

C-652/23-1

LVWG

 eingetragenen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. <u>1272838</u>
Luxemburg, den <u>02.11.2023</u> <u>V. N. Mueddenke</u> Fax/E-mail: .....
Der Kanzler, im Auftrag  Daniel Dittert Referatsleiter
eingegangen am: <u>06.11.2023</u>

Landesverwaltungsgericht  
Steiermark  
8010 Graz, Salzamtsgasse 3  
DVR 0752916 - UID ATU37001007

Gerichtsabteilung 11

Tel.: 0316 8029-7300  
Fax: 0316 8029-7215  
E-Mail: lvwg@lvwg-stmk.gv.at

Amtsstunden und Parteienverkehr:  
Montag – Freitag: 8:30 – 12:00 Uhr

Graz, am 17. Oktober 2023

An den  
Gerichtshof der Europäischen Union  
Palais de la Cour de Justice  
Boulevard Konrad Adenauer  
Kirchberg  
L-2925 Luxemburg

GZ: LVwG 91.11-3284/2023-1  
Ggst.: pro medico Handels GmbH,  
Maßnahmenbescheid nach dem LMSVG

## Antrag

auf

## Vorabentscheidung

gemäß Art. 267 AEUV

Parteien des Ausgangsverfahrens LVwG 41.11-6271/2022:

- a) Beschwerdeführer: pro medico Handels GmbH,  
Liebenauer Tangente 6, 8041 Graz
- vertreten durch: lawpoint Hütthaler-Brandauer & Akyürek  
Rechtsanwälte GmbH  
Otto Bauer Gasse 4, 1060 Wien
- b) belangte Behörde: Bürgermeisterin der Stadt Graz  
Gesundheitsamt, Referat für  
Lebensmittelsicherheit und Märkte  
Lagergasse 132, 8020 Graz
- Bearbeiter: Christian Siedl, MA



Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch den Richter HR Dr. Wittmann im Verfahren über die Beschwerde der pro medico Handels GmbH, vertreten durch die lawpoint Hütthaler-Brandauer & Akyürek Rechtsanwälte GmbH, Otto Bauer Gasse 4, 1060 Wien, gegen den Bescheid der Bürgermeisterin der Stadt Graz, GZ: A7-LM21049/2021/4, den

## BESCHLUSS

gefasst:

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 14 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1) dahin auszulegen, dass er einer Regelung bzw. einer Auslegung eines Mitgliedstaates entgegensteht, wonach Lebensmittel dann als für den menschlichen Verzehr ungeeignet anzusehen sind, wenn deren bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist, ohne dass die in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe dafür, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist (eine durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkte Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung), vorliegen müssen?

2. Für den Fall, dass Frage 1 verneint wird:

Ist Art. 14 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1) dahin auszulegen, dass von einem für den Verzehr durch den Menschen ungeeigneten Lebensmittel auszugehen ist, wenn das Lebensmittel bei bestimmungsgemäßigem Verzehr zu einer (deutlichen) Überschreitung eines von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit im Rahmen der Bewertung eines im Lebensmittel

**enthaltenen Mineralstoffes als Wert der zulässigen täglichen Aufnahmemenge (Tolerable Upper Intake Level – UL) angesehenen Wertes führt?**

**3. Für den Fall, dass Frage 2 bejaht wird:**

**Ist der von der EFSA festgelegte Grenzwert für Zink bindend oder ist eine gewisse Überschreitung des Grenzwertes zulässig, wenn nach der Bestimmung des Art. 14 Abs 3 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, am Produkt Hinweise angebracht werden, wonach das Produkt nur für einen bestimmten Personenkreis geeignet ist, keine weiteren zinkhaltigen Präparate zusätzlich eingenommen werden dürfen und die Einnahme zeitlich einzuschränken ist.**

II. Das mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 28.02.2023 bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die zur Zl. Ro 2021/10/0001 protokollierte Revision wird nach der Mitteilung, dass die Revision in der Zwischenzeit zurückgezogen wurde, nunmehr gemäß § 34 Abs 2 Z 1 iVm § 43 Abs 2 VwGVG neuerlich ausgesetzt und nach Vorliegen der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union über den nunmehrigen Vorlageantrag fortgesetzt.

