen, wieweit ein Produkt zum Aufbau oder Unterhalt des menschlichen Körpers beiträgt. Entfaltet es zusätzlich Heilwirkungen, sind diese hierzu in Relation zu setzen; je mehr der Ernährungszweck im Vordergrund steht, desto eher handelt es sich um ein Lebensmittel. Wird das Produkt als Heilmittel angepriesen bzw. ist es als solches allgemein bekannt, kann dies umgekehrt Anhaltspunkt dafür bilden, dass eher den pharmakologischen Wirkungen massgebliche Bedeutung zuzumessen ist. Treten sowohl Heilwirkungen als auch nachteilige Nebenwirkungen auf, ist die Freigabe des Stoffs als Lebensmittel gesundheitspolizeilich in Frage gestellt, hingegen die Zulassung als Heilmittel wegen der strikteren Kontrolle allenfalls solange noch möglich, als die erwünschte pharmakologische Wirkung dies rechtfertigt.“ Dieser Entscheid nimmt die Überlegungen des Gerichts m Grundsatzentscheid 127 II 91 ff. (Lovely) auf.

<sup>125</sup> BGE 127 II 91 ff. E. 4 b.

<sup>126</sup> Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b HMG; Art. 3 Abs. 2 LMG. Das LMG regelt Kollisionen mit der Heilmittelgesetzgebung ausdrücklich. Zum einen enthält es eine formale Abgrenzungsregel in Art. 2 Abs. 4 Bst. b LMG, die folgendermaßen lautet: "Das Gesetz gilt nicht: ... b. für Stoffe und Erzeugnisse, die von der Heilmittelgesetzgebung erfasst werden; vorbehalten bleiben die lebensmittelpolizeilichen Bestimmungen über die Verwendung von Tierarzneimitteln". Darüber hinaus gibt das Lebensmittelgesetz einen inhaltlichen Hinweis für die Abgrenzung: Gemäss Art. 3 Abs. 2 LMG gelten Erzeugnisse, die als Heilmittel angepriesen werden, nicht als Lebensmittel im Sinn des Gesetzes, diese Bestimmung wird in Art. 19 Abs. 1 LMV näher ausgeführt. Bemerkenswert ist, dass die Anpreisung genügen soll und nicht maßgeblich ist, ob ein Erzeugnis den rechtlichen Anforderungen an ein Heilmittel effektiv entspricht.

<sup>127</sup> BGE 127 II 91 ff. E. 4 b.

treidemehl hergestellte Produkte sind nicht als Mittel zur Krankheitsprävention bekannt. Werden sie nicht als Heilmittel resp. als Mittel zur Krankheitsprävention, sondern primär für Ernährungszwecke unter Hinweis auf begleitende, für die Gesundheitserhaltung nützliche Wirkungen angepriesen, würden sie an sich prima vista in den Geltungsbereich der Lebensmittelgesetzgebung fallen<sup>128</sup>. Doch wenn die Folsäurezusätze ein bestimmtes Mass übersteigen (täglich über 200 µg), führen sie bei vielen Personen auch bei normalem Konsum der betreffenden Lebensmittel zu einer so ungewöhnlich hohen Belastung mit Folsäure und setzen diese so hohen Risiken gravierender neurologischer Probleme (durch Maskierung von Vitamin-B<sub>12</sub>-Mängeln) sowie von Wechselwirkungen mit Zink, Interaktionen mit Medikamenten (Methotrexat, Phenytoin etc.) und Allergien aus<sup>129</sup>, dass von erheblichen Nebenwirkungen im Rechtssinn auszugehen ist. Für den Entscheid über die Unterstellung unter die Lebensmittel- oder die Heilmittelgesetzgebung ist daher das Mass der Folsäurezusätze ein zentrales Kriterium.

### **7.1.1.2 Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen sowie Konsumentenschutz als Zwecke der lebensmittelgesetzlichen Regelung**

Ähnlich wie die Aufgabenbestimmungen des Verfassungsrechts sind auch gesetzliche Bestimmungen auf bestimmte Zwecke bezogen. Anders als dort bestehen die Zwecke aber nicht unmittelbar im Schutz bestimmter öffentlicher Interessen, sondern in bestimmten Beiträgen zu staatlichen Aufgaben<sup>130</sup>. Neuere Gesetze enthalten oft ausdrückliche Zweckbestimmungen, die spezifischere Beiträge zu den entsprechenden staatlichen Aufgaben umschreiben. Wichtige Hinweise auf die Aufgaben, welche die Zwecke eines Gesetzes bilden, ergeben sich aus den Verfassungsbestimmungen, die im Ingress des Gesetzes aufgeführt sind. Nach herkömmlicher Auffassung hat der Ingress zwar nur deklaratorische Bedeutung, so dass sich die Zwecke eines Gesetzes auch auf verfassungsmässige Aufgaben beziehen können, die durch die im Ingress genannten Verfassungsbestimmungen nicht abgedeckt sind. Diese Auffassung setzt ein deskriptives Aufgabenverständnis voraus; der Ingress erscheint deshalb als normativ bedeutungslos, weil auch das Konzept der Verfassungsaufgaben normativ bedeutungslos ist. Das vorliegende Gutachten basiert dagegen auf einem normativen Aufgabenkonzept, das heisst verfassungsmässige Staatsaufgaben werden als normativ gehaltvolle und begründete verfassungsrechtliche Vorgaben für die staatliche Politik verstanden. Eine Konsequenz davon ist, dass auch der Ingress eines Gesetzes normative Bedeutung gewinnt, so dass die gesetzlichen Zwecke nur auf jene staatlichen Aufgaben Bezug nehmen dürfen, welche in den verfassungsrechtlichen Bestimmungen im Ingress eines Gesetzes begründet sind.

---

<sup>128</sup> Die Kombination von Getreidemehl und erhöhten Folsäurezusätzen ergibt nicht Produkte mit Functional food-Charakter. Die krankheitsverhütende Wirkung ist der Folsäure als solcher zuzuschreiben und wird auch dieser zugeschrieben; zudem hat die Kombination der Folsäure gerade mit Getreidemehl keine Bedeutung für die Wirksamkeit, sondern nur für die Erreichbarkeit der Zielgruppen. Das Getreidemehl und die daraus hergestellten Produkte bilden zwar ein mögliches Vehikel für die Zuführung von erhöhten Folsäuregaben; aber die Folsäure kann können ebensogut anderen Trägerprodukten zugesetzt oder in Form von Arzneimittelpreparaten abgegeben werden. Allenfalls untersteht die Folsäure als solche, die dem Getreidemehl zugesetzt werden soll, der Heilmittelgesetzgebung, so dass sie Heilmittelrecht zur Herstellung und Inverkehrbringung zugelassen sein muss; dies ist hier nicht zu prüfen.

<sup>129</sup> Siehe dazu Ziff. 2.1.

<sup>130</sup> In den gesetzlichen Zwecken widerspiegeln sich nur mittelbar auch spezifische öffentliche Interessen, nämlich die Interessen, die im Rahmen der jeweiligen verfassungsrechtlichen Aufgabe anerkannt sind.

Das eidgenössische Lebensmittelgesetz stützt sich auf Art.69<sup>bis</sup> aBV bzw. Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV, Art. 32<sup>ter</sup> aBV bzw. Art. 97 Abs. 1 BV sowie Art. 31<sup>bis</sup> aBV bzw. Art. 95 Abs. 1 BV. Art. 95 Abs. 1 BV enthält die Globalkompetenz zur Regelung der Ausübung von Erwerbstätigkeiten. In Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV ist die Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, in Art. 97 Abs. 1 BV der Konsumentenschutz als Aufgabe des Bundes verankert. Beiträge zu diesen Aufgaben bilden die zulässigen Zwecke des Gesetzes. Im Rahmen der ersten Aufgabe können öffentliche Interessen der Sicherheit, im Rahmen der zweiten Aufgabe vor allem solche des Geldes und der Waren zur Begründung dienen<sup>131</sup>.

Die geltenden Zwecke des Lebensmittelgesetzes sind in einem besonderen Zweckartikel ausdrücklich umschrieben:

#### Art. 1

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können;
- b. den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln sicherzustellen;
- c. die Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen zu schützen.

Gemäss Art.1 LMG ist das Gesetz (und das dieses konkretisierende Verordnungsrecht) auf Zwecke des *Gesundheitsschutzes* (Bst. a und b) und des *Täuschungsschutzes* (Bst. c) bezogen. Die ersteren beziehen sich auf Beiträge zur Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV), die letzteren auf Beiträge zum Konsumentenschutz (Art. 97 Abs. 1 BV); in beiderlei Hinsicht sind die Zwecke des LMG also verfassungskonform:

### **7.1.1.3 Umsetzung der gesetzlichen Zwecke allgemein**

Die Zwecke des LMG sind deshalb wichtig, weil sie Leitplanken für den Inhalt der gesetzlichen Regelung und des darauf gestützten Verordnungsrechts vorgeben. Kurz gefasst kann man sagen, dass die Lebensmittelgesetzgebung, in welcher die gesetzlichen Zwecke umgesetzt werden, inhaltlich *den Schutz vor unerwünschten Wirkungen und ungenügender Information gewährleisten* und sicherstellen soll, dass von Anbietern versprochene spezielle Wirkungen tatsächlich eintreten, aber ausser diesen Anliegen des polizeilichen Gesundheits- und des Täuschungsschutzes nicht zur Verfolgung von politischen Wirkungszielen dient, namentlich nicht zur Durchsetzung von Zielen der Krankheitsverhütung. Die geltende Lebensmittelgesetzgebung wird dieser Vorgabe bis auf die Ausnahme von Fluor- und Jodzusätzen im Speisesalz und im Trinkwasser, auf die weiter hinten kurz einzugehen sein wird<sup>132</sup>, gerecht, wie die folgende Übersicht zeigt:

- Die Lebensmittelgesetzgebung erfüllt den Zweck des *Gesundheitsschutzes* durch *Anforderungen an die Sicherheit von Lebensmitteln* und Gebrauchsgegenständen. Diese Anforderungen sollen namentlich gewährleisten, dass für jedermann zugängliche Lebensmittel keine Gefahren und Risi-

<sup>131</sup> Siehe dazu vorn Ziff. 6.1.2.1., 6.2.1.6.

<sup>132</sup> Siehe hinten Ziff. 7.1.1.5.

ken für die physische oder allenfalls auch die psychische oder geistige Integrität mit sich bringen. Art. 13 LMG enthält eine bemerkenswerte Differenzierung der Anforderungen an Nahrungsmittel und Genussmittel. Nahrungsmittel nämlich "dürfen bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit nicht gefährden" (Art. 13 Abs. 1 LMG). Genussmittel hingegen "dürfen bei ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden" (Art. 13 Abs. 2 LMG). Das Gesetz impliziert mit anderen Worten, dass Genussmittel die Gesundheit mittelbar und in erwarteter Weise gefährden können und dürfen.

Für das Getreidemehl und die daraus hergestellten Produkte gelten die strengeren Anforderungen an Nahrungsmittel; sie müssen also gesundheitlich unbedenklich sein. Folsäure fällt unter die „essentiellen oder physiologisch nützlichen Stoffe“, welche Lebensmitteln gemäss Nährwertverordnung zugesetzt werden dürfen (Art. 9 NwV). Obwohl die Nährwertverordnung mit Bezug darauf von „Zusätzen“ spricht, bilden diese Stoffe keine Zusatzstoffe im Sinn von Art. 4 Abs. 2 LMG bzw. der Zusatzstoffverordnung. Daher gelten die Grenz- und Toleranzwerte, welche Art. 10 Zusatzstoffverordnung für Zusatzstoffe vorsieht, für Folsäure und andere Vitamine nicht. Doch die Nährwertverordnung limitiert die Zusetzung von Vitaminen auf spezifische Weise; darauf ist weiter hinten einzugehen<sup>133</sup>.

Konkretisierungen der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften finden sich in der vom Bundesrat erlassenen eidgenössischen Lebensmittelverordnung (LMV)<sup>134</sup>. Generell dürfen Nahrungsmittel danach "Stoffe und Organismen nur in Mengen enthalten, welche die menschliche Gesundheit nicht gefährden können" (Art. 2 Abs. 1 LMV); überdies dürfen Lebensmittel – also neben Nahrungsmitteln auch Genussmittel – "nicht verdorben, verunreinigt oder sonst im Wert vermindert sein" (Art. 2 Abs. 2 LMV). Rohstoffe, Zwischenprodukte und Halbfabrikate, die zu Lebensmitteln verarbeitet werden, "müssen so beschaffen sein, dass sich daraus bei sachgemäßer Behandlung oder Verarbeitung einwandfreie Lebensmittel ergeben" (Art. 5 Abs. 2 LMV). Sowohl die aus Getreidemehl hergestellten Produkte als auch das Getreidemehl selbst werden damit erfasst.

Die LMV sieht eine weitere Konkretisierung dieser Anforderungen durch bis ins einzelne gehendes, spezielles Verordnungsrecht des Eidgenössischen Departements des Inneren (EDI) vor. Das EDI sucht dabei die Übereinstimmung mit den entsprechenden EU-Normen<sup>135</sup>. Dass die menschliche Gesundheit durch die zugesetzten Stoffe nicht gefährdet wird, ist regelmäßig durch toxikologische und metabolische Studien zu gewährleisten. Wenn die Ergebnisse der z.B. für Zusatzstoffe und Pestizide üblichen toxikologischen Prüfungen mit überhöhten Dosierungen bei physiologisch wirksamen Stoffen nicht schlüssig sind, fallen dafür allenfalls pluridisziplinäre, z.B. auch epidemiologische und biochemische Untersuchungen einschliessende Nachweisverfahren in Betracht.

Produkte aus Getreidemehl mit erhöhten Folsäurezusätzen fallen in der Regel unter eine der Sachbezeichnungen der LMV. Soweit dies der Fall ist, bedürfen sie für den Marktzugang nicht einmal einer behördlichen Einzelbewilligung. Die *Bewilligungsfreiheit* gilt auch, wenn gemäß Art. 6 LMV zur Erhaltung oder zur Verbesserung des Nährwertes essentielle oder ernährungsphysiologisch nützliche Stoffe

---

<sup>133</sup> Siehe hinten Ziff. 7.1.1.4.

<sup>134</sup> LMV, SR 817.02.

<sup>135</sup> In Art. 38 LMG erteilt der Gesetzgeber den Vollzugsbehörden ausdrücklich einen entsprechenden Auftrag: "1. Der Bundesrat berücksichtigt beim Erlass seiner Bestimmungen internationale Empfehlungen und Außenhandelsbeziehungen. 2. Er kann im Rahmen dieses Gesetzes Normen über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände für anwendbar erklären, die von internationalen Organisationen empfohlen werden, sowie ausländische Prüfstellen und Zeugnisse anerkennen. 3. Er kann im Rahmen der Befugnisse, die ihm dieses Gesetz erteilt, völkerrechtliche Verträge abschließen. 4. Die Bundesstellen arbeiten mit nationalen und internationalen Fachstellen und Institutionen zusammen".

fe wie eben Vitamine zugesetzt werden. Ebenso kommt die Bewilligungsfreiheit für nicht neuartige Lebensmittel zur Anwendung, wenn die Produkte, in welchen Getreidemehl mit erhöhten Folsäurezusätzen verarbeitet wird, so genannte Speziallebensmittel bilden; vorausgesetzt ist, dass sie unter eine der Sachbezeichnungen der LMV subsumiert werden können. Als Speziallebensmittel gelten "Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind und aufgrund ihrer Zusammensetzung oder des besonderen Verfahrens ihrer Herstellung a. den besonderen Ernährungsbedürfnissen von Menschen entsprechen, welche aus gesundheitlichen Gründen eine andersartige Kost benötigen; oder b. dazu beitragen, bestimmte ernährungsphysiologische Wirkungen zu erzielen" (Art. 165 LMV)<sup>136</sup>. In allen diesen Fällen genügt es, wenn die Produkte alle allgemein gültigen Sicherheitsanforderungen an Lebensmittel erfüllen.

Eine Einzelbewilligungspflicht analog zu derjenigen für Heilmittel ist nur für Lebensmittel, für welche die LMV keine Sachbezeichnung vorsieht, vorgesehen (Art. 3 Abs. 2ff. LMV); dies gilt auch für in der LMV nicht umschriebene Speziallebensmittel (Art. 3 Abs. 3 LMV). Solche Lebensmittel gelten als neuartig. Die Bewilligung ist zu befristen und läuft ab, wenn die Frist abgelaufen ist oder das Lebensmittel in der Verordnung unter einer Sachbezeichnung umschrieben wird. Die frühere generelle Einzelbewilligungspflicht für (neuartige und nicht neuartige) Ergänzungsnahrungen wurde aufgehoben. Als „Nahrungsmittel für Personen mit erhöhtem Energie- oder Nährstoffbedarf (Ergänzungsnahrung)“ gilt ein Lebensmittel, „wenn es deren besonderen Ernährungsbedürfnissen gerecht wird und den ernährungsphysiologischen Mehrbedarf deckt.“ (Art. 184 Abs. 1 LMV). Ebenfalls aufgehoben wurde die frühere Bewilligungspflicht für Lebensmittel für Säuglinge und Kleinkinder; sowohl die Säuglingsanfangsnahrung (das heisst „Lebensmittel, die für die besondere Ernährung von gesunden Säuglingen (Kinder unter 12 Monaten) während der ersten vier bis sechs Lebensmonate bestimmt sind und für sich allein den Ernährungsbedürfnissen dieser Personengruppe genügen“: Art. 182 Abs. 1 LMV), als auch die Folgenahrung („Lebensmittel, die für die besondere Ernährung von gesunden Säuglingen über vier Monate bestimmt sind und den grössten flüssigen Anteil einer nach und nach abwechslungsreichen Kost dieser Personengruppe darstellt“: Art. 182 Abs. 2 LMV) sind bewilligungsfrei<sup>137</sup>.

Die Bewilligung ist gemäss Art. 168 LMV an besonders strenge Voraussetzungen geknüpft, die denjenigen für die Bewilligung von Heilmitteln ähnlich sind. Nur in diesen Ausnahmefällen haben die zuständigen Behörden die Möglichkeit zu prüfen, ob die Verwendung von Getreidemehl mit erhöhten Folsäurezusätzen konkret mehr Chancen für die Krankheitsverhütung als Risiken für Erkrankungen mit sich bringt.

- Zum Zweck des *Täuschungsschutzes* statuiert das LMG allgemeine *Anforderungen an die Kennzeichnung und die Anpreisung* sowie besondere Kennzeichnungspflichten:

---

<sup>136</sup> Die Lebensmittelverordnung zählt die zulässigen Speziallebensmittel konkret auf. Genannt werden derzeit mehrheitlich Lebensmittel, die bestimmte Stoffe - Lactose, Natrium, Eiweiß, Gluten, Energie, Kohlenhydrate oder Zucker – nicht oder in vermindertem Maß enthalten; aber andere Speziallebensmittel sind gegenteilig mit solchen Elementen – z. B. Eiweiß, Nahrungsfasern – angereichert oder für besondere Zwecke – Gewichtskontrolle, Säuglings- und Kleinkinderernährung, Ergänzungsnahrung – bestimmt (Art. 165 Abs. 2 LMV).

<sup>137</sup> Für Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung gemäss Art. 182 LMV wurden in den Anhängen 2 und 4 zur LMV mit der entsprechenden EU-Richtlinie übereinstimmende Anforderungen aufgenommen, für Getreidebeikost und andere Beikost für Säuglinge und Kleinkinder gemäss Art. 183 LMV in den Anhängen 9 und 10 die Anforderungen der EU-Richtlinie 96/5/EG über Getreidebeikost und andere Beikost für Säuglinge und Kleinkinder.

## Art. 18

<sup>1</sup>Die angepriesene Beschaffenheit sowie alle andern Angaben über das Lebensmittel müssen den Tatsachen entsprechen.

<sup>2</sup>Anpreisung, Aufmachung und Verpackung der Lebensmittel dürfen den Konsumenten nicht täuschen.

<sup>3</sup>Täuschend sind namentlich Angaben und Aufmachungen, die geeignet sind, beim Konsumenten falsche Vorstellungen über Herstellung, Zusammensetzung, Beschaffenheit, Produktionsart, Haltbarkeit, Herkunft, besondere Wirkungen und Wert des Lebensmittels zu wecken.

## Art. 21 Besondere Kennzeichnung

<sup>1</sup>Der Bundesrat bestimmt, ob dem Konsumenten weitere Angaben, namentlich ... besondere Wirkungen, Warnaufschriften sowie Nährwert zu machen sind. ...

<sup>3</sup>Der Bundesrat regelt die Kennzeichnung von Lebensmitteln, denen Stoffe zugesetzt worden sind, die als lebensnotwendig oder physiologisch nützlich erachtet werden (Vitamine, Spuren- und Mengenelemente). ...

Das Verbot von täuschenden Angaben und Aufmachungen wird in Art. 19 Abs. 1 LMV näher ausgeführt:

## Art. 19 Abs. 1 Bst. a-d LMV:

Für Lebensmittel verwendete Bezeichnungen, Angaben, Abbildungen, Packungen und Packungsaufschriften sowie Arten der Aufmachung müssen den Tatsachen entsprechen und dürfen nicht zur Täuschung über Natur, Herkunft, Herstellung, Zusammensetzung, Produktionsart, Inhalt, Haltbarkeit usw. der betreffenden Lebensmittel Anlass geben. Insbesondere sind verboten:

- a. Angaben über Wirkungen oder Eigenschaften eines Lebensmittels, die dieses nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft gar nicht besitzt oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind;
- b. Angaben, mit denen zu verstehen gegeben wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Eigenschaften besitzen;
- c. Hinweise irgendwelcher Art, die einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit oder als Schlankheitsmittel zuschreiben oder den Eindruck entstehen lassen, dass solche Eigenschaften vorhanden sind; ...
- d. Aufmachungen irgendwelcher Art, die einem Lebensmittel den Anschein eines Heilmittels geben; ....<sup>138</sup>

Für den Gesetzgeber steht der Schutz der KonsumentInnen vor Übervorteilung im Zentrum (Art. 97 BV: Konsumentenschutz). Gleichzeitig trägt der Täuschungsschutz dazu bei, den Preiswettbewerb im Lebensmittelmarkt zu ermöglichen und zu schützen<sup>139</sup>, erfüllt also auch eine ordnungspolitische Funk-

<sup>138</sup> Da in Abs. 1 Packungen gesondert neben den anderen Elementen erwähnt sind, ist offensichtlich, dass sich diese Einschränkungen der Kennzeichnung und Anpreisung nicht nur auf Packungen beziehen, sondern auch auf Bezeichnungen, Angaben und Abbildungen in Prospekten, Inseraten und Product placement in Printmedien, TV, Radio, Internet, Film, Kongressinformationen usw.

<sup>139</sup> Siehe Botschaft LMG, 913, 917. Siehe zu den verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten der Zwecke des Gesundheits- und des Täuschungsschutzes Kapitel 7.2.3. Wahre Information über Waren ist zunächst *Voraussetzung für einen funktionierenden (Preis-) Wettbewerb*; die Marktwirtschaftsordnung erfordert staatlichen Täuschungsschutz mit anderen Worten, weil sie *wettbewerbsgelenkt* sein soll. Überdies ist wahre Information bzw. Täuschungsschutz *Voraussetzung für die Legitimität der wettbewerbsgelenkten Marktwirtschaftsord-*

tion. Im Licht des geltenden Verfassungsrechts sind beide Funktionen des Täuschungsschutzes begründet.

#### **7.1.1.4 Keine Grundlage für „obligate“ Vitaminzusätze in Lebensmitteln**

Die vorstehende Darstellung zeigt, dass die Lebensmittelgesetzgebung inhaltlich allgemein effektiv auf die Zwecke des Gesundheits- und des Täuschungsschutzes resp. der Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen des Konsumentenschutzes zugeschnitten ist.

Gleiches gilt speziell auch mit Bezug auf Vitaminzusätze, zu welchen Folsäurezusätze ja zählen<sup>140</sup>, in Lebensmitteln. In der bundesrätlichen Lebensmittelverordnung (LMV)<sup>141</sup> ist namentlich der Zusatz von essentiellen oder physiologisch nützlichen Stoffen in Lebensmitteln geregelt, zu welchen unter anderem Vitamine zählen (Art. 6 LMV)<sup>142</sup>. Diese Vorschriften regeln auch den Zusatz von Vitaminen in Lebensmitteln, sind mithin auf Folsäurezusätze im Getreidemehl anwendbar. Für die Zusätze sind besonders Art. 6 und Art. 36 LMV relevant:

##### Art. 6 Zusatz von essentiellen oder physiologisch nützlichen Stoffen zu Lebensmitteln

Zur Erhaltung oder Verbesserung des Nährwertes sowie aus Gründen der Volksgesundheit dürfen Lebensmitteln essentielle oder physiologisch nützliche Stoffe wie Vitamine und Mineralstoffe zugesetzt werden. Das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) regelt in einer Verordnung (Anhang 1):

- a. die Deklaration;
- b. die zulässigen Höchstmengen;
- c. die zulässigen Anpreisungen.

##### Art. 36

<sup>1</sup>Als Nährwertkennzeichnung gelten die auf der Packung oder der Etikette eines Lebensmittels aufgeführten und wo möglich in einer Tabelle zusammengefassten Angaben über seinen Energiewert und seinen Gehalt an Nährstoffen. ...

<sup>3</sup>Das EDI regelt in einer Verordnung (Anhang 1) die zulässigen Angaben.

Wie durch die in Art. 6 sowie Art. 36 Abs. 3 LMV enthaltenen Delegationsbestimmungen vorgesehen, wurde am 26.06.1995 durch das EDI die Nährwertverordnung (NwV)<sup>143</sup> erlassen. Die Bestimmungen der Verordnung gelten insbesondere für die Angabe von Energiewert und Nährstoffgehalten eines Lebensmittels im Rahmen der Nährwertkennzeichnung gemäss Art. 36 Abs. 1 LMV sowie für die Anreicherung von Lebensmitteln mit essentiellen oder physiologisch nützlichen Stoffen wie Vitaminen

---

*nung*; denn Täuschungsschutz bedeutet auch Schutz vor Übervorteilung und Ausbeutung und ist unerlässlich, weil die Marktwirtschaft *sozialverpflichtet* sein soll (Konsumentenschutz).

<sup>140</sup> Folsäure ist im Anhang 3<sup>1</sup> zur LMV unter den B-Vitaminen aufgeführt.

<sup>141</sup> LMV, SR 817.02.

<sup>142</sup> Andere Regelungsaufträge kommen hinzu, so für die Beurteilung und Höchstkonzentrationen von Fremdstoffen (Art. 9 Abs. 2 LMV) und die hygienischen und mikrobiologischen Anforderungen an Lebensmittel, Höchstwerte für Mikroorganismen bei Lebensmitteln und die Nachweisverfahren zur Bestimmung dieser Werte (Art. 10 Abs. 2 LMV).

<sup>143</sup> NwV, SR 817.021.55.

oder Mineralstoffen<sup>144</sup>. Vorliegend sind insbesondere folgende Bestimmungen der NwV von Bedeutung:

#### Art. 2 Definitionen

Im Sinne dieser Verordnung sind:

...

a. Nährstoffe:

- ...

- Vitamine, Mineralstoffe und andere essentielle oder physiologisch nützliche Stoffe; ...

#### Art. 5 Nährwertkennzeichnung bei Vitaminen und Mineralstoffen

<sup>1</sup>Im Rahmen der Nährwertkennzeichnung darf auf einen Gehalt an Vitaminen oder Mineralstoffen hingewiesen werden, wenn ein Lebensmittel signifikante Mengen davon enthält. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn in einem Lebensmittel 15 Prozent der Tagesdosis vorhanden sind in:

a. 100 g oder 100 ml; oder

b. einer Packung, sofern sie nur eine einzige Portion enthält.

...

#### Art. 6 Sonderbestimmungen

<sup>1</sup>Wird in Werbedarstellungen, in der Aufmachung oder in der Etikettierung eines Lebensmittels dessen besonderer Gehalt an Zucker, gesättigten Fettsäuren, Nahrungsfasern oder Natrium hervorgehoben, sind in der Nährwertkennzeichnung die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b genannten Angaben aufzuführen.

