

Moritz Hagenmeyer\*

## Totgesagte leben länger

### Die ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe trotzen den Reformbestrebungen ihrer Kritiker

*The German law of food additives and nutrients has been at odds with the relevant European standards ever since the Food Additives Framework Directive 89/107/EEC entered into force. The national statutory additive definition was not adapted at the time and is thus still comprising nutrients to a considerable extent. This fact and the German general ban of nutrients (with reservation of statutory or administrative authorisations) have been widely criticised and rated a contravention of European law. Now that German food law is about to be fundamentally reformed the national*

*legislator proposes to continue the statutory equivalence of additives and nutrients. The critics perceive this design as utterly inappropriate, particularly against the background of European law regulating nutrients in food supplements or food for particular nutritional uses and recent decisions of the ECJ. The author addresses this criticism, assesses the permitted scope of national legislative powers in view of superseding European law and points out the potential legal risks of the suggestion all nutrients could be used in Germany without restriction.*

## I. Vom Fremden zum Technologen

### 1. Der Ursprung

Ursprünglich waren die Zusatzstoffe dem deutschen Lebensmittelrecht fremd. Man nannte sie deshalb „fremde Stoffe“ (§ 4 a LMG, der erkennbar nachträglich in das Gesetz aus dem Jahre 1927 eingefügt wurde<sup>1</sup>) bzw. „Fremdstoffe“ und sie wurden ab 1958 in insgesamt 11 verschiedenen Fremdstoffverordnungen geregelt. Ihr wesentliches gemeinsames Charakteristikum war ihre Beschaffenheit; sie waren vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie prinzipiell keinen ernährungsphysiologischen Nutzwert hatten.

### 2. Die Definition

Nachdem man die Fremden ein wenig näher kennengelernt hatte und sie einem nicht mehr ganz so fremd waren, nannte man sie ab 1974 – auch vor dem Hintergrund der europäischen bzw. internationalen Begrifflichkeit (food additives) – „Zusatzstoffe“ und gab ihnen eine gesetzliche Definition in § 2 Abs. 1 LMBG. Die Norm lautet noch heute wörtlich: „Zusatzstoffe im Sinne dieses Gesetzes sind Stoffe, die dazu bestimmt sind, Lebensmitteln zur Beeinflussung ihrer Beschaffenheit oder zur Erzielung bestimmter Wirkungen zugesetzt zu werden; ausgenommen sind Stoffe, die natürlicher Herkunft oder den natürlichen chemisch gleich sind und nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen ihres Nähr-, Geruchs- und Geschmackswertes oder als Genußmittel verwendet werden, sowie Trink- und Tafelwasser.“ Zur Vermeidung von Auslegungstreitigkeiten werden durch § 2 Abs. 2 LMBG eine Reihe von Stoffen in diese Definition eingemeindet; Mineralstoffe, Spurenelemente, Ami-

nosäuren sowie die Vitamine A und D stehen danach von Gesetzes wegen immer den Zusatzstoffen gleich.

### 3. Die Charakteristika

Aufgrund der nationalen Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 LMBG müssen sich Zusatzstoffe in erster Linie durch zwei Kriterien auszeichnen; sie werden zugesetzt und sie dienen einem bestimmten Zweck, nämlich einer Beschaffenheitsbeeinflussung oder einer Wirkung (bzw. deren Erzielung). Dem Gesetzgeber war die Zweckbestimmung ganz besonders wichtig; auf besondere Eigenschaften oder Beschaffenheiten der Stoffe sollte es dagegen nicht mehr ankommen. Nicht zu den Zusatzstoffen gehören dagegen alle ernährenden und geschmacksgebenden, aber auch die genussbezogenen Substanzen. Nach dem Gesetzeswortlaut werden diese Nichtzusatzstoffe mit Hilfe der allgemeinen Verkehrsauffassung von den Zusatzstoffen abgegrenzt.

### 4. Die Zweckbestimmung

Hinsichtlich der Zweckbestimmung wurde seither im deutschen Lebensmittelrecht grundsätzlich unterschieden zwischen ernährungsphysiologischen bzw. diätetischen Zwecken<sup>2</sup> einerseits und technologischen Zwecken andererseits. Unabhängig von der Art des Zwecks waren die Zusatzstoffe vom allgemeinen Zusatzstoffverbot des § 11

\* Rechtsanwalt Dr. Moritz Hagenmeyer ist Partner in der Sozietät KROHN Rechtsanwälte in Hamburg sowie Lehrbeauftragter für Lebensmittelrecht an den Universitäten Hamburg und Hannover.

