

Dr. Moritz Hagenmeyer* / Prof. Dr. Andreas Hahn**

Hamburg/Hannover

Vom Charakter einer Lebensmittelzutat

Die Rechtsprechung des BVerwG zum „Zusatzstoffbegriff“ – eine Kritik

INHALT

- A. Einleitung**
 - 1. Die Gleichstellungsproblematik
 - 2. Aus der Entscheidung des BVerwG
 - 3. Das Problem der Entscheidung
- B. Grammatische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB**
 - 1. „üblicherweise“
 - 2. „Lebensmittel“
 - 3. „charakteristische Zutat“
 - 4. Ergebnis
- C. Systematische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB**
 - 1. Gesetzeszusammenhang
 - 2. Parallele zu Zusatzstoffen
 - 3. Ergebnis
- D. Historische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB**
 - 1. Vorläufernorm
 - 2. Gesetzgebungsgeschichte
 - 3. Amtliche Begründung
- E. Teleologische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB**
 - 1. Gesetzeszweck: Gesundheitsschutz
 - 2. Ausnahmeregelung
 - 3. Beispiele
 - 4. Ergebnis
- F. Kritik der Rechtsprechung des BVerwG**
 - 1. Konsequenzen der Entscheidung
 - 2. Beispiele
 - 3. Kontrollüberlegung
 - 4. Kriterien?
 - 5. Die Nährstofffrage
- G. Ausblick auf die lebensmittelrechtliche Praxis**

A. Einleitung

1. Die Gleichstellungsproblematik

Die kontroverse Diskussion um die nationalen Besonderheiten des Zusatzstoffrechts hält schon seit längerem an. Das ist leicht nachvollziehbar, handelt es sich doch um einen in der lebensmittelrechtlichen Praxis besonders bedeutsamen Aspekt, der sowohl bei wettbewerbsrechtlichen als auch bei Auseinandersetzungen mit Behörden regelmäßig Stein des Anstoßes ist. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob und in welchem Umfang Stoffe mit einem Verbot belegt werden können, die Lebensmit-

teln nicht zu technologischen Zwecken, sondern aus ernährungsphysiologischen (bzw. diätetischen) Gründen zugesetzt werden. Denn während der europäische Gesetzgeber nur solche Stoffe als Zusatzstoffe ansieht, die aus technologischen Gründen verwendet werden, geht der deutsche Gesetzgeber hierüber hinaus und stellt auch zahllose andere Stoffe den Zusatzstoffen gleich¹⁾.

Kein Zweifel kann indes daran bestehen, dass die Gleichstellung von nicht zu technologischen Zwecken eingesetzten Stoffen mit Zusatzstoffen in der Praxis ein erhebliches Innovationshemmnis darstellt und im Ergebnis eine unbillige Benachteiligung für diejenigen bedeutet, die in Deutschland Lebensmittel vermarkten oder erwerben wollen. So verhindert der deutsche Alleingang in dieser Frage beispielsweise die Konzeption gemeinschaftsweit „harmonisierter“ Lebensmittel mit europaweit gleicher Zusammensetzung. Wenig beachtet wird in diesem Zusammenhang übrigens, dass dadurch auch die deutsche Wissenschaft einen Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Ländern erleidet. Wenn nämlich Lebensmittel in Studien auf ihre ernährungsphysiologische Wirkung geprüft werden sollen, wie es beispielsweise durch die VO (EG) Nr. 1924/2006 für die Absicherung gesundheitsbezogener Angaben zunehmend notwendig wird, dann ist das nur möglich, wenn ihre Zusammensetzung rechtskonform ist. Denn auch die Verabreichung von Lebensmitteln an Probanden stellt ein Inverkehrbringen i.S.v. Art. 3 Nr. 8 VO (EG) Nr. 178/2002 dar, so dass hier dieselben Vorgaben zu erfüllen sind wie bei jeder anderen Abgabe an Dritte. Die mit der Zusatzstofffrage verbundenen Unsicherheiten haben deshalb u.a. auch dazu geführt, dass zahlreiche Unternehmen dazu übergegangen sind, klinische Studien mit Lebensmitteln außerhalb Deutschlands durchführen zu lassen. An die damit verbundene Schwächung des Wissenschaftsstandortes Deutschland hat der Gesetzgeber ganz offenbar nicht einmal gedacht!

Vor diesen Hintergründen ist es durchaus verständlich, dass vielfach eine Abschaffung des „ernährungsphysiologischen Zusatzstoffes“ gefordert wird; eine Gesetzesänderung ist allerdings bis heute nicht in Sicht. Umso interessanter ist deshalb, wie die Rechtsprechung mit dieser Frage umgeht. Hier hat kürzlich das Bundesverwaltungsgericht mit einer Entscheidung für Furore gesorgt²⁾, die sogleich dahin interpretiert

* Rechtsanwalt in Hamburg und Lehrbeauftragter für Lebensmittelrecht an den Universitäten Hamburg und Hannover.

** Leiter der Abteilung Ernährungsphysiologie und Humanernährung des Instituts für Lebensmittelwissenschaft und Ökotrophologie der Leibniz Universität Hannover.

1) Auf die unterschiedlichen Positionen zu diesem Thema, insbesondere zur Frage der europarechtlichen Konformität des nationalen Zusatzstoffbegriffs, soll hier nicht erneut eingegangen werden; vgl. dazu Hagenmeyer, StoffR 2004, 150 sowie Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 6 ff. u. 25 ff.

2) BVerwG Urteil vom 25.7.2007, 3 C 21.06, ZLR 2007, 757 – OPC; Vorinstanz OVG Nordrhein-Westfalen, ZLR 2006, 339 – OPC.

wurde, dass nun das Ende für die Gleichstellung anderer Stoffe mit Zusatzstoffen gekommen sei³⁾. Überraschend ist dabei nicht so sehr das Ergebnis; Fragen werfen vielmehr das Vorgehen des Gerichtes und die Begründung des Urteils auf. In der Sache hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Abgrenzung eines Lebensmittels von einem Arzneimittel befasst⁴⁾. Die bemerkenswerte Passage zum Zusatzstoffbegriff des § 2 Abs. 3 LFGB fiel am Rande und ist entsprechend kurz gehalten – zu kurz, wie sich noch zeigen wird. Sie soll zu ihrem besseren Verständnis hier in voller Länge wiedergegeben werden⁵⁾:

2. Aus der Entscheidung des BVerwG

„7. Die Beklagte ist schließlich der Meinung, das streitige Produkt sei auch dann nicht verkehrsfähig, wenn es als Lebensmittel eingeordnet werde. Die Verkehrsfähigkeit sei hier durch die Ausnahmeregelung des § 54 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 1 LFGB ausgeschlossen, wonach § 54 Abs. 1 Satz 1 LFGB nicht gilt für aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte Erzeugnisse, die zum Zweck des § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB, also zum Gesundheitsschutz der Verbraucherinnen und Verbraucher, erlassenen Rechtsvorschriften widersprechen. Eine solche Rechtsvorschrift sei das Verbot des § 6 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a LFGB, bei dem gewerbmäßigen Herstellen von Lebensmitteln, die dazu bestimmt sind, in den Verkehr gebracht zu werden, nicht zugelassene Lebensmittel-Zusatzstoffe unvermischt oder in Mischungen mit anderen Stoffen zu verwenden. Das in „M.“ enthaltene OPC sei den Lebensmittel-Zusatzstoffen in § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 LFGB gleichgestellt.

Auch dem kann nicht gefolgt werden. § 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 LFGB stellt Stoffe mit oder ohne Nährwert den Lebensmittel-Zusatzstoffen gleich, wenn sie üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden und einem Lebensmittel aus anderen als technologischen Gründen beim Herstellen oder Behandeln zugesetzt werden, wodurch sie selbst oder ihre Abbau- oder Reaktionsprodukte mittelbar oder unmittelbar zu einem Bestandteil des Lebensmittels werden oder werden können; ausgenommen sind Stoffe, die natürlicher Herkunft oder den natürlichen chemisch gleich sind und nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen ihres Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswertes oder als Genussmittel verwendet werden.