<sup>2</sup>Bezieht sich die werbemässige Hervorhebung auf Vitamine, Mineralstoffe oder Stoffe, die einer der in Artikel 3 Absatz 2 genannten Nährstoffgruppen angehören oder deren Bestandteil bilden, so muss deren Gehalt in der Nährwertkennzeichnung aufgeführt werden.

...

#### Art. 8 Masseinheiten, Mengenangaben

...

<sup>2</sup>Der Energiewert und der Gehalt an Nährstoffen oder Nährstoffbestandteilen ist je 100 g oder 100 ml anzugeben. Zusätzlich kann diese Angabe je Portion erfolgen, wenn sie mengenmässig auf der Etikette festgelegt ist oder wenn die Anzahl der in der Packung enthaltenen Portionen angegeben ist.

<sup>3</sup>Bei der Deklaration des Vitamin- oder Minderstoffgehalts sind die in Anhang 1 genannten Bezeichnungen zu verwenden. Zudem ist bildlich oder in Zahlen der prozentuale Anteil an der empfohlenen Tagesdosis anzugeben. ...

#### Art. 9 Erhaltung oder Verbesserung des Nährwertes

<sup>1</sup>Zur Erhaltung oder Verbesserung des Nährwertes oder aus Gründen der Volksgesundheit dürfen Lebensmitteln die in Anhang 1 aufgeführten Vitamine und Mineralstoffe zugesetzt werden. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen der Lebensmittelverordnung zu den einzelnen Lebensmitteln.<sup>2</sup>

---

<sup>144</sup> vgl. Art. 1 Abs. 1 NwV.

<sup>2</sup>Der Zusatz der Stoffe nach Absatz 1 muss so bemessen sein, dass die empfohlene Tagesdosis nach Anhang 1 mit der Tagesration nach Anhang 2 nicht überschritten wird.<sup>3</sup> Vorbehalten bleiben die Absätze 3 und 4.

<sup>3</sup>Damit Verluste an Vitaminen während der Lagerung ausgeglichen werden können, darf der Anfangsgehalt für jedes Vitamin in der Tagesration höchstens das Dreifache der empfohlenen Tagesdosis betragen. Bei Vitamin A ist nur eine Überdosierung bis zu 100 Prozent, bei Vitamin D bis zu 50 Prozent gestattet.

<sup>4</sup>Bei Speziallebensmitteln nach den Artikeln 184 und 184b LMV darf die empfohlene Tagesdosis an Vitaminen um das Dreifache überschritten werden. Bezüglich des Zusatzes der Vitamine A und D gilt Absatz 3.

... .

Dies ergibt folgendes: Vitamine sind Nährstoffe im Sinn der NwV (Art. 2 Bst. a). In der Nährwertkennzeichnung „darf“ darauf hingewiesen werden, wenn in einem Lebensmittel 15 Prozent einer Tagesdosis vorhanden sind (Art. 5 Abs. 1). Wird der Gehalt an Vitaminen jedoch werbemässig hervorgehoben, so „muss“ er in der Nährwertkennzeichnung aufgeführt werden (Art. 6 Abs. 2). Es ist genau vorgeschrieben, in welchen Masseinheiten und Mengenangaben der Vitamingehalt anzugeben ist (Art. 8 Abs. 2 und 3). Und schliesslich wiederholt die NwV die schon in der LMV aufgeführten Zwecke, für welche Vitamine zugesetzt werden dürfen, nämlich zur Erhaltung oder Verbesserung des Nährwertes oder aus Gründen der Volksgesundheit (Art. 9 Abs. 1): Aber sie fügt Einschränkungen bei;. So darf die Tagesration nicht dazu führen, dass die empfohlene Tagesdosis überschritten wird (Art. 9 Abs. 2), der Anfangsgehalt der Vitamine A und D ist in Normallebensmitteln limitiert (Art. 9 Absd. 3), und in Speziallebensmitteln nach den Artikeln 184 und 184b LMV darf die empfohlene Tagesdosis für Vitamin A um 100 %, für Vitamin D um 50% und für sonstige Vitamine maximal um das Dreifache überschritten werden.

Offensichtlich sind solche Zusätze begründungsbedürftig. Indem Art 6 und 36 LMV und die NwV Gründe der Nährwerterhaltung und -verbesserung sowie der Volksgesundheit für Lebensmittelzusätze ausdrücklich zulassen, anerkennen sie diese Gründe grundsätzlich als legitim. Aber weil das LMG (via die Aufgaben, die seinen Zweck bilden) an öffentlichen Interessen der Sicherheit und des Geldes, nicht an Interessen der Gesundheit orientiert ist, darf das darauf gestützte Verordnungsrecht gesundheitsbezogene Lebensmittelzusätze nur so weit zulassen, als daraus keine Gesundheitsgefährdungen oder Täuschungen von Konsumenten resultieren können<sup>145</sup>.

Das geltende Lebensmittelverordnungsrecht *erlaubt* also, *dass auf dem Markt unter bestimmten Bedingungen Lebensmittel mit Folsäurezusätzen angeboten werden dürfen*. Es überlässt der Entscheidungsverantwortung der Konsumenten, ob sie Produkte mit oder ohne solche Zusätze verwenden wollen. Zu den Bedingungen gehören nicht nur die besonderen Gründe und Höchstmengen für Zusätze, sondern gemäss Art. 3 ff. NwV bestimmte Inhalte in der Kennzeichnung und bestimmte Formen für die Anpreisung.

In den Vorschriften über die Anpreisungen wirkt sich die Abgrenzung zwischen den Geltungsbereichen des Lebensmittel- und des Heilmittelgesetzes aus, die in den beiden Erlassen,

---

<sup>145</sup> Wäre das LMG an Gesundheitsinteressen orientiert, hätten Nährwertverbesserungen und andere gesundheitserhaltende oder –förderliche Massnahmen sowie Massnahmen zur Krankheitsverhütung durch Lebensmittelzusätze grösseres Gewicht. Dann müsste die Lebensmittelgesetzgebung solche Zusätze auch erlauben oder erfordern, wenn sie zu erheblichen gesundheitlichen Nebenwirkungen führen oder mit Täuschungen der Konsumenten verbunden sein könnten. Denn bezogen auf Gesundheitsinteressen sind andere Gewichtungen der Güter des geltenden Verfassungsrechts massgebend als bezogen auf Sicherheits- oder Geldinteressen.

also auf Gesetzesstufe, ausdrücklich gereget ist. Anpreisungen sind im Rahmen der Lebensmittelgesetzgebung (auch) für die Zusätze zulässig, sofern sie zur Ernährungsfunktion hinzutretende Funktionen für die Gesundheitserhaltung oder –förderung propagieren. Ob die Zusätze *unspezifisch* als gut für die Gesundheit oder die physische und psychische Funktionstüchtigkeit oder als gut für *spezifische* Gesundheitsanliegen oder spezifische physische und psychische Funktionserfordernisse angepriesen werden, ist unerheblich. Dies gilt jedoch nicht, wenn die besagten Gesundheitsanliegen oder Funktionserfordernisse im Alltagsverständnis mit einer bestimmten Krankheit korrespondieren. Denn wenn Zusätze implizit oder explizit für Zwecke der Krankheitsverhütung anstatt der Gesundheitserhaltung oder –förderung angepriesen werden, fallen sie in den Geltungsbereich der Heilmittelgesetzes; die Zulassung, Kennzeichnung und Anpreisung solcher Zusätze richtet sich dann nach den Regeln der Heilmittelgesetzgebung. Ebenfalls der Heilmittelgesetzgebung unterstehen, wie weiter vorn ausgeführt, Produkte mit Folsäurezusätzen, die zu einem Konsum von über 200 µg Folsäure täglich führen (ausser es sind Nahrungsergänzungen oder Ergänzungsnahrungen, Art. 9 abs. 4 NwV)<sup>146</sup>.

Das geltende Lebensmittelverordnungsrecht erlaubt zwar Vitaminzusätze, aber in aller Regel *verlangt* es Vitaminzusätze *nicht, noch ermächtigt es die zuständigen Behörden, solche Zusätze zu verlangen*. Es bietet weder eine Grundlage für eine gezielte staatliche Unterstützung von Vitaminzusätzen aus Gründen der Ernährungsoptimierung oder der Volksgesundheit noch für verpflichtende staatliche Massnahmen zur Ernährungsverbesserung, Gesundheitserhaltung und –förderung oder Krankheitsverhütung. Als einzige Ausnahme erlaubt das geltende LMG prima facie, gestützt auf Art. 13<sup>147</sup> in Verbindung mit Art. 1 (Zweck)<sup>148</sup> die Kompensation von natürlicherweise in Lebensmitteln enthaltene, aber als Folge der Verarbeitung oder Lagerung verlorene Gehalte an Folsäure vorzuschreiben. Eine derartige Verpflichtung der Anbieter ist auf der Grundlage des geltenden Gesetzes freilich an die Bedingung geknüpft, dass die Folsäureverluste erwiesenermassen zu einer gesundheitlichen Gefährdung führen. Falls eine vertiefte Überprüfung doch ergeben sollte, dass eine ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage nötig wäre, könnte diese durch Einfügung einer spezifischen Vorschrift in das LMG im Rahmen einer marginalen Gesetzesrevision oder allenfalls durch einen spezifischen, dem Referendum unterstellten Bundesbeschluss geschaffen werden. Jedenfalls böte Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage für alle drei Optionen<sup>149</sup>.

Man mag der Auffassung sein, dass der Bund angesichts der industriellen Lebensmittelproduktion und –verteilung und des sich zunehmend den industriellen Verhältnissen anpassenden individuellen Ernährungsverhaltens für eine gesundheitsförderliche Ernährung und für die Verhütung von ernährungsbedingten oder durch Ernährung vermeidbaren Krankheiten übernehmen sollte. Doch eine solche

---

<sup>146</sup> Siehe 7.1.1.1.

<sup>147</sup> Siehe LMG Art 13 (Nahrungs- und Genussmittel): „<sup>1</sup> Nahrungsmittel dürfen bei ihrem üblichen Gebrauch die Gesundheit nicht gefährden. <sup>2</sup> Genussmittel dürfen bei ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden. <sup>3</sup> Besonders beliebte und nur in kleinen Mengen genossene Nahrungsmittel können vom Bundesrat ausnahmsweise den Vorschriften über die Genussmittel nach Absatz 2 unterstellt werden.“ Siehe auch LMG Art. 4 (Inhaltsstoffe, Zusatzstoffe, Fremdstoffe) Abs. 1: „Inhaltsstoffe sind Stoffe, die in einem bestimmten Lebensmittel natürlicherweise vorkommen.“ Siehe ferner LMV Art. 2 (Allgemeine Anforderungen) Abs. 2: „Lebensmittel dürfen nicht verdorben, verunreinigt oder sonst im Wert vermindert sein.“

<sup>148</sup> LMG Art. 1 Zweck: „Dieses Gesetz bezweckt: a. die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können; b. den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln sicherzustellen; c. die Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen zu schützen.“

<sup>149</sup> Zliff. 6.1.1.4.

Verantwortung hat im geltenden Recht keinen Platz. Darauf bezogene Forderungen sind rechtspolitischer Art und dürfen nicht auf dem Weg der Gesetzesauslegung in das geltende Recht hineingedeutet werden.

### **7.1.1.5 Die Regelung von Fluorid-, Jodid- und Jodat-Zusätzen im Speisesalz und im Trinkwasser zum Vergleich**

Es ist bemerkenswert, dass die gesetzlichen Regeln über den Gesundheitsschutz ausnahmslos gelten, besonders also auch mit Bezug auf *Fluoride, Jodide und Jodate*, die gemäss Art. 10 NwV dem Speisesalz und dem Trinkwasser zugesetzt werden dürfen:

Art. 10 Zusätze zu Speisesalz und Trinkwasser

<sup>1</sup>Dem Speisesalz dürfen Fluoride Jodide oder Jodate und dem Trinkwasser Fluoride zugesetzt werden, soweit dies aus Gründen der Volksgesundheit angezeigt ist.

<sup>2</sup>Speisesalz nach Absatz 1 muss pro kg 20 – 30 mg Jodid oder Jodat, berechnet als Jod, oder 250 mg Fluorid, berechnet als Fluor, enthalten. Trinkwasser nach Absatz 1 darf pro l höchstens 1 mg Fluorid, berechnet als Fluor, enthalten.

...

Werden Fluoride, Jodide oder Jodate zugesetzt, müssen diese gemäss Art. 11 NwV in der Warendecklaration aufgeführt sein. Zudem müssen sie in diesem Fall gemäss Art. 10 Abs. 2 NwV in einer ganz bestimmten Menge zugesetzt werden, wobei für Zusätze im Speisesalz Masse definiert sind, die zugleich Mindest- und Höchstmengen darstellen (20-30mg Jodid oder Jodat resp. 250 mg Fluorid, berechnet als Fluor, pro kg Salz), während für Trinkwasser nur die Höchstmenge festgelegt ist (1 mg Fluorid, berechnet als Fluor, pro Liter).

Die Regelung in Art. 10 Abs. 2 NwV dürfte nicht etwa als Grundlage für "obligate" Fluor- und Jod-Zusätze verstanden werden; das Ordnungsrecht muss gesetzes- und verfassungskonform ausgelegt werden, und weder das LMG noch die verfassungsmässigen Aufgaben, auf welche sich die LMG und die NwV stützen, würden "obligate" Zusätze erlauben. Die Regelung in Art. 10 Abs. 2 NwV ist als spezielle Konkretisierung der allgemeineren Regeln für Lebensmittelzusätze aus Gründen der Volksgesundheit zu lesen. Sollte auf dem Markt nicht zu ähnlichen Bedingungen fluor- und jodfreies Salz in hinreichender Menge angeboten werden, müsste man sich sogar fragen, ob der Bund de lege ferende verpflichtet werden müsste, für entsprechende Angebote sorgen; denn andernfalls würde sich faktisch eine Zwangsmedikation der Bevölkerung, allerdings verantwortet durch private Lebensmittelanbieter, ergeben. Die Frage liegt jedoch ausserhalb des Rahmen des vorliegenden Gutachtens.

Im übrigen dürften diese Bestimmungen auch nicht als Grundlage für die Zusetzung von Fluor in der öffentlichen Trinkwasserversorgung verstanden werden. Wenn in der NwV von Trinkwasser die Rede ist, so handelt es sich um Wasser, das im Handel, in der Regel in Flaschen abgefüllt, vertrieben wird. Den Konsumenten ist dort freigestellt, ob sie Wasser mit oder ohne Fluorzusätze kaufen wollen. Bei Zusätzen in der öffentlichen Trinkwasserversorgung dagegen ergibt sich faktisch eine Zwangsmedikation, wie das Bundesgericht zu recht festgestellt hat, weil für viele Menschen in der Realität die Alternative der Versorgung mit fluorfreiem Wasser in Flaschen zu aufwendig und zu

kostspielig wäre<sup>150</sup>. Fluorzusätze in der öffentlichen Trinkwasserversorgung bedürfen daher einer besonderen gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht.

Im Licht der neueren bundesgerichtlichen Praxis rechtlich kaum haltbar sind die Bestimmungen in Art. 10 Abs. 3 NwV über die Anpreisung von Speisesalz und Trinkwasser:

Art. 10 Zusätze zu Speisesalz und Trinkwasser

...

<sup>3</sup>Bei Speisesalz sind folgende Anpreisungen zulässig:

- a. „Genügende Jodversorgung verhindert Kropfbildung“ bei jodiertem Speisesalz;
- b. „Fluorid wirkt der Zahnkaries entgegen“ bei fluoridiertem Speisesalz.

Wenn Produkte für die Verhütung von Krankheiten angepriesen werden, fallen sie gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift in den Geltungsbereich der Heilmittelgesetzgebung, nicht der Lebensmittelgesetzgebung. Daher müsste in der Heilmittelgesetzgebung geregelt werden, welche krankheitsbezogenen Claims für Folsäurezusätze zulässig sind und welche nicht. Vorordnungsrecht eines Departements – hier eben die NwV des EDI – darf gemäss der Stufenordnung des Rechts klarem Gesetzesrecht nicht widersprechen, noch vermag es dieses zu ändern.

### **7.1.2 Schaffung einer Grundlage in der Lebensmittelgesetzgebung de lege ferenda?**

De lege lata ergibt sich aus der Lebensmittelgesetzgebung keine Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze. Es fragt sich deshalb, ob eine solche durch Änderungen des Verordnungs- oder des Gesetzesrechts innert nützlicher Frist geschaffen werden könnte.

#### **7.1.2.1 Unvereinbarkeit einer Anpassung der LMV oder der NwV mit dem geltenden LMG**

Die einfachste Möglichkeit, nämlich eine Anpassung der Nährwert- oder der Lebensmittelverordnung oder allenfalls die Schaffung einer neuen, speziellen Verordnung über Zusätze in Lebensmitteln für Zwecke der Gesundheitserhaltung oder Krankheitsverhütung, scheitert daran, dass solche Zwecke mit dem geltenden Lebensmittelgesetz unvereinbar sind:

An sich wäre der einfachste Weg, in der NwV des EDI oder in der LMV des Bundesrates eine ausdrückliche, spezifische Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze im Getreidemehl zu schaffen. Dies wäre ein Novum. Zwar enthält die NwV eine ausdrückliche, ebenso spezifische Grundlage für Fluorzusätze im Kochsalz und im Trinkwasser sowie für Jodzusätze im Kochsalz, doch zielt diese nicht darauf ab, Anbieter zur Zusetzung von Fluor oder Jod zu veranlassen, sondern gibt ihnen nur die Erlaubnis für solche Zusätze. Der Entscheid darüber, ob sie Fluor oder Jod zusetzen wollen oder nicht, bleibt den Anbietern überlassen, der Entscheid darüber, ob sie Salz oder Wasser mit oder ohne solche Zusätze konsumieren wollen, den Abnehmern.

---

<sup>150</sup> Das Bundesgericht spricht ausdrücklich von einer „Zwangsmassnahme“. Siehe BGE vom 29.6.1990, in ZBI 1/1991, 25ff., 29 (Trinkwasserfluoridierung); siehe auch daselbst S. 27.

Die Einfügung einer solchen Bestimmung, aber auch die Schaffung einer neuen speziellen Verordnung für „obligate“ Folsäurezusätze, hätten jedoch im geltenden LMG keine Grundlage. Das geltende Lebensmittelgesetz sieht keine staatlichen Massnahmen zur Gesundheitserhaltung oder Krankheitsverhütung *mittels* Lebensmittel oder Zusätze in Lebensmitteln vor. Manche seiner Vorschriften erfüllen Funktionen für die Krankheitsverhütung insofern, als sie dazu beitragen, *lebensmittelbedingte* Krankheiten zu verhüten. Darüber hinaus lässt das geltende Lebensmittelgesetz keine Massnahmen zur Krankheitsverhütung zu, sondern nur solche zum Schutz der Gesundheit vor anderen Schädigungen durch Lebensmittel, also Unfällen und anderen Verletzungen ohne Krankheitscharakter, sowie vor Gesundheitsrisiken. Verordnungsvorschriften über „obligate“ Folsäurezusätze gingen daher über das LMG hinaus und liessen sich nicht darauf abstützen.

### **7.1.2.2 Unvereinbarkeit einer Teilrevision des LMG mit den geltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen des Gesetzes**

Als Alternative könnte man an eine Teilrevision des Lebensmittelgesetzes denken, durch welche eine Ermächtigung der zuständigen staatlichen Behörden zur Anordnung von „obligaten“ Folsäurezusätzen oder, allgemeiner, von Zusatzstoffen in Lebensmitteln zur Krankheitsverhütung und / oder zur Gesundheitserhaltung und –förderung in das Gesetz eingefügt würde. Gestützt auf eine solche neue Grundlage könnten dann „obligate“ Folsäurezusätze auf Verordnungsstufe vorgesehen und im einzelnen geregelt werden. Doch auch diese Möglichkeit scheidet aus:

Ein Haupthindernis dafür ist die bestehende verfassungsrechtliche Abstützung des LMG, welche die Zwecke und indirekt die ganze Konzeption des Gesetzes bestimmt. Wie dargelegt zeigen die Verfassungsbestimmungen, auf die sich das LMG gemäss Ingress stützt, und die Zweckbestimmung in Art. 1 LMG, dass das geltende Gesetz zwei staatliche Aufgaben aufnimmt, nämlich den Konsumentenschutz (Art. 97 Abs. 1 BV; Täuschungsschutz) und die Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV; Gesundheitsschutz). Letztere schliesst zwar gewisse Funktionen für die Krankheitsverhütung als Nebenwirkung ein, doch beschränken sich diese Funktionen auf die Prävention von lebensmittelbedingten Krankheiten<sup>151</sup>. Die Prävention von Krankheiten durch Folsäurezusätze in Lebensmitteln fällt nicht darunter, weil die entsprechenden Krankheiten nicht durch Lebensmittel oder den Umgang mit diesen bedingt sind, sondern Lebensmittel nur als Vehikel für die präventiv wirkende Medikation dienen. Würde man besondere Vorschriften in das LMG einfügen, um die Prävention von Krankheiten durch „obligate“ Folsäurezusätze zu ermöglichen, würde man eine neue, zusätzliche Aufgabe – die Krankheitsverhütung – in das Gesetz einfügen und damit nicht nur die Zweckbindung und die Systematik des Gesetzes durchbrechen, sondern auch die Verfassungsgrundlage verlassen, auf die das Gesetz heute gestützt ist.

Es wäre daher mit den geltenden verfassungsrechtlichen Grundlage, auf die das LMG gestützt ist, unvereinbar, im Rahmen einer Teilrevision eine Bestimmung über „obligate“ Zusätze zu Lebensmitteln zur Krankheitsverhütung oder Gesundheitserhaltung und –förderung einzufügen. Wenn schon, müsste auch die verfassungsrechtliche Abstützung erweitert und die Konzeption des Gesetzes auf Aufgaben der Krankheitsverhütung erweitert werden.

---

<sup>151</sup> Erfasst werden z. B. Krankheitserscheinungen, die durch zu hohe Folsäurezusätze in Lebensmitteln, Verunreinigungen solcher Zusätze oder ähnliches zurückzuführen sind.

### **7.1.2.3 Totalrevision des LMG mit Erweiterung der verfassungsrechtlichen Grundlage oder Schaffung einer alternativen gesetzlichen Grundlage?**

Wenn der politische Wille für die Schaffung einer neuen gesetzlichen Grundlage für Massnahmen der Krankheitsverhütung mit Hilfe von Lebensmitteln und Lebensmittelzusätzen vorhanden wäre, böten sich verschiedene Optionen an, insbesondere

- eine Totalrevision des LMG mit Erweiterung der verfassungsrechtlichen Grundlage und Ausdehnung auf Aufgaben der Krankheitsverhütung,
- eine Teil- oder Totalrevision des Epidemiengesetzes im Rahmen der geltenden verfassungsrechtlichen Grundlage (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV) mit Ausdehnung des Geltungsbereichs auf andere als übertragbare Krankheiten und Umbenennung des Gesetzes<sup>152</sup>, oder
- die Vorbereitung eines neuen Bundesgesetzes über die Verhütung von anderen als übertragbaren Krankheiten einschliesslich der Gesundheitserhaltung im Sinn der Abwesenheit von Krankheiten auf der Grundlage von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV, welches die gesamte staatliche Aufgabe der Krankheitsverhütung umfassend regeln und auch eine Grundlage für Zwangsbehandlungen von Bevölkerungsgruppen oder der Gesamtbevölkerung enthalten würde.

Für die Schaffung eines Bundesgesetzes über die Gesundheitserhaltung im Sinn der Förderung des Wohlbefindens, also mit saluto- anstatt pathogenetischer Ausrichtung, würden zurzeit die nötigen Verfassungsgrundlagen fehlen. Der Bund wäre nur befugt, Anliegen der Gesundheitsförderung aufzunehmen, wenn in die Bundesverfassung mindestens eine entsprechende programmatische Bestimmung aufgenommen würde (z.B. ein Recht auf Gesundheit oder ein entsprechendes Sozialziel), die in die Ausübung von bestehenden Bundeskompetenzen einfließen könnte. Als Alternative wäre denkbar, neue Aufgabenbestimmungen mit kompetenzbegründender Wirkung in die Bundesverfassung einzufügen, die spezifische Anliegen der Gesundheitsförderung aufnehmen würden. Nicht mit den Funktionen der Verfassungsinterpretation vereinbar wäre hingegen, in Bestimmungen des geltenden Rechts, beispielsweise in Art. 118 oder Art. 117 BV, Kompetenzgrundlagen für die salutogenetisch orientierte Gesundheitsförderung hineinzulesen; denn die Anliegen der Gesundheitsförderung reichen inhaltlich so weit, dass damit die Büchse der Pandora geöffnet würde und Kompetenzerweiterungen für den Staat und Kompetenzverschiebungen zum Bund auf kaltem Weg in Gang kämen, die sich kaum mehr eindämmen liessen.

Die auf den ersten Blick naheliegendste Option, eine Totalrevision des Lebensmittelgesetzes, wäre zwar jederzeit möglich, erscheint aber nicht als geeignet:

Zwar ergäben sich äusserlich relativ unscheinbare Änderungen. Das Lebensmittelgesetz würde neben Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV auch auf Bst. b desselben Verfassungsartikels als Grundlage abgestützt, die Zweckbestimmung in Art. 1 würde auf die Verhütung von bösartigen und eventuell auch von weit verbreiteten Krankheiten ausgedehnt. Einige wenige Bestimmungen über die Voraussetzungen für die Unterstützung von umschriebenen privaten oder kantonalen Massnahmen sowie für ebenfalls umschriebene obligatorische und zwangsweise durchsetzbare Massnahmen der Bundesbehörden zur Verhütung bestimmter Krankheitsarten müssten hinzukommen. Doch in der Sache ergäbe sich damit eine Änderung des LMG von grundsätzlicher Bedeutung. Denn in das LMG würden dadurch zusätzlich zu den Beiträgen zu den beiden bisher darin geregelten Aufgaben neu auch Beiträge zur staatlichen Aufgabe der Krankheitsverhütung einbezogen. Als Konsequenz nähme das Gesetz zusätzliche öffent-

---

<sup>152</sup> Das geltende Epidemiengesetz bezieht sich ausschliesslich auf übertragbare Krankheiten und fällt deshalb als gesetzliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze ausser Betracht; siehe dazu hinten Ziff 7.2.2.

liche Interessen auf, nämlich neben den bisher massgebenden Sicherheits- und Geldinteressen auch Gesundheitsinteressen. Das Lebensmittelgesetz würde damit zu einem multifunktionalen Gesetz, ähnlich wie heute bereits das Krankenversicherungsgesetz.

Die Kumulierung von verschiedenen staatlichen Aufgaben in einem gesetzlichen Erlass ist an sich schon problematisch, und die Problematik verschärft sich, wenn die Aufgaben unterschiedlichen öffentlichen Interessen dienen. Wie das Beispiel des Krankenversicherungsgesetzes zeigt, ist eine konsistente Auslegung und Konkretisierung derart multifunktionaler Gesetze ausserordentlich schwierig, weil ganz heterogene politische Ziele darin aufgenommen sind. Vor allem aber sind solche Gesetze im politischen Prozess kaum handhabbar, weil sich die Interessenkonflikte, die für eine Einigung auf die Inhalte gelöst werden müssen, multiplizieren.

Es wäre aus diesen Gründen nicht empfehlenswert, eine Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze und - weil eine gesetzliche Grundlage allgemeiner gefasst sein sollte – für Lebensmittelzusätze zur Krankheitsverhütung generell im eidgenössischen Lebensmittelgesetz zu schaffen. Wenn überhaupt, dann sollte eine solche Grundlage in ein Gesetz eingefügt werden, das ganz oder schwergewichtig auf die Krankheitsverhütung zugeschnitten ist..