1 Vgl. dazu Streit, DLR 2003, 418.

2 Grundlegend zum Nährstoffbegriff vgl. Hahn, ZLR 2002, 1.

Abs. 1 LMBG erfasst, das seinerseits unter einem Erlaubnisvorbehalt stand und steht. Von der Ermächtigung zum Erlass einer Zulassungsverordnung nach § 12 Abs. 1 LMBG, in dem übrigens die technologischen, ernährungsphysiologischen und diätetischen Erfordernisse ausdrücklich erwähnt sind<sup>3</sup>, machte der deutsche Gesetzgeber schon 1977 Gebrauch und ließ Zusatzstoffe durch § 2 ZZuLV a.F. entweder allgemein oder beschränkt auf bestimmte Verwendungszwecke zu. Diese Zulassung umfasste sowohl technologische als auch ernährungsphysiologische Zusatzstoffe. Weitere Zulassungen zu ernährungsphysiologischen bzw. diätetischen Zwecken finden sich in §§ 1 a u. 1 b VitaminV und § 7 i. V.m. Anlage 2 DiätV (für diätetische Lebensmittel<sup>4</sup>) sowie neuerdings in § 3 Abs. 2 i. V.m. Anlage 2 NemV (für Nahrungsergänzungsmittel).

## 5. Die europäische Harmonisierung

1989 wurde der europäische Gesetzgeber aktiv und harmonisierte das Recht der Zusatzstoffe durch die sog. Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie 89/107/EWG. Auch darin befindet sich eine Begriffsbestimmung; Art. 1 Abs. 2 RL 89/107/EWG lautet: „Im Sinne dieser Richtlinie ist ein ‘Lebensmittelzusatzstoff’ ein Stoff, mit oder ohne Nährwert, der in der Regel weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Lebensmittelzutat verwendet wird und einem Lebensmittel *aus technologischen Gründen* bei der Herstellung, Verarbeitung, Zubereitung, Behandlung, Verpackung, Beförderung oder Lagerung zugesetzt wird, wodurch er selbst oder seine Nebenprodukte (mittelbar oder unmittelbar) zu einem Bestandteil des Lebensmittels werden oder werden können“ (Hervorhebung durch den Autor). Hiervon werden erklärtermaßen nur technologische Zwecke erfasst, wie sie sich in Anhang I der Richtlinie aufgelistet wiederfinden. Dementsprechend wurden in den folgenden Jahren die Richtlinien 94/35/EG über Süßungsmittel, 94/36/EG über Farbstoffe und 95/2/EG über andere Lebensmittelzusatzstoffe als Farbstoffe und Süßungsmittel erlassen. Ausdrücklich heißt es jedoch in Art. 1 Abs. 3 lit. d RL 89/107/EWG: „Diese Richtlinie gilt nicht für... Stoffe, die Lebensmitteln *zu Ernährungszwecken* beigefügt werden (z. B. Minerale, Spurenelemente oder Vitamine)“ (Hervorhebung durch den Autor). Mit anderen Worten: Die europäische Zusatzstoff-Rahmen-

richtlinie regelt ausschließlich technologische Zusatzstoffe und daneben keine Stoffe, die zu ernährungsphysiologischen Zwecken verwendet werden. Hinsichtlich der Stoffe, die zu Ernährungszwecken zugesetzt werden, hatte man in Brüssel seinerzeit noch keine Vorschriften erlassen.

## 6. Die deutsche Umsetzung

Der deutsche Gesetzgeber reagierte zwecks Umsetzung der europäischen Vorgaben mit dem Erlass einer neuen Verordnung im Jahre 1998, und zwar einer Verordnung über die Zulassung von Zusatzstoffen zu technologischen Zwecken (ZZuLV). Die Zusatzstoffdefinition des § 2 Abs. 1 LMBG ließ er jedoch unverändert bestehen – offenbar sah er zu einer Anpassung der Norm keine Notwendigkeit. Gleichzeitig erließ er eine Verordnung über den Übergang auf das neue Zusatzstoffrecht<sup>5</sup>; nach deren S. 3 gilt außerhalb des Anwendungsbereichs der ZZuLV folgendes: „Bis zum Erlass anderweitiger bundesrechtlicher Vorschriften dürfen abweichend von Satz 1 Lebensmittel mit Zusatzstoffen, die *zu anderen als technologischen Zwecken* bestimmt sind, nach den Vorschriften hergestellt, behandelt, gekennzeichnet und in den Verkehr gebracht werden, die am 5. Februar 1998 gegolten haben“ (Hervorhebung durch den Autor). Das bedeutet, dass sich an der Regelung der ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe von Gesetzes wegen vorerst nichts ändern sollte. Mit anderen Worten: das alte Zulassungsrecht gemäß ZZuLV a.F. gilt fort, und zwar bis heute. Denn die erkennbar vorgesehenen Bestimmungen für diese Stoffe sind noch nicht erlassen worden. Dementsprechend können die in Anlage 1 ZZuLV a.F. aufgeführten Zusatzstoffe weiterhin unbeschränkt zu ernährungsphysiologischen Zwecken verwendet werden.