Das Berufungsgericht hat zu Recht schon die Anwendbarkeit des 1. Halbsatzes dieser Bestimmung verneint. Er setzt negativ voraus, dass die fraglichen Stoffe üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden. Das Lebensmittel, um das es hier geht, ist „M.“. Nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 Satz 1 BasisVO sind auch Nahrungsergänzungsmittel Lebens-

mittel. Das ist unstrittig. Wie schon der Name des streitigen Produkts zeigt, ist OPC der charakteristische Bestandteil dieses Nahrungsergänzungsmittels. Er prägt seinen Charakter. Im Sinne der in Rede stehenden Vorschrift ist er damit die charakteristische Zutat eines Lebensmittels. Die Ansicht der Beklagten, Lebensmittel im Sinne dieser Bestimmung und charakteristische Zutaten seien nur normale oder traditionelle Lebensmittel, ist nicht nachvollziehbar. Wenn der Gesetzgeber in einem Paragraphen zunächst ausdrücklich eine Definition des Begriffs Lebensmittel gibt bzw. diese in Bezug nimmt und so gleich anschließend den Begriff Lebensmittel verwendet, so kann nicht angenommen werden, dass er gleichwohl unterschiedliche Gegenstände meint.“

3. Das Problem der Entscheidung

Bei näherer Betrachtung dieser Passage wird schnell klar, dass das Bundesverwaltungsgericht hier nicht nur zu kurz gesprungen ist, sondern auch noch in die falsche Richtung. Um das zu erkennen, bedarf es nur einer rechtswissenschaftlichen Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB, so wie sie seit Jahrtausenden in der juristischen Ausbildung gelehrt wird. Schon bei Celsus heißt es bekanntlich „*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*“⁶⁾. Besonders schön hat Altmeister Savigny die hier erforderliche Tätigkeit der Juristen auf den Punkt gebracht: „Das, was von unserer Seite gefordert wird, ist eine geistige Tätigkeit, also, wie einfach es auch oft aussehe, ein wissenschaftliches Geschäft, Anfang und Grundlage der Rechtswissenschaft“⁷⁾.

Die notwendige *interpretatio* geht zwar stets vom Wortsinn aus, den der allgemeine Sprachgebrauch ergibt. Sie darf dort aber nicht stehenbleiben, sondern muss sich darüber hinaus stets auch zur *sententia legis* hin wenden, also dem von juristischen Kriterien wie von rechtsbildenden Faktoren bestimmten, den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Sinn des Gesetzes. Das Ganze nennt man schon seit Pomponius „*interpretandi scientia*“⁸⁾. Die Jurisprudenz kennt dazu eine Reihe von Methoden⁹⁾, von denen sich zur grammatischen, systematischen und historischen in der Neuzeit vor allem die teleologische Auslegung gesellt hat, mit der die konkrete Rechtsanwendung gezielt am Normzweck ausgerichtet werden kann.

Auch ist in der Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten bekannt, dass der Gesetzgeber zuweilen einen unrichtigen – oder zumindest einen mehr oder weniger unpräzisen – Ausdruck verwendet, „indem der von ihm unmittelbar bezeichnete Gedanke von dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist“¹⁰⁾; das kommt nicht selten vor. In solchen Fällen gilt traditionell folgendes: „Da nun der Ausdruck bloßes Mittel ist, der Gedanke aber der Zweck, so ist es unbedenklich, daß der Gedanke vorgezogen, der Ausdruck also nach ihm berichtigt werden muß“¹¹⁾. Nimmt man dementsprechend eine vollständige Auslegung des

3) Meyer, ZLR 2007, 770, 771 sowie Büttner, ZLR 2008, 99, der allerdings am Verfahren beteiligt war.

4) BVerwG, ZLR 2007, 757 – OPC, es ging um eine täglich zu verzehrende Kapsel mit 50mg pflanzlichen Flavonoiden aus Taubenkernen, Oligomeren Proanthocyanidinen (OPC), einer Substanzgruppe, die auch in Kapillarthapeutika Verwendung findet, da sie u.a. einen positiven Effekt auf insuffiziente Herzmuskeln haben kann; ausführlich dazu Hagenmeyer/Hahn, WRP 2008, 275 sowie Doeppner/Hüttenbräuer, ZLR 2008, 1.

5) Die vom BVerwG aus dem Gesetz zitierten Satzteile sind zum besseren Verständnis der Passage von den Autoren dieses Beitrags kursiv gesetzt worden.

6) Digesta Iustitiani 1, 3, 17; vgl. dazu nur Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, S. 212 sowie die Nachweise ibid. in Fn. 22.

7) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, S. 206.

8) Digesta Iustiniani 1, 2, 2, 6.

9) Vgl. zu den klassischen Methoden Savigny, a.a.O., S. 212 ff. sowie Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 11 ff. u. 312 ff.

10) Savigny, a.a.O., S. 222 u. 230 ff.

11) Savigny, a.a.O., S. 230.

§ 2 Abs. 3 LFGB vor, dann wird auch die Ansicht der Beklagten im eingangs genannten Fall ganz leicht nachvollziehbar. Und es wird zugleich deutlich, dass ihre Ansicht im Kern richtig ist! Bedauerlicherweise hat es das höchste deutsche Verwaltungsgericht versäumt, die Norm differenziert und gründlich auszulegen; die Konsequenzen dieser Unterlassung reichen weiter, als es sich das Gericht vermutlich vorgestellt hat.

Wie aber hätte die streitige Norm interpretiert werden müssen? Die Autoren werden hier versuchen, eine schulmäßige Auslegung vorzunehmen und § 2 Abs. 3 LFGB vor allem nach Sinn und Zweck des Gesetzes zu interpretieren. Sie wollen sich dabei gewiss nicht anmaßen, den Bundesverwaltungsrichtern das Wasser – oder sonstige Lebensmittel – zu reichen. Sie wissen auch: „Die Auslegung ist eine Kunst“¹²⁾! Gleichwohl halten sie es wissenschaftlich für angezeigt, die höchstrichterliche Entscheidung kritisch zu würdigen, die in der lebensmittelrechtlichen Praxis für erhebliche Unruhe gesorgt hat¹³⁾. Damit soll nicht notwendigerweise das Ergebnis des Urteils an und für sich in Frage gestellt werden; es geht hier nur darum, ob die streitige Norm überhaupt so „ausgelegt“ werden konnte und durfte wie durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall der OPC-Kapseln.

B. Grammatische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB

1. „üblicherweise“

Die grammatische Auslegung geht vom Wortlaut einer Norm aus¹⁴⁾. Im konkreten Fall ist somit die Frage zu beantworten, was folgende Worte bedeuten können: „Stoffe, ... die üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden“. Solche Stoffe sind aufgrund von § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Halbs. LFGB a priori von der Gleichstellung mit Zusatzstoffen ausgenommen. Es scheiden damit zwei unterschiedliche Kategorien von Stoffen aus dem Bereich der gleichgestellten Stoffe aus: zum einen solche, die „üblicherweise selbst als Lebensmittel verzehrt“ werden, zum anderen solche, die „üblicherweise als charakteristische Zutat eines Lebensmittels“ Verwendung finden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass das Kriterium der Üblichkeit („üblicherweise“) sich erkennbar und sprachlich eindeutig auf beide Kategorien bezieht¹⁵⁾, sowohl auf selbst als Lebensmittel verzehrte Stoffe als auch auf als charakteristische Lebensmittelzutat verwendete Stoffe. Deswegen können selbstverständlich nur solche Zutaten von der Gleichstellung ausgenommen sein, die *üblicherweise* als solche verwendet werden¹⁶⁾.

2. „Lebensmittel“

Was hier mit Lebensmittel gemeint ist, ergibt sich dagegen nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm. Mit Lebens-

mittel kann folglich das gemeint sein, was nach allgemeinem Sprachgebrauch normalerweise als Lebensmittel gilt, z.B. Wasser und Brot; es kann damit aber auch das gemeint sein, was der Gesetzgeber an anderer Stelle als Lebensmittel definiert hat, oder es kann noch etwas Anderes gemeint sein. Da die Norm in dieser Hinsicht erkennbar nicht eindeutig ist, muss sie insoweit der Auslegung zugänglich bleiben. Es ist jedenfalls nach dem Wortlaut nicht möglich, das Verständnis des Begriffs Lebensmittel auf eine einzige Interpretation einzuschränken. So ist es zwar zulässig, sich auf die weite Interpretation des Lebensmittelbegriffs aus Art. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 zu stützen, wie es das Bundesverwaltungsgericht getan hat, aber dieses Verständnis ist durchaus nicht zwingend geboten, zumal da dieser Begriff jünger ist als wesentliche Teile der auszulegenden Norm (s.u. D.).