## **7.2 Andere gesetzliche Grundlagen**

### **7.2.1 Keine Grundlage in der Heilmittelgesetzgebung**

Stoffe wie Vitamine fallen in den Geltungsbereich der Heilmittelgesetzgebung, wenn sie für Funktionen der Krankheitsbehandlung oder -verhütung eingesetzt werden, auch wenn sie Lebensmitteln als Zusatzstoff beigemischt sind. Insofern gleicht die Situation derjenigen des Medizinalfutters in der Tierzucht. Ausnahmen fallen im Licht der bundesgerichtlichen Praxis höchstens in Betracht, wenn keine erheblichen Nebenwirkungen mit dem Konsum solcher Stoffe verbunden sind. In jedem Fall der Heilmittelgesetzgebung unterliegen sie jedoch dann, wenn sie bzw. die damit angereicherten Lebensmittel ausdrücklich für die Krankheitsbehandlung oder –verhütung angepriesen werden<sup>153</sup>. Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen gesetzlichen Abgrenzung zwischen den Geltungsbereichen des Lebensmittel- und des Heilmittelgesetzes. Die innere Begründung dafür ist, dass die Heilmittelgesetzgebung die Wirksamkeit von Heilmitteln gewährleisten und daher auch sicherstellen soll, dass als Arzneimittel angepriesene Mittel, egal ob sie auch für Ernährungs- oder Gesundheitsförderungszwecke verwendet werden können, die medizinisch relevanten Wirkungen haben, die ihnen in der Anpreisung zugeschrieben werden<sup>154</sup>. Dies entspricht auch dem historischen Willen des Bundesgesetzgebers<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Der Bezug zum ärztlichen Handeln ist zweifach; Arzneimittel im Sinn der Gesetzgebung sind Mittel für medizinisches Handeln und (kumulativ) für medizinisch definierte Krankheiten. Da sich die ärztliche Behandlung immer auf konkrete medizinisch definierte Krankheiten oder Krankheitssymptome bezieht, gilt Gleiches auch für die dabei verwendeten Heilmittel und die gesetzliche Regelung der Heilmittelkontrolle.

<sup>154</sup> Der Bezug zu medizinisch definierten Krankheiten bildet eine Regel zur Abgrenzung der Geltungsbereiche der Lebensmittel- und der Heilmittelgesetzgebung. Eine solche Regel ist leichter handhabbar und für Adressaten besser nachvollziehbar als eine "Gesamtbetrachtung, die Abgrenzung zu einer Abwägungsfrage machen und den zuständigen Instanzen den Entscheid überlassen will, ob ein Produkt aufgrund zu definierender Kriterien insgesamt überwiegend Lebensmittelfunktionen oder überwiegend Heilmittelfunktionen erfüllt" (s. für den Versuch einer Gesamtbetrachtung auch den Entscheid des Züricher Verwaltungsgerichts vom 25.11.1999). Das Bundesgericht scheint in einem unveröffentlichten, noch auf das alte Lebensmittelgesetz bezogenen Entscheid eine "Gesamtbetrachtungs"-Lösung zuzuneigen, zeigt aber durch seine Argumentation, dass damit die

Die Kontrolle soll gewährleisten, dass alle Mittel, die in der ärztlichen Behandlung zum Einsatz gelangen, bestimmten Qualitätsanforderungen genügen. Zudem soll sie verhindern, dass Produkte für die Behandlung von Krankheiten eingesetzt oder für diesen Zweck gekennzeichnet oder angepriesen werden, die nicht dafür geeignet sind, damit nicht die Gefahr entsteht, dass Chancen für die Diagnose, Therapie, Palliation oder Prävention von Krankheiten verpasst werden. Stoffe und Stoffgemische dürfen nur als Arzneimittel bezeichnet und angepriesen werden, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung als Heilmittel erfüllen; ob dies zutrifft, ist in den Verfahren der Heilmittelzulassung zu prüfen. Fehlen einzelne Voraussetzungen, ist die Bezeichnung und Anpreisung als Arzneimittel verboten.

---

Abgrenzungsfrage offen bleibt: "Es erscheine als fraglich, ob der maßgebliche Gesichtspunkt allein im äußerlichen Umstand liegen kann, ob ein Produkt als Heilmittel angepriesen wird oder nicht. Das Kriterium kann jedoch bei der Auslegung des geltenden Rechts als einer von mehreren Gesichtspunkten mitberücksichtigt werden. Für die Festlegung eines Stoffes als Lebensmittel ist also auszugehen von seiner Zusammensetzung. Dabei ist zu beachten, ob der fragliche Stoff das Risiko unerwünschter, insbesondere gesundheitsgefährdender Nebenwirkungen mit sich bringt. Unter dem Gesichtspunkt des Verwendungszweckes ist danach zu fragen, wie weit er zum Aufbau oder Unterhalt des menschlichen Körpers beiträgt. Entfaltet er Heilwirkungen, sind diese dazu in Relation zu setzen. Je mehr der Ernährungszweck im Vordergrund steht, desto eher handelt es sich um ein Lebensmittel und umgekehrt. Wird das Produkt als Heilmittel angepriesen bzw. ist es als solches bekannt, ist dies ein Anhaltspunkt dafür, dass den pharmakologischen Wirkungen maßgeblich die Bedeutung zugemessen wird. Treten sowohl Heilwirkungen als auch nachteilige Nebenwirkungen auf, ist die Freigabe des Stoffes als Lebensmittel gesundheitspolizeilich in Frage gestellt, hingegen die Zulassung als Heilmittel wegen der strikteren Kontrolle seiner Anwendung noch so lange möglich, als die erwünschte pharmakologische Wirkung dies rechtfertigt. Infolge dessen kann ein Produkt namentlich dann nicht als Lebensmittel zugelassen werden, wenn die Heilwirkungen gemessen am Beitrag, an dem Aufbau oder Unterhalt des Körpers zumindest als maßgeblich erscheinen und bereits beim Konsum normaler Mengen gesundheitsgefährdende Nebenwirkungen auftreten können." (BGE 1991).

<sup>155</sup> In seiner Botschaft zu einem neuen eidgenössischen Heilmittelgesetz nimmt der Bundesrat seine vorn zitierten Ausführungen in der Botschaft zum Lebensmittelgesetz auf und hält fest: "Die Schnittstelle zwischen Lebensmitteln und Arzneimitteln wird durch das Lebensmittelgesetz vom 9. Oktober 1992 definiert. ... Bei Streitigkeiten über die entsprechende Zuständigkeit bei bestimmten Stoffen und Erzeugnissen entscheidet das Eidgenössische Departement des Innern nach Anhören der betroffenen Behörden." (Botschaft HMG, 8). Und weiter: "Die Zuordnung der Erzeugnisse, die sich im Grenzbereich der Heilmittelgesetzgebung und der Lebensmittelgesetzgebung befinden, führt immer wieder zu Diskussionen. Rechtsvergleiche zeigen, dass es bis heute keine nationale Regelung gibt, die diesbezüglich sämtliche Probleme aus der Welt schafft. Beim Erlass des neuen Lebensmittelgesetzes haben sich sowohl der Bundesrat als auch das Parlament auf den Standpunkt gestellt, dass es den Anbieterinnen und Anbietern überlassen sein soll, ihr Produkt als Heilmittel oder als Lebensmittel auf den Markt zu bringen. Artikel 3 Absatz 2 des Lebensmittelgesetzes definiert Nahrungsmittel als Erzeugnisse, die dem Aufbau oder dem Unterhalt des menschlichen Körpers dienen und nicht als Heilmittel angepriesen werden. In seiner Botschaft vom 30. Januar 1989 zu diesem Gesetz führt der Bundesrat aus, dass als Heilmittel angepriesene und verkaufte Waren von der Lebensmittelkontrolle nicht erfasst werden, selbst wenn sie im Grunde, was die übrigen Eigenschaften betrifft, 'Lebensmittel' sind und auch entsprechend konsumiert werden. Um nun auch diejenigen Produkte im Grenzbereich zwischen der Heilmittelgesetzgebung und der Lebensmittelgesetzgebung rechtlich fassen zu können, die dem besseren Wohlbefinden und der Gesundheitsförderung dienen sollen ('Functional Food', 'Food Supplements' usw.), sieht der Bundesrat eine entsprechende Änderung der Lebensmittelverordnung vor. Eine Arbeitsgruppe der Eidgenössischen Ernährungskommission ist gegenwärtig daran, erste Lösungsvorschläge auszuarbeiten ... Die im Lebensmittelgesetz enthaltene Bestimmung zur Kompetenzbereinigung wird beibehalten. Bei Streitigkeiten über die Zuordnung bestimmter Stoffe oder Erzeugnisse soll, nach Anhörung der betroffenen Behörden, weiterhin das Eidgenössische Departement des Innern entscheiden. Zusätzlich wird dem Bundesrat jedoch die Kompetenz eingeräumt, den Vollzug des Lebensmittelgesetzes, des Heilmittelgesetzes, des Landwirtschaftsgesetzes und des Tierseuchengesetzes zu koordinieren. Gestützt auf diese Bestimmung wird er somit die Möglichkeit haben, auf heute noch nicht absehbare Schnittstellenprobleme flexibel zu reagieren und die bereits bestehenden bereichsübergreifend einer transparenten und eurokompatiblen Regelung zuzuführen." (Botschaft HMG, 30 f.).

Konkret bedeutet dies, dass Folsäurezusätze jedenfalls immer dann den Anforderungen an Heilmittel genügen müssen und der dafür geltenden Bewilligungspflicht im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren oder ausnahmsweise der einfachen Meldepflicht unterworfen sind, wenn sie zur Prävention, Therapie oder Palliation bestimmter konkreter Krankheiten oder Krankheitssymptome eingesetzt werden sollen und zum Konsum von mehr als 200 µg täglich führen, oder wenn sie bzw. die damit angeereicherten Lebensmittel explizit für diesen Zweck gekennzeichnet oder angepriesen werden.

Die Heilmittelgesetzgebung enthält jedoch ähnlich wie die Lebensmittelgesetzgebung keine Grundlage, um Folsäure in Mengen, die in ihren Geltungsbereich fallen, allem Getreidemehl „obligat“ zusetzen lassen. Die Rechtslage ähnelt derjenigen für die Lebensmittelgesetzgebung, wobei das Heilmittelgesetz eher noch enger gefasst ist. Das Heilmittelgesetz ist jedoch nur auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV sowie Art. 95 Abs. 1 BV gestützt (wobei nur „Art. 118 Abs. 2“ genannt ist und eine Abstützung in Art. 97 BV fehlt). Trotzdem sind in Art. 1 HMG eine ganze Reihe von Zwecken aufgeführt, neben dem Zweck des Gesundheitsschutzes (Abs. 1) die Zwecke des Täuschungsschutzes, der richtigen Verwendung von Heilmitteln, und der geordneten Versorgung (Abs. 2); hinzu kommen Gesichtspunkte der Heilmittelkontrolle und –industrie, auf die „zu achten“ ist (Abs. 3)<sup>156</sup>. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch, dass das HMG gleich wie das LMG keinen Bezug zur Aufgabe der Krankheitsverhütung hat. Es ist ganz darauf zugeschnitten, heilmittelbedingte Krankheitserscheinungen und Schädigungen als Folge von Risiken und Nebenwirkungen der Heilmittel auszuschliessen. Im Zentrum steht die Abwehr von gesundheitlichen Gefahren der Versorgung mit Heilmitteln. Dagegen enthält es *keine Grundlage* für die Krankheitsbehandlung oder –verhütung *mittels* Heilmitteln.

## 7.2.2 Keine Grundlage in der Epidemiengesetzgebung

Das Epidemiengesetz (EpG) stützt sich auf Art. 69 aBV resp. Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV. Konsequenterweise nennt es in Art. 1 als Zweck einen spezifischen Beitrag zur staatlichen Aufgabe der Krankheitsverhütung, nämlich die Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten; denn danach treffen Bund und Kantone „die nötigen Massnahmen, um übertragbare Krankheiten des Menschen zu bekämpfen.“ Welche öffentlichen Interessen mit der Krankheitsbekämpfung erfüllt werden sollen, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Die Interpretation von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV, auf den das Gesetz gestützt ist, zeigt jedoch, dass neben Sicherheits- auch Gesundheitsinteressen massgebend sind<sup>157</sup>). Das EpG sieht drei Vollzugs- oder Handlungsebenen vor: diejenige der Bundesbehörden (BAG), die der Kantone und die der praktizierenden Ärzte, Spitäler und Laboratorien<sup>158</sup>. Es delegiert den Vollzug für den Normalfall weitgehend an die *Kantone*<sup>159</sup>. So bestehen in allen Kantonen Vollzugsverordnungen, welche die einzelnen Massnahmen des Epidemiengesetzes wie ärztliche Überwachung, Absonderung, Zwangsuntersuchung usw. bestimmten Handlungsträgern (Gesundheitsdirektionen, Ärzten, Gemeinden) zuweisen. Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 EpG können ferner auch „bestimmte amtliche Aufgaben und

<sup>156</sup> Es fragt sich, ob der Zweckartikel des HMG verfassungskonform ist; an sich darf ein Gesetz nur jene staatlichen Aufgaben als Zwecke voraussetzen, die im Ingress als Grundlage genannt sind, und diese allenfalls detaillieren. Diese Frage ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

<sup>157</sup> Siehe dazu vorn .Ziff. 6.1.2.2.

<sup>158</sup> MÜLLER, Krankheitsbekämpfung, S. 61.

<sup>159</sup> Vgl. Art. 11 EpG. Zum kantonalen Recht beispielsweise die bernische Verordnung über den Vollzug der eidgenössischen Epidemien- und Tuberkulosegesetzgebung vom 22. Mai 1979, BSG 815.122. Art. 1 Abs. 1: „Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion vollzieht die eidgenössische Gesetzgebung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen und über Massnahmen gegen die Tuberkulose“. Abs. 2: „Anordnung, Leitung, Überwachung und Koordination der im einzelnen notwendigen Massnahmen obliegen dem Kantonsarztamt.“

Befugnisse privaten gemeinnützigen Organisationen“ übertragen werden (beispielsweise an kantonale oder regionale AIDS-Hilfen usw.).

Diese Regelung der Epidemiengesetzgebung nimmt zwar die Aufgabe der Krankheitsverhütung und Gesundheitsinteressen auf und würde insofern für Folsäurezusätze passen. Aber sie fällt als Grundlage dafür zum vornherein ausser Betracht, weil sich der sachliche Geltungsbereich des EpG auf übertragbare Krankheiten beschränkt; denn die Krankheiten, die mittels erhöhten Folsäurezusätzen verhütet werden sollen, sind nicht im Sinn des EpG übertragbar.

### **7.2.3 Keine anderen gesetzlichen Grundlagen**

#### **7.2.3.1 Krankenversicherungsgesetzgebung**

Nur der Vollständigkeit halber sei das Krankenversicherungsgesetz (KVG)<sup>160</sup> erwähnt. Die staatliche Aufgabe, auf die dieses Gesetz bezogen ist, ist die Finanzierung der Kosten der Krankheitsbehandlung und –prävention. Das KVG und Art. 117 BV, auf den sich das Gesetz stützt, haben zwar eine spezifische Bedeutung für die Krankheitsverhütung; denn Massnahmen im Rahmen von Art. 117 BV erfüllen insofern eine Funktion für diese Aufgabe, als durch die Finanzierung von Präventionsmassnahmen ein Beitrag zur Krankheitsverhütung geleistet wird. Der Zweck des KVG lässt aber nicht zu, dass Massnahmen zur Krankheitsverhütung unmittelbar auf dieses Gesetz gestützt werden. Präventionsmassnahmen müssen von Versicherten nachgesucht oder von Behörden gestützt auf andere gesetzliche Grundlagen als die Krankenversicherungsgesetzgebung angeordnet werden. Dies gilt auch mit Bezug auf „obligate“ Folsäurezusätze; nur wenn die Konsumentinnen und Konsumenten entsprechend angereicherte Lebensmittel nachfragen oder staatliche Behörden solche Zusätze auf der Basis eines anderen Gesetzes als „obligat“ erklären, bestünde die Möglichkeit, die Kosten für die Folsäurezusätze oder die entsprechenden Produkte durch die Krankenversicherer übernehmen zu lassen. Diese Kosten sind aber so gering, dass dies nicht ernstlich in Erwägung gezogen zu werden braucht.

#### **7.2.3.2 Polizeiliche Generalklausel**

Im übrigen könnte eine verordnungsrechtliche Sonderregelung für „obligate“ Folsäurezusätze im Getreidemehl auch nicht auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden, weil es an der dafür vorausgesetzten schweren, unmittelbaren und unvorhersehbaren Gefahr für die – an sich polizeilich zu schützende – physische und psychische Integrität der KonsumentInnen in aller Regel fehlt.

### **7.2.4 Was bleibt: Allfällige kantonale Gesetzesgrundlagen**

Der Bund verfügt nach geltendem Recht nicht über die nötige gesetzliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze.

Es bleibt die Möglichkeit einer Abstützung im kantonalen Recht; denn soweit der Bund Materien der Krankheitsverhütung nicht abschliessend geregelt hat, bleiben die Kantone konkurrierend zuständig<sup>161</sup>. Dafür gibt es mindestens einen Präzedenzfall, nämlich die Fluorierung des Wassers der öffentlichen Trinkwasserversorgung im Kanton Basel-Stadt zum Zweck der Verhütung von Karies, die das Bun-

---

<sup>160</sup> BG über die Krankenversicherung, vom 18. März 1994 (SR 832.10); BG über die Unfallversicherung, vom 20. März 1981 (SR 832.20).

<sup>161</sup> Siehe zum konkurrierenden Charakter der Kompetenzen in Art. 118 vorn 6.1.1.3.

desgericht zu recht als Zwangsmedikation qualifiziert hat. Das Gericht hat dafür eine gesetzliche Grundlage verlangt und eine solche in einem Beschluss des Kantonsparlaments gefunden<sup>162</sup>. Allerdings sind soweit ersichtlich für „obligate“ Folsäurezusätze aktuell in den Kantonen keine gesetzlichen Grundlagen vorhanden. Damit die Massnahme eine ins Gewicht fallende Wirkung entfalten könnte, müsste sie in einer grösseren Zahl von Kantonen gleichzeitig getroffen werden, weil der Warenverkehr mit Mehl und daraus hergestellten Produkten längst die Kantonsgrenzen überschreitet. Es ist jedoch fraglich, ob der politische Wille dafür in vielen Kantonen vorhanden wäre. Zweifel sind umso mehr angebracht, als die Verhältnismässigkeit und die Grundrechtsverträglichkeit der Massnahme prima facie fehlen würden. Darauf ist im nachfolgenden Abschnitt einzugehen.

### **7.3 Würdigung: Fehlende gesetzliche Grundlage auf Bundesebene für die Prävention von nicht übertragbaren Krankheiten**

An sich bietet Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV eine Grundlage für Massnahmen zur Krankheitsverhütung oder Gesundheitserhaltung. Aber es fehlt an gesetzlichen Grundlagen, welche diese Verfassungskompetenz konkretisieren würden. Das Lebensmittelgesetz ist nicht auf diese Bestimmung, sondern (neben anderen Verfassungsbestimmungen ausserhalb von Art. 118 BV) auf Bst. a gestützt und beschränkt sich ausschliesslich auf den darin anerkannten Zweck der polizeilichen Abwehr von Gesundheitsgefahren. Die in Frage stehenden Massnahmen des BAG können sich aber auch nicht unmittelbar auf die Verfassung stützen, sondern bedürfen einer Grundlage im Gesetzes- und Verordnungsrecht.

Das geltende Lebensmittelverordnungsrecht erlaubt heute, wie gezeigt, zwar Zusätze zu Lebensmitteln für Zwecke der Gesundheitserhaltung und –förderung oder der Krankheitsverhütung; denn die Nährwertverordnung lässt ausdrücklich Vitaminzusätze „aus Gründen der Volksgesundheit“ zu. Aber diese Erlaubnis richtet sich an private Lebensmittelhersteller, -importeure und -verteiler; sie ist Bestandteil der polizeilichen Regulierung des privaten Lebensmittelverkehrs, welche im Sinn eines Qualitätssicherungsziels gewährleisten soll, dass auf dem Markt für jedermann zugängliche Lebensmittel und der Umgang mit diesen gesundheitsverträglich ist. Sie verleiht staatlichen Behörden nur eine sehr enge Kompetenz zur Verhütung von Lebensmittelbedingten Krankheiten, aber keinerlei Befugnis, Massnahmen für die Gesundheitsförderung zu treffen. Sie bietet weder eine Grundlage für die staatliche Förderung von privaten Angeboten noch für staatliche Angebote, und umso weniger für staatliche Zwangsmassnahmen zur Gesundheitsförderung. „Obligate“ Folsäurezusätze lassen sich daher auch nicht auf die Lebensmittelverordnung stützen.

Durch eine Revision des Lebensmittelverordnungsrechts könnte de lege ferenda eine gesetzliche Grundlage nicht geschaffen werden; denn das Verordnungsrecht muss sich im Rahmen der Zwecke halten, auf welche das zugrundeliegende Lebensmittelgesetz ausgerichtet ist, und diese Zwecke lassen „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung wie erwähnt nicht zu. Eine Teilrevision des Lebensmittelgesetzes wäre ebenfalls ungenügend, weil eine Ausweitung der Zwecksetzung des Gesetzes um Zwecke der Krankheitsverhütung so weitreichende Auswirkungen auf die Konzeption des Gesetzes, die Verteilung von Behördenzuständigkeiten usw. hätte, dass in der Sache eine Totalrevision vorgenommen werden müsste. Eine solche wiederum erschiene wegen der Häufung von staatlichen Aufgaben, die sich damit innerhalb des einen Gesetzes ergeben würde (Gesundheitsschutz,

---

<sup>162</sup> Siehe BGE vom 29.6.1990, in ZBI 1/1991, 25ff., 29 f. (Trinkwasserfluorierung).

Täuschungsschutz, Krankheitsverhütung und / oder Gesundheitserhaltung), unter Auslegungs- und unter rechtspolitischen Aspekten als problematisch.

Im übrigen bietet sich weder im Heilmittel- noch im Epidemiengesetz und ebenso wenig im Krankenversicherungsgesetz oder in der polizeilichen Generalklausel eine Grundlage an.

Im Ergebnis fehlt nach geltendem Recht eine gesetzliche Grundlage auf Bundesebene für „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung, und es erschiene kaum denkbar, durch Revision eines der genannten Gesetze eine solche zu schaffen. Wenn schon, wäre die Konzeption eines neuen Bundesgesetzes über die Verhütung von bösartigen und / oder weit verbreiteten Krankheiten auf der Basis von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV nötig. Andernfalls liegt die Verantwortung für Massnahmen zur Verhütung von NRD-korrelierten und den weiteren, mit Folsäurezusätzen allenfalls anvisierten Krankheiten bei den Kantonen.

## **8 FEHLENDE VERHÄLTNISSÄSSIGKEIT UND GRUNDRECHTSVERTRÄGLICHKEIT**

### **8.1 Fehlende Verhältnismässigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinn**

*Zu Frage 6 des Fragenkatalogs vom 31.10.2003: Ist der obligate Zusatz von Folsäure verhältnismässig unter (a) verwaltungsrechtlichen Aspekten?*

Unter verwaltungsrechtlichen Aspekten ist zu prüfen, ob „obligate“ Folsäurezusätze eine geeignete Massnahme darstellen, das mildeste Mittel bilden und als Mittel dem Ziel der Prävention von Neuralrohrdefekten und allenfalls der Prävention von Herz-Gefäss-Erkrankungen und gewissen Krebsarten angemessen ist.

#### **8.1.1 Auf Gesundheitsinteressen bezogene verfassungsrechtliche Anforderungen**

Es sei vorweg daran erinnert, dass im Rahmen von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV und mit Bezug auf die Krankheiten, die mit erhöhten Folsäurezusätzen verhütet werden könnten, öffentliche Gesundheitsinteressen (d. h. hier: Interessen der Abwesenheit von Erkrankungen in der Bevölkerung) massgebend sind, nicht etwa öffentliche Sicherheitsinteressen (d. h. Interessen der „öffentlichen Gesundheit“ als Polizeigut) oder andere Interessen<sup>163</sup>.

Für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen gilt daher die Gewichtung von verfassungsrechtlichen Gütern, die sich auf das öffentliche Interesse der Gesundheit bezieht. Dies bedeutet, dass richtig ist, was für eine wirkungsvolle Krankheitsprävention getan werden soll, und nicht etwa, was unter Gesichtspunkten der Kosteneffizienz, der raschesten Wirkung, des kultiviertesten Vorgehens o. ä. als richtig erschiene. Es bedeutet auch, dass die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit, die durch die persönliche Freiheit grundrechtlich geschützt ist, an oberster Stelle steht; wären andere öffentliche Interessen massgebend, wäre auch die Gewichtung anders. Für die Beurteilung der Eignung von „obligaten“ Folsäurezusätzen ist daher primär auf medizinische und epidemiologische Vorstellungen über das richtige Vorgehen abzustellen. Ob die Anreicherung von Getreidemehl das mildeste Mittel ist, bemisst sich nach den Spielräumen für die individuelle Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit, die übrig bleiben. Und ob die Anreicherung von Getreidemehl dem Zweck, NRD-korrelierte und allenfalls weitere Krankheitserscheinungen vorzubeugen, angemessen ist, hängt von den Belastungen und Risiken für die Gesundheit ab, die damit für die betroffenen Personen und Bevölkerungsgruppen verbunden ist.

#### **8.1.2 Fehlende Verhältnismässigkeit unter den gegenwärtigen Voraussetzungen**

##### **8.1.2.1 Nur teilweise geeignete Massnahme**

Für die Wirksamkeit von erhöhten Folsäuregaben zur Verhinderung von NRD liegen weitgehend schlüssige medizinische und epidemiologische Daten vor:

---

<sup>163</sup> Siehe vorn Ziff. 6.1.2.3, 6.1.3.3.

- Eine einzige ältere Studie kam zum Schluss, dass der Gebrauch von Multivitaminen oder die Einnahme von Supplementen, welche Folsäure enthalten, das Risiko eines mit NRD geborenen Kindes *nicht vermindere*. Nach Ansicht der Autoren bestehen Kontroversen bei der Frage, ob die Einnahme von Multivitaminen oder Folaten während der Zeit der Konzeption das Risiko eines von einem NRD betroffenen Kind reduzieren kann. Sie untersuchten deshalb den Gebrauch von Vitaminsupplementen bei Frauen vor der Empfängnis, welche schon von einer Schwangerschaft mit NRD, einer Todgeburt oder einer Schwangerschaft mit andern Missbildungen betroffen waren. Die Autoren haben auch versucht zu analysieren, wie die von andern Studien abweichenden Resultate entstanden sein könnten.<sup>164</sup>
- In einer National Survey of Iron and Folate Status in Pregnant Women in Switzerland wurde der Eisen- und Folatstatus in a national sample of pregnant women untersucht und es wurde unter anderem beurteilt, ob der Gebrauch von Supplementen einen Einfluss auf den Eisen- und/oder Folatstatus während des zweiten und dritten Trimesters der Schwangerschaft hat. Die Ergebnisse liessen darauf schliessen, dass der Eisen- und Folatstatus bei der Mehrheit der schwangeren Frauen in der Schweiz gleichwertig ist, und dass die Einnahme von Eisen- und Folatsupplemente positiv auf diesen Status einwirken könnte, was wiederum für die Empfehlung einer prophylaktische Supplementierung während der Schwangerschaft mit Eisen und Folsäure sprechen würde. Repräsentative Daten über den Eisen- und Folatstatus, als auch Daten über den Gebrauch von eisen- und folat-haltigen Supplementen während der Schwangerschaft wären hilfreich, um die Schweizerische Ernährungspolitik (Swiss Nutrition Policy) zu leiten<sup>165</sup>.
- Obwohl eine FS-Zufuhr die Missbildung (i.e. spina bifida; d. V.) markant zu reduzieren vermöge, sei die Pathogenese keineswegs klar. Viele Befunde zeigten, dass kein einfacher Folsäuremangel vorläge. Es liege der Verdacht nahe, dass es sich um einen genetisch determinierten Defekt handle. Die Prophylaxe müsse deshalb sehr früh einsetzen, also bevor sich die Neuralrinne zum Neuralrohr schliesse, was am 28. Tag p.c. erfolge. Da jedoch der Zeitpunkt einer Konzeption in der Regel nicht bekannt sei, könne eine Prophylaxe nicht gezielt „auf den Beginn einer Schwangerschaft“ geplant werden, sondern habe vor einer allfälligen Gravidität einzusetzen. Dies bedeute, dass alle Frauen im gebärfähigen Alter ohne sicheren und permanenten Konzeptionsschutz FS zu sich nehmen sollten.<sup>166</sup>
- VERGEL ET AL. (Kuba) kommen in ihrer Studie zum Schluss, dass die Supplementation mit Folsäure eine effektive Methode zur primären Prävention von NRD sein könnte. Gestützt auf die Ergebnisse anderer Studien (Smithells et al. und Laurence et al.) untersuchten sie die mögliche

---

<sup>164</sup> Vgl. MILLS ET AL. 1989, S. 430 – 435.