## II. Die Totsagung der ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe

### 1. Die Interpretation der Rechtslage

Gewiss: der nichtharmonisierte Regelungszustand der ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe ist unbefriedigend – erst recht die „bis auf weiteres“ befristete Übergangsregelung des nationalen Gesetzgebers, der es bei der bloßen Ankündigung „anderweitiger bundesrechtlicher Vorschriften“ aus dem Jahre 1998 beließ (vermutlich auch im Hinblick auf europäische Gesetzgebungspläne). Inzwischen wurden Stimmen laut, die mit einer neuen Interpretation der Rechtslage aufwarteten. Sie betonten in erster Linie, dass es keine trennscharfe Umsetzung der europäischen Definition der (technologischen) Zusatzstoffe in das nationale Recht gibt – schließlich hat der deutsche Gesetzgeber die Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 1 LMBG unangetastet gelassen. Mit dem Argument, diese Norm müsse nun – auch im Hinblick auf die ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe – im Lichte des europäischen Rechts ausgelegt werden<sup>6</sup>, begründen die Kritiker ihren Anspruch einer „Europäisierung des Zusatzstoffrechts“<sup>7</sup>.

3 Vgl. auch die entsprechende Unterteilung in §§ 6 u. 7 DiätV.

4 Für die Verwendung von Zusatzstoffen in diätetischen Lebensmitteln zu technologischen Zwecken verweist § 6 DiätV grundsätzlich auf die Bestimmungen der ZZuLV.

5 Vom 29.1.1998, BGBl. I. S. 230, 308.

6 Meisterernst/Schneider, DLR 2004, 302, 305; Meyer, ZLR 2004, 22, 36; Meyer/Preuß, WRP 2003, 675, 677-679; Meisterernst, PharmaR 2003, 202, 203; Preuß, ZLR 2000, 962, 966; Gorny, ZLR 1999, 19, 22; Gorny/Kuhnert in Glandorf/Kuhnert/Lück, Handbuch Lebensmittelzusatzstoffe, Abschnitt K IV-1, Rdnr. 56 ff.

7 So der Titel des Aufsatzes von Meyer/Preuß, WRP 2003, 675; eine „Fortsetzungsgeschichte“ unter demselben Titel findet sich bei Meyer, DLR 2004, 18, 19.

## 2. Die Schlussfolgerung der Kritiker

Die Interpretation der Kritiker geht jedoch über diese Feststellungen noch einen wesentlichen Schritt hinaus: Sie schließen aus der unvollständigen Harmonisierung des Zusatzstoffrechts, dass die Verwendung von Stoffen, die zu Ernährungszwecken eingesetzt werden, in Deutschland ohne weitere gesetzliche Zulassung erlaubt sei<sup>8</sup>. § 2 LMBG sei „mausetot“<sup>9</sup>! Hier gelte letztlich nicht mehr das generelle Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern stattdessen ein Erlaubnisprinzip mit Verbotsvorbehalt<sup>10</sup>.

## 3. Der Haken an der Schlussfolgerung

Diese Schlussfolgerung besitzt jedoch einen erheblichen Haken: Die europäische Begriffsbestimmung des Art. 1 Abs. 2 RL 89/107/EWG betrifft zwar erklärtermaßen und erkennbar nur technologische Lebensmittelzusatzstoffe. Und der europäische Gesetzgeber selbst hat die ernährungsphysiologisch wirksamen Stoffe in Art. 1 Abs. 3 lit. d RL 89/107/EWG aus dem Anwendungsbereich seiner Richtlinie sehenden Auges ausgeklammert. Doch aus dem Vorrang des europäischen Rechts ergibt sich deshalb nicht einfach, dass der nationale Gesetzgeber in der Zwischenzeit dort selbst keine Normen setzen kann. Im Gegenteil: Da wo der europäische Gesetzgeber das Recht noch nicht oder nur teilweise bzw. unvollständig harmonisiert hat, kann sich dessen sog. Sperrwirkung auch nicht voll entfalten; hier darf der deutsche Gesetzgeber also grundsätzlich handeln<sup>11</sup>. Wie er sich die Rechtslage in Zukunft vorstellt, ergibt sich aus seinen jüngsten Gesetzesentwürfen; dazu sogleich (s. u. III). Außerdem hat der europäische Gesetzgeber bereits selbst begonnen, die Lücke für einige besondere Lebensmittelkategorien von sich aus zu schließen, nämlich für Diätetische Lebensmittel und Nahrungsergänzungsmittel (s. u. V.1.a). Für alle anderen Lebensmittel ist schließlich eine europäische Regelung der Anreicherung mit Vitaminen und Mineralstoffen geplant (s. u. V.1.b).

## 4. Der Überlebenskampf in der Praxis

Zuvor sei noch ein Blick auf die praktischen Fragen geworfen, die sich bei der Anwendung des § 2 Abs. 1 LMBG im Hinblick auch auf Nährstoffe immer wieder ergeben. In der Praxis haben die unterschiedlichen Interpretationen des Zusatzstoffbegriffs nämlich immer wieder Anlass zu Streitigkeiten gegeben. Die aktuelle instanzgerichtliche Rechtsprechung ist hier überwiegend mit der Frage befasst, ob ein Stoff – entsprechend § 2 Abs. 1 LMBG nach der Verkehrsauffassung – ein zulassungspflichtiger Zusatzstoff ist oder ein frei verwendbarer Nichtzusatzstoff. Problematisch sind deshalb regelmäßig die Fälle, in denen es um ambivalente Stoffe geht, d.h. Stoffe, die zumindest auch zu ernährungsphysiologischen Zwecken verwendet werden können. Unter dem Stichwort abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise wird der Streit um die richtige Einordnung auch in der Literatur kontrovers ausge-  
tragen<sup>12</sup>.