3. „charakteristische Zutat“

Noch schwieriger ist die Frage, was in § 2 Abs. 3 LFGB mit charakteristischer Lebensmittelzutat gemeint ist. Auch hier bietet sich zur Auslegung zunächst das an, was nach allgemeinem Sprachgebrauch üblicherweise als charakteristische Zutat gilt, aber auch das, was der Gesetzgeber an anderer Stelle als Lebensmittelzutat definiert hat, oder sogar eine andere Bedeutung. Ein vollständiger Verweis auf eine weitere gesetzliche Begriffsbestimmung scheidet jedoch aus, weil die Wendung „*charakteristische Zutat eines Lebensmittels*“ im Lebensmittelrecht sonst nicht definiert ist. Außerdem muss der Begriff „*charakteristisch*“ als Fremdwort ohnehin übersetzt werden. Er stammt ab vom griechischen Wort Χαρακτηρ, was die Prägung bzw. der Inbegriff des Personengefüges oder der Persönlichkeit ist, aber auch Eigenart, Gepräge oder Merkmal bedeuten kann. Charakteristisch wird deshalb gern mit „kennzeichnend“ oder „prägend“ übersetzt¹⁷⁾. Welche Zutat für ein Lebensmittel derart als prägend bezeichnet werden kann, bedarf in jedem Fall der Auslegung. Nach dem Wortlaut der Norm ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, den Begriff charakteristisch auf „normal“ oder „traditionell“ einzuschränken, wie es die Beklagte im eingangs geschilderten Fall tun wollte.

Es bleibt zunächst auch unklar, ob die charakteristische Zutat irgendein Lebensmittel oder genau das spezielle Lebensmittel eines konkreten Falles prägen muss. Das Bundesverwaltungsgericht hat aus dem Namen des streitigen Präparats, „OPC-Kapseln“, geschlossen, dass OPC den Charakter eben dieses Lebensmittels präge und die Zutat deshalb für dieses Produkt charakteristisch sein müsse. Diese Interpretation ist gewiss möglich, ergibt sich aber nicht zwangsläufig. Grammatisch ebenso richtig ist die Annahme, der Stoff müsse in (irgend)einem Lebensmittel prägend sein¹⁸⁾. Zumindest steht in § 2 Abs. 3

12) Savigny, a.a.O., S. 211.

13) Meyer hätte sich „rechtswissenschaftlich eine Auseinandersetzung des BVerwG mit Literatur und früherer Rechtsprechung gewünscht“, ZLR 2007, 770, 771; Preuß hält die Begründung des Urteils für erstaunlich, ZLR 2008, 92; vgl. auch die Verständnisschwierigkeiten von Büttner, ZLR 2008, 99.

14) Vgl. dazu näher Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 320 ff.

15) Ebenso Meyer, ZLR 2006, 354, 356-357.

16) Ebenso Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 474 und Meyer, ZLR 2006, 354, 356-357, der diesen Punkt inzwischen aber übersieht, ZLR 2007, 770, 771.

17) Dementsprechend ist die englische Formulierung „*substances that characterise the product*“ in Art. 6 Abs. 3 lit. a) der Nahrungsergänzungsmittelrichtlinie 2002/46/EG in der deutschen Fassung amtlich mit „*anderen Stoffen, die für das Erzeugnis kennzeichnend sind*“ übersetzt worden; weitere Synonyme bei Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 467; vgl. auch Preuß, ZLR 2008, 92, 95 sowie Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 30, Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 18 u. Dannecker/Gorny/Höhn/Metke/Preuß, LFGB, § 2 Rdnr. 88.

18) Ebenso ist ein natürlicher Stoff auch dann nicht als Zusatzstoff anzusehen, wenn er bereits in einem Anwendungsfall einem Lebensmittel aus anderen als technologischen Gründen zugesetzt wird; vgl. BGH, WRP 2004, 181, 1483 – „Johanniskraut“.

LFGB nichts davon geschrieben, dass eine Zutat lediglich charakteristisch für das betreffende Lebensmittel sein muss¹⁹⁾; es ist dort von der charakteristischen Zutat „eines Lebensmittel“ die Rede²⁰⁾. Ob sich daraus ein Unterschied ergibt, ist ebenfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln.

4. Ergebnis

Das Kriterium der Üblichkeit („üblicherweise“) hat das Bundesverwaltungsgericht gar nicht beleuchtet; unübliche Zutaten sind jedoch von der Ausnahmeregelung nach ihrem Wortlaut nicht erfasst²¹⁾. Es ist deshalb insbesondere zu klären, was unter „üblicherweise“ zu verstehen ist. Synonyme sind hier „normalerweise“, „gewöhnlich“ oder auch „regelmäßig“ bzw. „in der Regel“²²⁾. Da der Wortlaut den Begriff nicht endgültig determiniert, muss seine Bedeutung mit Hilfe anderer Kriterien noch näher untersucht werden. Festzuhalten bleibt zunächst, dass die grammatische Auslegung im konkreten Fall keine klaren Erkenntnisse bringt. Sie liefert zwar das Ergebnis, dass Zutaten von der Gleichstellung mit Zusatzstoffen ausgenommen sind, die üblicherweise für ein Lebensmittel „prägend“ sind. Keinesfalls aber zwingt sie dazu, die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts als einzig richtige Interpretationsmöglichkeit zu bestätigen.

C. Systematische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB

1. Gesetzeszusammenhang

Mit der systematischen Auslegung wird eine Norm in ihrem Gesamtzusammenhang interpretiert, in dem sie im Gesetz angegriffen wird²³⁾. § 2 Abs. 3 LFGB gehört zu § 2 LFGB, der die amtliche Überschrift „Begriffsbestimmungen“ trägt. Die Vorschrift folgt auf § 2 Abs. 2 LFGB, in dem für die Begriffsbestimmung des „Lebensmittels“ auf Art. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 verwiesen wird. Die Norm selbst definiert in § 2 Abs. 3 S. 1 LFGB zunächst – in weitgehender Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 2 der Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie 89/107/EWG – Lebensmittel-Zusatzstoffe²⁴⁾. In § 2 Abs. 3 S. 2 LFGB werden anschließend vier verschiedene Gruppen von Stoffen den Zusatzstoffen gleichgestellt. Dabei handelt es sich anerkanntermaßen um eine Rechtsfolgenverweisung, mit der insbesondere Zulassungsvorbehalte (vor allem die des § 6 Abs. 1 LFGB), die speziell für Zusatzstoffe normiert sind, auch auf die gleichgestellten Stoffe erstreckt werden; die zugehörige Erstreckungsnorm ist § 4 Abs. 1 Nr. 2 LFGB²⁵⁾.

2. Parallele zu Zusatzstoffen

Die durch § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LFGB gleichgestellten Stoffe sind solche, die sich von den Zusatzstoffen in erster Linie dadurch

unterscheiden, dass sie „einem Lebensmittel aus anderen als technologischen Gründen ... zugesetzt werden“, also im Wesentlichen zu ernährungsphysiologischen oder diätetischen Zwecken²⁶⁾. Hinsichtlich ihrer Begriffsbestimmung gibt es aber eine entscheidende Parallele zu den technologischen Zusatzstoffen²⁷⁾. Letztere sind in § 2 Abs. 3 S. 1 LFGB – ebenfalls in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 2 der Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie 89/107/EWG – als Stoffe bezeichnet, „die in der Regel weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden“. Aus dieser Parallele folgt zum einen, dass offenbar dieselbe Art von Stoffen aus dem Kreis der Zusatzstoffe herausgelöst werden soll wie aus dem Kreis der gleichgestellten ernährungsphysiologischen Stoffe. Insoweit sind hier identische Kriterien anzuwenden²⁸⁾. Denn mit den Worten „in der Regel“²⁹⁾ in § 2 Abs. 3 S. 1 LFGB wird, wie schon die grammatische Auslegung zeigt (s.o. B.), dasselbe zum Ausdruck gebracht wie mit dem Wort „üblicherweise“ in § 2 Abs. 3 S. 2 LFGB³⁰⁾. Zum anderen besteht die Parallele ebenso im Hinblick auf Stoffe, die „selbst als Lebensmittel verzehrt“ werden, weshalb auch insoweit eine gewisse Gleichwertigkeit zwischen den charakteristischen Zutaten einerseits und Lebensmitteln andererseits bestehen muss³¹⁾. Es liegt nahe, unter charakteristischen Zutaten deswegen Stoffe zu verstehen, die für (das jeweilige oder jedenfalls irgendein) Lebensmittel als solche unverzichtbar sind³²⁾.