<sup>165</sup> Hess et al. 2001. Ziel der Untersuchung war es, den Eisen- und Folatstatus in einem nationalen Querschnitt (national sample) von schwangeren Schweizerfrauen festzustellen, die Häufigkeit des Gebrauchs von Eisen- und folathaltigen Supplementen in dieser Gruppe zu ermitteln und festzustellen, ob der Supplementgebrauch einen Einfluss auf den Eisen- und/oder Folatstatus während des zweiten und dritten Trimesters der Schwangerschaft hat. Nebst Blutentnahmen stellten sich die teilnehmenden Frauen auch zur Beantwortung eines Fragebogens über den Gebrauch von Mineral- und Vitaminsupplementen zur Verfügung. In der Diskussion, S. 271, stellen die Autoren fest, dass die weitverbreitete Einnahme von Eisen- und folathaltigen Supplementen einer der Faktoren darstelle, der zum tiefen Auftreten von Blutarmut beitrage. Obwohl keine offiziellen Empfehlungen des Gesundheitsdepartements oder medizinischen Gesellschaften in der Schweiz existiere, hätten knapp unter 2/3 der Frauen täglich eisen- und/oder folathaltige Supplemente eingenommen. Weiter halten die Autoren fest, dass nur wenige publizierte Daten über den Gebrauch von Supplementgebrauch während der Schwangerschaft und deren potentielle Auswirkungen auf den Ernährungsstatus existierten (...potential impact on inutritional status).

<sup>166</sup> TÖNZ ET AL. 1996b, S. 6 f.

Rolle von Folsäure in einer tropischen Region. In ihre Untersuchung bezogen sie 81 Frauen mit ein, welche bereits von einer NRD-Schwangerschaft betroffen waren. Bei einer täglichen Versorgung mit 5 mg Folsäure über einen Zeitraum von nicht weniger als einer Monatsperiode vor der Empfängnis und bis zur 10. Schwangerschaftswoche, konnte kein Wiederauftreten von NRD festgestellt werden. Bei einer anderen Gruppe von 114 Frauen, welche ohne Folsäure-Supplementation schwanger wurden, betrug die Rate des Wiederauftretens von NRD 3,5 %. Die Resultate der Untersuchung liessen vermuten, dass die Folsäure-Supplementation bei Frauen in Kuba, welche bereits ein Kind mit NRD gehabt hätten, das Wiederauftreten des Gebrechens verhindern könnte<sup>167</sup>.

Weit weniger überzeugend sind die Belege für die Wirksamkeit von erhöhten Folsäuregaben gegen andere Krankheiten:

- Die Studie von HERNANDEZ-DIAZ ET AL. („Folic acid antagonists...“) untersuchte, ob die Folsäure-Komponente in Multivitaminen für die Verringerung des Risikos von kardiovaskulären Krankheiten, Spalten im Mundbereich (oral clefts) und Harnwegschädigungen verantwortlich sei, indem sie den Zusammenhang zwischen dem Gebrauch der Mütter von Folsäure-Antagonisten und den erwähnten Geburtsgebrechen analysierte. Die Autoren gelangten nur zum Schluss, dass der Folsäure-Bestandteil die Häufigkeit von NRD rund andere Missbildungen (inkl. die erwähnten) reduzieren könne<sup>168</sup>.
- Positive Auswirkungen, welche durch eine generelle Prophylaxe und damit zum Erreichen einer generell höheren FS-Versorgung der Bevölkerung, z.B. durch Anreicherung von Brotgetreide, ermöglicht würden, wären z.B.: Verbesserung der allgemeinen Ernährungssituation, Verminderung des Risikos von Missbildungen (auch ausserhalb des Neuralrohrs) und Untergewicht bei der Geburt. Ausserdem seien bei Kindern, deren Mütter FS zu sich nahmen oder vorwiegend Gemüse und Früchte assen, weniger neuroektodermale Neoplasien (Hirntumoren) festgestellt worden. Weiter senke eine hohe Folatzufuhr das Serum-Homocystein, einen Risikofaktor für Atherosklerose, koronare Herzkrankheiten und Apoplexie (syn. Schlaganfall; Pschyrembel). Eine negative Korrelation bestehe auch zwischen FS-Versorgung und Karzinomhäufigkeit.<sup>169</sup>
- Folsäuremangel in Zusammenhang mit Krebs: die Mechanismen, welche dazu führten, dass Folate einen Schutz gegen gewisse Krebsarten darstellten, seien nicht klar. Es seien noch Studien in Arbeit<sup>170</sup>.
- Belege, dass Früchte und Gemüse gegen koronare Herzkrankheiten schützen können, mehrten sich. Unklar, welche Bestandteile von Früchten und Gemüse für diesen Effekt verantwortlich sein

---

<sup>167</sup> Vgl. VERGEL ET AL. 1990, S. 149 – 152.

<sup>168</sup> HERNANDEZ-DIAZ ET AL. 2000, S. 1608 – 1614.

<sup>169</sup> Vgl. TÖNZ ET AL. 1996b, S. 7; TÖNZ ET AL. 1996a, S. 181 ff. (der Text stimmt weitgehend mit demjenigen in Bull BAG 16 1996 überein. Betreffend Auswirkungen einer erhöhten Folsäurezufuhr bei der Gesamtbevölkerung finden sich auf S. 181 weitergehende Ausführungen als im Bull-BAG-Artikel. Auf S. 182 f. finden sich ebenfalls Ausführungen zu epidemiologischen und lebensmittelrechtlichen Aspekten und zur praktischen Durchführbarkeit des Zusatzes von Folsäure zu Mehl. Die Autoren verweisen dabei auf die „Revitaminierung“ des Mehls mit B1, B2, B6, Niacin und Eisen. Die Zugabe erfolge dabei während des Mahlens mit entsprechenden Dosiervorrichtungen. Ein Zusatz von Folsäure zu dieser standardisierten Mischung ergäbe keinerlei Schwierigkeiten. Auf den Seiten 184 und 185 stellen die Autoren weiter Überlegungen betreffend die Durchführung von Primär- und Sekundärprophylaxe an und listen mögliche Massnahmen sowie bei der Primärprophylaxe zusätzlich pro und contra-Argumente auf.

<sup>170</sup> Vgl. EICHHOLZER ET AL.: Folate and the risk of colorectal, breast and cervix cancer: the epidemiological evidence.

könnten. Folat als co-substrate im Homocystein-Stoffwechsel könnte wichtig sein. Eine Einnahme von ca. 400 µg Folatäquivalent/Tag scheint nötig zu sein, um stabile, tiefe Homocystein-Blutwerte (homocysteine blood levels) zu erreichen). Auch andere Vitamine könnten dabei jedoch eine Rolle spielen<sup>171</sup>.

Erhöhte Folsäuregaben bilden nach den bisher vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen eine wirksame Massnahme zur Verhinderung von Neuralrohrdefekten (NRD). Zwar gibt es vereinzelt kritische Stimmen, die einen Kausalzusammenhang in Frage stellen, doch sind diese älteren Datums; alle neueren Untersuchungen belegen einen Zusammenhang. Differenzen bestehen vor allem zwischen Aussagen über die Menge, die für die erwünschte Wirkung eingenommen werden muss. Mit 200 µg wird offenbar eine Senkung der Rate in der Grössenordnung von 40 % erreicht (Czeizel et al.), mit 400 µg eine höhere Rate, wobei sich die Schätzungen zwischen 50 – 70 oder gar 100 % (Hurst) bewegen. Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass 400 µg die obere Grenze darstellt, damit ein upper level von insgesamt 1000 µg bzw. 1mg / Tag aus Sicherheitsgründen nicht überschritten wird.

Folsäurezusätze vermögen NRD also nicht ganz auszuschliessen, aber doch die Rate von NRD erheblich zu senken. Bereits zusätzliche Tagesdosen in er Grössenordnung unter 200 µg führen zu einer sehr erheblichen Reduktion der Fälle. Insofern erscheinen sie daher als Massnahme geeignet.

Dagegen liegen für die Wirksamkeit zur Verhütung von anderen Krankheiten bisher keine überzeugenden Beweise vor, sondern nur Hypothesen und eng begrenzte Plausibilisierungen. Solange nicht mehr Klarheit darüber besteht, ob es zur Verhütung solcher Krankheiten richtig ist, erhöhte Folsäuredosen einzunehmen, bilden diese aus verfassungsrechtlicher Sicht keine geeignete Massnahme.

### **8.1.2.2 Nicht das mildeste Mittel (fehlende Erforderlichkeit)**

Dass es unabdingbar wäre, ein Grundnahrungsmittel mit erhöhten Folsäurezusätzen anzureichern und auf diese Weise potentiell die gesamte Bevölkerung zwangsweise zu medizieren, anstatt auf selbstbestimmungsfreundlichere und insofern mildere Massnahmen wie insbesondere die gezielte Aufklärung gebärfähiger Frauen, allenfalls verbunden mit einer Gratisabgabe von Folsäurepräparaten, Familienplanungs-Beratung oder anderen Vorkehren, geht aus der vorliegenden wissenschaftlichen Diskussion nicht hervor. Zwar gibt es Befunde, dass die eigenverantwortliche Folsäureversorgung von Frauen im gebärfähigen Alter nicht in allen Situationen erwartet werden kann, doch inwiefern dies konkret für die Schweiz gilt, ist nicht belegt:

- Trotz der seit 1.1.98 stattfindenden Anreicherung von gewissen Lebensmitteln in den USA mit 140 Mikrogramm Folsäure pro 100 g Mehl lägen Erkenntnisse vor, dass mindestens für einige Bevölkerungsgruppen (davon ein beträchtlicher Teil von Frauen im gebärfähigen Alter) keine genügende Aufnahme erreicht werden kann.<sup>172</sup>)
- Eine adäquate Folsäurezufuhr, d. h. 400µg PGA, vor und zu Beginn der Schwangerschaft könne das Risiko von Spina bifida um mehr als 70 % vermindern. Die Pathogenese sei allerdings noch

---

<sup>171</sup> Vgl. Eichholzer et al.: The Role of Folate, Antioxidant Vitamins and other Constituents in Fruit and Vegetables in the Prevention of Cardiovascular Disease”.

<sup>172</sup> KLOEBLEN / BATISH 1999, S. 327-338; HURST 2000, S. 33. Kloeblen und Batish interviewten 251 schwangere Frauen mit tiefem Einkommen; die Frauen wurden über ihre folate attitudes und beliefs bezogen auf das Modell, nämlich das Health Belief Model befragt. Anscheinend ging es den Autoren vor allem darum, mehr oder weniger zielgruppengerichtete Möglichkeiten zur Gesundheitserziehung zu entwickeln.

nicht ganz klar. Hypothese: Insuffizienz der folsäureabhängigen Methioninsynthetase<sup>173</sup>, welche sich durch höhere Folsäuregabe in ihrer funktionellen Aktivität optimieren lasse.<sup>174</sup> Schwangerschaften seien oft nicht geplant, die Planung zudem abhängig von Alter, Bildungsstand und sozialer Schicht. Es seien spezifische Risikogruppen und –faktoren definierbar (siehe Hurst 28 ff.). Der Zusammenhang von Folsäureaufnahme resp. Folsäurespeicher und Spina bifida sei in verschiedenen Studien bewiesen worden. Es könne jedoch im Moment noch nicht abschliessend beurteilt werden, wie viel die genetischen Faktoren daran beteiligt sind. Sicher sei, dass mit einer täglichen zusätzlichen Folsäureaufnahme von 400 µg (PGA) zwischen 50 % bis gegen 100 % der heute auftretenden Spina bifida Fälle verhindert werden könnten. Mit einer folsäurereichen Ernährung allein könne diese Menge nicht aufgenommen werden. In den nächsten Jahren würden die Ergebnisse aus den USA zeigen, ob dies mit angereicherten Grundnahrungsmitteln möglich sei<sup>175</sup>

- Die perikonzeptionelle Gabe von Folsäuresupplementen verhindere erfolgreich das Risiko von NRD beim Föten. Wissenschaftlich unbestrittene Erkenntnisse könnten über Supplementierung der Zielgruppe oder über Anreicherung einer Reihe von Lebensmitteln bzw. eines Grundnahrungsmittels mit Folsäure implementiert werden.<sup>176</sup>
- In Ungarn werde seit 1998 mit Folsäure angereichertes Brot hergestellt; die Anreicherung betrage 160 µg Folsäure, 0.80 µg Vitamin B12 und 880 µg Vitamin B6 pro 100 g Mehl. Die tägliche Einnahme von 200 µg Folsäure bewirke eine geschätzte Risikoverminderung von NRD's von 41%<sup>177</sup>.
- Frauen ohne sicheren Konzeptionsschutz wird zur Reduzierung von Neuralrohrdefekten empfohlen, zusätzlich zu den Nahrungsfolaten 0,4 mg synthetische Folsäure pro Tag einzunehmen. Die Empfehlung könne „am besten“ durch Anreicherung eines Grundnahrungsmittels mit Folsäure umgesetzt werden (Eichholzer et al: Prävention der Spina bifida...)<sup>178</sup>

<sup>173</sup> Synthetasen = Ligasen: sechste Hauptklasse der Enzyme, verknüpfen zwei Substrate unter Hydrolyse energiereicher Phosphate (P-schrembel). Siehe auch das entsprechende Stoffwechsel-Schema bei TÖNZ 2002, S. 304.

<sup>174</sup> HURST 2000, S. 6. Hurst hat eine Hypothese aus dem Artikel von Tönz und Lüthy aus dem BAG-Bulletin 16, 1996, zitiert. Diese lautet wörtlich: „Obwohl eine FS-Zufuhr die Missbildung markant zu reduzieren vermag, ist die Pathogenese keineswegs klar. Viele Befunden zeigen, dass kein einfacher Folsäuremangel vorliegt. Viel eher handelt es sich um einen genetisch determinierten Defekt, wobei sich der Verdacht verdichtet, dass eine Insuffizienz der FS-abhängigen Methioninsynthetase vorliegen müsse, welche sich durch ein hohes Folsäure-Angebot in ihrer funktionellen Aktivität optimieren lasse. ...“.

<sup>175</sup> HURST 2000, S. 28 ff., insbes. S. 33.

<sup>176</sup> EICHHOLZER ET AL. 2002a, S. 7 – 16. Diese Arbeit hat zum Ziel, Sicherheitsaspekte von Folsäure aufgrund der aktuellen Literatur umfassend aufzuarbeiten und zu beurteilen. Die Diskussion beschränkt sich auf mögliche negative Auswirkungen von Folsäure (PGA) in Form von Supplementen. Zur Zeit liegen noch kaum Daten zu den Folgen einer zu hohen Zufuhr von Folaten bzw. Folsäure mit der Nahrung vor.

<sup>177</sup> CZEIZEL 1998, S. 1225. Dabei handelt es um die von den Autoren vorgeschlagene Minimal-Zusatzmenge. Das Verhältnis von Mehl im Brot beträgt 75 % und während der Produktion ergibt sich ein Verlust dieser Vitamine von 20 %; damit beträgt die tägliche Einnahmemenge von Folsäure, Vitamin B12 und Vitamin B6 ungefähr 200 µg, 1 µg und 1080 µg in 200 g Brot.

<sup>178</sup> EICHHOLZER ET AL. 2002b, S. 67 – 74. Die Autoren machen keine weiteren Ausführungen zur Aussage „am besten durch Anreicherung eines Grundnahrungsmittels mit Folsäure“. Dies steht lediglich so im Abstract des Artikels. Im Artikel selber wird ersichtlich, was mit „am besten“ gemeint ist: am effizientesten bzw., wohl richtiger, am effektivsten. Auf S. 64 in der Mitte steht: „Die wahrscheinlich effizienteste Art der Umsetzung dieser Empfehlung ist das Anreichern eines Grundnahrungsmittels (z.B. Mehl) mit Folsäure. Mit dieser Methode könnten auch Risikogruppen, die z. B. mit Aufklärungskampagnen nicht erreicht werden, passiv abgedeckt werden.“ Diese Aussage scheint aus einem Papier von Frau Eichholzer zu stammen, nämlich: Interventionsstrategien zur Prävention von Neuralrohrdefekten. Bericht (nicht publiziert) im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Fachstelle Ernährung (Kredit No. 00.000525), 2001. Das Schwergewicht des Artikels liegt jedoch

- Die beiden australischen Autorinnen Henry und Crowther befragten in der Zeit von September bis Oktober 1999 140 schwangere Frauen über ihren Medikamentengebrauch während der Schwangerschaft. In die Befragung eingeschlossen waren spezifische Fragen nach der Folat-Supplementation. Die Autorinnen gelangten zum Ergebnis, dass, obwohl landesweit Informationskampagnen durchgeführt worden waren, der Prozentsatz unter den von ihnen befragten Frauen, welche gemäss den propagierten Empfehlungen Folat einnahmen, verglichen mit den 1995 erhobenen Zahlen, unverändert tief geblieben war. Deshalb stellten sie fest, dass als einzig effizienter Weg zur Sicherstellung der Folat-Supplementation von schwangeren Frauen die Anreicherung von Lebensmitteln zu sein scheine. Insbesondere führen sie aus, dass die universelle Folat-Supplementation ein unerreichbarer Traum bleibe, wenn es dabei bleibe, dass Frauen zuerst Folsäure-Tabletten kaufen und dann einnehmen müssten. In einer Welt unvollkommener Planung scheine die Anreicherung von Lebensmitteln der einzig wirklich effektive Weg um die Folat-Supplementation sicherzustellen<sup>179</sup>.
- Nach Anreicherung von Lebensmitteln in den USA reduzierte sich die Häufigkeit von NRD-Vorkommen um 19 % (a 19 % reduction in NTD birth prevalence occurred...). Die Autoren halten aber fest, dass auch andere Faktoren als die Anreicherung zu diesem Rückgang beigetragen haben könnten.<sup>180</sup>
- Schaller und Olson, zwei U.S.-Autorinnen, welche für das Nutrition Department der Kellogg Company arbeiten, haben die Daten zweier Studien (U.S. Department of Agriculture's 1989 – 1991 Continuing Survey of Food Intakes bei Individuals, und 1987 – 1988 Nationwide Food Consumption Survey) ausgewertet um festzustellen, welchen Beitrag die sog. „ready-to-eat-breakfast cereals (RTCE) bei der Folatzufuhr von Frauen im gebärfähigen Alter leisten. Sie stellten fest, dass Frauen, welche RTCE konsumierten eine höhere Folatzufuhr aufwiesen als Frauen, die angaben, keine RTCE zu konsumieren. Neuere Berichte wiesen, gem. den Autorinnen, darauf hin, dass die meisten Frauen nicht über die vom United States Public Health Service herausgegebenen Empfehlungen Bescheid wussten, und dass viele Gesundheitsexperten (health professionals) die Frauen nicht darüber informierten, dass sie während der gebärfähigen Jahre entsprechend Folat zu sich nehmen sollten. Die Lebensmittelindustrie sei schon bisher ein effektiver Kommunikator für Gesundheits- und Ernährungsbotschaften gewesen und solle dazu ermutigt werden, die Rolle von Folsäure bei NRD's bewusster zu machen (..should be encouraged to raise awareness about the role of folate...).<sup>181</sup>
- Im Moment sei noch keine abschliessende Beurteilung möglich in Bezug auf Beteiligung der genetischen Faktoren beim Zusammenhang von Folsäureaufnahme resp. –speicher und Spina bifida.

---

eindeutig auf der Frage, ob Getreidemehl auch mit den Vitaminen B12 und B6 angereichert werden soll. Dabei wird in den Schlussfolgerungen auf S. 73 festgehalten, dass nach FDA und COMA niemand überprüft habe, wie sicher das hoch dosierte und gleichzeitige Anreichern mit Folsäure und Vitamin B12 für die Gesamtbevölkerung sei. Was das Gleichgewicht der drei Vitamine Folsäure, Vitamin B12 und Vitamin B6 betreffe, so sei dies bei hoch dosierter Zufuhr von Vitamin B12 und Folsäure für Vitamin B6 nur schwer abzuschätzen. Insgesamt erweise sich damit die Idee, durch das zusätzliche Anreichern des Getreidemehls mit Vitamin B12 neurologische Folgen eines Vitamin B12-Mangels zu verhüten, als nicht durchführbar. Der Folsäurezusatz müsse deshalb so dosiert werden, dass niemand in der Bevölkerung den „upper level“ von 1 mg überschreitet.

<sup>179</sup> Vgl. HENRY / CROWTHER 2000, S. 407 – 408. So deutlich wie hier kommt die eigentliche Rechtfertigung von „obligaten“ Folsäurezusätzen in einem Grundnahrungsmittel selten zum Ausdruck: Anscheinend liegt der Hauptgrund darin, dass sich ein Teil der potentiell betroffenen Frauen nicht so verhalten, wie die Expertinnen es für gut halten.

<sup>180</sup> Vgl. HONEIN ET AL. 2001, S. 2981 – 2986.

<sup>181</sup> Vgl. SCHALLER 1996, S. 761-S – 764-S (Auch Hinweis auf health claim bezogen auf Folat und NRD's).

Es bestehen Lücken in den verfügbaren Daten über Ernährungsgewohnheiten der Zielgruppe (Frauen zw. ca. 15 – 46 J., aller sozialen Schichten).<sup>182</sup>

Ebenso wenig geht aus den vorliegenden Befunden hervor, dass die Anreicherung eines Grundnahrungsmittels mit Folsäure zur Verhütung anderer Krankheiten unerlässlich wäre. Die Situation ist mit den NRD insofern nicht vergleichbar, als über die Wirkungszusammenhänge keine Klarheit besteht und als mildere Alternativen selbstbestimmungsfreundlichere Verhütungsmassnahmen – Bewegung, Ernährung, Frühuntersuchungen usw. – geläufig sind, deren Wirksamkeit keineswegs weniger plausibel ist:

- Eine generelle Folsäure-Prävention durch Anreicherung von Mehl sei sinnvoll, weil dadurch 40 – 50 % aller NRD, insbesondere die schwer mutilierende Spina bifida, verhütet werden könnte. Weil auch andere Fehlbildungen (Herz, Gaumenspalten, Harnwege, Gliedmassen) mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit reduziert würden. Weil durch die Absenkung von Homocystein die atherosklerotischen Veränderungen der Gefässintima v.a. in den Koronarien und Karotiden unterdrückt würden, und damit mit hoher Wahrscheinlichkeit eine wirksame Prophylaxe gegen Herzinfarkt und Apoplexie geleistet würde. Weil aus verschiedenen Arbeiten hervorgehe, dass ein protektiver Effekt gegen einige Karzinomtypen (v.a. Kolon- und Mammakarzinom) zum mindesten wahrscheinlich sei. Gleiches gelte für kindliche Leukämien und Hirntumoren. Weil diese Prävention nebenwirkungsfrei, risikolos und äusserst kostengünstig sei; und darüber hinaus einen wesentlichen Beitrag zur Senkung der Kosten im Gesundheitswesen beitrage!<sup>183</sup>

Aus der Sicht der verfassungsrechtlichen Anforderungen, die bezogen auf öffentliche Interessen der Gesundheit massgebend sind, steht die individuelle Selbstbestimmung der Anbieter, der Konsumenten und der obhutspflichtigen künftigen Eltern bezüglich dessen, was für die Gesundheit getan werden soll, an oberster Stelle<sup>184</sup>. „Obligate“ Folsäurezusätze sind aus dieser Sicht nicht das mildeste Mittel. Angehörigen der Zielgruppe, für welche Folsäurezusätze geeignet sind - Frauen im gebärfähigen Alter – auch ohne oder gegen ihren Willen erhöhte Folsäure-Zusätze zu verabreichen, bedeutet bezogen auf die individuelle Selbstbestimmung eine stark eingreifende Massnahme. Der Eingriff erscheint noch stärker, wenn man in Betracht zieht, dass auch Personen betroffen wären, die überhaupt keinen wissenschaftlich erhärteten Vorteil aus der Zwangsmedikation ziehen und sich durchaus auch mit äquivalenten Präventionsmassnahmen nach eigener Wahl vor den anvisierten Krankheiten schützen könnten.

Beispielsweise wäre die Gewährleistung einer Wahl der Konsumenten zwischen Produkten mit folsäure-angereichertem Mehl und solchen mit normalem Mehl, begleitet von nicht-direktiven Informationen über die Bedeutung von Folsäurezusätzen, mit Bezug auf die individuelle Selbstbestimmung wesentlich schonender. Selbst die Kombination von Folsäure-Angeboten mit nichtdirektiven öffentlichen Informationen (gleichgültig, ob diese als „Empfehlungen“ oder „Informationen“ bezeichnet sind) und direktiven, auf Verhaltensanpassungen zielenden, zielgruppenspezifischen Aufklärungs- und Erziehungskampagnen wäre noch freiheitsfreundlicher als die bevölkerungsweite Zwangsbehandlung durch Zusatz von Folsäure in einem Grundnahrungsmittel. Direktive Interventionen würden freilich, wie dargelegt<sup>185</sup>, die Schaffung neuer formell-gesetzlicher Grundlagen erfordern, sei es auf kantonaler oder

<sup>182</sup> Vgl. Hurst 2000, S. 33 (s. FN 4 und weitere).

<sup>183</sup> Vgl. TÖNZ 2002, S. 303 – 310. Bei diesem Abschnitt handelt es sich um die auf S. 310 durch den Autor aus seinen Ausführungen gezogene „Quintessenz“.

<sup>184</sup> Siehe dazu vorn Ziff. 6.1.3.1.

<sup>185</sup> Die in Ziff. 3.2.1 mit Bezug auf formelle und informelle Verpflichtungen der Lebensmittelanbieter Ausgeführten gilt, mutatis mutandis, auch mit Bezug auf ebensolche Verpflichtungen gegenüber Personen auf der Abneh-

eidgenössischer Ebene. Dass nicht-direktive Informationen oder gar Aufklärungs- und Erziehungskampagnen, individuelle Beratung gebärfähiger Frauen in der Schule, bei Gelegenheit des Besuchs von Gesundheitsfachpersonen oder ähnliches in der Schweiz nicht die erwünschten Wirkungen zeitigen würden und daher gar kein geeignetes milderer Mittel wären, ist weder erwiesen noch zu vermuten.

Eine retrospektive Kohortenstudie über Geburtsdefekte in verschiedenen europäischen Staaten sowie Israel, die im Jahr 2005 veröffentlicht wurde, kommt zwar zum Schluss, dass nach 1992, dem Jahr der erstmaligen Publikation von entsprechenden Empfehlungen in diesen Staaten, gegenüber den Vorjahren keine signifikante Abnahme von NRD-Defekten bei Neugeborenen festzustellen sei<sup>186</sup>. Gleichzeitig wird jedoch auf die Beschränktheit der Studie hingewiesen; insbesondere wiesen die einbezogenen Staaten unterschiedliche Registrierungspraktiken auf, regionale und lokale Aufklärungs- und Erziehungskampagnen und deren allfällige Wirkungen wurden nicht erhoben, die Auswahl der Staaten richtete sich nach der Verfügbarkeit von Finanzierungsmitteln für die Studie und der Verfügbarkeit von Daten anstatt nach inhaltlichen Kriterien, und es lagen keine Informationen über Art und Grad der Implementierung der Empfehlungen vor<sup>187</sup>. Trotzdem ist in der Studie, irreführend, von „no detectable effect“ (anstatt: „no detected effects“) die Rede<sup>188</sup>, und trotzdem wird (ohne weitere Begründung) als „reasonable and urgent strategy to reduce this growing and unceasing burden of preventable death and disability“ empfohlen, „to quickly integrate fortification with a fuller implementation of recommendations on folic acid.“ Was unter „implementation of recommendations“ verstanden wird, ob eine Umsetzung durch Aufklärungs- und Erziehungskampagnen, Beratungen usw., welche zwar einer Verpflichtung äquivalent sind und in die individuelle Selbstbestimmung eingreifen, diese aber prinzipiell respektieren, oder aber politischen Entscheidungen und Vollzugsmassnahmen für die eine „obligate“ Zusetzung von Folsäure zu einem Grundnahrungsmittel, welche eine Zwangsbehandlung darstellen und die individuelle Selbstbestimmung negieren würde, geht aus der Studie nicht hervor. Ihre Empfehlung mag den Autorinnen und Autoren im übrigen strategisch vernünftig erscheinen, aus der Studie und deren Resultaten ergibt sie sich jedoch nicht<sup>189</sup>.