### a. Nichtzusatzstoff / Zusatzstoff

Nach Auffassung der Gerichte ist eine Substanz im Regelfall kein Zusatzstoff, wenn sie allein zu Geschmackszwecken verwendet wird. Das gilt selbst dann, wenn ein solcher Stoff sonst auch medizinischen Zwecken dienen kann. Denn in einem Lebensmittel sind bei pharmakologisch unwirksamer Dosis eines Stoffs keine arzneilichen Wirkungen zu erwarten; das klassische Beispiel hierfür aus der jüngeren Rechtsprechung ist die Beigabe sog. Gesundheitskräuter zu herkömmlichen Lebensmitteln<sup>13</sup>. Dagegen werden Stoffe, die ausschließlich zu technologischen Zwecken eingesetzt werden, ohne dass nach der Verkehrsauffassung eine – geschweige denn überwiegende – ernährnde oder auch genussbezogene Wirkung erkennbar wäre, regelmäßig als (technologische) Zusatzstoffe eingeordnet<sup>14</sup>.

### b. Streitstoff

Unterschiedliche Entscheidungen existieren zur Einstufung von Honigwein. Einerseits gibt es die wohl unzutreffende Ansicht, Honigwein werde jedenfalls als Zutat zu anderen Lebensmitteln allein zur Konservierung verwendet<sup>15</sup>. Andererseits wurde zutreffenderweise entschieden, dass Honigwein nach allgemeiner Verkehrsauffassung als Lebensmittel (Getränk) gilt und dass es bei dieser Einstufung als Nichtzusatzstoff bleiben muss, auch wenn der Honigwein als Zutat zu einem anderen Lebensmittel verwendet wird<sup>16</sup>.

### c. Lycopin

Wird Lycopin, ein allgemein zugelassener Farbstoff, zu ernährungsphysiologischen Zwecken eingesetzt, dann gilt dieses Carotinoid nach neuester Rechtsprechung insoweit als nicht zugelassener Zusatzstoff<sup>17</sup>; das Argument, als Stoff natürlicher Herkunft falle Lycopin nicht unter die Zusatzstoffe i. S. v. § 2 LMBG, der ohnehin gegen EG-Recht verstoße, sondern sei nicht zulassungspflichtiger Nährstoff, hat vor Gericht nichts genutzt. Allerdings leidet die betreffende Entscheidung erheblich darunter, dass die

8 Meyer/Preuß, WRP 2003, 675.

9 Meyer/Preuß, WRP 2003, 675; Meyer, DLR 2004, 18, 19.

10 Gorny/Kuhnert in Glandorf/Kuhnert/Lück, Handbuch Lebensmittelzusatzstoffe, Abschnitt K IV-1, Rdnr. 58.

11 Vgl. dazu etwa Schroeder in Streinz, EUV/EGV, Art. 30 EGV Rdnr. 5-7.

12 Instruktiv zuletzt Schroeter, ZLR 2003, 731, 733-734 m. w. N.

13 OLG München, ZLR 2001, 885, 889 – Johanniskraut m. Anm. Meyer/Schneider/Streit.

14 OVG Nordrhein Westfalen, ZLR 2000, 74, 77 – rot fermentierter Reis m. Anm. Kühn.

15 OLG München, ZLR 2002, 90, 94, 95 – Honigwein II m. zutr. krit. Anm. Eggers; inzwischen aufgehoben durch BGH, Urt. v. 13. Mai 2004 AZ I ZR 261/01 – Honigwein.

16 OLG Karlsruhe, ZLR 2000, 67, 69-70 – Honigwein m. Anm. Meyer; ebenso BGH, Urt. v. 13. Mai 2004 – I ZR 261/01 – Honigwein.

17 OLG Koblenz, ZLR 2003, 729, 730 – Tomaten Lycopin Kapseln m. Anm. Schroeter.

Norm nicht ordentlich ausgelegt und angewendet, insbesondere dass die allgemeine Verkehrsauffassung – immerhin ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal! – darin nicht einmal erwähnt, geschweige denn angemessen berücksichtigt wurde<sup>18</sup>.