3. Ergebnis

Hinsichtlich der Lebensmitteldefinition, die zur Auslegung von § 2 Abs. 3 LFGB benötigt wird, kann tatsächlich auf die Begriffsbestimmung aus Art. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 verwiesen werden, und mit „Zutat“ ist aus systematischen Gründen höchstwahrscheinlich dasselbe gemeint ist wie in § 5 Abs. 1 LMKV bzw. in Art. 6 Abs. 4 der Etikettierungsrichtlinie 2000/13/EG³³⁾. Zur Auslegung des Begriffs „charakteristisch“ hilft die systematische Methode allerdings nur teilweise weiter. Es wird damit zwar offensichtlich, dass der Begriff ursprünglich aus dem europäischen Zusatzstoffrecht stammt und dementprechende Parallelen zu berücksichtigen sind, doch auch dort findet sich keine verbindliche Definition dessen, was als charakteristische Zutat gelten kann und was nicht³⁴⁾.

D. Historische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB

1. Vorläufernorm

Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte³⁵⁾, insbesondere auf die Vorläufernorm des § 2 Abs. 3 LFGB, nämlich § 2 LMBG, aber auch die Amtliche Gesetzesbegründung zum LFGB können hier vielleicht schon ein Stück weiterhelfen. § 2 Abs. 1 1. Halbs.

19) So aber Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 30 u. Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 18.

20) Vgl. auch Preuß, ZLR 2008, 92, 96.

21) Ebenso Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 34 u. 29; vgl. auch Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 474.

22) Vgl. auch Dannecker/Gorny/Höhn/Mettke/Preuß, LFGB, § 2 Rdnr. 83.

23) Vgl. dazu näher Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 324 ff.

24) Vgl. dazu näher Meyer, ZLR 2004, 21, 39; Hagenmeyer, StoffR 2004, 150 sowie Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 468.

25) Vgl. dazu Hagenmeyer/Oelrichs, in MüKo Lauterkeitsrecht, § 2 LFGB Rdnr. 18-20 u. 22 u. § 6 LFGB Rdnr. 2.

26) Vgl. Hagenmeyer/Oelrichs, in MüKo Lauterkeitsrecht, § 2 LFGB Rdnr. 19 u. 22.

27) Vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 52.

28) Ebenso Preuß, ZLR 2008, 92, 95.

29) Vgl. dazu ausführlich v. Cettritz/Meier, LMuR 2000, 98, 99.

30) Ebenso Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 474; auch diesen Punkt übersieht Meyer, ZLR 2007, 770, 771.

31) Das übersieht Büttner, ZLR 2008, 99, 107.

32) So Preuß, ZLR 2008, 92, 96; vgl. auch Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 472-473.

33) Ebenso auch v. Cettritz/Meier, LMuR 2000, 98, 99-100.

34) Ebenso Dannecker/Gorny/Höhn/Mettke/Preuß, LFGB, § 2 Rdnr. 87-88.

35) Vgl. dazu näher Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 328 ff.

LMBG enthielt seit dem Jahre 1974 eine Begriffsbestimmung für Zusatzstoffe, die nicht zwischen technologischen und anderen Zwecken unterschied: „Zusatzstoffe im Sinne dieses Gesetzes sind Stoffe, die dazu bestimmt sind, Lebensmitteln zur Beeinflussung ihrer Beschaffenheit oder zur Erzielung bestimmter Eigenschaften und Wirkungen zugesetzt zu werden“. Damit waren auch alle Stoffe, die Lebensmitteln zu anderen als technologischen Gründen zugesetzt wurden, von Gesetzes wegen Zusatzstoffe³⁶⁾. § 2 Abs. 1 2. Halbs. LMBG schloss an die Definition mit folgendem Wortlaut an: „ausgenommen sind Stoffe, die natürlicher Herkunft oder den natürlichen chemisch gleich sind und nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen ihres Nähr-, Geruchs- oder Geschmackswertes oder als Genussmittel verwendet werden, sowie Trink- und Tafelwasser“. An dieser Ausnahme hat sich aufgrund von § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 2. Halbs. LFGB erkennbar nichts geändert.

2. Gesetzgebungsgeschichte

Fraglich bleibt demgegenüber, welche Gründe die gegenüber § 2 Abs. 1 1. Halbs. LMBG geänderten Definition der Zusatzstoffe bzw. der ihnen gleichgestellten Stoffe in § 2 Abs. 3 S. 1 u. S. 2 Nr. 1 LFGB hat und welche Schlüsse sich daraus für das richtige Verständnis der geltenden Norm und die ausgenommenen Stoffe ergeben. Die Spaltung der Begriffsbestimmungen ist leicht erklärt³⁷⁾. Mit der europäischen Harmonisierung des Zusatzstoffrechts durch die Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie 89/107/EWG im Jahre 1989 wurde für technologische Zusatzstoffe die Definition aus Art. 1 Abs. 2 dieses Gesetzeswerks verbindlich³⁸⁾. Der deutsche Gesetzgeber passte § 2 Abs. 1 LMBG jedoch nicht an die europäische Vorgabe an, sondern ließ die Norm unverändert³⁹⁾. Hinsichtlich der technologischen Zusatzstoffe war § 2 Abs. 1 LMBG deshalb seit 1998 im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Begriffsbestimmung europarechtskonform auszulegen. Entsprechend Art. 1 Abs. 2 der Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie 89/107/EWG sind demzufolge Stoffe, „die in der Regel weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden“ vom Kreis der technologischen Zusatzstoffe ausgenommen. Hinsichtlich der ernährungsphysiologischen oder diätetischen Stoffe blieb es dagegen bei der nationalen Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 1. Halbs. LMBG. Der deutsche Gesetzgeber ordnete mit einer Übergangsverordnung⁴⁰⁾ sogar ausdrücklich an, dass das bis 5.2.1998 geltende nationale Recht für (Zusatz-)Stoffe fortgelten sollte, die zu anderen als technologischen Zwecken bestimmt sind. Die europarechtlich begründeten Ausnahmen bei technologischen Zusatzstoffen spielten in diesem Zusammenhang für die anderen Stoffe offensichtlich keine Rolle.

3. Amtliche Begründung

In seiner Amtlichen Begründung zu § 2 Abs. 3 LFGB hat der Gesetzgeber schließlich erläutert, warum er sich für die Gleich-

stellung von bestimmten Stoffen mit Zusatzstoffen entschieden hat. Er hält zunächst fest, dass mit der Norm „die Anpassung der Begriffsbestimmung für Lebensmittel-Zusatzstoffe an die in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 89/107/EWG enthaltene Definition“ erfolgt, und erwähnt dann, dass Stoffe, „die anderen als technologischen Gründen dienen ... nunmehr ... den Zusatzstoffen gleichgestellt“ werden⁴¹⁾. Zur Begründung dafür heißt es weiter: „Gleichwohl ist – über die Gleichstellung – das bisherige Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fortzuführen“⁴²⁾. Damit wird unter historischen Gesichtspunkten ganz unmissverständlich klar, dass eine Änderung der geltenden Rechtslage durch § 2 Abs. 3 LFGB nicht beabsichtigt war⁴³⁾. Alle zu ernährungsphysiologischen oder diätetischen Zwecken verwendeten Stoffe sollen mithin auch nach § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 1. Halbs. LFGB grundsätzlich weiter wie Zusatzstoffe behandelt werden. Historisch betrachtet werden aufgrund der geltenden Norm folglich keinesfalls mehr Substanzen aus dem Bereich der zulassungspflichtigen Stoffe ausgenommen als vorher. Warum das bezweckt war, hat der Gesetzgeber übrigens ebenfalls erklärt.

E. Teleologische Auslegung des § 2 Abs. 3 LFGB

1. Gesetzeszweck: Gesundheitsschutz

Sinn und Zweck der Gleichstellung von ernährungsphysiologischen oder diätetischen Stoffen mit technologischen Zusatzstoffen lassen sich mit einer teleologischen Auslegung⁴⁴⁾ des § 2 Abs. 3 LFGB ermitteln. Ausgangspunkt hierzu muss die eben erwähnte Amtliche Begründung des Gesetzes sein. Der Gesetzgeber betont, dass er die Fortführung der Gleichstellung aus folgendem Grund für erforderlich hält: „Eine Abkehr vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hätte nämlich zur Folge, dass für eine Vielzahl von Stoffen, für deren Verwendung auf Gemeinschaftsebene in spezifischen Vorschriften derzeit noch keine Regelungen getroffen worden sind, keine nationale Verwendungsbeschränkung mehr bestehen würde. Eine solche Abkehr erscheint mit der Zielsetzung dieses Gesetzes, insbesondere der besonderen Akzentuierung des Aspektes der Vorbeugung gegen eine Gefahr für die menschliche Gesundheit, nicht vereinbar“⁴⁵⁾. Hier wird eindeutig und unmissverständlich auf den Gesundheitsschutz als Gesetzeszweck Bezug genommen, der seinerseits in § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB unter der Überschrift „Zweck des Gesetzes“ das allererste Ziel des deutschen Lebensmittelrechts ist⁴⁶⁾.