## **B e g r ü n d u n g**

### **I.**

Sachverhaltsdarstellung und Verfahrensgang:

Mit Bescheid der Bürgermeisterin der Stadt Graz vom 23.05.2022 wurde der pro medico Handels GmbH, Liebenauer Tangente 6, 8041 Graz (im Folgenden Beschwerdeführerin) im Punkt 1. gemäß § 39 Abs 1 Z 1 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (im Folgenden LMSVG) untersagt, das als für den menschlichen Verkehr ungeeignet beanstandete und somit nicht sichere Lebensmittel „Zink – Zinkcitrat“ in Verkehr zu bringen. Das Verbot des Inverkehrbringens bleibe so lange aufrecht, bis die zugrundeliegenden Ursachen, die das Produkt für den menschlichen Verkehr ungeeignet machen, behoben würden. Gemäß § 39 Abs 1 Z 9 LMSVG wurde die Beschwerdeführerin im Punkt 2. dazu angehalten, das nicht sichere Lebensmittel „Zink – Zinkcitrat“ vom Markt zu nehmen oder den Rückruf vom Verbraucher durchzuführen. Die Maßnahme nach Punkt 1. sei

unverzöglich durchzuführen, die genannte Maßnahme nach Punkt 2. bis spätestens drei Wochen nach Rechtsgültigkeit des Bescheides.

Begründet wurde diese Entscheidung im Wesentlichen mit dem Gutachten der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (im Folgenden AGES) vom 29.11.2021, worin im Wesentlichen ausgeführt wird, dass die vorliegende Probe „Zink – Zinkcitrat“ laut Kennzeichnung 30 mg Zink pro Kapsel enthalte, wobei sie täglich eingenommen werden soll. Der deklarierte Zinkgehalt sei analytisch verifiziert worden und komme man ohne Berücksichtigung der Messunsicherheit zu einem Zinkgehalt von 37 mg/Tagesdosis. Im Jahre 2016 sei eine Höchstmengenempfehlung des österreichischen Lebensmittelbuches (ÖLB) für Vitamine und Mineralstoffe, Nahrungsergänzungsmitteln publiziert worden, wonach für Zink diese mit 15 mg/Tag festgelegt worden sei. In Deutschland sei ein Höchstmengenvorschlag von 6,5 mg Zink/Tag im Nahrungsergänzungsmittel abgeleitet worden, in der Schweiz sei kürzlich mittels Verordnung ein Höchstwert von 5,3 mg Zink/Tag festgelegt worden und in Italien von 15 mg Zink/Tag. Die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) habe für einzelne Vitamine und Mineralstoffe ein Tolerable Upper Intake Level (UL) festgelegt, wonach dieser UL zu Zink für Erwachsene mit 25 mg/Tag festgesetzt worden sei. Schon der alleinige Verzehr der vorliegenden Ware führe zu einer täglichen Zufuhr von im Durchschnitt 37 mg Zink und somit zu einer Überschreitung des von der EFSA festgelegten UL von 25 mg. Die vorliegende Probe sei daher aus gutachterlicher Sicht nach den allgemeinen Anforderungen des § 5 Abs 5 Z 2 LMSVG als für den menschlichen Verzehr ungeeignet und gemäß Abs 1 Z 1 als nicht sicher zu beurteilen und unterliege somit dem Verbot des Inverkehrbringens nach § 5 Abs 1 Z 1 LMSVG.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde wurde unter anderem vorgebracht, dass es in Österreich, aber auch europaweit einheitlich keine verbindlichen Festsetzungen von Höchstmengen von Vitaminen und Mineralstoffen in Nahrungsergänzungsmitteln gebe. Der von der belangten Behörde herangezogene UL der EFSA sei nicht einschlägig. So komme selbst die EFSA zum Ergebnis, dass der NOAEL-Wert (No Observed Adverse Effect Level), also die höchste Zufuhrdosis, bei der keine Nebenwirkungen beobachtet worden seien, bei ungefähr 50 mg/Tag liege. Von diesem Level nehme die EFSA mit dem Faktor 2 den UL an, aber gegenständlich sei nicht die Einnahme über die gesamte Lebensdauer zu beurteilen und daher der UL nicht einschlägig. Der NOAEL vom amerikanischen „Institut of Medicine“ (IOM) sei mit 60 mg/Tag und der UL mit 40 mg/Tag festgelegt worden. Dies zeige, dass diese Werte keine harten Grenzwerte seien. Zum Beweis dafür wurde mit der Beschwerde ein Privatgutachten von Prof. Dr. Andreas Hahn, Ernährungs- und Lebensmittelwissenschaftler vorgelegt, worin dieser zum Schluss kommt, dass die