Dass die individuelle Selbstbestimmung respektierende Massnahmen allenfalls höhere Kosten als die Zusetzung von Folsäure zum Getreidemehl verursachen könnten, fällt im Licht der hier massgebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht stark ins Gewicht. Ausschlaggebend wären die Kosten nur, wenn sie so hoch wären, dass die freiheitsfreundliche Massnahme unter den gegebenen historischen Bedingungen auf keinen Fall finanzierbar wäre; denn dann wäre die Massnahme realiter gar nicht verfügbar. Dies ist indessen heute in der Schweiz nicht der Fall; hier geht es einzig um die Prioritätensetzung angesichts beschränkter budgetärer Mittel. Würde die Bedeutung der Prävention der Krankheiten, die mit Folsäurezusätzen verhütet werden können, hoch genug angesetzt, könnte die Aufklärungsarbeit ohne weiteres finanziert werden, freilich zulasten anderer, als weniger wichtig oder weniger dringlich eingestufte staatlicher Aktivitäten.

Aus diesen Gründen stellt die „obligate“ Anreicherung des Getreidemehls (oder eines anderen Grundnahrungsmittels) nicht das mildeste unter den Mitteln dar, die in der Schweiz heute zur Verhütung von NRD und weiterer Krankheiten prinzipiell zur Verfügung stehen.

---

merseite, seien dies individuelle Personen, spezifische Personengruppen oder die Gesamtbevölkerung: Informelle staatliche Massnahmen wie eben die direktive Information bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, wenn sie Verhaltensänderungen zum Ziel haben und daher formellen rechtlichen Verpflichtungen äquivalent sind.

<sup>186</sup> Siehe Botto et al., International retrospective study, S. 3 f.

<sup>187</sup> Siehe a.a.O., S. 4 f.

<sup>188</sup> Siehe a.a.O., S. 5.

<sup>189</sup> Auch aus den in Ziff. 2 dargestellten Studien über Korrelationen zwischen Angeboten an Folsäure und dem Auftreten von Neuralrohrdefekten lässt sich nicht schliessen, dass ein die individuelle Selbstbestimmung respektierendes Vorgehen nicht wirkungsvoll wäre.

### 8.1.2.3 Unangemessenes Mittel für den angestrebten Zweck der Krankheitsverhütung

Auch für die Zweck-Mittel-Angemessenheit von „obligaten“ Folsäurezusätzen im Getreidemehl schliesslich fehlen stichhaltige Belege:

- Sicherheitsüberlegungen, z.B. Maskierung eines Vitamin-B<sub>12</sub>-Mangels, Wechselwirkung mit Zink, Interaktionen mit Medikamenten (Methotrexat, Phenytoin etc.) und Allergien könnten eine Rolle spielen.<sup>190</sup>
- Mögliche Risiken lägen in der Zunahme von *neurological disorders* bei Leuten mit einem unentdeckten Vitamin-B<sub>12</sub>-Mangel und möglichen Wechselwirkungen zwischen Folsäure und einigen medizinischen Behandlungen (medication; vgl. Kapitel 7, COMA; spezifischere Ausführungen ebenfalls in Kapitel 8, COMA)<sup>191</sup>.
- Ein Anreicherungsprogramm, welches Frauen täglich 400 µg Folsäure zuführte, würde gegen NRD schützen, aber zum Preis einer ungewöhnlich hohen Belastung (high exposure for many people) vieler anderer Leute. Die Zuführung von täglich 200 µg würde ebenso effektiv gegen NRD schützen, wäre aber sicherer für die Gesamtbevölkerung<sup>192</sup>.
- Eine gesetzlich vorgesehene [*bezogen auf USA*] Anreicherung von Getreide mit 140 µg Folsäure/100 g werde mehr Schaden als Nutzen haben, solange das FDA nicht vorschreibe, dass alle diese Anreicherungen nebst Folsäure auch Vitamin B12 enthielten. Damit würden, nach Ansicht der Autoren, nicht nur ca. 2'000 NRD's verhindert werden, sondern ebenso Nervenschädigungen durch folsäure-bedingte, unentdeckte perniziöse Anämien bei fertilen afro-amerikanischen Frauen. Diese hätten ein erhöhtes Risiko eines frühen Ausbruchs von perniziöser Anämie während des gebärfähigen Alters, welches durch die einseitige Anreicherung und Supplementierung mit Folsäure hervorgerufen werde<sup>193</sup>.
- Wharton und Booth (GB) kommen zum Schluss, ein wichtiger Schritt bei der Einführung eines Anreicherungsprogramms sei noch nicht vorgenommen worden, nämlich die Erhebung von Daten über die Sicherheit von Folsäure-Zusätzen und ihren Nutzen. Die Autoren wissen einerseits über die Vorteile einer Anreicherung, fragen sich aber andererseits, ob es akzeptabel sei, die Folsäure-Zufuhr von 50 Millionen Leuten zu erhöhen um einen oder zwei Dritteln von Schwangerschaften mit NRD zu verhindern, bevor der Nutzen und die Sicherheit von Leuten, welche nicht schwanger seien, bewiesen sei<sup>194</sup>.
- Eine generelle Lebensmittelanreicherung, um NRD zu verhindern, erfordere die Betrachtung von möglichem Nutzen und Schaden, nicht nur für die Frauen im gebärfähigen Alter, sondern auch der anderen Bevölkerungsgruppen. Wichtige mögliche Vorteile schlossen eine Reduktion von kardiovaskulären Krankheiten, insbes. Schlaganfällen und Herzanfällen (vgl. Kapitel 6 COMA) und von Gemütskrankheiten (mood disorders) und Demenz (vgl. Kapitel 7 COMA), mit ein.

---

<sup>190</sup> EICHHOLZER ET AL. 2002a, S. 7 – 16. (im zitierten Artikel Verweis auf Dietary reference intakes; s. Beilage aus Federal Register Vol. 61, No. 44, 1996, 8797 – 8807).

<sup>191</sup> Vgl. zum Ganzen: COMA 2000.

<sup>192</sup> Vgl. DALY 1997, S. 1666 – 1669.

<sup>193</sup> HERBERT ET AL. 1997, S. 572.

<sup>194</sup> Vgl. WHARTON / BOOTH 2001, S. 1198 – 1199.

- Wichtigstes (medizinisches) Argument: Befürchtung, dass Folsäure durch die Maskierung eines Vitamin-B12-Mangels die Behandlung der neurologischen Komponente des Mangels verhindern könnte. Zusätzliche Befürchtung: Folsäure beschleunige die Entwicklung neurologischer Symptome direkt; es wurde deshalb ein „upper level“ von 1 mg festgelegt. Bisher habe noch niemand überprüft, wie sicher das hoch dosierte und gleichzeitige Anreichern mit Folsäure und Vitamin B12 für die Gesamtbevölkerung sei. Folsäure und die Vitamine B12 und B6 seien auch in den Stoffwechsel des KHK (Kreislauf-, Herzkrankheits)-Risikofaktors Homocystein involviert; um das Gleichgewicht zu wahren, sollte eine gleichzeitige Anreicherung der drei Vitamine in Betracht gezogen werden. Problematisch: Gleichgewicht der drei Vitamine herstellen, wenn Folsäure und Vitamin B12 hoch dosiert angereichert werden. Insgesamt erweise sich die Idee, durch zusätzliches Anreichern des Getreidemehls mit Vitamin B12 neurologische Folgen eines Vitamin-B12-Mangels in der Gesamtbevölkerung zu verhüten, als nicht durchführbar. Der Folsäurezusatz müsse deshalb so dosiert werden, dass niemand in der Bevölkerung den „upper level“ von 1 mg überschreite.<sup>195</sup>

An sich ist der Zweck der Krankheitsverhütung, der verfolgt wird, im Rahmen der massgebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen wichtig. NRD-korrelierte Krankheiten können zu einer starken Beeinträchtigung der Gesundheit einer Bevölkerungsgruppe, der betroffenen Kinder und Angehörigen, führen. Ohnehin entscheidend beeinträchtigt wird die Gesundheit der einzelnen betroffenen Personen. Aber selbst für eine Zusetzung von täglichen Dosen unter 200 µg zur Verhinderung von NRD steht nicht ausser Zweifel, dass sie angemessen sind, um diesen Zweck zu erfüllen. Umso weniger sind höhere Dosen und die Zusetzung von Folsäure zur Verhütung anderer Krankheiten angemessen; denn mit steigenden Dosen nehmen vermutlich die Risiken von Nebenwirkungen zu, desgleichen mit weiteren Vitaminzusätzen zur Eindämmung dieser Risiken, und für andere Krankheiten als NRD sind die möglicherweise bedeutenden gesundheitlichen Risiken von erhöhten Folsäurezusätzen zum vornherein nicht angemessen, solange so wenig Evidenz dafür vorliegt, dass sie zweckdienlich sind, das heisst effektiv zur Verhütung solcher Krankheiten beitragen.

### **8.1.3 Was ändern müsste, damit die Verhältnismässigkeit bejaht werden könnte**

„Obligate“ Folsäurezusätze im Getreidemehl zur Verhütung von NRD und von weiteren Krankheiten sind, so das Ergebnis, auf dem heutigen Stand des Wissens durchweg nicht verhältnismässig. Damit sie verhältnismässig erschienen, müssten alle drei Voraussetzungen des Verhältnismässigkeitserfordernisses – Eignung, mildestes Mittel, Zweck-Mittel-Angemessenheit - kumulativ erfüllt sein; es genügt deshalb nicht, dass die Zusätze zur Verhütung zumindest von NRD geeignet sind.

Damit „obligate“ Folsäurezusätze im Getreidemehl aus verfassungsrechtlicher Sicht als verhältnismässig beurteilt werden könnten, müssten kumulativ

- bessere Evidenzen für die Wirksamkeit auch zur Verhütung der anderen anvisierten, nicht NRD-korrelierten Krankheiten vorliegen,
- andere, selbstbestimmungsschonendere Möglichkeiten zur Verhütung der anvisierten Krankheiten einschliesslich NRD ausgeschöpft sein und sich aufgrund systematischer Evaluation als in der Schweiz nicht hinreichend wirksam erweisen haben, und

---

<sup>195</sup> EICHHOLZER ET AL. 2002b.

- die Nebenwirkungsrisiken von erhöhten Folsäurezusätzen wissenschaftlich geklärt sein und sich als unerheblich oder real beherrschbar erweisen haben oder auf jene Zielgruppen beschränkt werden, die von der Massnahme erwiesenermassen grossen Nutzen haben können, das heisst heute allenfalls die gebärfähigen Frauen.

## 8.2 Fehlende Grundrechtsverträglichkeit

Zu Frage 6 des Fragenkatalogs vom 31.10.2003: Ist der obligate Zusatz von Folsäure verhältnismässig unter (b) grundrechtlichen Aspekten? (Ist der obligate Zusatz nicht willkürlich, überwiegen die Interessen der Krankheitsbekämpfung gegenüber den betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen, und ist der Zusatz für die betroffenen Personen zumutbar? **Bemerkung:** In diesem Zusammenhang besonders brisant: Die obligatorische Anreicherung von Getreidemehl mit Folsäure dient in erster Linie dazu, den in der Schweiz jährlich vorkommenden rund 80 Fällen von Spina bifida vorzubeugen. Gemäss Expertenbericht könnte „die Mehrzahl“ dieser Fälle vermieden werden. Andererseits wären von der Anreicherung des Getreidemehls mehrere Millionen Personen betroffen (d.h. alle, die in der Schweiz getreidemehlhaltigen Produkte beziehen). Bei über der Hälfte (Männer, Frauen vor und nach dem gebärfähigen Alter) dieser Personen ist Spina bifida kein Thema. Welches Interesse überwiegt?

Unter grundrechtlichen Aspekten muss dargetan werden können, dass Grundrechte eingeschränkt werden, dass „obligate“ Folsäurezusätze auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, in einem bestimmten öffentlichen Interesse oder im Schutz von Grundrechten Dritter begründet sind, bezogen auf den konkret betroffenen Grundrechtsgehalt verhältnismässig sind sowie den grundrechtlichen Kerngehalt wahren (Art. 36 BV). Manche Elemente sind in den bisherigen Ausführungen des Gutachtens bereits geklärt worden, so dass hier darauf verwiesen werden kann und nur noch geprüft wird, was zusätzlich nötig ist.

### 8.2.1 Einschränkung von Grundrechten

Im folgenden werden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die persönliche Freiheit geprüft. Selbstverständlich sind die zuständigen Bundesbehörden in ihrem Handeln auch an alle andern Grundrechte der Verfassung gebunden, wie beispielsweise das Grundrecht der Rechtsgleichheit und die Verfahrensgrundrechte.

#### 8.2.1.1 *Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (inkl. Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden; Art. 27 BV)*

„Obligate“ Folsäurezusätze schränken die in Art. 27 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Unternehmer ein:

Art. 27 Wirtschaftsfreiheit

<sup>1</sup> Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.

<sup>2</sup> Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung

Der sachliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit umfasst alle privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten.<sup>196</sup> Alle Erscheinungsformen privaten Erwerbs sind darin eingeschlossen, auch solche, die für weite Teile der Bevölkerung als sittlich anstössig gelten (z.B. Peep-Shows, Prostitution)<sup>197</sup>. Ferner werden alle Handlungen geschützt, die auf Erwerb gerichtet sind, d.h. die Erzielung eines Erwerbseinkommens zum Ziel haben.

Die Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die Freiheit der *Berufsausübung*. Alle mit der wirtschaftlichen Tätigkeit zusammenhängenden Handlungen werden geschützt, namentlich die freie Wahl der Unternehmungsform, die freie Wahl der betrieblichen Organisation und der sachlichen Mittel und die freie Gestaltung der vertraglichen Beziehungen, d.h. die freie Wahl der Vertragspartner und die freie Wahl der Vertragsinhalte.<sup>198</sup>

Daneben umfasst die Garantie der Wirtschaftsfreiheit auch die Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen sowie andere systembezogene Garantien (Art. 94 und 95 BV): Dazu gehören die Garantien der wettbewerbsgelenkten Marktwirtschaftsordnung (ordnungspolitischer Gehalt) sowie eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums.

Seit dem 19. Jahrhundert hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Hinblick auf mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbare Zwecke stark verändert. Nach der Verfassungsrevision von 1874 waren nur polizeiliche Interessen im engen Sinn (konkrete Gefahrenabwehr) zulässig. Im Entscheid Griessen (BGE 97 I 499, 505 ff.) hat das Bundesgericht dann 1971 auch soziale und sozialpolitische Interessen als Rechtfertigung für Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (früher: Handels- und Gewerbefreiheit) akzeptiert. Nach der heutigen Praxis des Bundesgerichts können Einschränkungen mit jedem anerkannten öffentlichen Interesse begründet werden; einzig strukturpolitisch motivierte Eingriffe im Bereich der Wirtschaft verbietet der verfassungsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, weil diese den freien Preiswettbewerb beeinträchtigen und im Extremfall unterbinden<sup>199</sup>. Staatliche Regelungen dürfen nur als *Nebenwirkung* strukturerhaltend oder –gestaltend wirken, soweit sich solche Wirkungen aus staatlichem Handeln zur Wahrung anderer öffentlicher Interessen ergeben und davon nicht getrennt werden können<sup>200</sup>.

Es liegt auf der Hand, dass die freie Wahl der sachlichen Mittel und die freie Gestaltung der vertraglichen Beziehungen, d.h. die freie Wahl der Vertragspartner und die freie Wahl der Vertragsinhalte als Elemente der Unternehmerfreiheit eingeschränkt wird, wenn Hersteller oder Verteiler von Getreidemehl von staatlicher Seite dazu veranlasst werden, nur noch Mehl mit erhöhten Folsäurezusätzen anzubieten. Die Einschränkung kann sich aus allen Arten staatlichen Handelns – aus Gesetzen, Verfügungen, Urteilen sowie besonders auch aus faktischem Handeln (Realakte) – ergeben<sup>201</sup>. Es ist insofern unerheblich, in welcher Form oder ob überhaupt formell Folsäurezusätze „obligat“ gemacht würden.

---

<sup>196</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5, Rz. 22 f., 26 ff.; J.P. MÜLLER, Grundrechte, S. 645.

<sup>197</sup> Vgl. BGE 101 Ia 473 E2b S. 476 betreffend die Prostitution sowie BGE 106 Ia 267 E1 S. 269 betreffend dem Betrieb von sog. Peep-Shows.

<sup>198</sup> Vgl. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, § 49, Rz. 8; J.P. MÜLLER, Grundrechte, S. 647 f.

<sup>199</sup> Siehe BGE 125 I 335ff., 337

<sup>200</sup> Die übliche Formel des Bundesgerichts lautet folgendermaßen: "Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Maßnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Betriebsformen zu sichern oder zu begünstigen." (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts [BGE] 125 I 335ff., 337 [1999]).

<sup>201</sup> Siehe Müller J. P., 2001, 639.

### 8.2.1.2 Mittelbare Einschränkung der Persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)

Die persönliche Freiheit (Art. 10 BV) räumt gemäss einer neueren Bundesgerichtsentscheidung (BGE 127 I 6 E5a S. 10ff.)

„...jedem Menschen das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit ein. Sie unterscheidet sich in ihrer Formulierung von der bisherigen Umschreibung des ungeschriebenen Grundrechts der persönlichen Freiheit und bedarf daher näherer Präzisierung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung garantierte die persönliche Freiheit alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen; sie umfasste "toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine", ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit und die dem Bürger eigene Fähigkeit, eine gewisse tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln. Das Bundesgericht hat indessen auch auf die Grenzen des ungeschriebenen Grundrechts hingewiesen und darin keine allgemeine Handlungsfreiheit erblickt, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf seine persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen könne; die persönliche Freiheit schütze nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen ... Ein Vergleich der bisherigen Umschreibung der persönlichen Freiheit mit dem neuen Verfassungstext zeigt, dass einzelne Elemente der bisherigen persönlichen Freiheit in spezielle Bestimmungen der Bundesverfassung Eingang gefunden haben. So enthalten die Abs. 1 und 3 von Art. 10 BV das Recht jedes Menschen auf Leben (sowie das Verbot der Todesstrafe) und das Verbot von Folter und jeder anderen Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung.... Art. 31 BV umschreibt - in Anlehnung an Art. 5 EMRK - die Voraussetzungen des Freiheitsentzuges, welcher stets als schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit betrachtet worden ist... Der Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit (und auf Förderung ihrer Entwicklung) nach Art. 11 BV weist einen unmittelbaren Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV auf ... Der Schutz auf Privatsphäre im Sinne von Art. 13 BV war ebenfalls Teil der ungeschriebenen persönlichen Freiheit ... Schliesslich bildete die Anerkennung der Menschenwürde die Grundlage der bisherigen persönlichen Freiheit ... Dies führt zur Frage, wie weit der Schutzbereich der persönlichen Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV tatsächlich reicht ... Trotz des Umstandes, dass die erwähnten Aspekte der bisherigen Formulierung Eingang in spezifischen Grundrechtsbestimmungen der neuen Bundesverfassung gefunden haben, kann die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV nach wie vor als das grundlegende Freiheitsrecht bezeichnet werden. Darauf deuten zum einen die Materialien hin: Nach der Botschaft des Bundesrates sollten die traditionellen Elemente der persönlichen Freiheit in die neue Bundesverfassung überführt werden und umfasst diese nicht ein einheitliches Objekt, sondern verschiedene Rechtsgüter... Zum andern kommt mit der Formulierung, dass "insbesondere" ein Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit eingeräumt wird, zum Ausdruck, dass über diese ausdrücklich genannten Verbürgungen hinaus weitere Bereiche bestehen und garantiert werden. Die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV stellt daher eine Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit dar. Sie umfasst weiterhin auch all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben. Was im Einzelnen dazugezählt werden kann, ist im Einzelfall unter Auslegung und Fortbildung des Verfassungstextes zu entscheiden ... Dabei kann nicht übersehen werden, dass die genannten Teilbereiche in andern Verfassungsbestimmungen spezifische Ausprägungen der persönlichen Freiheit darstellen. Diese rufen im Einzelfall nach einer Abgrenzung und differenzierten Fortentwicklung. ....“

Die persönliche Freiheit garantiert – neben anderen Inhalten - die körperliche, geistige, seelische und informationelle Unversehrtheit jedes Menschen. Sie richtet sich unter anderem gegen Untersuchungen, Behandlungen oder andere Eingriffe ohne informierte Einwilligung der betroffenen Person. Es ist nicht nötig, dass dabei Schmerzen zugefügt oder Körperschädigungen verursacht werden, der Eingriff in die körperliche Integrität genügt für die Annahme eines Eingriffs. Das Bundesgericht hat zahlreiche medizinische Untersuchungen und Behandlungen mit Zwangscharakter als Eingriffe in die persönliche

Freiheit behandelt (z.B. Blutentnahme im Vaterschaftsprozess, obligatorische Schutzimpfungen, obligatorische Schirnbilduntersuchungen, schulzahnärztliche Kontrollen und Behandlungen, medikamentöse und andere Zwangsbehandlungen psychisch kranker oder inhaftierter Menschen, besonders aber auch die Zwangsmedikation durch Fluorzusätze in der öffentlichen Wasserversorgung)<sup>202</sup>.

Die persönliche Freiheit wird für alle Menschen, die Produkte aus Mehl mit „obligaten“ Folsäurezusätzen konsumieren, mittelbar eingeschränkt, das heisst indirekt als Folge der Verpflichtung der Anbieter solcher Produkte, Folsäure zuzusetzen. Die „obligaten“ Folsäurezusätze greifen mit anderen Worten durch ihre Auswirkungen in eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition ein. Diese mittelbare Einschränkung muss die gleichen Voraussetzungen erfüllen wie unmittelbare Eingriffe, damit sie verfassungsmässig ist<sup>203</sup>.

## **8.2.2 Fehlende Grundrechtsverträglichkeit unter den gegenwärtigen Voraussetzungen**

### **8.2.2.1 Interesse der Gesundheit als massgebendes öffentliches Interesse**

Mit „obligaten“ Folsäurezusätzen soll ein Beitrag zur Krankheitsverhütung im Rahmen von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV geleistet werden, begründet in und orientiert an öffentlichen Interessen der Gesundheit. Eine Rechtfertigung für die Einschränkung von Grundrechten ergibt sich aus einem spezifischen, mit einer konkreten Verfassungsbestimmung verbundenen öffentlichen Interesse. Auf dieses öffentliche Interesse sind ebenso spezifische, verfassungsrechtliche Anforderungen bezogen. Die verfassungsrechtlichen Güter und die Gewichtung solcher Güter, die in diesen Anforderungen zum Ausdruck kommen, werden im Lauf der Zeit inhaltlich weitergebildet. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Frage, welche Grundrechtseinschränkungen unter dem Gesichtspunkt eines öffentlichen Interesses statthaft sind, mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenene ethische Wertordnung und in Anbetracht der sich verändernden Sozialverhältnisse zu beurteilen.<sup>204</sup>

### **8.2.2.2 Keine gesetzliche Grundlage**

*Frage 5 b Fragenkatalog vom 31.10.2003: Genügt gegebenenfalls auf das geltende LMG gestützte Verordnungsrecht als gesetzliche Grundlage, oder ist unter grundrechtlichen Gesichtspunkten eine explizite Vorschrift im LMG (die eine Revision des LMG erfordern würde) nötig?*

Eine gesetzliche Grundlage für die Grundrechtseinschränkungen ist derzeit nicht vorhanden. Weder aus dem Lebensmittelverordnungsrecht noch aus dem LMG selbst ergibt sich eine explizite oder auch nur implizite Ermächtigung staatlicher Instanzen zur Anordnung von „obligaten“ Folsäurezusätzen für Zwecke der Krankheitsverhütung. Andere gesetzliche Grundlagen sind ebenso wenig ersichtlich<sup>205</sup>.

Ein Hinweis zu den Anforderungen an eine künftig allenfalls zu schaffende gesetzliche Grundlage sei aber angefügt: Mit Bezug auf die gesetzliche Grundlage für Grundrechtseinschränkungen ist entscheidend, ob ein schwerer Eingriff vorliegt oder nicht; im ersten Fall ist eine spezifische Grundlage im for-

<sup>202</sup> Siehe dazu die Nachweise bei SCHWEIZER R. J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: THÜRER D. ET AL. (HG.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43, insbes. Rz 18.

<sup>203</sup> Siehe auch Müller J. P. 2001, S. 639 f. (Rz 47 f.).

<sup>204</sup> Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. BGE 118 Ia 427 E6a S. 437.

<sup>205</sup> Siehe dazu vorn Ziff. ZIFF. 7.1, 7.2.

mellen Gesetz nötig, im zweiten genügt eine Grundlage in einer verfassungs- und gesetzeskonformen Verordnung des Bundesrates oder allenfalls eines Departements. Je schwerer der Eingriff erscheint, desto höher sind die Anforderungen an die Regelung der Massnahme im formellen Gesetz (Inhalt, Zweck und Ausmass der mit der Massnahme verbundenen Einschränkungen).

Ob ein Eingriff in ein Grundrecht schwer oder nicht schwer ist, entscheidet das Bundesgericht weitgehend kasuistisch. Immer aber beurteilt es die Schwere absolut und generell; ein bestimmter Eingriff in eine Grundrecht hat immer die gleiche Schwere<sup>206</sup>. Nach der hier zugrundegelegten Konzeption ist die Schwere eines Grundrechtseingriffs jedoch relativ und spezifisch; sie hängt nämlich davon ab, welches Gewicht das durch das betroffene Grundrecht geschützte verfassungsrechtliche Gut innerhalb der verfassungsrechtlichen Anforderungen hat, die mit Bezug auf das massgebende öffentliche Interessen anwendbar sind. Daher kann der gleiche Grundrechtseingriff einmal schwer, einmal nicht schwer erscheinen, je nach leitendem öffentlichem Interesse.

Die Zwangsmedikation mit Folsäure, um dies am vorliegenden Problem zu illustrieren, bildet einen schweren Eingriff, weil das öffentliche Interesse der Gesundheit massgebend ist und bezogen auf dieses Interesse die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit an oberster Stelle steht<sup>207</sup>. Dagegen wäre eine Verpflichtung der Hersteller und Verteiler von Getreidemehl, nebeneinander alle Getreidemehlsorten sowohl mit als auch ohne erhöhte Folsäurezusätze anzubieten, nicht als schwerer Eingriff zu beurteilen, weil die Wirtschaftsfreiheit bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit kein besonders grosses Gewicht hat.

Wären dagegen beispielsweise das öffentliche Interesse des Geldes und der Waren massgebend, stünde die durch die Wirtschaftsfreiheit geschützte unternehmerische Selbstbestimmung an oberster Stelle, so dass die gleiche Verpflichtung, angereichertes und nicht angereichertes Mehl anzubieten, je nach dadurch verursachten zusätzlichen Kosten allenfalls als schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erschiene. Der Eingriff in die persönliche Freiheit durch die Zwangsmedikation der Konsumenten aber wöge nicht schwer, weil die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit bezogen auf dieses öffentliche Interesse weniger wichtig ist. Ebenfalls nicht als schwerer Eingriff erschiene die Zwangsmedikation, wenn öffentliche Interessen der Sicherheit leitend wären; denn auch mit Bezug auf dieses Interesse hat die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit geringeres Gewicht, wobei aber nicht die Unternehmerfreiheit, sondern der Schutz der Bevölkerung vor Gefahren und Risiken an oberster Stelle steht.

Im Ergebnis bedeutet dies u. E., dass für „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung eine Grundlage in einem formellen Gesetz nötig wäre, die mindestens generell umschreibt, welche Arten von Zwangsmedikation zu welchen Zwecken, unter welchen Voraussetzungen, gegenüber welchen Zielpersonen oder –gruppen und in welchen Grenzen staatlich veranlasst werden dürfen. Die Anforderungen an den Inhalt der formell-gesetzlichen Grundlage wären dabei umso höher, je grösser das Risiko von Belastungen und Risiken durch die Zwangsmedikation und je geringer der Nutzen für die verfassungsrechtlichen Güter wären, die damit geschützt werden sollen, also für Dosierungen über 200 µg Folsäure täglich höher als für solche unter 200 µg täglich.