2. Ausnahmeregelung

Dieser Gesichtspunkt wird sich als der zentrale Aspekt erweisen: Wenn der Gesetzgeber die Gleichstellung von ernährungs-

36) Vgl. Hagenmeyer, StoffR 2004, 150-151.

37) Vgl. dazu ausführlich Hagenmeyer, StoffR 2004, 150, 151.

38) Ebenso Preuß, ZLR 2008, 92-94.

39) Kritisch dazu Meyer/Streinz, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 52.

40) Art. 25 der VO vom 29.1.1998, BGBl. I 230, 231, geändert durch VO vom 16.10.1998, BGBl. I S. 3.175.

41) BT Drucks 15/3657, S. 58; abgedruckt u.a. bei Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 1.

42) BT Drucks 15/3657, S. 58; abgedruckt u.a. bei Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 1.

43) Vgl. schon Hagenmeyer, StoffR 2004, 150, 153 u. 155 sowie Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 465 u. 473.

44) Vgl. dazu näher Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 333 ff.

45) BT Drucks 15/3657, S. 58; abgedruckt u.a. bei Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 1; vgl. dazu näher Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 465; kritisch Meyer/Streinz, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 37 u. Dannecker/Gorny/Höhn/Mettke/Preuß, LFGB, § 2 Rdnr. 105.

46) Vgl. dazu Hagenmeyer/Oelrichs, in MüKo Lauterkeitsrecht, § 1 LFGB Rdnr. 7 sowie Preuß, ZLR 2008, 92, 96; diesen Punkt übersieht Büttner, ZLR 2008, 99, 114.

physiologischen bzw. diätetischen Stoffen mit – zulassungspflichtigen, einem Erlaubnisvorbehalt unterworfenen – Zusatzstoffen aus Gründen des Gesundheitsschutzes vornimmt, dann muss jede Ausnahme von der generellen Gleichstellung an diesem Gesetzeszweck, der „ratio legis“⁴⁷⁾ gemessen werden⁴⁸⁾. Ohnehin sind Ausnahmen von gesetzlichen Begriffsbestimmungen grundsätzlich eng auszulegen⁴⁹⁾. Im konkreten Fall des § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 1. Halbs. LFGB kann das nur bedeuten, dass Stoffe lediglich in besonders begründeten Fällen von der generellen Gleichstellung ausgenommen sein sollen und dass die Ausnahme prinzipiell nur für gesundheitlich unbedenkliche Stoffe gelten kann⁵⁰⁾. Diese Überlegungen sind auch bei einer teleologischen Interpretation der Passage „Stoffe, ... die üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden“ zu berücksichtigen.

Hier wird nun die europäische Begriffsbestimmung für Zusatzstoffe aus Art. 1 Abs. 2 der Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie 89/107/EWG bedeutungsvoll. Auch aus dem Kreis dieser Stoffe sind ja Substanzen ausgenommen, „die in der Regel weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden“. Wie die systematische Auslegung des § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 1. Halbs. LFGB gezeigt hat (s.o. C.), stammt das Kriterium der Üblichkeit („üblicherweise“) aus dieser europäischen Norm. Nach allgemeinem Verständnis dient diese Ausnahme dazu, solche Stoffe nicht der Zulassungspflicht zu unterwerfen, die zwar auch technologischen Zwecken dienen können, die aber sonst – also „üblicherweise“ bzw. „in der Regel“ – aus anderen Gründen eingesetzt werden und die allgemein als Lebensmittel oder als „charakteristische Zutat“ gelten.

3. Beispiele

Was das bedeutet, wird beim Blick in Art. 1 Abs. 3 der Farbstoff-Richtlinie 94/36/EG klar. Dort finden sich Beispiele für färbende Lebensmittel, die keine Farbstoffe, also keine Zusatzstoffe sind: „Lebensmittel, getrocknet oder in konzentrierter Form, und aromatische Stoffe, die bei der Herstellung von Lebensmittelzubereitungen wegen ihrer aromatisierenden, geschmacklichen oder ernährungsphysiologischen Eigenschaften beigegeben werden und eine färbende Nebenwirkung haben, wie Paprika, Kurkuma und Safran“. Somit kann unschwer geschlossen werden, dass der europäische Gesetzgeber Paprika, Kurkuma und Safran als „charakteristische“ Lebensmittelzutaten ansieht⁵¹⁾, die „üblicherweise“, d.h. regelmäßig Verwendung finden. In der Literatur werden darüber hinaus folgende Beispiele für charakteristische Lebensmittelzutaten genannt: rote Rüben bzw. Rote-Beete-Saft, die färben⁵²⁾, Kochsalz, das konserviert⁵³⁾, Eigelb als

Emulgator bei der Herstellung von Mayonnaise⁵⁴⁾, Eiweiß zum Klären von Most⁵⁵⁾, Mehl oder Stärke, das als Dickungs- oder Bindemittel verwendet wird⁵⁶⁾, färbende Frucht- und Pflanzenextrakte aus Nahrungspflanzen⁵⁷⁾ und Spinatsaft oder Sepia-Tinte zum Färben von Teigwaren⁵⁸⁾, Essig zum Konservieren von Gurken⁵⁹⁾ sowie Alkohol⁶⁰⁾. Die Rechtsprechung hat insbesondere Honigwein als „gebräuchliches, ‚normales‘ Lebensmittel“ angesehen⁶¹⁾. In der Amtlichen Begründung zu § 2 LMBG ist schließlich ebenfalls von „normalen Lebensmitteln“ die Rede, „die zu technologischen oder sonstigen Zwecken verwendet werden“; als weitere Beispiele wurden dort Kakaobutter und Gewürze genannt⁶²⁾. Allen diesen Zutaten gemein ist, dass sie nicht nur lange bekannt, erprobt und durch umfangreichen Verzehr bewährt sind, sondern dass auch ihre gesundheitliche Undenklichkeit nicht angezweifelt wird⁶³⁾. Nicht als charakteristische Zutat gelten dagegen z.B. rot fermentierter Reis⁶⁴⁾, Ameisensäure für aromatisch gesäuerten Hering⁶⁵⁾, blauer Spirulinaextrakt oder geriebene Maikäferflügel⁶⁶⁾. Sie sind als Lebensmittel weder üblich, noch sind ihre gesundheitlichen Risiken bei einem Verzehr als Lebensmittel genauer bekannt.

4. Ergebnis

In der Literatur wird deswegen auch argumentiert, dass als „charakteristische“ Zutaten nur solche gelten können, „die aus konventionellen Lebensmittel gewonnen wurden“⁶⁷⁾ bzw. bei denen es sich um ein „normales, traditionelles Lebensmittel handeln muss“⁶⁸⁾. Ob diese enge Auslegung zwangsläufig richtig sein muss, mag dahingestellt bleiben. Denn im Ergebnis kann ein üblicher und damit auch regelmäßiger Verzehr nur für solche Lebensmittel angenommen werden, die eine gewisse Bedeutung im Speiseplan des Menschen besitzen. Jedenfalls aber verlangt eine am Gesundheitsschutzzweck orientierte Auslegung des Ausnahmetatbestands in § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LFGB nach einer entsprechenden teleologischen Reduktion⁶⁹⁾.

F. Kritik der Rechtsprechung des BVerwG

Betrachtet man die eingangs angeführte Schlussfolgerung des Bundesverwaltungsgerichts (s.o. A.) vor diesem Hintergrund,

47) Preuß, ZLR 2008, 92, 94.

48) Vgl. auch Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 35 zu einer an der Intention des Gesetzgebers orientierten, einschränkenden Auslegung der Parallelnorm für technologische Zusatzstoffe.

49) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 353 ff.; ebenso Preuß, ZLR 2008, 92, 96.

50) Im Ergebnis ebenso Preuß, ZLR 2008, 92, 98; vgl. auch Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 37.