Dosis von 30 mg Zink zusätzlich zur normalen Ernährung der Personen mit einer bereits sehr hohen alimentären Zinkzufuhr zur Überschreitung des UL und auch des IOM führe. Das Produkt sei damit nicht uneingeschränkt zur langfristigen Verwendung geeignet. Es komme allerdings nicht zu einer Überschreitung des NOAEL, sodass die Lebensmittelsicherheit gewährleistet sei, wenn keine weiteren zinkhaltigen Produkte verwendet werden. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Verzehr nicht dauerhaft erfolge. Daher sei der für das Produkt vorgesehene Hinweis darauf, die Verwendung des Nahrungsergänzungsmittels auf 8 Wochen zu beschränken, nicht nur rechtlich grundsätzlich zulässig, im konkreten Fall sei er auch zwingend erforderlich. Zusätzlich notwendig seien zudem Hinweise darauf, dass das Nahrungsergänzungsmittel nur für Erwachsene geeignet sei und gleichzeitig keine anderen zinkhaltigen Präparate verwendet werden dürfen.

Beim Verwaltungsgerichtshof war zu GZ: Ro 2021/10/0001 eine Beschwerde gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 21.10.2020 betreffend eines Maßnahmenbescheides gemäß § 39 LMSVG anhängig. Dabei ging es um das Produkt „Curcumin Spezial bei Arthrose“, welches als Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke in Verkehr gebracht wurde. Der Maßnahmenbescheid erging deswegen, da von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) der zulässige Wert der täglichen Aufnahmemenge (Acceptable Daily Intake – ADI) mit 3 mg Kurkumin/kg Körpergewicht und Tag festgelegt worden sei und beim bestimmungsgemäßen Verzehr von 3 Kapseln des Produktes täglich der ADI-Wert bei einem 60 kg schweren Durchschnittserwachsenen um mehr als das sechsfache (660%) überschritten werde. Dabei werde die zusätzliche Aufnahme von Kurkumin, das als Farbstoff in den sonstigen täglich aufgenommenen Lebensmitteln vorhanden sei, noch nicht berücksichtigt. Das Produkt sei daher gemäß § 5 Abs 5 Z 2 LMSVG als für den menschlichen Verkehr ungeeignet einzustufen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.12.2022, GZ: EU 2022/0019-1, legte der Verwaltungsgerichtshof dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

*„1. Ist Art. 14 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1) dahin auszulegen, dass er einer Regelung bzw. einer Auslegung eines Mitgliedstaates entgegensteht, wonach Lebensmittel dann als für den menschlichen Verzehr ungeeignet anzusehen sind, wenn deren bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist, ohne dass die in*

*Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe dafür, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist (eine durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkte Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung), vorliegen müssen?*

*Für den Fall der Verneinung der ersten Frage:*

*2. Ist Art. 14 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1) dahin auszulegen, dass von einem für den Verzehr durch den Menschen ungeeigneten Lebensmittel auszugehen ist, wenn das Lebensmittel bei bestimmungsgemäßem Verzehr zu einer massiven (bei einem Durchschnittserwachsenen von 70 kg Körpergewicht fünffachen) Überschreitung eines von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit im Rahmen der Bewertung eines (im Lebensmittel enthaltenen) Lebensmittelzusatzstoffes als Wert der zulässigen täglichen Aufnahmemenge (Acceptable Daily Intake - ADI) angesehenen Wertes führt?"*

Bei diesem Vorlageantrag ging es also auch um die Frage, ob von einem für den Verzehr durch den Menschen ungeeigneten Lebensmittel auszugehen sei, wenn das Lebensmittel bei bestimmungsgemäßem Verzehr zu einer massiven Überschreitung eines von der EFSA angegebenen Wertes der zulässigen täglichen Aufnahmemenge führt.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes zu GZ: Ro 2021/10/0001-12 wurde die Revision als gegenstandslos erklärt und das Verfahren eingestellt, weil die Revision am 19.07.2023 zurückgezogen worden war. Im Beschluss des Gerichtshofes wird in der Begründung auch erwähnt, dass die Rechtssache vor dem Verwaltungsgerichtshof damit erledigt ist und es nicht mehr der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union über das Vorabentscheidungsersuchen C-790/2022 bedarf.