---

<sup>206</sup> Siehe z. B. BGE 130 I 16 ff. zu den Voraussetzungen für Zwangsbehandlungen. Je nachdem schwerer (Neuroleptika) oder nicht schwerer Eingriff (Fluorzusätze im Trinkwasser). Schwere ist abhängig von der Wichtigkeit des Trägerprodukts für die Betroffenen, vor allem aber von der Risikogrösse (= Schaden x Eintrittswahrscheinlichkeit), Belastungen und Nebenwirkungen, die mit der Medikation für die empfindlichsten unter den betroffenen Personen verbunden sind.

<sup>207</sup> Siehe dazu Ziff. 6.1.3.1.

### 8.2.2.3 *Verhältnismässigkeit*

Im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung sind ähnliche drei Elemente (Geeignetheit, mildestes Mittel bzw. Erforderlichkeit, Zumutbarkeit) zu überprüfen wie im Rahmen der verwaltungsrechtlichen. Hier kommt aber hinzu, dass der Grundrechtseingriff bezogen auf grundrechtlich geschützte verfassungsrechtliche Gut gerechtfertigt werden muss, so dass die verfassungsrechtlichen Güter, die durch das grundrechtseinschränkende staatliche Handeln geschützt werden sollen, in Relation zu diesem gesetzt werden müssen. Die verfassungsrechtlichen Güter, die das staatliche Handeln legitimieren, müssen dabei sowohl in abstracto als auch in concreto umso wichtiger sein, je einschneidender der Grundrechtseingriff qualitativ und quantitativ ist. Diese relative, nur auf die konkrete Relation bezogene Gewichtung der verfassungsrechtlichen Güter wird in Lehre und Praxis uneinheitlich eingeordnet und benannt; sie kann unter den Titeln der Zumutbarkeit, Verhältnismässigkeit generell oder eines „überwiegenden öffentlichen Interesses“ erfolgen und Güter- oder Interessenabwägung heissen.<sup>208</sup>

Für die Eignung und die Erforderlichkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen kann auf das zur Verhältnismässigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinn Gesagte verwiesen werden. Weil beide Voraussetzungen nicht erfüllt sind, erübrigt sich die weitere grundrechtliche Prüfung an sich.

Trotzdem sind einige Hinweise zur Gewichtung der einander gegenüberstehenden verfassungsrechtlichen Güter angebracht. Ähnlich wie für die grundrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage ist auch hier entscheidend, welches öffentliche Interesse massgebend ist. An anderer Stelle wurden als mögliche Güter, die durch „obligate“ Folsäurezusätze geschützt werden sollen, die persönliche Fürsorge für künftige Kinder, die individuelle Gesundheit künftiger Kinder, die Gesundheit von besonders betroffenen Bevölkerungsgruppen, die wirtschaftliche Prosperität, die Eigenverantwortung schlechthin und die Wohlfahrt der Bevölkerung als ganzer erwähnt; als Güter, die dem entgegenstehen (aber nur zum Teil grundrechtlich geschützt sind), wurden die individuelle körperliche, selische und geistige Integrität lebender und künftiger Menschen, die individuelle Selbstbestimmung über den eigenen Körper und dessen Gesundheits- oder Krankheitsentwicklung, die individuelle Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Konsums, die individuelle Selbstbestimmung bezüglich der eigenen unternehmerischen Tätigkeit und kollektive Güter von bestimmten lebenden oder künftigen Gruppen aufgeführt<sup>209</sup>. Je nach konkreter staatlicher Massnahme und betroffenem Grundrecht sind andere unter diesen Gütern relevant. Und je nach öffentlichem Interesse nun gilt ein anderer Massstab für die Gewichtung der Güter:

Durch die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist die individuelle Selbstbestimmung bezüglich der eigenen unternehmerischen Tätigkeit relevant. „Obligate“ Folsäurezusätze lassen sich vor allem mit der persönlichen Fürsorge für künftige Kinder, der individuellen Gesundheit künftiger Kinder oder der Gesundheit von besonders betroffenen Bevölkerungsgruppen begründen. Bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit dürften abstrakt alle drei zur Begründung des staatlichen Eingriffs geltend machbaren Güter wichtiger sein als die Selbstbestimmung bezüglich der unternehmerischen

---

<sup>208</sup> Weil der Begriff der öffentlichen Interessen in der herrschenden Lehre und Praxis zu wenig geklärt ist, wird die Abwägung unter verschiedenen Titeln eingeordnet und teils „Interessenabwägung“, teils „Güterabwägung“ genannt. Siehe z. B. MÜLLER J. P. 2001, S. 642 (Rz 55 f.; RHINOW 2003, „ 205 ff. (Rz 1135 ff., insbes. 1141). Das Bundesgericht scheint auf Verfahrensanforderungen auszuweichen, wenn es verlangt, dass die Güterabwägung im Fall von schweren Grundrechtseingriffen besonders umfassend sein müsse (BGE 130 I 16 ff., 19).

<sup>209</sup> Siehe vorn Ziff. 5.1.4.1.

Tätigkeit. Aber in concreto würden „obligate“ Folsäurezusätze derzeit so wenig zum Schutz der geltend gemachten Güter beitragen, dass der Schutz der unternehmerischen Selbstbestimmung wichtiger wäre, obwohl diese Selbstbestimmung nicht weitgehend eingeschränkt würde. Anders fiel die Gewichtung in concreto jedoch aus, sobald die nötige Evidenz vorhanden wäre, dass „obligate“ Folsäurezusätze ein geeignete und das mildeste Mittel bilden.

Durch die mittelbare Einschränkung der persönlichen Freiheit dagegen sind abstrakt Güter betroffen, die bezogen auf das Interesse der Gesundheit ungleich wichtiger sind als die unternehmerische Selbstbestimmung, nämlich die individuelle körperliche, seelische und geistige Integrität lebender und künftiger Menschen sowie die individuelle Selbstbestimmung über den eigenen Körper und dessen Gesundheits- oder Krankheitsentwicklung. Die Gewichtung im Verhältnis zu den Gütern, die für „obligate“ Folsäurezusätze geltend gemacht werden können, fiel daher in concreto auch dann zugunsten der Integrität und der Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit aus, wenn schlagende Beweise für die Geeignetheit und Erforderlichkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen vorläge. Denn besonders die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit steht bezogen auf dieses öffentliche Interesse an oberster Stelle.

Im Ergebnis würden „obligate“ Folsäurezusätze zur Zeit in der Schweiz sowohl die Wirtschaftsfreiheit als auch die persönliche Freiheit durch verfassungswidrige Einschränkung verletzen. Liesse sich aber künftig belegen, dass „obligate“ Folsäurezusätze zur Verhütung von NRD oder allenfalls weiteren Krankheiten unter verwaltungsrechtlichen Aspekten geeignet, erforderlich und zweckangemessen sind, so wäre zwar die damit verbundene Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit als verfassungskonform zu beurteilen; die (mittelbare) Einschränkung der persönlichen Freiheit aber wäre auch dann nicht begründet, so dass die entsprechende Zwangsmedikation trotzdem verfassungswidrig wäre.

#### **8.2.2.4 Wahrung des Kerngehalts**

Weder der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit noch derjenige der persönlichen Freiheit, der jeder Einschränkung - gleich welches öffentliche Interesse massgebend ist - entgegensteht, ist durch „obligate“ Folsäurezusätze verletzt. Eine Verletzung des Kerngehalts der persönlichen Freiheit wäre beispielsweise bei Zwangsmedikationen überhaupt zu prüfen, welche nicht nur den Willen unterlaufen, sondern die Willensfreiheit als solche beeinflussen oder die körperliche, seelische oder geistige Integrität schwerwiegend gefährden.

### **8.3 Würdigung**

Bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit, daran sei erinnert, haben medizinische und präventivmedizinische Standards für das Richtige erste Priorität. Beurteilt nach diesen Standards sind „obligate“ Folsäurezusätze zwar zur Verhütung von NRD-korrelierten, nicht aber der anderen anvisierten Krankheiten geeignet. Bezogen auf dieses öffentliche Interesse hat zudem die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit sehr grosses Gewicht, weit grösseres als verfassungsrechtlich an sich ebenfalls anerkannte Werte, welche die Krankheitsverhütung durch „obligate“ Folsäurezusätze schützen würden. Im Licht dieser Gewichtung erscheinen „obligate“ Zusätze nicht als das mildeste Mittel, weil sie die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit rundweg negieren; selbstbestimmungsschonendere Alternativen wären verfassungsrechtlich geboten, auch wenn sie mit grösserem Aufwand verbunden wären. Im übrigen sind „obligate“ Folsäurezusätze im Getreidemehl, wiederum gemessen

an den genannten Massstäben, als Mittel für den angestrebten Zweck nicht angemessen, weil sie für einen viel zu grossen Kreis von nicht krankheitsgefährdeten Personen die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit negieren und Risiken von erheblichen Nebenwirkungen mit sich bringen. Aus diesen Gründen sind „obligate“ Zusätze im verwaltungsrechtlichen Sinn als unverhältnismässig zu beurteilen.

Die Zusätze würden zudem Grundrechte einschränken. Wenn die zuständigen Bundesbehörden die Müllereien zum „obligaten“ Zusatz von Folsäure verpflichten und Lebensmittelproduzenten und -importeuren sowie dem Lebensmittelhandel verbieten, auf Alternativen zu greifen, schränken sie deren Wirtschaftsfreiheit ein. Ob sie einseitige Anordnungen treffen oder sich in informellen Verfahren mit den Adressaten einigen, macht für die Qualifikation der Massnahme als Grundrechtseingriff keinen Unterschied. Desgleichen bilden direktive Informationen gegenüber den Anbietern einen Eingriff. Von der Verpflichtung wären jedoch nicht nur wirtschaftliche Interessen der Anbieterseite, sondern indirekt auch die Interessen der Abnehmerseite betroffen. Unabhängig davon, ob und in welcher Art die Bundesbehörden die Produzenten und Importeure zum Zusatz von Folsäure veranlassen und ob sie namentlich diesen gegenüber eine Verpflichtung zwangsweise durchsetzen oder nicht, wird mit dem „obligaten“ Zusatz von Folsäure in einem Grundnahrungsmittel auf die Kunden ein mittelbarer Zwang ausgeübt. Damit ist ein mittelbarer Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit verbunden. Nicht nur wird das durch die persönliche Freiheit geschützte Selbstbestimmungsrecht über die eigene Gesundheit und körperliche Integrität ausgeschaltet, sondern die Kunden können sich dem Konsum erhöhter Mengen Folsäure faktisch nicht entziehen.

Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage sind *de lege lata* bezüglich beider Eingriffe zum vornherein nicht erfüllt. Für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit wäre indessen neues Verordnungsrecht *prima facie* genügend, während für solche der persönlichen Freiheit eine substantiierte Grundlage in einem formellen Gesetz geschaffen werden müsste. Die Voraussetzungen für die Verhältnismässigkeit „obligater“ Folsäurezusätze wären mit Bezug auf Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit eher erfüllbar als mit Bezug auf die persönliche Freiheit; und die Güterabwägung fiel zu Lasten der Wirtschaftsfreiheit, aber zugunsten der persönlichen Freiheit aus. Alle drei Unterschiede ergeben sich aus dem Umstand, dass die mit der Einschränkung der persönlichen Freiheit in verfassungsrechtlich Schutzgüter eingegriffen würde, die bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit wesentlich schwerer wiegen als die mit der Wirtschaftsfreiheit geschützten Güter.

## 9 OFFENE FRAGEN DER AUFGABENERFÜLLUNG UND DES VOLLZUGS DER VERWALTUNGSAUFGABEN

Wären „obligate“ Folsäurezusätze verfassungsrechtlich begründet, so müsste sich an dieser Stelle die Prüfung zweier weiterer Punkte anschliessen:

Es wäre im Licht der verfassungsrechtlichen Anforderungen, die bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit massgebend sind, zu prüfen, wie weit die Verhütung von NRD-korrelierten und weiteren Krankheiten funktional und finanziell privatisiert werden darf (Zulässigkeit und Grenzen der Privatisierung der Aufgabenerfüllung, Umschreibung der Verwaltungsaufgaben); denn es wäre ja vorgesehen, „obligate“ Folsäurezusätze durch die privaten Anbieter selbst vornehmen, deklarieren und allenfalls als wichtig für die Krankheitsverhütung anpreisen zu lassen. Die Umsetzung von Sicherheitsanliegen durch Private, die regelmässig ihre eigenen Interessen verfolgen, ist nicht unproblematisch.

Ausgehend von den gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen müsste zudem untersucht werden, wie der Vollzug der Verwaltungsaufgaben, die durch staatliche Instanzen selbst erfüllt werden (evtl. Herstellung und / oder Vertrieb einschliesslich Anpreisung von Produkten mit erhöhten Folsäurezusätzen, evtl. Planung der Herstellung und der Verteilung von Produkten mit solchen Zusätzen einschliesslich Subventionierung, evtl. Regulierung und Kontrolle) organisiert werden soll (zuständige Instanzen einschliesslich bundesstaatliche sowie sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeiten; Verfahren einschliesslich Handlungsformen, Arten informellen Handelns und Einbezug von Adressaten in den - dadurch teilautonomen – Vollzug; Konkretisierung der für Vollzugsmassnahmen zulässigen – von den massgebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen bestimmten – Begründungen).

Es erübrigt sich jedoch, näher darauf einzugehen, weil für „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung zur Zeit zwar eine Verfassungsgrundlage vorhanden wäre, aber sowohl eine gesetzliche Grundlage als auch die Verhältnismässigkeit und die Grundrechtsverträglichkeit fehlen. Die Fragen können deshalb offen bleiben.

## 10 ZUSAMMENFASSUNG

### 10.1 „Obligater“ Zusatz von Folsäure im Getreidemehl als Zwangsmedikation

Mit „obligaten“ Folsäurezusätzen im Getreidemehl will man in erster Linie die Zahl von NRD und der damit verbundenen Krankheitserscheinungen senken (ca. 80 Fälle / Jahr in der Schweiz, je nach täglich zusätzlich aufgenommenen Folsäuremenge und je nach Schätzung um 40 – 70 % reduzierbar). Zudem hofft man allenfalls auch andere, in der Bevölkerung weiter verbreitete Krankheiten zu verhüten, besonders Herz-Gefäss-Erkrankungen oder gewisse Krebsarten. An sich bringen die Folsäurezusätze nur gefährdete Personen einen Nutzen, doch um diese vollständig und möglichst effizient zu erreichen, will man der gesamten Bevölkerung erhöhte Mengen von Folsäure zuführen.

Angereichert würde das Getreidemehl, das in der Lebensmittelgesetzgebung umschrieben und geregelt ist. Es wird nicht nur in Backwaren, sondern auch in Teigwaren, Puddings usw. verarbeitet. Erfasst würde praktisch alles in der Schweiz verwendete Getreidemehl; denn die Lebensmittelgesetzgebung macht nur Ausnahmen für den Eigengebrauch sowie für Lebensmittel und Zusatzstoffe, die in den Geltungsbereich der Heilmittelgesetzgebung fallen.

Um Folsäurezusätze „obligat“ zu machen, können die zuständigen Behörden die Müllereien in unterschiedlichen rechtlichen Formen (z.B. Verfügung, verwaltungsrechtlicher Vertrag) oder durch informelles Handeln (z.B. Absprachen, Empfehlungen oder andere direktive Information) dazu verhalten, Folsäure in der gewollten Menge zuzusetzen. Flankierend müssten andere Akteure auf der Anbieterseite - Importeure, Lebensmittelproduzenten, Gross- und Detailhandel – dazu verpflichtet werden, nur mit in der Schweiz produziertem oder äquivalentem importiertem Mehl hergestellte Lebensmittel anzubieten.

Auf diesem Weg würde die gewollte Wirkung, nämlich die Versorgung der Bevölkerung, indirekt erreicht. Je nachdem, ob die Möglichkeit von besonders gekennzeichneten, allenfalls auf besonderen Kanälen vertriebenen Getreidemehlen und Produkten „ohne erhöhte Folsäurezusätze“ in der Lebensmittelgesetzgebung vorgesehen würde, wäre die gesamte Bevölkerung oder nur ein Teil davon betroffen. Als Alternative wäre denkbar, bestimmte Zielgruppen oder gesamte Bevölkerung direkt zum Konsum von erhöhten Folsäuremengen zu verhalten. Auch dies könnte durch formelles oder informelles behördliches Handeln geschehen. Doch weil die Abnehmer damit nur verpflichtet würden, die Durchsetzung aber nicht gewährleistet wäre, wird nicht dieser Weg anvisiert. Die Konsumentinnen und Konsumenten sollen keine Wahl haben, sondern im Interesse der Krankheitsverhütung auch ohne oder gegen ihren Willen mit der Nahrungsaufnahme zugleich erhöhte Folsäuremengen aufnehmen. Dieses Vorgehen für die Krankheitsverhütung ist als Zwangsmedikation zu qualifizieren.

### 10.2 Keine Vorbilder für die Zwangsmedikation mit Folsäure im EU- und im US-Recht

Folsäurezusätze in einem Grundnahrungsmittel sind in verschiedenen Staaten bekannt. Gerechtfertigt werden sie vor allem als Mittel zur Verhütung von Spina bifida und anderen NRD-korrelierten Krankheiten. Es liesse sich systematisch prüfen, welche unter diesen Staaten allenfalls solche Zusätze „obligat“ vorsehen; eine solche Untersuchung läge jedoch ausserhalb des vorliegenden Auftrags. Geprüft wurden nur die Regelungen in der EU und in den USA, die für die Schweiz am ehesten als Referenz in Betracht fallen. Das Material, das für diese beiden Jurisdiktionen vorliegt, enthält keine Rechts-

grundlagen für „obligate“ Zusätze. Insofern könnten weder die EU noch die USA als Vorbild für solche Zusätze herhalten.

In beiden Fällen liegt der Schwerpunkt der Regelung auf dem Gesundheits- und dem Täuschungsschutz zugunsten der Abnehmerseite. Im EU-Recht sind die üblichen Höchstgrenzen für Zusatzstoffe, auch für den Zusatz zu Folsäure und Vitamin B-Arten, explizit konkretisiert; im US-Recht finden sich besondere Vorschriften für Folsäurezusätze in speziell deklarierten „enriched grain products“ und darauf bezogene Höchstgrenzen und Health claims. Die EU-Regelung weist Parallelen zu derjenigen des schweizerischen Lebensmittelrechts für Folsäurezusätze generell, die US-Regelung solche zur schweizerischen Regelung für Jod- und Fluorzusätze im Speisesalz und Fluorzusätze im Trinkwasser auf, die an anderer Stelle im Gutachten dargestellt sind.

### 10.3 Bestehende Grundlagen im Bundesverfassungsrecht

„Obligate“ Folsäurezusätze können als Beitrag zur Krankheitsverhütung verstanden werden. Das geltende Bundesverfassungsrecht anerkennt die Krankheitsverhütung indirekt als öffentliche Aufgabe, nämlich durch die Verankerung von spezifischen staatlichen Aufgaben, die zur Krankheitsverhütung beitragen, aber weitere, nichtstaatliche Aufgabenbeiträge zur Krankheitsverhütung voraussetzen. Mit Bezug auf Folsäurezusätze fallen vor allem die Aufgaben gemäss Art. 118 BV in Betracht.

Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV konstituiert zur Hauptsache eine staatliche Aufgabe, die mit der Krankheitsverhütung nichts zu tun hat, nämlich die Gewährleistung der gesundheitlichen Sicherheit als Qualitätsmerkmal des Umgangs mit näher umschriebenen Mitteln und Gegenständen. Nur als Nebenaufgabe ergibt sich daraus auch ein spezifischer Beitrag zur Krankheitsverhütung. Dabei handelt es sich um die Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten (oder durch andere dort aufgeführte Mittel oder Gegenstände bedingten) Krankheiten. Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV dagegen begründet die Bekämpfung von übertragbaren, weitverbreiteten oder bösartigen Krankheiten als Hauptaufgabe.

Ob Art. 118 Abs. 2 BV für die „obligaten“ Folsäurezusätze eine verfassungsrechtliche Grundlage bietet, hängt allerdings nicht nur von den staatlichen Aufgaben ab, die er konstituiert, sondern auch von den öffentlichen Interessen, die den Zweck dieser Aufgaben bilden. Dazu gehören öffentliche Interessen der polizeilichen Sicherheit (Sicherheitsinteressen) und solche der Bevölkerungs- und der individuellen Gesundheit (Gesundheitsinteressen). Die staatliche Verhütung von lebens- oder heilmittelbedingten (oder durch andere dort aufgeführte Mittel oder Gegenstände bedingten) Krankheiten gemäss Bst. a hat ausschliesslich Sicherheitsinteressen zum Zweck; sie dient zur Abwehr von Gefahren für das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit. Hingegen hat die staatliche Bekämpfung von übertragbaren, von bösartigen oder allenfalls von weit verbreiteten Krankheiten gemäss Bst. b einen Doppelpurpose, sie kann sowohl Sicherheits- als auch Gesundheitsinteressen dienen. Die Gesundheitsinteressen haben die ursprünglich zentralen Sicherheitsinteressen aus dem Zentrum der Krankheitsverhütung verdrängt und marginalisiert. Offen ist, ob die Gesundheitsinteressen verfassungsrechtlich ausgehend vom Paradigma des Old public health oder des New public health zu bestimmen sind. Jedenfalls muss die Auslegung zeigen, in welchen Fällen jedes dieser beiden Interessen massgeblich ist. In der Praxis zeichnet sich für die Zuweisung vor allem ein Kriterium ab, nämlich ob man von den gefährdeten Personen erwarten kann, dass sie die nötigen Vorkehrungen in eigener Verantwortung treffen.

Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV scheidet als Grundlage für die „obligaten“ Folsäurezusätze aus, weil diese weder zur Erfüllung der dort umschriebenen Aufgabe beitragen noch mit Sicherheitsinteressen begründet werden können. Die Krankheitserscheinungen, die verhütet werden sollen, sind weder durch

Brotgetreide oder andere Lebensmittel noch durch Folsäure-Präparate bedingt, sondern sollen nur mit Hilfe von Brotgetreidemehl (als Transportmittel) und der (als präventiv wirksames Heilmittel) zugesetzten Folsäure verhindert werden. Zudem stellen die Krankheitserscheinungen, die verhütet werden sollen, keine Gefahr für das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit dar; denn man kann erwarten, dass gefährdete Personen oder für Gefährdete sorgepflichtige Personen in der Regel in eigener Verantwortung beurteilen, ob erhöhte Folsäuregaben in ihrem Fall erforderlich sind, und gegebenenfalls für erhöhte Gaben sorgen. Ihnen das erforderliche Wissen dafür zu vermitteln, ist (abgesehen von besonderen Fällen) nicht schwierig, sondern höchstens vielleicht kostspielig.

Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV aber bietet eine tragfähige Grundlage. Die Krankheitserscheinungen, die mit „obligaten“ Folsäurezusätzen verhütet werden sollen, gehören zu den potentiell bösartigen, teils auch zu den weit verbreiteten (Herz-Gefäss-Krankheiten) Krankheiten. Solche Zusätze fallen also sachlich in den Geltungsbereich dieser Bestimmung resp. tragen zur Erfüllung darin konstituierten staatlichen Aufgabe bei. Überdies dienen sie zwar nicht Sicherheits-, wohl aber Gesundheitsinteressen; denn sie sollen dazu beitragen, Krankheitserscheinungen zu verhindern und dadurch Gesundheit zumindest im Sinn der Abwesenheit von Krankheit zu gewährleisten.

„Obligate“ Folsäurezusätze sind daher dann verfassungskonform, wenn die gesetzliche Grundlage, auf der sie beruhen, auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV gestützt ist und als Zweck den Schutz öffentlicher Interessen der Gesundheit aufnimmt und konkretisiert. Doch die Konsequenzen der Zuweisung zu dieser staatlichen Aufgabe und diesen öffentlichen Interessen gehen darüber hinaus. Die Verfassungsmässigkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen muss nach den spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen beurteilt werden, die für Gesundheitsinteressen gelten. Gemäss diesen Anforderungen stellt die Selbstverantwortung für die eigene Gesundheit oder die Gesundheit Schutzbefehlener das höchste Gut dar; sie überwiegt in Güterabwägungen, wenn nicht besondere Gründe das Gewicht der Güter in der gegenüberliegenden Waagschale erhöhen. Zudem richtet sich die Beurteilung der Eignung von „obligaten“ Folsäurezusätzen in erster Priorität nach medizinischen und präventivmedizinischen Standards; andere Standards für richtiges Handeln kommen nur in zweiter Priorität zum Zug. Was dies für die materielle Verfassungsmässigkeit von „obligaten“ Folsäurezusätzen konkret für Folgen hat, bleibt zu prüfen.

#### **10.4 Fehlende gesetzliche Grundlage für „obligate“ Folsäurezusätze**

An sich bietet Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV eine Grundlage für Massnahmen zur Krankheitsverhütung oder Gesundheitserhaltung. Aber es fehlt an gesetzlichen Grundlagen, welche diese Verfassungskompetenz konkretisieren würden. Das Lebensmittelgesetz ist nicht auf diese Bestimmung, sondern (neben anderen Verfassungsbestimmungen ausserhalb von Art. 118 BV) auf Bst. a gestützt und beschränkt sich ausschliesslich auf den darin anerkannten Zweck der polizeilichen Abwehr von Gesundheitsgefahren. Die in Frage stehenden Massnahmen des BAG können sich aber auch nicht unmittelbar auf die Verfassung stützen, sondern bedürfen einer Grundlage im Gesetzes- und Verordnungsrecht.

Das geltende Lebensmittelverordnungsrecht erlaubt heute, wie gezeigt, zwar Zusätze zu Lebensmitteln für Zwecke der Gesundheitserhaltung und -förderung oder der Krankheitsverhütung; denn die Nährwertverordnung lässt ausdrücklich Vitaminzusätze „aus Gründen der Volksgesundheit“ zu. Aber diese Erlaubnis richtet sich an private Lebensmittelhersteller, -importeure und -verteiler; sie ist Bestandteil der polizeilichen Regulierung des privaten Lebensmittelverkehrs, welche im Sinn eines Quali-

tätssicherungsziels gewährleisten soll, dass auf dem Markt für jedermann zugängliche Lebensmittel und der Umgang mit diesen gesundheitsverträglich ist. Sie verleiht staatlichen Behörden nur eine sehr enge Kompetenz zur Verhütung von Lebensmittelbedingten Krankheiten, aber keinerlei Befugnis, Massnahmen für die Gesundheitsförderung zu treffen. Sie bietet weder eine Grundlage für die staatliche Förderung von privaten Angeboten noch für staatliche Angebote, und umso weniger für staatliche Zwangsmassnahmen zur Gesundheitsförderung. „Obligate“ Folsäurezusätze lassen sich daher auch nicht auf die Lebensmittelverordnung stützen.

Durch eine Revision des Lebensmittelverordnungsrechts könnte *de lege ferenda* eine gesetzliche Grundlage nicht geschaffen werden; denn das Verordnungsrecht muss sich im Rahmen der Zwecke halten, auf welche das zugrundeliegende Lebensmittelgesetz ausgerichtet ist, und diese Zwecke lassen „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung wie erwähnt nicht zu. Eine Teilrevision des Lebensmittelgesetzes wäre ebenfalls ungenügend, weil eine Ausweitung der Zwecksetzung des Gesetzes um Zwecke der Krankheitsverhütung so weitreichende Auswirkungen auf die Konzeption des Gesetzes, die Verteilung von Behördenzuständigkeiten usw. hätte, dass in der Sache eine Totalrevision vorgenommen werden müsste. Eine solche wiederum erschiene wegen der Häufung von staatlichen Aufgaben, die sich damit innerhalb des einen Gesetzes ergeben würde (Gesundheitsschutz, Täuschungsschutz, Krankheitsverhütung und / oder Gesundheitserhaltung), unter Auslegungs- und unter rechtspolitischen Aspekten als problematisch.

Im übrigen bietet sich weder im Heilmittel- noch im Epidemienengesetz und ebenso wenig im Krankenversicherungsgesetz oder in der polizeilichen Generalklausel eine Grundlage an.