51) Ebenso Sina, ZLR 1995, 145, 154 sowie Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 460.

52) Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 20; Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 461; Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 15.

53) Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 20; Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 459; Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 15.

54) Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 20 u. C 100, § 2 LMBG Rdnr. 39; Teufer, ZLR 2007, 577, 602; Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 15; vgl. auch die Amtliche Begründung zu § 2 LMBG, BT-Drucks. 7/255, abgedruckt u.a. bei Zipfel/Rathke, a.a.O. Rdnr. 3b.

55) Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 459.

56) Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, § 2 LMBG Rdnr. 39; Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 459; Preuß, ZLR 2008, 92, 96; Meyer/Strein, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 15; vgl. auch die Amtliche Begründung zu § 2 LMBG, BT-Drucks. 7/255, abgedruckt u.a. bei Zipfel/Rathke, a.a.O. Rdnr. 3b.

57) Sina, ZLR 1995, 145, 151; Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 459.

58) Sina, ZLR 1995, 145, 151.

59) Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 459; Preuß, ZLR 2008, 92, 96.

60) Preuß, ZLR 2008, 92, 96.

61) BGH, ZLR 2004, 711 – „Honigwein“.

62) BT-Drucks. 7/255, abgedruckt u.a. bei Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 100, § 2 LMBG Rdnr. 3b; vgl. dazu auch Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 473.

63) Vgl. auch Teufer, ZLR 2007, 577, 602.

64) OVG Nordrhein-Westfalen, ZLR 2000, 74.

65) Preuß, ZLR 2008, 92, 95.

66) Der Erfinder dieses Beispiels ist den Autoren bekannt.

67) Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 458 ff. unter Hinweis auf Langguth, ZLR 1995, 125, 132 u. Kühn, ZLR 2000, 85, 88; a.A. ohne überzeugende Begründung Büttner, ZLR 2008, 99, 107.

68) Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 459 ff. unter Hinweis auf Sina, ZLR 1995, 145, 151.

69) Zutreffend Preuß, ZLR 2008, 92, 98.

dann wird eines sofort deutlich: Das Gericht hat sich dem Thema „charakteristische Lebensmittelzutat“ nur oberflächlich genähert und ist ihm rechtswissenschaftlich letztlich fern geblieben. Der Gesetzeszweck des § 2 Abs. 3 LFGB hat für die „Auslegung“ der Norm durch das Gericht ganz offensichtlich keine Rolle gespielt⁷⁰⁾. Es hat sich vor allem nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Kriterium der Üblichkeit („üblicherweise“) insoweit eine besondere Bedeutung hat. Legt man die Ausnahmeregelung „Stoffe, ... die üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden“ entsprechend dem Gesetzeszweck des Gesundheitsschutzes eng aus, dann dürfen nur wenige, gesundheitlich unbedenkliche Substanzen aus dem Kreis der gleichgestellten Stoffe ausgenommen werden, nicht aber jede für das betreffende Lebensmittel aus irgendwelchen Gründen prägende Zutat. Mit anderen Worten: Die Ausnahme muss stets Ausnahme bleiben und darf nicht zum Regelfall werden.

1. Konsequenzen der Entscheidung

Die Auslegung des Begriffes „charakteristisch“ durch das Bundesverwaltungsgericht kann dementsprechend nicht überzeugen. Es bemerkt „Wie schon der Name des streitigen Produkts zeigt, ist OPC der charakteristische Bestandteil dieses Nahrungsergänzungsmittels“ und leitet daraus ab, dass allein deshalb die Anwendung des Zusatzstoffbegriffes ausscheidet. Das bedeutet: Charakter im Sinne des Gesetzes soll bereits dadurch entstehen, dass eine Zutat dominant hervorgehoben, z.B. im Produktnamen genannt wird. Zumindest aber ist das Tatbestandsmerkmal „charakteristisch“ nach Meinung des Gerichts dann erfüllt, wenn der Stoff „prägend“ vorhanden ist – jedenfalls solange kein unbedeutender Stoff in irreführender Weise hervorgehoben wird. Eine überzeugende Antwort auf die selbst gestellte Frage, wann davon ausgegangen werden kann, dass ein Stoff charakteristisch für das jeweilige Lebensmittel ist und wie also dieser Begriff auszulegen ist, bleibt das Gericht jedoch schuldig. Eine Kontrollüberlegung macht deutlich, dass die Interpretation des Gerichtes keinesfalls dem Regelungszweck des Gesetzes entspricht: Wenn „charakteristisch“ nahezu alles sein kann, „wenn nur gewitzt genug das Besondere einer Zutat hervorgehoben wird“⁷¹⁾, dann muss die Gleichstellungsnorm des § 2 Abs. 3 LFGB praktisch leerlaufen. Ein solches Ergebnis widerspricht sowohl der historisch ermittelbaren Intention des Gesetzgebers (s.o. D.), als auch dem unmittelbaren Zweck der Vorschrift (s.o. E.), nämlich der Einrichtung eines Erlaubnisvorbehalts für den Schutz der menschlichen Gesundheit. § 2 Abs. 3 LFGB soll ganz gewiss nicht dazu dienen, dass „der Rezepturfreiheit ... nunmehr (fast) keine Grenzen gesetzt“⁷²⁾ sind; im Gegenteil! Die Norm bezweckt gerade nicht, „die im Hinblick auf zugelassene Stoffe engen Grenzen des LFGB auszuhebeln“⁷³⁾.

70) Ob im konkreten Fall der „OPC-Kapseln“ eine Gesundheitsgefahr von dem streitigen Produkt ausgehen konnte, wird zwar an anderer Stelle im Urteil behandelt, aber in anderem Zusammenhang und auch nicht besonders eingehend, BVerwG Urteil vom 25.7.2007, 3 C 21.06, ZLR 2007, 757, 767-768 – OPC.

71) Meyer, ZLR 2007, 770, 771; kritisch dazu schon Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 465.

72) So aber Meyer, ZLR 2007, 770, 771; a.A. Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 463 u. Preuß, ZLR 2008, 92, 94-95.

73) Kraft/Streit, ZLR 2007, 453, 463; ebenso Preuß, ZLR 2008, 92, 95.

Der beabsichtigte Schutzzweck wird auch noch einmal mit einem vergleichenden Blick auf § 2 Abs. 3 Nr. 2-4 LFGB deutlich; dort stellt der Gesetzgeber anerkannte und im Hinblick auf ihre Sicherheit vergleichsweise gut untersuchte Nährstoffe unter denselben Zulassungsvorbehalt, nämlich Mineralstoffe und Spurenelemente⁷⁴⁾ sowie deren Verbindungen außer Kochsalz, Aminosäuren und deren Derivate sowie die Vitamine A und D samt deren Derivate. Wenn der Gesetzgeber selbst Stoffe mit gut bekannten toxikologischen Eigenschaften hierunter fasst, dann muss dieselbe Einstufung erst recht für im Vergleich dazu deutlich weniger untersuchte Stoffe gelten. Dabei bemerkt das Bundesverwaltungsgericht unter Bezug auf das Berufungsgericht sogar selbst, „dass es überhaupt keine wissenschaftliche Basis für die Einschätzung des streitigen Produktes gibt“⁷⁵⁾. Auch wenn dieser pauschalen Aussage aus wissenschaftlicher Sicht nicht gefolgt werden kann, hätte dem Gericht unter dieser Prämisse und bei genauer Betrachtung des Zwecks der Norm deutlich werden müssen, dass es nicht genügen kann, das Charakteristische einer vermeintlich „charakteristischen“ Zutat prägend in ein Erzeugnis einzubringen, um die Norm unanwendbar zu machen. Denn gerade wenn ein Gericht der Auffassung ist, das Produkt könne wissenschaftlich nicht eingeschätzt werden, gilt umso mehr, dass es dem in § 2 Abs. 3 i.V.m. § 6 LFGB verankerten Prinzip des Gesundheitsschutzes Rechnung tragen muss. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der erforderliche Gesundheitsschutz gemeinschaftsweit bereits durch Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 gewährleistet wird⁷⁶⁾. Denn selbstverständlich erlaubt Art. 30 EGV den Mitgliedstaaten, zum Schutz der Gesundheit nationale vorbeugende Verkehrsverbote für einzelne Stoffe zu erlassen⁷⁷⁾.