#### d. Abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise

Im Prinzip kann also gemäß § 2 LMBG jedes Lebensmittel, aber auch jeder ambivalente, pharmakologisch in der konkreten Dosis unwirksame Stoff einem Lebensmittel als Nichtzusatzstoff zu ernährungsphysiologischen Zwecken zugesetzt werden. Dabei muss jedoch nach Ansicht der Gerichte regelmäßig eine einheitliche Beurteilung vorgenommen werden. Ein Stoff, der aufgrund der Verkehrsauffassung einmal als Nichtzusatzstoff gilt, kann in einem anderen Fall grundsätzlich nicht mehr als (nicht zugelassener) Zusatzstoff eingestuft werden. Allerdings ist dabei auch das Kriterium der Dosis zu berücksichtigen. Der Einsatz eines Stoffs in pharmakologisch wirksamer Menge könnte diesen Stoffe zwar in einem Einzelfall zum (vermutlich nicht zugelassenen) Zusatzstoff machen. Da aber stets auch die Gattung des Produkts zu berücksichtigen ist, darf aus einem solchen Einzelfall einer möglichen pharmakologischen Dosis nicht auf eine generelle (Dosis-unabhängige) Zusatzstoffeigenschaft einer Substanz geschlossen werden. Somit ist für die lebensmittlerechtliche Einordnung eines Stoffs letztlich seine konkrete Wirkung bzw. sein konkrete Verwendungszweck nach allgemeiner Verkehrsauffassung entscheidend<sup>19</sup>; oder, um es mit den Worten des höchsten deutschen Gerichts in Zivilsachen zu sagen: „Zu beurteilen ist dies nach einer auf den Stoff als solchen bezogenen Betrachtungsweise“<sup>20</sup>.

### III. Das Überleben der Totgesagten

#### 1. Der Entwurf des LFGB

Seit März 2003 liegt jetzt der endgültige Entwurf eines Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs vor. Und siehe da: Der deutsche Gesetzgeber hebt seine bisherige Begriffsbestimmung aus § 2 Abs. 1 LMBG auf und übernimmt – beinahe wörtlich<sup>21</sup> – die europäische Definition

der technologischen Zusatzstoffe aus Art. 1 Abs. 2 RL 89/107/EWG in einen neuen § 2 Abs. 3 S. 1 LFGB. Hinsichtlich der ernährungsphysiologischen Zusatzstoffe bestimmt anschließend § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LFGB: „Den Lebensmittelzusatzstoffen stehen gleich Stoffe mit oder ohne Nährwert, die üblicherweise weder selbst als Lebensmittel verzehrt noch als charakteristische Zutat eines Lebensmittels verwendet werden und die 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“ (Hervorhebung durch den Autor). Mit anderen Worten: Es bleibt alles beim alten! Die gesetzestechnische Gleichstellung bedeutet nämlich im Ergebnis nichts anderes, als dass ernährungsphysiologische Nährstoffe auch weiterhin – d.h. wie bisher gemäß § 2 Abs. 1 LMBG – als Zusatzstoffe behandelt werden.

#### 2. Die Begründung

Zur Begründung der geplanten Gleichstellung wird im Hinblick auf „Mineralstoffe, Spurenelemente, Aminosäuren und die Vitamine A und D“ ausdrücklich auf die „Fortführung des bisherigen Rechts“ verwiesen<sup>22</sup>, und zwar erklärtermaßen trotz europäischer Sonderregelungen für diätetische Lebensmittel. Eine Abkehr vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – so wie sie ja von den Kritikern gepredigt wird – „hätte nämlich zur Folge, dass für eine Vielzahl von Stoffen, für deren Verwendung auf Gemeinschaftsebene in spezifischen Vorschriften derzeit noch keine Regelungen getroffen 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“<sup>23</sup>. Wirklich überzeugend klingt das nicht! In geradezu sophistischer Weise wird gleichzeitig betont, dass es sich bei den gleichgestellten Stoffe nicht (mehr?) um „Zusatzstoffe“ handelt, dass der Zusatzstoffbegriff nunmehr bloß die technologischen Stoffe umfassen soll<sup>24</sup>. Gleichwohl sieht § 4 Abs. 1 Nr. 2 LFGB vor, dass die Vorschriften des Gesetzes für Lebensmittelzusatzstoffe auch für die gleichgestellten Stoffe gelten. Das betrifft das generelle Verbot des § 6 LFGB, der u.a. den § 11 Abs. 1 LMBG fortschreibt, ebenso wie die entsprechende Ermächtigung für Zusatzstoffe in § 7 LFGB. Dort sind neben Zulassungserlaubnissen auch die Festsetzung von Höchst- und Mindestmengen vorgesehen. Letztere Regelung ist angeblich „erforderlich, um z.B. bei der Verwendung bestimmter ernährungsphysiologischer Stoffe die für eine erwünschte Wirkung erforderliche Menge festsetzen zu können“<sup>25</sup>.

18 Das bemerkt zutreffend Schroeter, ZLR 2003, 731-734.

19 Ebenso im Ergebnis: Gorny, ZLR 1999, 19, 21-24; Preuß, ZLR 2000, 962, 966-967, Eggers, ZLR 2002, 98, 99; Schroeter, ZLR 2003, 731, 734; Meyer, ZLR 2004, 21, 37.

20 BGH, Urt. v. 13. Mai 2004 – I ZR 261/01 – Honigwein.

21 Vgl. dazu Meyer, ZLR 2004, 21, 39, der – unter Hinweis auf die Stellungnahme des BLL – zu Recht eine wörtliche Übernahme verlangt.