Im Ergebnis fehlt nach geltendem Recht eine gesetzliche Grundlage auf Bundesebene für „obligate“ Folsäurezusätze zur Krankheitsverhütung, und es erschiene kaum denkbar, durch Revision eines der genannten Gesetze eine solche zu schaffen. Wenn schon, wäre die Konzeption eines neuen Bundesgesetzes über die Verhütung von bösartigen und / oder weit verbreiteten Krankheiten auf der Basis von Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV nötig. Andernfalls liegt die Verantwortung für Massnahmen zur Verhütung von NRD-korrelierten und den weiteren, mit Folsäurezusätzen allenfalls anvisierten Krankheiten bei den Kantonen.

## 10.5 Fehlende Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit

Bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit, daran sei erinnert, haben medizinische und präventivmedizinische Standards für das Richtige erste Priorität. Beurteilt nach diesen Standards sind „obligate“ Folsäurezusätze zwar zur Verhütung von NRD-korrelierten, nicht aber der anderen anvisierten Krankheiten geeignet. Bezogen auf dieses öffentliche Interesse hat zudem die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit sehr grosses Gewicht, weit grösseres als verfassungsrechtlich an sich ebenfalls anerkannte Werte, die die Krankheitsverhütung durch „obligate“ Folsäurezusätze schützen würden. Im Licht dieser Gewichtung erscheinen „obligate“ Zusätze nicht als das mildeste Mittel, weil sie die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit rundweg negieren; selbstbestimmungsschonendere Alternativen wären verfassungsrechtlich geboten, auch wenn sie mit grösserem Aufwand verbunden wären. Im übrigen sind „obligate“ Folsäurezusätze im Getreidemehl, wiederum gemessen an den genannten Massstäben, als Mittel für den angestrebten Zweck nicht angemessen, weil sie für einen viel zu grossen Kreis von nicht krankheitsgefährdeten Personen die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit negieren und Risiken von erheblichen Nebenwirkungen mit sich bringen. Aus die-

sen Gründen sind „obligate“ Zusätze im verwaltungsrechtlichen Sinn als unverhältnismässig zu beurteilen.

Die Zusätze würden zudem Grundrechte einschränken. Wenn die zuständigen Bundesbehörden die Müllereien zum „obligaten“ Zusatz von Folsäure verpflichten und Lebensmittelproduzenten und -importeuren sowie dem Lebensmittelhandel verbieten, auf Alternativen zu greifen, schränken sie deren Wirtschaftsfreiheit ein. Ob sie einseitige Anordnungen treffen oder sich in informellen Verfahren mit den Adressaten einigen, macht für die Qualifikation der Massnahme als Grundrechtseingriff keinen Unterschied. Desgleichen bilden direktive Informationen gegenüber Anbietern einen Eingriff. Von der Verpflichtung wären jedoch nicht nur die wirtschaftlichen Interessen der Anbieterseite, sondern indirekt auch die Interessen der Abnehmerseite betroffen. Unabhängig davon, ob und in welcher Art die Bundesbehörden die Produzenten und Importeure zum Zusatz von Folsäure veranlassen und ob sie namentlich diesen gegenüber eine Verpflichtung zwangsweise durchsetzen oder nicht, wird mit dem „obligaten“ Zusatz von Folsäure in einem Grundnahrungsmittel auf die Kunden ein mittelbarer Zwang ausgeübt. Damit ist ein mittelbarer Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit verbunden. Nicht nur wird das durch die persönliche Freiheit geschützte Selbstbestimmungsrecht über die eigene Gesundheit und körperliche Integrität ausgeschaltet, sondern die Kunden können sich dem Konsum erhöhter Mengen Folsäure faktisch nicht entziehen.

Die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage sind *de lege lata* bezüglich beider Eingriffe zum vornherein nicht erfüllt. Für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit wäre indessen neues Verordnungsrecht *prima facie* genügend, während für solche der persönlichen Freiheit eine substantiierte Grundlage in einem formellen Gesetz geschaffen werden müsste. Die Voraussetzungen für die Verhältnismässigkeit „obligater“ Folsäurezusätze wären mit Bezug auf Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit eher erfüllbar als mit Bezug auf die persönliche Freiheit; und die Güterabwägung fiel zu Lasten der Wirtschaftsfreiheit, aber zugunsten der persönlichen Freiheit aus. Alle drei Unterschiede ergeben sich aus dem Umstand, dass die mit der Einschränkung der persönlichen Freiheit in verfassungsrechtlich Schutzgüter eingegriffen würde, die bezogen auf das öffentliche Interesse der Gesundheit wesentlich schwerer wiegen als die mit der Wirtschaftsfreiheit geschützten Güter.

## 11 ERGEBNISSE UND AUSBLICK

### 11.1 Ergebnisse

- 1 Die Anordnung eines „obligaten“ Zusatzes von Folsäure durch das BAG in allem Mehl und in einer Menge, die für Zwecke der Krankheitsprävention bzw. Gesundheitserhaltung genügt, bildet im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Zwangsmedikation (Präzedenzfall Trinkwasser-Fluorierung BS). Ob die Anordnung durch Verhaltensvorschriften und konkrete Verfügungen oder durch informelles Handeln wie direktive Informationen oder wirtschaftliche Anreize umgesetzt wird, macht mit Bezug auf die Anforderungen, die aus rechtlicher Sicht an eine staatlich veranlasste Zwangsmedikation zu stellen sind, keinen Unterschied.
- 2 Die Prüfung des amerikanischen und des EU-Rechts hat ergeben, dass weder in den USA noch in der EU eine entsprechende generelle Anreicherung von Mehl vorgesehen ist. Zwar begünstigen und propagieren namentlich in den USA die Zentralbehörden die Anreicherung, doch setzen private Anbieter Folsäure aus eigenem Antrieb zu. Im Gegenteil, die entsprechenden Erzeugnisse müssen ausdrücklich als „angereichert“ deklariert werden. Überdies ist die Anreicherung aus Sicherheitsgründen nur in bestimmten mengenmässigen Grenzen zulässig. In beiden Rechtsordnungen ist vorausgesetzt, dass auf dem Markt immer auch Mehl und Erzeugnisse ohne krankheitspräventions- oder gesundheitserhaltungs-relevanten Zusatz von Folsäure verfügbar sind. Die Wahlmöglichkeit der KonsumentInnen bleibt rechtlich gewahrt; ob tatsächlich auf dem Markt nicht-angereicherte Erzeugnisse angeboten werden, entzieht sich unserer Kenntnis, doch ist dies für die rechtliche Beurteilung der hier zu prüfenden Massnahme unerheblich.
- 3 Zur Legitimierung eines „obligaten“ Zusatzes von Folsäure zur Krankheitsprävention oder Gesundheitserhaltung kann man sich also nicht auf Vorbilder in den USA oder in der EU berufen. Rechtlich bedürfte die Zwangsmedikation jedoch ohnehin einer eigenständigen Legitimation im schweizerischen Recht. Dazu gehören eine Grundlage im Bundesverfassungsrecht sowie in der eidgenössischen Gesetzgebung; zudem müsste die Massnahme verhältnismässig und grundrechtsverträglich sein.
- 4 Grundsätzlich verfügt der Bund aufgrund von Art. 118 BV nicht nur über die Kompetenz zur Regelung der polizeilichen Sicherheit von Lebensmitteln (Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV), sondern auch zur Regelung der Krankheitsverhütung (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV). Die erstere hat er durch die Lebensmittelgesetzgebung im wesentlichen ausgeschöpft. Für die letztere hat er jedoch nur mit Bezug auf übertragbare Krankheiten spezielle Gesetze erlassen (Epidemien- und marginal Rheumagesetzgebung). Für die durch Neuralrohrdefekte bedingten Krankheiten hat er nicht spezifisch legiferiert; soweit daher Anliegen der Krankheitsverhütung nicht in anderen Bundesgesetzen aufgenommen sind, bleiben dafür die Kantone zuständig.
- 5 Das eidgenössische Lebensmittelgesetz bietet keine Grundlage für die „obligate“ Folsäure-Zusatzung. Der Zweckartikel des Gesetzes nennt ausdrücklich nur den polizeilichen Gesundheitsschutz (Sicherheit vor Lebensmitteln und deren Eigenschaften, als Gefahrenabwehr; Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV) und den Täuschungsschutz (Konsumentenschutz), so dass nicht auf dem Weg der Auslegung auch Zwecke der Krankheitsverhütung oder Gesundheitserhaltung im Sinn der Gesundheitsförderung (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV) in das Gesetz hineininterpretiert werden dürfen.

- 6 Andere Bestimmungen der Bundesverfassung als Art. 118 und andere, auf solche Bestimmungen gestützte Bundesgesetze erweisen sich beim näherer Prüfung nicht als tragfähig für die Zwangsmedikation.
- 7 Es wäre denkbar, das eidgenössische Lebensmittelgesetz (nur Änderungen des Verordnungsrechts würden nicht genügen) so zu revidieren, dass es auch auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV abgestützt wird, entsprechend den Zweck der Krankheitsverhütung aufnimmt und Massnahmen zur Krankheitsverhütung via Lebensmittel bzw. Ernährungsverhalten trägt. Als Alternative wäre ein neues, sachlich über die übertragbaren Krankheiten hinausreichendes Bundesgesetz über die Krankheitsverhütung denkbar, das entsprechende Massnahmen vorsehen könnte. Eine Grundlage im formellen Gesetz, die sich angesichts des Zwangscharakters der Massnahme jedenfalls nicht in einer Blankettermächtigung der Bundesbehörden erschöpfen dürfte, wäre aber jedenfalls nötig; denn die Massnahme schränkt unmittelbar die Unternehmerfreiheit der Anbieter, mittelbar aber auch die Konsumentenfreiheit sowie die Persönliche Freiheit der Abnehmer ein.
- 8 Auch wenn eine gesetzliche Grundlage geschaffen würde, würde die beabsichtigte Massnahme jedenfalls auf dem heutigen Stand des Wissens trotzdem den Anforderungen der Verhältnismässigkeit und der Grundrechtsverträglichkeit nicht standhalten; denn heute sind positive Wirkungen nur mit Bezug auf die kleine Zahl von NRD-bedingten Erkrankungen nachgewiesen und die Risiken ungeklärt. Nur wenn der Zusatz von Folsäure erwiesenermassen zur Verhütung von anderen, für die gesamte Bevölkerung potentiell relevanten Krankheiten nützlich und die damit verbundenen Risiken minim oder kontrollierbar wären, wäre die Verhältnismässigkeit und Grundrechtsverträglichkeit einer entsprechenden Zwangsmedikation der gesamten Bevölkerung unter Umständen zu bejahen. Dies wird im folgenden ausgeführt:
- 9 Der „obligate“ Zusatz von Folsäure im Getreidemehl erscheint nur mit Bezug auf die Verhütung von Krankheiten und Gebrechen als Folge von Neuralrohrdefekte als geeignet resp. unter grundrechtlichen Aspekten nicht als willkürlich. Nur für einen Kausalzusammenhang zwischen Folsäuremängeln und solchen Defekten sowie zwischen einer erhöhten Zufuhr von Folsäure vor und während der Schwangerschaft und der Verhütung der Defekte gibt es hinreichende wissenschaftliche Evidenz. Was dagegen die Verhütung von anderen Krankheiten oder die Gesundheitserhaltung angeht, liegen bisher nur Hypothesen und Plausibilisierungen vor. Zur Verhütung von anderen Krankheiten und zur Gesundheitserhaltung ist deshalb nach dem heutigen Stand der medizinischen Erkenntnis die Eignung zu verneinen resp. gibt es keine sachlichen Gründe für die Zwangsmedikation. Sollte künftig auch hier die Evidenz verbessert werden, wäre die Eignung resp. Nichtwillkürlichkeit neu zu prüfen.
- 10 Das zentrale Problem besteht darin, dass der „obligate“ Zusatz im beabsichtigten Sinn nicht erforderlich erscheint, weil er nicht das mildeste Mittel darstellt resp. weil die Interessen der Krankheitsverhütung gegenüber den Selbstbestimmungsinteressen der betroffenen Personen nicht überwiegen. Die „obligate“ Anreicherung würde die gesamte Bevölkerung treffen, obwohl mit den gebärfähigen Frauen nur ein kleiner Teil der Bevölkerung überhaupt vom Zusatz profitieren könnte (für die Verhütung von anderen Krankheiten fehlt es wie erwähnt jedenfalls heute an der Eignung), und obwohl spezifische, relativ kleine und durchaus erreichbare Risikogruppen innerhalb dieses Bevölkerungsteils, bei welchen eine Unterversorgung mit Folsäure droht, wohlbekannt sind. Die Zwangsmedikation der gesamten Bevölkerung wäre deshalb bei weitem „over-inclusive“.

Die grundrechtliche Güterabwägung führt zu keinem anderen Ergebnis: Neuralrohrdefekte und ihre Folgen sind individuell belastend und deren Verhütung ist für die betroffenen individuellen Per-

sonen sehr wichtig. Doch darum geht es bei den öffentlichen Interessen der Gesundheit nicht, sondern um den Zusatznutzen einer generellen Zwangsmedikation im Vergleich zu einer auf Freiwilligkeit basierenden Medikation der Frauen, die betroffen sein können, für die öffentliche Gesundheit. Dieser Zusatznutzen ist für die öffentlichen Interessen von untergeordneter Bedeutung. Demgegenüber sind die Selbstbestimmungsinteressen jedes einzelnen Mitglieds der gesamten übrigen Bevölkerung, welchen das Bundesgericht mit Bezug auf die eigene Gesundheit und körperliche Integrität ohnehin grosses Gewicht beimisst, umso wichtiger, als weitgehend ungeklärt ist, welche Risiken und Folgewirkungen mit einer erhöhten Folsäurezufuhr verbunden sind.

- 11 Schliesslich ist die Zweck-Mittel-Angemessenheit resp. unter grundrechtlichen Aspekten die Zumutbarkeit der beabsichtigten Massnahme zweifelhaft. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mag es effizient sein, mit vernachlässigbarem finanziellen Aufwand die gesamte Bevölkerung zu medizieren, um die im individuellen Fall beträchtlichen Kosten für die Bewältigung der Folgen von Neuralrohrdefekten zu vermeiden. Doch dass durch den Zwang die individuelle Selbstbestimmung bzgl. der eigenen Medikation flächendeckend ausgeschaltet würde, steht in einem Missverhältnis zum Zweck, spezifische Zielgruppen zu schützen, die man auch anders erreichen könnte. Die Zumutbarkeit wiederum ist jedenfalls solange zu verneinen, als nicht wissenschaftlich erwiesen ist, dass die erhöhte Folsäure-Zufuhr zur Verhütung anderer als NRD-bedingte Krankheiten bzw. zur Gesundheitserhaltung beiträgt, aber auch, dass sie für die Gesundheit nicht zusätzliche Risiken mit sich bringt
- 12 Als Alternative prüfenswert wäre, in den Grenzen des gemäss Lebensmittelgesetz gesundheitspolizeilich Verantwortbaren eine Anreicherung von Mehl bzw. daraus hergestellten Erzeugnissen mit Folsäure (die heute ja bereits von gewissen Anbietern praktiziert wird) und die Vermarktung als gesundheitsförderlich oder gar krankheitsvorbeugend zuzulassen, aber gleichzeitig dafür zu sorgen, dass für die KonsumentInnen als Alternative Mehl und Erzeugnisse ohne solche Anreicherung gleich gut erreichbar sind, und verbunden mit Warnhinweis auf die möglichen gesundheitlichen Gefahren für besonders gefährdete Personen.

## 11.2 Ausblick

De lege lata ist der Handlungsspielraum des BAG begrenzt. Immerhin kann das BAG gestützt auf das geltende LMG auf informellem (direktive Information, Absprachen, Vereinbarungen) oder formellem (Verordnungsvorschriften, Verfügungen) Weg eine Verpflichtung der Hersteller und / oder Anbieter von Mehl und Produkten mit Mehl begründen, lagerungs- oder verarbeitungsbedingte Verluste der natürlicherweise enthaltenen Folsäure durch entsprechende Zusetzung von Folsäure zu kompensieren – immer vorausgesetzt, das BAG kann dartun, dass die Verluste zu gesundheitlichen Risiken oder Gefahren für die KonsumentInnen führen. Zudem bleibt es dem BAG unbenommen, die Anbieter gestützt auf Art. 12 LMG mittels nicht-direktiver Informationen von den Gesundheits- und Marketing-Vorteilen der Folsäure-Zusätze zu überzeugen und ihnen für die Vermarktung dienliches Wissen zur Verfügung zu stellen, wobei sie an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gebunden sind, also nicht einzelne Anbieter bevorzugt behandeln dürften. Schliesslich besteht im Rahmen von Art. 12 LMG auch die Möglichkeit, (nicht-direktive) Informationen über die Risiken ungenügender Folsäureversorgung zu verbreiten, sei es generell oder zielgruppenspezifisch, sei es an Gesundheitsfachpersonen oder direkt an die potentiell betroffenen Frauen gerichtet; dabei dürfte im Hinblick auf die Ver-

haltenswirksamkeit von Vorteil sein, den Akzent auf die Gebärfähigkeit, nicht auf eine mögliche Schwangerschaft, zu setzen.

Sollen die Bundesbehörden über diesen Spielraum hinaus gehen können, bedürfen sie neuer Grundlagen im formellen Gesetz. Denkbar wäre eine Revision des Lebensmittelgesetzes, insbesondere eine Erweiterung der gesetzlichen Zwecke auf die Krankheitsverhütung verbunden mit einer Ergänzung des Ingresses (Abstützung auf auch Art. 118 Abs. 2 Bst. a und b BV).

Zu prüfen wäre auch, ob der Erlass eines Gesetzes zur Verhütung anderer als der übertragbaren Krankheiten auf Bundesebene an die Hand genommen werden sollte. Der Verfassungsauftrag dafür ist in Art. 69 aBV bzw. Art. 118 BV seit langem enthalten. Eine Revision des Epidemiengesetzes wäre ein denkbarer Anknüpfungspunkt, allerdings ist zu beachten, dass die Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten ebenso spezifische angemessene Strategien und Massnahmen verlangt wie die Verhütung anderer Arten von Krankheiten – etwa chronisch-degenerativer, vererblicher oder psychisch, sozial bzw. durch Umweltbedingungen verursachter Krankheiten. Es dürfte deshalb anspruchsvoll sein, die Krankheitsverhütung in einem einzigen Gesetz generell zu regeln. Es läge näher, ähnlich wie für die übertragbaren Krankheiten das Epidemiengesetz spezifische Gesetze für weitere Arten von Krankheiten mit gemeinsamen Merkmalen zu schaffen. Aber es ist klar, dass die Schaffung neuer gesetzlicher Grundlagen für die Krankheitsverhütung viel Zeit erfordert, weil die politische Meinungsbildung darüber noch kaum begonnen und nur ganz punktuell – beispielsweise bezogen auf HIV insbesondere – zu einigen Ergebnissen geführt hat. Der erste Schritt bestünde darin, den politischen Meinungsbildungsprozess über die staatlichen Funktionen für die Verhütung anderer als übertragbarer Krankheiten überhaupt in Gang zu bringen.

## 12 RÉSUMÉ

### 12.1 Médication forcée : adjonction « obligatoire » d'acide folique dans les farines de céréales

L'adjonction « obligatoire » d'acide folique dans les farines de céréales vise en premier lieu à réduire le nombre de cas d'anomalies du tube neural (ATN) et des symptômes qui lui sont liés (env. 80 cas/an en Suisse, réductible de 40 à 70 % suivant la quantité d'acide folique absorbée et suivant la méthode d'estimation). Cette mesure préviendrait également, espère-t-on, d'autres maladies très répandues dans la population, notamment les maladies cardio-vasculaires et certains types de cancer. Les adjonctions d'acide folique ne sont bénéfiques que pour les sujets à risque ; or, il est question de généraliser une consommation plus élevée d'acide folique afin de traiter toutes les personnes concernées de la manière la plus efficace possible.

La farine de céréales, dont la définition et la réglementation se trouvent dans la législation sur les denrées alimentaires, serait alors enrichie. Elle n'entre pas seulement dans la composition des produits de boulangerie, mais aussi dans celle des pâtes alimentaires et des puddings par exemple. En Suisse, presque toutes les farines de céréales seraient concernées ; en effet, la législation sur les denrées alimentaires ne fait d'exceptions que pour l'usage personnel ainsi que pour les denrées alimentaires et les additifs qui relèvent de la législation sur les produits thérapeutiques.

Pour rendre l'adjonction d'acide folique « obligatoire », les autorités compétentes peuvent amener les minoteries à ajouter une certaine quantité d'acide folique en recourant à différents moyens juridiques formels (p. ex. décision, contrat de droit administratif) ou par des actions informelles (p. ex. accords, recommandations, informations « directives »). Il faudrait en outre que d'autres acteurs du côté des fournisseurs - importateurs, producteurs de denrées alimentaires, commerces de gros et de détail - soient obligés de proposer uniquement des denrées alimentaires fabriquées à partir de farine produite en Suisse ou d'une farine importée équivalente.

Ces mesures permettraient alors d'atteindre indirectement l'objectif visé : combler les carences de la population. Selon que la législation sur les denrées alimentaires prévoie la commercialisation, par certains canaux, de farines de céréales et de produits portant clairement la mention « sans adjonction d'acide folique », toute la population ou une partie d'entre elle en serait touchée. Il serait possible d'envisager une autre solution : inciter certains groupes cible ou toute la population à consommer des quantités plus élevées d'acide folique, par des interventions formelles ou informelles des autorités. Cette deuxième option n'a pas été retenue, car elle ne garantit pas que le consommateur suive effectivement les conseils qui lui sont donnés. Le choix ne devrait pas être laissé au consommateur ; sa nourriture contiendrait davantage d'acide folique pour protéger sa santé, même si cela doit se faire sans qu'il le sache ou contre son gré. On parle alors de « médication forcée ».

### 12.2 Aucun modèle de médication forcée à l'acide folique dans les droits européen et américain

L'adjonction d'acide folique dans une denrée alimentaire de base est pratiquée dans différents Etats. Il s'agit avant tout d'un moyen de prophylaxie de la spina bifida et d'autres maladies liées aux ATN. Il serait possible de repérer systématiquement, parmi ces pays, ceux qui prévoient des adjonctions « obligatoires », mais cette recherche n'entre pas dans le champ d'investigation du présent mandat.

Seules les réglementations européenne et américaine ont été étudiées, car elles représentent les références les plus pertinentes pour la Suisse. Ces deux systèmes juridiques ne contiennent pas de base légale pour des adjonctions « obligatoires ». C'est pourquoi, ni l'Union européenne ni les Etats-Unis ne peuvent servir de modèle pour de telles adjonctions.

Dans les deux cas, la réglementation met la priorité sur la protection de la santé des consommateurs et sur la protection contre la tromperie. Dans le droit européen, les quantités maximales pour les additifs, y compris l'acide folique et les types de vitamine B, sont explicitement définies ; le droit américain comporte, quant à lui, des directives particulières pour l'adjonction d'acide folique dans les produits céréaliers enrichis (« enriched grain products »), fixe les plafonds qui limitent ces adjonctions et réglemente les assertions sur leur effet salutogène. Le droit européen présente des similitudes avec le droit suisse sur les denrées alimentaires en ce qui concerne l'adjonction d'acide folique, alors que le droit américain se rapproche du droit suisse en ce qui concerne l'ioduration et la fluoration du sel de cuisine et la fluoration de l'eau potable, mesures décrites ultérieurement dans cette expertise.

### 12.3 Bases existantes dans le droit constitutionnel fédéral

L'adjonction « obligatoire » d'acide folique peut être considérée comme une contribution à la prévention de maladies. Le droit constitutionnel fédéral en vigueur reconnaît indirectement la prévention des maladies comme une tâche publique, notamment en spécifiant des tâches étatiques contribuant à la prévention des maladies, qui présupposent cependant la participation d'organismes privés. L'art. 118 Cst. est le plus pertinent pour la question des adjonctions d'acide folique.

L'art. 118, al. 2, let. a, Cst. traite en premier lieu d'une tâche étatique sans lien avec la prophylaxie : la garantie de la sécurité sanitaire comme caractéristique de la qualité lors de l'utilisation de produits et d'objets (décrits de manière plus détaillée dans l'article). La prévention des maladies n'est qu'une tâche secondaire découlant de la première : il faut, en effet, prévenir les maladies liées à des denrées alimentaires, des agents thérapeutiques ou d'autres produits ou objets cités à la let. a. En revanche, l'art. 118, al. 2, let. b, Cst. fixe comme tâche principale la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses.

La question de savoir si l'art. 118, al. 2, Cst. offre une base légale constitutionnelle pour les adjonctions « obligatoires » d'acide folique ne dépend pas seulement des tâches étatiques que l'article définit, mais aussi des intérêts publics, objectif de ces tâches. Les intérêts publics regroupent les intérêts de la sécurité policière (intérêts sécuritaires) et ceux de la santé publique et individuelle (intérêts sanitaires). La prophylaxie publique des maladies liées à des denrées alimentaires, des agents thérapeutiques (ou d'autres produits ou objets cités à la let. a) n'a pour fins que des intérêts sécuritaires ; elle sert à écarter les dangers de nature sanitaire pour l'ordre public. En revanche, la lutte de l'Etat contre les maladies transmissibles, les maladies particulièrement dangereuses et les maladies très répandues (let. b) a un double but : elle sert à préserver à la fois les intérêts sécuritaires et sanitaires. Les intérêts sanitaires priment aujourd'hui sur les intérêts sécuritaires, qui prédominaient autrefois dans la prévention de la santé et qui sont devenus marginaux dans ce domaine. Une question reste ouverte : les intérêts sanitaires doivent-ils être déterminés juridiquement selon l'ancienne conception de la santé publique ou selon la nouvelle ? Quoi qu'il en soit, l'interprétation doit montrer dans quels cas chacun de ces deux types d'intérêts sont déterminants. Dans la pratique, un critère se distingue quand il s'agit de trancher : peut-on attendre des personnes en danger qu'elles prennent les dispositions nécessaires de leur propre chef ?

L'art. 118, al. 2, let. a, Cst. ne peut être retenu comme base légale pour les adjonctions « obligatoires » d'acide folique, puisque celles-ci ne contribuent pas à remplir les tâches décrites dans cette prescription et ne peuvent pas être motivées par des intérêts sécuritaires. Les symptômes morbides qui doivent être prévenus ne sont pas provoqués par le blé panifiable, d'autres denrées alimentaires ou des préparations d'acide folique, mais peuvent être évités en utilisant la farine de blé panifiable comme véhicule, et l'acide folique ajouté comme agent thérapeutique efficace pour la prévention. En outre, ces symptômes ne représentent pas un danger d'ordre sanitaire pour l'ordre public ; les personnes à risque ou celles qui sont responsables d'elles devraient probablement pouvoir évaluer elles-mêmes si des quantités plus élevées d'acide folique sont recommandées dans leur cas et s'en procurer si nécessaire. Il n'est pas compliqué de leur transmettre les informations nécessaires (mis à part quelques cas exceptionnels) ; cela peut tout au plus être coûteux.

L'art. 118, al. 2, let. b, Cst. constitue, quant à lui, une assise solide. Les symptômes morbides que les adjonctions « obligatoires » d'acide folique devraient prévenir sont liés à des maladies potentiellement dangereuses ou, parfois aussi, à des maladies très répandues comme les maladies cardiovasculaires. Au fond, de telles adjonctions font partie du champ d'application de cette disposition et s'intègrent à la tâche étatique en la matière. En outre, elles ne servent pas des intérêts sécuritaires, mais sanitaires, puisqu'elles doivent contribuer à éviter des symptômes morbides et à garantir une bonne santé, du moins au sens d' « absence de maladie ».

Les adjonctions « obligatoires » d'acide folique sont donc conformes à la Constitution si leur base légale s'appuie sur l'art. 118, al. 2, let. b, Cst. et a pour finalité la protection des intérêts de la santé publique. Cependant, les conséquences de cette attribution vont plus loin. La constitutionnalité des adjonctions « obligatoires » d'acide folique doit être évaluée selon les exigences constitutionnelles spécifiques concernant les intérêts sanitaires. Selon ces prescriptions, le droit de l'individu de prendre des décisions concernant sa santé ou celle d'une personne placée sous sa responsabilité représente le bien le plus important ; lors de la pondération des intérêts, ce droit prime lorsqu'il n'y a pas de motif particulier permettant d'accorder davantage de poids à d'autres biens. En outre, il convient d'apprécier la pertinence d'introduire des adjonctions « obligatoires » d'acide folique en fonction des normes thérapeutiques et prophylactiques ; les autres considérations sous-tendant une action correcte n'interviennent qu'en second lieu. Il reste encore à examiner quelles sont concrètement les conséquences de ces constatations pour la constitutionnalité matérielle des adjonctions « obligatoires » d'acide folique.