2. Beispiele

Folgte man der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts, dann läge es auch nahe, die in § 2 Abs. 3 Nr. 2-4 LFGB genannten Substanzen aus der Gleichstellung mit Zusatzstoffen herauszulösen. Diese Stoffe könnten – zumal sie unstrittig Nährstoffe sind – ohne weiteres charakteristische und für ein Erzeugnis prägende Zutaten sein. Beispielfhaft genannt seien ein „Mineralstoff-Drink“, ein „Aminosäure-Riegel“ oder eine „Schokolade mit Vitamin A“. Denn was stünde dem entgegen und warum wären diese Lebensmittel anders zu behandeln als die (zulässige) „Ascorbinsäure-Brause“ oder die (unzulässige) „Kalium-L-Ascorbat-Brause“? Bei den beiden letztgenannten Stoffen handelt es sich um Verbindungen aus der Klasse der Vitamin-C-wirksamen Stoffe; Ascorbinsäure ist kein Zusatzstoff, das Kaliumsalz des Vitamins hingegen schon⁷⁸⁾. Die Auslegung

74) Die Nomenklatur ist wissenschaftlich falsch, weil sie eine Klassifizierung nach zwei unterschiedlichen Kategorien (chemischer Charakterisierung bzw. Menge) vornimmt. Gemeint sind Mineralstoffe; sie werden nach ihrem Vorkommen im menschlichen Organismus in Mengen- und Spurenelemente unterteilt; vgl. auch Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 81.

75) BVerwG, ZLR 2007, 757, 768 – „OPC“.

76) Vgl. etwa Meyer/Streinz, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 27 sowie Büttner, ZLR 2008, 99, 114.

77) Vgl. nur EuGH, ZLR 2004, 58 – „Vitaminanreicherung“ sowie DLR 2004, 263 „Dreifachdosis von Vitaminpräparaten“; vgl. dazu auch Hagenmeyer, StoffR 2004, 150, 155 sowie Meyer/Streinz, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 33.

78) Vgl. z.B. die für Nahrungsergänzungsmittel zugelassenen Vitamine gemäß Anlage 2 NemV; Ascorbinsäure trägt hier die „Sternchenkennzeichnung“ als Nichtzusatzstoff, Kalium-L-Ascorbat hingegen nicht, näheres hierzu bei Hagenmeyer/Hahn, WRP 2004, 1449.

des Bundesverwaltungsgerichts würde aber, unbeschadet anderer lebensmittelrechtlicher Normen, eine „Sand-Tablette“ ebenso zulassen wie einen „Weidenrinden-Knuspersnack“, ein „Potenzholz-Kaubonbon“, einen „wohlschmeckenden Schnecken Schleimsirup“ oder eine „Eugenol-Lutschpastille“. Es spielte letztlich keine Rolle mehr, welcher Stoff zur Herstellung eines Lebensmittels verwendet würde, solange er zur Vermeidung einer Irreführung in signifikanter Menge enthalten wäre und charakterisierend hervorgehoben würde.

Grundsätzlich – diesen Aspekt hat das Bundesverwaltungsgericht nicht einmal erwähnt – gilt die Gleichstellung mit Zusatzstoffen für Stoffe, die aus anderen als technologischen Gründen zugesetzt werden, nur für die Stoffe selbst, wenn sie in (weitgehend) reiner Form zugesetzt werden⁷⁹⁾. Zulässig bleiben dagegen regelmäßig Stoffe, die anerkanntermaßen selbst Lebensmittel sind, auch wenn sie ihrerseits charakteristische Inhaltsstoffe (!) enthalten. Das bedeutet unbestritten, dass für die Herstellung von z.B. Nahrungsergänzungsmitteln ohne weiteres rotes Tomatenpulver zugesetzt werden darf, das für Tomaten charakteristisches (typisches?, prägendes?) Lycopin enthält, ebenso ein Pflanzenöl mit Tocotrienolen oder Fischöl mit omega-3-Fettsäuren. Dieses Ergebnis gilt unbeschadet dessen, dass die genannten Stoffe als solche, also in weitgehend reiner Form, entweder wie Lycopin unter Zulassungsvorbehalt stehen können oder wie bei Tocotrienolen durch die Nicht-Erwähnung als zugelassene Vitamin E-Form in Anlage 2 NemV aufgrund von § 3 Abs. 3 NemV explizit verboten sind.

3. Kontrollüberlegung

Dass das Gericht mit seiner „Auslegung“ falsch liegt, wird auch anhand eines weiteren Aspekts deutlich: Folgte man seiner Interpretation, dann wären sogar viele Stoffe, die aus technologischen Gründen eingesetzt werden, vom Zusatzstoffverbot ausgenommen. Denn die parallele Ausnahme vom Zusatzstoffbegriff ist auch dort gegeben (s.o. C.), solange ein Stoff „weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet“ wird. Mit der Interpretation des Bundesverwaltungsgerichts wäre folglich nicht nur der „ernährungsphysiologische“ Zusatzstoffbegriff zu Grabe getragen, sondern auch das gesamte europäische Regelwerk zu (technologischen) Zusatzstoffen ad absurdum geführt. Denn der Logik des Gerichts folgend wäre es im Grundsatz nicht mehr erforderlich, überhaupt Stoffe als Zusatzstoffe anzusehen. Unbeschadet aller anderen Normen zum Gesundheitsschutz wäre es möglich, einen beliebigen (technologischen) Zusatzstoff mit z.B. färbenden, aromatisierenden oder konservierenden Eigenschaften einzusetzen – solange er für das jeweilige (oder überhaupt irgendein?, s.o. C.) Erzeugnis prägend ist. Wie wäre es also mit „grünem Chromoxid-Sandkuchen“ oder „schwarzen Graphit-Nudeln“? Zu technologischen Zwecken zugelassene Zusatzstoffe könnten auch ohne Zulassung als Zutat verwendet werden, oder sogar außerhalb ihrer jeweiligen Zulassung. So ist z.B. die Verwendung zahlreicher Farbstoffe nach Anlage 1 Teil A ZZuV nur für bestimmte Lebensmittel zulässig; die dort in

Spalte 3 gelisteten Lebensmittel sind ausgenommen, dürfen also nicht gefärbt werden. Was spräche jetzt noch dagegen, Zuckerkulör oder Titandioxid auch zur Färbung von Milch, Mehl, Brot oder Schokolade einzusetzen? In jedem Fall müsste der jeweilige technologische Zusatzstoff lediglich prägend für das entsprechende Lebensmittel sein, schon griffe die Ausnahmeregelung aus § 2 Abs. 3 S. 1 1. Halbs. LFGB. Das alles kann der Gesetzgeber mit dem Begriff der „charakteristischen“ Zutat mit Sicherheit nicht gemeint haben!

4. Kriterien?

Durch seine Herangehensweise hat das Bundesverwaltungsgericht auch die Chance verpasst, die – bei sachgerechter Auslegung der Norm – zentrale Frage zu erörtern, nämlich anhand welcher Kriterien eine Unterscheidung zwischen (zulässiger) Zutat und (den Zusatzstoffen gleichstehendem) Stoff vorgenommen werden kann. Mit anderen Worten: In welcher Form sind die roten Trauben entstammenden OPC (noch) als Lebensmittelzutat oder (schon) als isolierter Stoff anzusehen? Solange nämlich die Zusatzstoffnormen anwendbar sind, und das ist zweifelsohne nach wie vor der Fall, ist diese Einstufung schließlich entscheidend. Der fließende Übergang von der lebensmitteltypischen Zutat zum weitgehend isolierten Zusatzstoff prägt seit langem die praktische Seite des Themas. Die Frage ist also beispielsweise, wo auf dem Weg von Tomatenpulver über Tomatenextrakt bis hin zum Lycopin beginnt der Zusatzstoff bzw. der Zusatzstoffen gleichgestellte Stoff? In diesem Zusammenhang ist dann auch zu überlegen, ob die Charakteristik eines Lebensmittels anhand der Verkehrsauffassung hinsichtlich der Gesamtheit seiner Merkmale bestimmt werden muss⁸⁰⁾, d.h. insbesondere im Hinblick auf „Nährwert, Geschmack, Geruch, Aussehen, Textur und Gebrauchsfähigkeit“⁸¹⁾.