22 Amtliche Begründung S. 9; vgl. auch Girnau, ZLR 2003, 677, 680; Meyer, ZLR 2004, 21, 29.

23 Amtliche Begründung S. 9; vgl. auch Girnau, ZLR 2003, 677, 680; Meyer, ZLR 2004, 21, 29.

24 Amtliche Begründung S. 9-10.

25 Amtliche Begründung S. 16-17.

### 3. Die Konsequenz

Mit seinem Gesetzesentwurf hat der deutsche Gesetzgeber den Kritikern an der bestehenden Rechtslage eine klare Absage erteilt. § 2 LMBG ist alles andere als „mausetot“<sup>26</sup>, er soll länger leben, nämlich über das Ende des LMBG hinaus in § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LFGB seine Wiederaufstehung feiern. Ob das gelingen kann, ist allerdings eine andere Frage – vor allem vor dem Hintergrund der bereits erwähnten europäischen Sonderbestimmungen für diätetische Lebensmittel und Nahrungsergänzungsmittel. Jedenfalls kann bis Ende des Jahres 2004 noch von einer uneingeschränkten Vitalität des § 2 LMBG ausgegangen werden.

## IV. Die Fortsetzung der Kritik

### 1. Die Rechtswidrigkeit der Gleichstellung

Das Gesetzgebungsvorhaben in dieser Form hat die Kritiker erneut herausgefordert. Mit Recht kritisierten sie die pauschale Gleichstellung ernährungsphysiologischer Zusatz- bzw. Nährstoffe mit den technologischen Zusatzstoffen schon kurz nach Veröffentlichung des ersten Entwurfs des LFGB<sup>27</sup>. Sie wird im Hinblick auf Vorgaben aus Brüssel als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen. Das entscheidende Argument lautet: Für diätetische Lebensmittel hat der europäische Gesetzgeber in der Richtlinie 2001/15/EG bereits Zulassungen getroffen, ebenso für Nahrungsergänzungsmittel in der Richtlinie 2002/46/EG, eine allgemeine Anreicherungsverordnung ist bereits geplant; diesen Zulassungsbestimmungen laufe eine vorbehaltlose Gleichstellung der betreffenden Stoffe mit zulassungspflichtigen Zusatzstoffen zuwider<sup>28</sup>. Außerdem wird die geplante Fortschreibung des geltenden Rechts als Verstoß gegen europäisches Primärrecht angesehen, wie es jüngst vom Europäischen Gerichtshof zum Ausdruck gebracht wurde<sup>29</sup>, dass nämlich der Grundsatz des freien Warenverkehrs gemäß Art. 28 u. 30 EGV auch zu Zwecken des Gesundheitsschutzes keinen generellen Erlaubnisvorbehalt für Nährstoffe gestatte<sup>30</sup>.

### 2. Die Korrekturvorschläge

Deshalb wird von den Kritikern nun gefordert, § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LFGB müsse im Sinne einer entsprechenden Einschränkung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt korrigiert werden<sup>31</sup>; denn der Vorrang des europäischen Rechts führt ja bekanntlich dazu, dass entgegenstehende nationale Bestimmungen insoweit unwirksam sind<sup>32</sup>. Es liegt sogar ein neu konzipierter Gegenentwurf zur Norm des deutschen Gesetzgebers auf dem Tisch: Danach sollte § 2 Abs. 3 LFGB lediglich die europäische Definition der technologischen Zusatzstoffe übernehmen; für die Anreicherung mit Nährstoffen verblieben dann immer noch die gesetzlichen Ermächtigungsnormen zur Beschränkung einzelner Stoffe aus Gründen des Gesundheitsschutzes<sup>33</sup>.

## V. Kritische Betrachtung der Kritik

### 1. Die Betrachtung der Argumente

Die Argumente der Kritiker verdienen eine nähere Betrachtung, bevor auf ihre möglichen Konsequenzen für die Praxis eingegangen werden kann. Eines zeichnet sich ab: Ganz überwiegend überzeugen sie! Fraglich bleibt aber doch, ob auch ihre Konsequenzen den Anforderungen der Praxis standhalten können. Im einzelnen:

#### a. geltende Europäische Richtlinien

Absolut richtig begründet ist die Kritik vor allem im Hinblick auf bereits bestehende europäische Zulassungen von Nährstoffen. Art. 4 i. V. m. Anhängen I u. II RL 2000/46/EG erlaubt die Verwendung einer Reihe von Vitaminen und Mineralstoffe in bestimmten Formen bzw. Verbindungen zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln zu. Diese Bestimmungen sind durch § 3 Abs. 1 u. 2 i. V. m. Anlagen 1 u. 2 NemV kürzlich in nationales Recht umgesetzt worden. Art. 1 Abs. 1 i. V. m. dem Anhang zur RL 2001/15/EG gestattet den Einsatz derselben Stoffe (sowie der Vitamin B6-Verbindung Pyridoxinpalmitat) für diätetische Lebensmittel; darüber hinaus werden durch dieselbe Norm eine Reihe von Aminosäuren und Nucleotiden sowie Carnitin, Taurin, Cholin und Inositol für die betreffende Lebensmittelkategorie zugelassen (jeweils in bestimmten Verbindungen). Diese Bestimmung ist durch § 7 Abs. 1 i. V. m. Anlage 2 DiätV schon seit einiger Zeit in nationales Recht umgesetzt. Allein die Zulassung des Art. 1 Abs. 2 RL 2001/15/EG hat der deutsche Gesetzgeber bisher nicht übernommen. Sie erlaubt ausdrücklich, dass „sonstige Stoffe“, die nicht in eine der Kategorien aus der Anlage zur Richtlinie fallen, bei der Herstellung diätetischer Lebensmittel verwendet werden dürfen! Nach dem Grundsatz des Vorrangs europäischen Rechts kann sich seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie im Februar 2001 jedermann auch gegenüber deutschen Behörden auf diese Zulassungsnorm berufen<sup>34</sup>.