## **12.4 Base légale manquante pour les adjonctions « obligatoires » d'acide folique**

Au fond, l'art. 118, al. 2, let. b, Cst. constitue une base constitutionnelle pour les mesures de prophylaxie et de maintien de la santé. Néanmoins, il manque des bases légales au sens formel qui matérialiseraient cette compétence inscrite dans la Constitution. La loi sur les denrées alimentaires ne se fonde pas sur cette disposition, mais sur la let. a (outre d'autres dispositions constitutionnelles ne faisant pas partie de l'art. 118 Cst.) et se limite exclusivement à l'objectif reconnu de police sanitaire. Les mesures de l'OFSP, examinées dans cette expertise, ne peuvent pas non plus s'appuyer directement sur la Constitution, mais nécessitent une base juridique dans une loi au sens formel ou dans une ordonnance.

Comme déjà démontré plus haut, les ordonnances en vigueur concernant les denrées alimentaires autorisent des adjonctions aux denrées alimentaires à des fins de maintien et promotion de la santé ou de prévention d'une maladie ; en effet, l'ordonnance sur la valeur nutritive permet expressément les adjonctions de vitamines « pour des raisons de santé publique ». Toutefois, cette autorisation s'adresse aux producteurs, importateurs et distributeurs privés de denrées alimentaires ; elle fait partie de la réglementation de police du commerce privé de denrées alimentaires, réglementation qui doit garantir à tout consommateur l'accessibilité de denrées alimentaires non nuisibles pour la santé. Elle confère aux autorités étatiques une compétence très limitée pour la prévention de maladies liées à des denrées alimentaires, mais n'autorise pas à prendre des mesures pour la promotion de la santé. Elle n'offre pas de base à l'encouragement par l'Etat d'offres privées ou offres publiques et encore moins à des mesures contraignantes venant de l'Etat à des fins de promotion de la santé. Les adjonctions « obligatoires » d'acide folique ne peuvent donc pas non plus s'appuyer sur l'ordonnance sur les denrées alimentaires.

Une révision des ordonnances sur les denrées alimentaires ne pourrait pas fournir de base légale *de lege ferenda*, car les ordonnances doivent se limiter aux buts que prévoit la loi sur laquelle elles reposent. Comme nous l'avons déjà mentionné, ces objectifs n'autorisent pas d'adjonction « obligatoire » d'acide folique pour la prévention des maladies. Une révision partielle de la loi sur les denrées alimentaires ne suffirait pas non plus, car une extension de la finalité de la loi incluant la prévention des maladies aurait une telle portée, notamment sur la conception de la loi et la répartition des compétences entre les différentes autorités, qu'il faudrait entreprendre une révision totale. Une telle révision serait problématique du point de vue politico-juridique et de l'interprétation, car elle supposerait une multiplication des tâches étatiques dans une seule loi (protection de la santé, protection contre la tromperie, prévention de la maladie et/ou maintien de la santé).

Par ailleurs, la loi sur les produits thérapeutiques, la loi sur les épidémies, la loi sur l'assurance-maladie et la clause générale de police ne procurent pas non plus de base légale à cette mesure.

En conclusion, il manque, dans le droit en vigueur, une base légale sur le plan fédéral légitimant les adjonctions « obligatoires » d'acide folique à des fins prophylactiques, et il semble peu réalisable d'en créer une en révisant une des lois mentionnées ci-dessus. Si cela était malgré tout possible, il faudrait concevoir une nouvelle loi fédérale sur la prévention des maladies très dangereuses ou très répandues sur la base de l'art. 118, al. 2, let. b, Cst. Sinon, la responsabilité pour les mesures prophylactiques contre les maladies liées aux ATN et les autres maladies prévenues par l'adjonction d'acide folique revient aux cantons.

## **12.5 Manque de proportionnalité et de compatibilité avec les droits fondamentaux**

Du point de vue de la santé publique, il ne faut pas oublier que les normes thérapeutiques et prophylactiques sont prioritaires. Evaluées selon ces normes, les adjonctions « obligatoires » d'acide folique ne sont appropriées que pour la prévention des maladies liées aux ATN et non pour celle des autres maladies visées. Dans la même perspective, l'autodétermination en matière de santé personnelle pèse bien plus lourd dans la balance que les autres valeurs constitutionnelles qui pourraient justifier la mesure prophylactique d'adjonction « obligatoire » d'acide folique. A la lumière de cette hiérarchisation, ce type d'adjonction n'apparaît pas comme le moyen le moins incisif car il va complètement à l'encontre du principe de la primauté de l'autodétermination en matière de santé personnelle ; il existe

d'autres solutions conformes à la Constitution et respectant davantage ce principe, mais elles demandent peut-être plus d'investissements. Par ailleurs, l'adjonction « obligatoire » d'acide folique dans les farines de céréales n'est pas un moyen proportionnel par rapport au but fixé selon les critères déjà mentionnés ; d'une part, parce que cette mesure est une atteinte au droit d'autodétermination en matière de santé personnelle d'un très grand nombre de personnes qui ne risquent rien ; d'autre part, parce qu'elle pourrait engendrer des effets secondaires considérables. Les adjonctions « obligatoires » doivent donc être considérées comme disproportionnées au sens du droit administratif.

Les adjonctions limiteraient en outre les droits fondamentaux. Si les autorités fédérales compétentes contraignaient les minoteries à ajouter de l'acide folique dans la farine et interdisaient aux producteurs, importateurs et vendeurs de denrées alimentaires de recourir à d'autres farines, elles restreindraient leur liberté économique. Qu'elles recourent à des décisions unilatérales ou trouvent un accord par un processus informel avec les personnes concernées ne change rien au fait que la mesure doit être qualifiée de limitation d'un droit fondamental. Les informations « directives » données aux fournisseurs constituent aussi une atteinte à leur liberté. Cette contrainte toucherait en effet non seulement les intérêts économiques des fournisseurs, mais aussi indirectement les intérêts des consommateurs. Sans considérer si les autorités fédérales amènent les producteurs et importateurs à ajouter de l'acide folique, ni la manière dont elles le font ni encore, si elles imposent cette adjonction par des mesures coercitives, une contrainte indirecte est exercée sur les clients par l'adjonction « obligatoire » d'acide folique dans une denrée alimentaire de base. Il s'agit alors d'une atteinte au droit fondamental de la liberté personnelle. Non seulement les consommateurs voient leur droit à l'autodétermination en matière de santé personnelle et d'intégrité physique (droit découlant de la liberté personnelle) spolié, mais, de fait, ils ne peuvent pas non plus se soustraire à l'absorption de quantités élevées d'acide folique.

Etant donné les deux atteintes citées précédemment, les exigences pour une base légale ne sont pas remplies *de lege lata*. Concernant la restriction de la liberté économique, il suffirait à première vue d'une nouvelle ordonnance, alors qu'il faudrait créer une base légale au sens formel et dûment étayée pour aborder la limitation de la liberté personnelle. Les conditions garantissant la proportionnalité des adjonctions « obligatoires » d'acide folique seraient plus facilement remplies du point de vue de la liberté économique que de celui de la liberté personnelle ; par ailleurs, la pondération des intérêts avantagerait la liberté personnelle au détriment de la liberté économique. Ces divergences résultent des atteintes portées aux droits constitutionnels par la restriction de la liberté personnelle, droits qui, pour ce qui concerne la santé publique, priment sur ceux de la liberté économique.

## 13 RÉSULTATS ET PERSPECTIVES

### 13.1 Résultats

- 13 Si l'OFSP prescrit l'adjonction « obligatoire » d'acide folique dans toutes les farines et à une quantité propre à prévenir les maladies et à maintenir la santé, il s'agit d'une médication forcée, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral (précédent : fluoration de l'eau potable, Bâle), quel que soit le moyen utilisé par l'Etat pour imposer cette adjonction - cela peut aller des codes de conduite et des décisions concrètes à des actions informelles telles que des informations « directives » ou des incitations économiques.
- 14 L'examen des droits américain et européen a montré qu'un tel enrichissement généralisé de la farine n'est prévu ni aux Etats-Unis ni dans l'Union européenne. Même si les autorités centrales américaines encouragent et prônent l'enrichissement de la farine, ce sont des fournisseurs privés qui effectuent ces adjonctions de leur propre chef. A l'inverse du projet suisse, les produits obtenus doivent être déclarés expressément comme « enrichis ». En outre, pour des raisons de sécurité, des quantités limite d'acide folique sont fixées. Dans les deux législations, il est supposé que des farines et des produits à base de farine sans adjonction d'acide folique sont toujours disponibles sur le marché. Le libre choix du consommateur demeure garanti juridiquement ; nous ne savons pas si des produits non enrichis sont effectivement proposés sur le marché, mais cela n'affecte pas la présente évaluation juridique.
- 15 Pour légitimer l'ajout « obligatoire » d'acide folique pour la prophylaxie ou le maintien de la santé, il n'est donc pas possible de prendre pour référence les droits américain ou européen. De toute manière, la médication forcée nécessiterait juridiquement une légitimation propre dans le droit suisse, p. ex. une base dans le droit constitutionnel fédéral ou dans la législation fédérale ; en outre, la mesure devrait être proportionnelle et compatible avec les droits fondamentaux.
- 16 Selon l'art. 118 Cst., la Confédération est en principe compétente pour régler non seulement la sécurité policière des denrées alimentaires (art. 118, al. 2, let. a, Cst.), mais aussi la lutte contre les maladies (art. 118, al. 2, let. b, Cst.). La première compétence a déjà été développée pour l'essentiel dans la législation sur les denrées alimentaires. Quant à la deuxième, la Confédération n'a promulgué de loi spécifique que pour les maladies transmissibles (législation sur les épidémies) et, de manière marginale, pour les maladies rhumatismales. Pour les maladies liées aux ATN, elle n'a pas légiféré spécifiquement ; tant que les questions de prophylaxie n'apparaissent pas dans d'autres lois fédérales, les cantons restent donc compétents en la matière.
- 17 La loi fédérale sur les denrées alimentaires n'offre pas de base juridique aux adjonctions « obligatoires » d'acide folique. L'article exprimant le but de la loi ne nomme expressément que la police sanitaire (sécurité face aux denrées alimentaires et leurs propriétés, comme limitation des risques ; art. 118, al. 2, let. a, Cst.) et la protection contre la tromperie (protection du consommateur), si bien qu'on ne peut interpréter que la loi a aussi pour objectifs la prévention des maladies et la promotion de la santé (art. 118, al. 2, let. b, Cst.).

- 18 Après un examen plus approfondi, d'autres dispositions constitutionnelles que l'art. 118 et les lois qui se fondent sur de telles dispositions ne se révèlent pas assez solides pour justifier la médication forcée.
- 19 Il serait concevable de réviser la loi fédérale sur les denrées alimentaires - des modifications des ordonnances ne suffisant pas - pour qu'elle se base aussi sur l'art. 118, al. 2, let. b, Cst., qu'elle intègre le but de prévention des maladies et qu'elle prévoise des mesures prophylactiques axées sur certaines denrées alimentaires et sur les comportements alimentaires. Il serait aussi envisageable de prévoir une nouvelle loi fédérale sur la prévention des maladies ne se limitant pas à la question des maladies transmissibles et prévoyant les mesures adéquates. Il serait cependant nécessaire de disposer d'une base légale au sens formel ne se réduisant pas à un blanc-seing aux autorités fédérales, étant donné le caractère contraignant de la mesure en question ; en effet, cette mesure restreint directement la liberté d'entreprise des fournisseurs et indirectement la liberté personnelle et le libre choix du consommateur.
- 20 Même si une base légale était créée, la mesure envisagée ne pourrait remplir les critères de proportionnalité et de compatibilité avec les droits fondamentaux, vu l'état actuel des connaissances à ce sujet ; aujourd'hui, les seuls effets positifs établis sont ceux concernant un petit nombre de maladies liées aux ATN, et les risques n'ont pas encore été cernés. Il faudrait prouver que l'adjonction d'acide folique est utile pour la prévention de maladies concernant potentiellement toute la population et que les risques liés à cette mesure sont minimes et contrôlables pour que la médication forcée généralisée sous certaines conditions satisfasse aux critères de proportionnalité et de compatibilité avec les droits fondamentaux.
- 21 Si l'on ne tenait compte que de la prévention des maladies et infirmités liées aux ATN, l'adjonction « obligatoire » d'acide folique dans la farine de céréales serait appropriée et non arbitraire du point de vue des droits fondamentaux. Seuls deux rapports de causalité ont pu être démontrés scientifiquement dans ce domaine : le lien, d'une part, entre les carences d'acide folique et les ATN ; d'autre part, entre une consommation élevée d'acide folique avant et pendant la grossesse et la prévention de telles anomalies. En ce qui concerne la prophylaxie d'autres maladies et le maintien de la santé, on ne peut émettre pour l'instant que des hypothèses et des conjectures. Les connaissances médicales actuelles ne permettent pas de prouver que l'acide folique peut prévenir d'autres maladies et promouvoir la santé ; il n'existe donc pas de motif concret pour une médication forcée. Si ces hypothèses étaient vérifiées à l'avenir, il faudrait à nouveau examiner la pertinence et la légitimité de cette mesure.
- 22 Le problème central est que l'adjonction « obligatoire » n'apparaît pas comme nécessaire, parce que ce n'est pas le moyen le moins incisif possible et que les intérêts de la prévention des maladies ne priment pas sur les intérêts d'autodétermination des personnes concernées. L'enrichissement « obligatoire » toucherait toute la population, alors que les personnes qui pourraient effectivement profiter de cette adjonction sont les femmes en âge de procréer et qu'elles ne représentent qu'une petite partie de la population (comme déjà mentionné, rien ne prouve aujourd'hui que cette mesure préviendrait d'autres maladies). En outre, il est encore possible de cibler et d'atteindre aisément, dans cette partie de la population, les groupes à risque, relativement restreints, qui pourraient présenter des carences en acide folique. La médication forcée de toute la population aurait donc une portée bien trop large.

Si l'analyse se penche sur les droits fondamentaux, elle aboutit à la même conclusion. Les ATN et leurs conséquences touchent durement les personnes affectées, et leur prévention est très importante à titre individuel. Mais la santé publique ne peut pas faire de prévention individualisée et

doit donc examiner les avantages d'une médication forcée généralisée par rapport à une médication volontaire des femmes qui peuvent être concernées. Quoi qu'il en soit, la santé publique doit faire passer ces avantages après le droit d'autodétermination de chaque personne non concernée par ce problème, droit auquel le Tribunal fédéral accorde beaucoup d'importance, surtout en matière de santé personnelle et d'intégrité corporelle. Ce droit est d'autant plus important qu'il n'a toujours pas été clarifié quels étaient les risques et les effets d'une consommation élevée d'acide folique.

- 23 Enfin, la proportionnalité au sens étroit de la mesure envisagée sous l'aspect des droits fondamentaux est contestable. Il est peut-être rentable, d'un point de vue économique, de donner à toute la population une médication demandant des investissements économiques négligeables pour éviter des dépenses considérables lorsqu'il faut lutter contre les conséquences des ATN chez des cas individuels. Mais il serait disproportionné de supprimer de manière générale l'autodétermination individuelle vis-à-vis de la médication pour protéger des groupes spécifiques que l'on pourrait atteindre d'une autre manière. La proportionnalité ne peut pas être reconnue tant qu'il n'est pas prouvé scientifiquement qu'une consommation plus élevée d'acide folique contribue à la fois à lutter contre d'autres maladies que les maladies ATN et à favoriser la santé et qu'elle n'induit pas d'autres risques pour la santé.
- 24 Il serait utile d'examiner la solution de remplacement suivante : permettre, dans les limites de ce qui serait encore conforme à la loi sur les denrées alimentaires en termes de police sanitaire, un enrichissement en acide folique de la farine et des produits fabriqués à base de farine (ce qui est déjà pratiqué par certains fournisseurs) et la commercialisation de ces denrées comme des produits sains ou même prophylactiques, assortis d'un avertissement sur les éventuels dangers sanitaires pour les personnes particulièrement sensibles, tout en s'assurant que les consommateurs ont facilement accès à des farines et des produits à base de farine sans un tel enrichissement.

## 13.2 Perspectives

*De lege lata*, la marge de manoeuvre de l'OFSP est limitée. En vertu de la LDAI en vigueur, l'office dispose toutefois de moyens informels (informations « directives », accords, conventions) ou formels (ordonnances, décisions) pour justifier qu'il exige des producteurs ou des distributeurs de farine ou de produits à base de farine de compenser les pertes d'acide folique naturellement contenu dans les produits en question ; ces pertes étant occasionnées par l'entreposage et/ou le traitement de la marchandise. L'OFSP peut donc intervenir - à condition qu'il établisse que les pertes induisent des risques ou des dangers pour la santé des consommateurs. S'appuyant sur l'art. 12 LDAI, l'OFSP peut en outre émettre des informations « non directives » pour convaincre les distributeurs que l'adjonction d'acide folique apporte des avantages sur les plans sanitaire et commercial. L'office peut aussi mettre à leur disposition des connaissances utiles à la commercialisation. Ce faisant, il devra respecter le principe de la neutralité concurrentielle ; en d'autres termes, il ne pourra pas favoriser certains acteurs. L'art. 12 LDAI permet également de diffuser des informations (non directives) sur les risques provoqués par une carence d'acide folique ; celles-ci pourront être adressées au public en général, à un groupe spécifique, à des spécialistes de la santé ou directement aux femmes potentiellement concernées. Pour influencer efficacement les comportements, il serait judicieux de mettre l'accent sur la procréation et non sur une éventuelle grossesse.

Si la marge de manœuvre dont disposent les autorités doit être élargie, il leur faut de nouvelles bases légales au sens formel. Une des options envisageables serait une révision de la loi sur les denrées alimentaires, notamment l'élargissement des buts légaux à la prévention sanitaire, assorti d'un complément au préambule (en référence à l'art. 118, al. 2, let. a et b, Cst.).

Il conviendrait également d'examiner si, au niveau fédéral, il faudrait édicter une loi sur la protection contre des maladies autres que les maladies transmissibles. Le mandat constitutionnel concernant cette question est inscrit, depuis longtemps, dans l'art. 69a Cst. et l'art. 118 Cst. Une révision de la loi sur les épidémies pourrait servir de tremplin, sachant toutefois que, si la lutte contre les maladies transmissibles demande des stratégies et des mesures spécifiques, la prévention d'autres types de maladies - p. ex. les maladies dégénératives chroniques, génétiques, psychiques, ou encore celles provoquées par les conditions sociales ou environnementales - exige aussi une démarche *sui generis*. C'est pourquoi ce sera probablement une gageure de réglementer, de manière générale, la prévention de maladies dans une seule loi. A l'instar de la loi sur les épidémies, il vaudrait mieux créer des lois spécifiques pour certains types de maladies présentant des caractéristiques communes. Mais il est évident que la création de nouvelles bases légales pour la prévention de maladies demande beaucoup de temps parce que la réflexion et le débat politiques viennent à peine de s'amorcer et qu'ils n'ont mené à des résultats que très ponctuellement, par exemple, dans le domaine du VIH. Le premier pas serait donc de mettre réellement en branle ces processus de sensibilisation sur la fonction de l'Etat pour ce qui concerne la prévention de maladies autres que les maladies transmissibles.

## LITERATUR

Die verwendete Literatur wird, sofern nichts anderes vermerkt, mit dem Namen des ersten Verfassers, dem Publikationsjahr und unter Angabe der Seitenzahl/en zitiert. Bei Mehrfachpublikationen desselben Verfassers aus dem gleichen Jahr werden diese mit dem Nachnamen des ersten Verfassers, der Jahrzahl sowie zur Unterscheidung mit Kleinbuchstaben zitiert.

BAERLOCHER K., EICHHOLZER M., LÜTHY J.; MOSER U., TÖNZ O.: Folsäure: Expertenbericht der Eidgen. Expertenkommission zur Prophylaxe von Neuralrohrdefekten. Hrsg. BAG, 2002 (zit. Expertenbericht 2002).

Botto L. D., Lisi A., Robert-Gnansia E., Erickson J.D., Vollset S.E., Mastroiacovo P., Botting B., Cocchi G., de Vigan C., de Walle H., Feijoo M., Irgens L.M., McDonnell B., Merlob P., Ritvanen A., Scarrano G., Siffel C., Metneki J., Stoll C., Smithells R., Goujard J., Internatioal retrospective cohort study of neural tube defexts ni realtion to folic acid recommendations: are the recommendations woring?, *BMJ*, doi:10.1136/bmj.38336.664352.82 (published 18 February 2005)

CDC (CENTER FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION). Knowledge and use of folic acid by women of childbearing age – United States, 1995 and 1998. In: *MMWR*, 1999, 48, S. 325 –327.

COMA, COMMITTEE ON ASPECTS OF FOOD POLICY. Folic acid and the prevention of disease. Report on Health and Social Subjects (50). London: The stationery office, 2000.

CZEIZEL A.E., MERHALA Z.: Bread fortification with folic acid, vitamin B12 and vitamin B6 in Hungary. In: *Lancet*, 1998, 352, S. 1225.

DALY S., MILLS J., MOLLOY M., CONLEY M., LEE Y., KIRKE P., WEIR D., SCOTT J.: Minimum effective dose of folic acid for food fortification to prevent neural tube defects. In: *Lancet* 1997, 350, S. 1666 – 1669.

EICHHOLZER M., LÜTHY J., MOSER U., STÄHELIN H.B., GUTZWILLER F.: Sicherheitsaspekte der Folsäure für die Gesamtbevölkerung. In: *Praxis*, 2002, 91, S. 7 – 16 (EICHHOLZER ET AL. 2002a).

EICHHOLZER M., WEIL C., STÄHELIN H.B., MOSER U., LÜTHY J.: Prävention der Spina bifida durch Folsäure. Soll Getreidemehl auch mit den Vitaminen B12 und B6 angereichert werden? In: *Schweiz Zschr GanzheitsMedizin*, 2002, 14, S. 67 –74 (EICHHOLZER ET AL. 2002b).

HENRY A., CROWTHER C.A.: Universal periconceptional folate supplementation: chasing a dream? In: *Med J Aust* 2000, 172, S. 407 – 408 (HENRY / CROWTHER 2000).

- HERBERT V., BIGAQUETTE J.: Call for endorsement of a petition to the Food and Drug Administration to always add vitamin B-12 to any folate fortification or supplement. In: *Am J Clin Nutr* 1997, 65, S. 572.
- HERNÁNDEZ-DÍAZ S., WEHLER M.M., WALKER A.M., MITCHELL A.A.: Folic acid antagonists during pregnancy and the risk of birth defects. In: *N Engl J Med*, 2000, 343, S. 1608 – 1614.
- HESS S.Y., ZIMMERMANN M.B., BROGLI S., HURRELL R.F.: A National Survey of Iron and Folate Status in Pregnant Women in Switzerland. In: *Int J Vitam Nutr Res*, 2001, 71, S. 268 – 273 (HESS ET AL. 2001).
- HONEIN M.A., PAULOZZI L.J., MATEWS T.J., ERICKSON J.D., WONG L.-Y.: Impact of folic acid fortification of the US food supply on the occurrence of neural tube defects. In: *JAMA*, 2001, 285, S. 2981 – 2986.
- HURST J.: Folsäure in der Prävention von Spina bifida: Wie können die wissenschaftlichen Erkenntnisse mit Hilfe von Supplementen umgesetzt werden? Studienarbeit, Nachdiplomstudium in Humanernährung, ETH Zürich, 2000.
- KLOEBLEN A.S., BATISH S.S.: Understanding the intention to permanently follow a high folate diet among a sample of low-income pregnant women according to the Health Belief Model (Abstract). In: *Health Education Research*, 1999, 14, S. 327 – 338 (KLOEBLEN / BATISH 1999).
- KÖTTER-SPIRGI L.: Folic acid and Prevention of Spina Bifida: How is the Scientific Evidence Implemented in Various Countries. Studienarbeit, Nachdiplomstudium in Humanernährung, ETH Zürich, 1999.
- MILLS J.L., RHOADS G.G., SIMPSON J.L., CUNNINGHAM G.C., CONLEY M.R., LASSMAN M.R., WALDEN M.E., DEPP O.R., HOFFMAN H.J.: The absence of a relation between the periconceptional use of vitamins and neural-tube defects. National Institute of Child Health and Human Development Neural Tube Defects Study Group. In: *N Engl J Med* 1989, 321, S. 430 – 435 (MILLS J.L. ET AL. 1989).
- MÜLLER J. P., Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: D. Thürer et al (Hg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 39 (MÜLLER J. P 2001).
- RHINOW R., *Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel / Genf / München 2003 (RHINOW 2003).
- SCHALLER D.R., OLSON B.H.: A food industry perspective on folic acid fortification. In: *J Nutr* 1996, 126, S. 761-S – 764-S.
- SCHWARTZ F. W. ET AL. (HG.), *Das Public Health Buch – Gesundheit und Gesundheitswesen*, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München / Jena 2003.

TÖNZ, O., LÜTHY J., RAUNHARDT O.: Folsäure zur Verhütung von Neuralrohrdefekten. In: Schweiz Med Wochenschr 1996, 126, S. 177 – 187 (zit. TÖNZ ET AL. 1996a).

TÖNZ O., LÜTHY J. (EIDGENÖSSISCHE ERNÄHRUNGSKOMMISSION): Folsäure zur primären Verhütung von Neuralrohrdefekten. In: Bull BAG, 16, vom 29.04.1996 (zit. TÖNZ ET AL. 1996b).

TÖNZ O.: Vom Sinn und Zweck einer generellen Folsäure-Prophylaxe. Zum heutigen Stand des Wissens über ein modernes “Wundermittel”. In: Schw Med Forum 2002, Nr. 13, S. 303 – 310 (TÖNZ 2002).

VERGEL R.G., SANCHEZ L.R., HEREDERO B.L., RODRIGUEZ P.L., MARTINEZ A.J.: Primary prevention of neural tube defects with folic acid supplementation: Cuban experience. In: Prenatal Diagnosis 1990, 10, S. 149 – 152 (VERGEL ET AL. 1990).

WHARTON B., BOOTH I.: Fortification of flour with folic acid. In: BMJ 2001, 323, S. 1198 – 1199.

WIEDERKEHR R.: POSTULAT 97.3501 vom 09.10. 1997: Vitamin B9. Prophylaxe; [www.parlament/ch/ ...](http://www.parlament.ch/...) 1997.

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

ABI. L	Amtsblatt der Europäischen Union. Reihe L: Rechtsvorschriften
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
Art.	Artikel
Am J Clin Nutr	American Journal of Clinical Nutrition, Bethesda
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BMJ	British medical journal / British Medical Association, London
Bull BAG Bern	Bulletin – Bundesamt für Gesundheitswesen, Bern
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CDC	Center for Disease Control and Prevention
EEK	Eidgenössische Ernährungskommission
Eidgen.	Eidgenössisch/Eidgenössische
f. / ff.	nächste / fortfolgende
FS	Folsäure
LMG Gebrauchs-	Bundesgesetz über Lebensmittel und gegenstände; SR 817.0
LMV	Lebensmittelverordnung; SR 817.02
JAMA	The Journal of the American Medical Association, Chicago IL
Int J Vitam Nutr Res	International Journal for vitamin and nutrition research, Bern; Stuttgart
J Nutr	The Journal of Nutrition: Official publication of the American Institute of Nutrition, Bethesda, Md.
Med J Aust	Medical Journal of Australia: Journal of the Australian Medical Association, Sydney
MMWR	Morbidity and Mortality Weekly Report
N Engl J Med	The New England Journal of Medicine, Boston
NRD	Neuralrohrdefekt/e
RTCE	ready-to-eat-breakfast cereals
SR	
Schweiz Med Forum	
Schweiz Med Wochenschr	Schweizerische medizinische Wochenschrift: offizielles Organ der Schweizerischen Gesellschaft

Schweiz Zschr GanzheitsMedizin

z.B.

zit.

für Innere Medizin und der Schweizerischen Gesellschaft für Pneumologie, Basel

Schweizerische Zeitschrift für GanzheitsMedizin, Basel

zum Beispiel

zitiert als