5. Die Nährstofffrage

Gleichermaßen hätte sich das Bundesverwaltungsgericht näher mit § 2 Abs. 3 Nr. 1 LFGB 2. Halbs. beschäftigen können. Auch wenn ein Stoff weder üblicherweise selbst als Lebensmittel verzehrt wird, noch als charakteristische Zutat Verwendung findet, muss er nicht zwangsweise den Zusatzstoffen gleichgestellt sein. So sind nämlich auch solche Stoffe von der Gleichstellung mit Zusatzstoffen ausgeschlossen, die *sowohl* natürlicher Herkunft (oder chemisch gleich, d.h. hinsichtlich Zusammensetzung und Molekülstruktur identisch⁸²⁾) sind *als auch* nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen ihres Nährwerts verwendet werden. Hier hätte die Möglichkeit bestanden, den Nährwert von Stoffen entsprechend dem heutigen Verständnis von Ernährung zu beleuchten⁸³⁾ und gleichzeitig der Frage nachzugehen, ob eine entsprechende Verkehrsauffassung für OPC besteht und wie diese ggf. zu belegen ist. Selbst-

79) Vgl. Hagenmeyer/Hahn, WRP 2004, 1449; ebenso Kügel/Hahn/Delewski, NemV-Kommentar, § 1 NemV Rdnr. 70 ff.

80) Ebenso Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 32; vgl. dazu auch Meyer/Streinz, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 18.

81) So überzeugend Preuß, ZLR 2008, 92, 95.

82) Vgl. übereinstimmend Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 102, § 2 LFGB Rdnr. 62, Meyer/Streinz, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 71 sowie Dannecker/Gorny/Höhn/Mettke/Preuß, LFGB, § 2 Rdnr. 119.

83) Zustimmend Preuß, ZLR 2008, 92, 97.

verständlich besitzt nicht jeder Stoff, der in einem Lebensmittel vorzufinden ist, auch Nährstoffcharakter. Wenn aber eine, um hier exemplarisch die Begriffe des § 1 Abs. 1 Nr. 2 NemV aufzugreifen, anhand allgemein anerkannter Daten belegte „ernährungsspezifische oder physiologischer Wirkung“⁸⁴⁾ besteht, kann es sich im Sinne des heutigen Ernährungsbegriffs⁸⁵⁾ um Nährstoffe handeln.

Bei OPC lässt sich durchaus substantiiert der Standpunkt vertreten, dass diese Stoffe im weiteren Sinne zur Ernährung beitragen und den Verkehrskreisen womöglich auch entsprechend bekannt sind. Mit anderen Worten: Im Ergebnis kann das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, wonach OPC nicht zulassungspflichtig sind, sogar als richtig angesehen werden – aber gewiss nur mit einer an der konkreten Substanz orientierten sachgerechten Einzelfallprüfung und einer sorgfältigen Auslegung der gesetzlichen Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand⁸⁶⁾. Damit hätte auch der Intention des Gesetzgebers Rechnung getragen werden können, Stoffe als Gründen des Gesundheitsschutzes zunächst den Zusatzstoffen gleichzustellen, wohl aber Möglichkeiten zu schaffen, bestimmte Stoffe von der Gleichstellung auszunehmen. Bedauerlicherweise findet ein solcher, an den gesetzlichen Vorgaben und den naturwissenschaftlichen Grundlagen orientierte Ansatz in der Rechtsprechung bislang kaum Berücksichtigung.

G. Ausblick auf die lebensmittelrechtliche Praxis

Auseinandersetzungen zur Frage, ob es sich bei einem zur Herstellung von Lebensmitteln verwendeten Stoff um eine zulässige Zutat oder einen zulassungspflichtigen Stoff handelt, gehören zu den lebensmittelrechtlichen Klassikern. Das betrifft vor allem solche Substanzen, die aus ernährungsphysiologischen Erwägungen Verwendung finden. Sie sind – wie gezeigt – vom nationalen Gesetzgeber nach § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 LFGB einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterworfen, das allen Unkenrufen zum Trotz den Weg vom früheren LMBG in das europäisch notifizierte LFGB geschafft hat. Auch wenn die europarechtliche Zulässigkeit dieses nationalen Alleinganges bereits seit längerer Zeit kontrovers diskutiert

und obwohl § 2 Abs. 1 LMBG bzw. § 2 Abs. 3 LFGB schon mehrfach für tot erklärt wurde⁸⁷⁾, lebt das Verbot aufgrund einer semantischen Reanimation nach wie vor weiter und erfreut sich dabei guter Gesundheit⁸⁸⁾. Ein höchstrichterlicher Todesstoß mit Verweis auf die vielfach postulierte europarechtliche Unzulässigkeit steht jedenfalls bisher aus. Derzeit ist § 2 Abs. 3 LFGB deshalb in vollem Umfang anwendbar; daran kann auch ein unsystematisches und nicht überzeugend begründetes Urteil nichts ändern.

Dass die Norm in der Praxis ein erhebliches Hemmnis mit weitreichenden Folgen darstellt und bereits deshalb kritikwürdig ist, wurde bereits eingangs erwähnt. So werden nicht nur für die explizit unter Zulassungsvorbehalt gestellten Substanzen wie Mineralstoffe, Aminosäuren und die Vitamine A und D große praktische Hürden aufgebaut⁸⁹⁾. Auch viele andere Stoffe, die heute in Nahrungsergänzungsmitteln und anderen Lebensmitteln als wertgebende Bestandteile eingesetzt werden und ernährungsspezifische bzw. physiologische Wirkungen ausüben, sind rechtlich umstritten. Das gilt beispielsweise für Stoffe wie Lycopin, Lutein, Catechine und eben auch für OPC, zumindest solange sie nicht in Form – anerkanntermaßen – zulässiger Lebensmittelzutaten eingesetzt werden⁹⁰⁾. Die Folgen für die Wissenschaft, besonders bei der Entwicklung und Untersuchung neuer funktioneller Lebensmittel, Nahrungsergänzungsmittel und diätetischer Lebensmittel, wurden bislang nicht einmal thematisiert. Nach alledem besteht Handlungsbedarf im Hinblick auf das Verbot der ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe⁹¹⁾ – aber nicht in Form einer Rechtsprechung, die eine Scheinlösung des Problems liefert und schon deshalb nicht zur Verallgemeinerung taugt⁹²⁾. Das hier vorgestellte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts könnte im konkreten Einzelfall im Ergebnis durchaus richtig sein, in der Begründung indes führt es vor allem deshalb nicht weiter, weil § 2 Abs. 3 LFGB nicht richtig ausgelegt wurde. Nur eine ordentliche, schulmäßige Interpretation der Norm kann zu ebenso sachgerechten wie überzeugenden Ergebnissen führen. Daran wird noch zu arbeiten sein – praktische Fälle zu dieser Rechtsfrage gibt es genug.

84) Vgl. hierzu *Kügel/Hahn/Delewski*, NemV-Kommentar, § 1 NemV Rdnr. 80 ff.

85) Vgl. hierzu z. B. *Hahn*, ZLR 2002, 1 ff.; *Hahn/Ströhle/Wolters*, Dtsch Apoth Z 2004, 5111; *Hahn*, Nahrungsergänzungsmittel und ergänzende bilanzierte Diäten, 2. Auflage, Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Stuttgart 2006, 89 ff.; *Kügel/Hahn/Delewski*, NemV-Kommentar, § 1 NemV Rdnr. 28 ff.; *Hahn/Ströhle* Dtsch Apoth Z 2007, 2038 f.

86) Für eine entsprechende Einzelfallprüfung plädiert auch *Preuß*, ZLR 2008, 92, 97-98.

87) Vgl. *Meyer/Streinz*, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 25 ff.; *Meyer/Reinhart*, WRP 2005, 1437, 1449; *Meyer*, ZLR 2004, 21, 29-37; *Girnau*, ZLR 2003, 677, 689-690; vgl. auch *Hagenmeyer/Oelrichs*, in *MüKo Lauterkeitsrecht*, § 2 LFGB Rdnr. 23.

88) Vgl. bereits *Hagenmeyer*, StoffR 2004, 15 sowie aktuell *Teufer*, ZLR 2007, 236.

89) Vgl. z.B. *Hagenmeyer/Hahn*, StoffR 2007, 2, 6.

90) Zur Unterscheidung der Begriff Stoff und Zutat s. *Hagenmeyer/Hahn*, WRP 2004 1445, 1451; *Hagenmeyer/Hahn*, StoffR 2007, 2, 6; *Kügel/Hahn/Delewski*, NemV-Kommentar, § 1 NemV Rdnr. 72.

91) Ebenso *Meyer/Streinz*, LFGB BasisVO – Auszüge, § 2 LFGB Rdnr. 54.

92) Ebenso *Preuß*, ZLR 2008, 92.