26 Der Titel des Aufsatzes von Meyer/Preuß, WRP 2003, 675 – sowie der Fortsetzungsgeschichte von Meyer, DLR 2004, 18, 19 – erweist sich damit vorerst als Wunschdenken! Vgl. auch Streit, DLR 2003, 418.

27 Girnau, ZLR 2003, 677, 689-690; Meyer, ZLR 2004, 21, 29-37.

28 Girnau, ZLR 2003, 677, 689; Meyer, ZLR 2004, 21, 33-36.

29 EuGH, ZLR 2004, 58 – Vitaminanreicherung m. Anm. Streinz; vgl. inzwischen auch EuGH, ZLR 2004, 179 – Kommission/Frankreich u. ZLR 2004, 193 – Greenham und Abel m. Anm. Streinz; vgl. ebenfalls EuGH, DLR 2004, 263 – Dreifachdosis von Vitaminpräparaten, m. Anm. Meyer.

30 Meyer, ZLR 2004, 21, 24-32 unter Berufung auf EuGH, ZLR 2004, 58 – Vitaminanreicherung m. Anm. Streinz.

31 Girnau, ZLR 2003, 677, 690.

32 Meyer, ZLR 2004, 21, 39.

33 Meyer, ZLR 2004, 21, 40-41.

34 Ebenso: Girnau, ZLR 2003, 677, 689; Meyer, ZLR 2004, 21, 35; vgl. dazu grundsätzlich Streinz in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Einführung B Rdnr. 38f.

## b. geplante europäische Anreicherungsverordnung

Der Vorschlag für eine Europäische Anreicherungsverordnung<sup>35</sup> sieht ebenfalls eine Zulassung der eingangs erwähnten Vitamine und Mineralien vor. Er ist aber bislang nicht verabschiedet worden. Deshalb kann er zur Rechtfertigung einer Einschränkung von § 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 LFGB vorläufig nicht herangezogen werden. Das ändert sich erst, wenn eine derartige Verordnung europaweit gilt.

## c. Rechtsprechung des EuGH einerseits

Zuzustimmen ist selbstverständlich der Entscheidung des EuGH zur Vitaminanreicherung<sup>36</sup>, derzufolge der nationale Gesetzgeber nicht einfach Erlaubnisse für Lebensmittel mit Vitaminzusatz von einem „Ernährungsbedürfnis“ abhängig machen darf, ohne dass solche Maßnahmen zu Zwecken des Gesundheitsschutzes erforderlich wären. Das gilt um so mehr, als das Gericht seine Maßstäbe zu dieser rechtlichen Problematik inzwischen in weiteren Urteilen bestätigt und präzisiert hat. Danach verstößt ein Anreicherungsverbot ohne Nachweis einer tatsächlichen Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung gegen europäisches Recht<sup>37</sup>; überdies muss ein entsprechendes Genehmigungsverbot notwendigerweise „auf eine eingehende Bewertung der Gesundheitsrisiken auf der Grundlage der zuverlässigsten verfügbaren Daten und der neuesten Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung gestützt werden“<sup>38</sup>. Für die Zulassung von Nährstoffen auf nationale Listen verlangt der EuGH sogar ein leicht zugängliches, zügiges (!) und justitiables Verfahren<sup>39</sup>.

## d. Rechtsprechung des EuGH andererseits

Allerdings gesteht der EuGH dem nationalen Gesetzgeber durchaus zu, Vermarktungsverbote zu erlassen, wenn sich tatsächliche Gesundheitsgefahren wissenschaftlich begründen lassen<sup>40</sup>. An anderer Stelle betont das Gericht zum Thema Vitamine und deren möglicher Schädlichkeit bei unbegrenztem Verzehr ausdrücklich, es sei „mangels

einer Harmonisierung Sache der Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der Erfordernisse des freien Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zu bestimmen, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gewährleisten wollen und ob sie für das Inverkehrbringen der Lebensmittel eine vorherige Zulassung verlangen (...)“<sup>41</sup>. Klarer kann kaum gesagt werden, dass dem nationalen Gesetzgeber eben doch ein Spielraum auch bei der Zulassung von Nährstoffen bleibt: „Es läuft daher grundsätzlich nicht dem Gemeinschaftsrecht zuwider, dass ein Mitgliedstaat verbietet, Lebensmittel ohne vorherige Zulassung in den Verkehr zu bringen, wenn ihnen Nährstoffe wie andere Vitamine als diejenigen, deren Zusatz durch eine gemeinschaftliche Regelung für zulässig erklärt wird, zugesetzt worden sind (...)“<sup>42</sup>. Ohnehin betreffen die Urteile des EuGH eben primär Fragen des freien Warenverkehrs und der gegenseitigen Anerkennung im Binnenmarkt, nicht aber rein nationale Inlandssachverhalte, die ggf. zu einer Inländerdiskriminierung führen können<sup>43</sup>.

## 2. Die Würdigung der Konsequenzen

Schon die letzten Zitate aus der EuGH-Rechtsprechung zeigen: Nicht jedes gute Argument rechtfertigt auch jede Konsequenz. Aus der Tatsache, dass der europäische Gesetzgeber neben den technologischen Zusatzstoffen neuerdings auch Regelungen für ernährungsphysiologische Zusatzstoffe bzw. Nährstoffe trifft, darf gewiß geschlossen werden, dass diesen Normen auch national Geltung zu verschaffen ist. Das kann aber nur für ihren konkreten Anwendungsbereich richtig sein. Außerhalb dieses europarechtlich harmonisierten Bereichs, d.h. gegenwärtig bei Lebensmitteln, die weder Nahrungsergänzungsmittel noch diätetische Lebensmittel sind, bleibt demnach grundsätzlich Raum für nationale Gesetzgebung. Auch die Erlaubnis des Art. 1 Abs. 2 RL 2001/15/EG betrifft nur Stoffe, die nicht in eine der Kategorien des Anhangs zu dieser Richtlinie fallen, also z.B. keine Vitamine oder Mineralstoffe – diese Kategorien sind in dem Anhang bereits abschließend geregelt.

## 3. Die Konsequenz der Würdigung

Auf dem jeweils verbleibenden Gebiet kann der deutsche Gesetzgeber also durchaus seinen § 2 LMBG am Leben erhalten, sofern er sich bei der Zulassung von ernährungsphysiologischen Zusatzstoffen an die erwähnten Kriterien der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 28 u. 30 EGV hält. Soweit sie nicht bereits europäisch geregelt sind und vor allem auch jenseits von festgesetzten bzw. festzusetzenden Höchstmengen oder bestimmten Zwecken darf er folglich Stoffe verbieten, die anerkannter- und erwiesenermaßen gesundheitsschädlich sein können. Gleichzeitig muss er jedoch Nährstoffe grundsätzlich zulassen, wenn von ihnen nach aktuellsten wissenschaftlichen Erkenntnissen keine Gefahr für die menschliche Gesundheit ausgehen kann. Dieser Herausforderung sollte der deutsche Gesetzgeber

35 Vom 10.11.2003, KOM (2003) 671 endgültig – 2003/0262 (COD); vgl. dazu ausführlich Meisterernst, StoffR 2004, 1.

36 EuGH, ZLR 2004, 58 – Vitaminanreicherung m. Anm. Streinz; vgl. auch zuletzt EuGH, DLR 2004, 263 – Dreifachdosis von Vitaminpräparaten m. Anm. Meyer.

37 EuGH, ZLR 2004, 179 – Kommission/Frankreich m. Anm. Streinz.

38 EuGH, ZLR 2004, 193 – Greenham und Abel m. Anm. Streinz.

39 EuGH, ZLR 2004, 179, 184, 186 – Kommission/Frankreich und EuGH, ZLR 2004, 193, 199, 200 – Greenham und Abel.

40 EuGH, ZLR 2004, 58, 65-67 – Vitaminanreicherung.

41 EuGH, DLR 2004, 263, 267 – Dreifachdosis von Vitaminpräparaten m. Anm. Meyer; ebenso: EuGH, ZLR 2004, 179, 187, 188 – Kommission/Frankreich u. ZLR 2004, 193, 200 – Greenham und Abel.

42 EuGH, DLR 2004, 263, 267 – Dreifachdosis von Vitaminpräparaten m. Anm. Meyer; ebenso: EuGH, ZLR 2004, 179, 188 – Kommission/Frankreich u. ZLR 2004, 193, 200 – Greenham und Abel.

43 Vgl. dazu Streinz in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Einführung B Rdnr. 56.

sich stellen – nach Möglichkeit bald und vor allem überzeugend! Bis dahin bleibt die Verwendung national nicht ausdrücklich zugelassener ernährungsphysiologischer Zusatzstoffe außerhalb des Geltungsbereichs europäischer Normen mit erheblichen rechtlichen Risiken behaftet. Das

heißt im Klartext: Beim Verstoß gegen geltende Zusatzstoffverbote besteht auch weiterhin die Gefahr strafrechtlicher Konsequenzen<sup>44</sup>.

---

44 Ebenso Meisterenst/Schneider, DLR 2004, 302, 305.