## II.

Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

Die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des

Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1) lautet auszugsweise:

„Artikel 14

**Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit**

(1) Lebensmittel, die nicht sicher sind, dürfen nicht in Verkehr gebracht werden.

(2) Lebensmittel gelten als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie

- a) gesundheitsschädlich sind
- b) für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind.

(3) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist oder nicht, sind zu berücksichtigen:

- a) die normalen Bedingungen seiner Verwendung durch den Verbraucher und auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen sowie
- b) die dem Verbraucher vermittelten Informationen einschließlich der Angaben auf dem Etikett oder sonstige ihm normalerweise zugängliche Informationen über die Vermeidung bestimmter die Gesundheit beeinträchtigender Wirkungen eines bestimmten Lebensmittels oder einer bestimmten Lebensmittelkategorie.

(4) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, sind zu berücksichtigen

- a) die wahrscheinlichen sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers, sondern auch auf nachfolgende Generationen,
- b) die wahrscheinlichen kumulativen toxischen Auswirkungen,
- c) die besondere gesundheitliche Empfindlichkeit einer bestimmten Verbrauchergruppe, falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist.

(5) Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, ist zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.

...“

**3. Maßgebliche Bestimmungen des nationalen Rechts**

Das Bundesgesetz über Sicherheitsanforderungen und weitere Anforderungen an Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel zum Schutz der

Verbraucherinnen und Verbraucher (Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz - LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 39/2019, lautet auszugsweise:

### **„Lebensmittel**

#### **Allgemeine Anforderungen**

**§ 5.** (1) Es ist verboten, Lebensmittel, die

1. nicht sicher gemäß Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sind, d.h. gesundheitsschädlich oder für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind, oder

...

in Verkehr zu bringen.

...

(5) Lebensmittel sind

1. gesundheitsschädlich, wenn sie geeignet sind, die Gesundheit zu gefährden oder zu schädigen;
2. für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist;

...

#### **Maßnahmen**

**§ 39.** (1) Bei Wahrnehmung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften hat der Landeshauptmann mit Bescheid, gegebenenfalls unter einer gleichzeitig zu setzenden angemessenen Frist und unter Ausspruch der notwendigen Bedingungen oder Auflagen, die nach Art des Verstoßes und unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit erforderlichen Maßnahmen zur Mängelbehebung oder Risikominderung anzuordnen, wie insbesondere:

1. die Einschränkung oder das Verbot des Inverkehrbringens oder der Verwendung;

...“

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark ist ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV.

Bei der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark über die vorliegende Beschwerde und damit über die Rechtmäßigkeit der Untersagung des Inverkehrbringens des in Rede stehenden Lebensmittels stellen sich die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführten und im Folgenden näher erläuterten Fragen der Auslegung des Unionsrechts.

### III.

#### **Erläuterungen zu den Vorlagefragen:**

##### **Zur ersten Frage:**

Im Ausgangsverfahren gehen sowohl die beschwerdeführende Partei und die belangte Behörde als auch das Verwaltungsgericht davon aus, dass keiner der in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe (eine durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkte Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung) dafür, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist, vorliegt. Letzteres ergebe sich nach Ansicht des Verwaltungsgerichts vielmehr aus einem anderen Grund.

Nach Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 dürfen Lebensmittel, die nicht sicher sind, nicht in Verkehr gebracht werden. Nach Art. 14 Abs. 2 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gelten Lebensmittel als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind. Nach Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 ist bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.

Der Wortlaut des Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 verlangt bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, eine „Berücksichtigung“ der dort genannten Gründe dafür, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.

Aus dieser Wortwahl des Unionsgesetzgebers wurde im Schrifttum der Schluss gezogen, dass die dort genannten Umstände „nicht abschließend bestimmen, ob ein Lebensmittel zum Verzehr ungeeignet ist, dass also auch andere Umstände den Tatbestand des Abs. 5 erfüllen können“ (so *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, Art. 14 BasisVO, Rn. 56a). Dieses Verständnis liegt der beim Verwaltungsgericht angefochtenen Entscheidung der Verwaltungsbehörde zugrunde und entspricht dem Wortlaut des § 5 Abs. 5 Z 2 LMSVG, der - ohne Bezugnahme auf die in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe - ein Lebensmittel dann als für den menschlichen Verzehr ungeeignet definiert, wenn „die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit“ nicht gewährleistet ist.

Allerdings lässt sich auch die gegenteilige Ansicht vertreten, wonach die in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe dafür, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist, bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, dahin zu berücksichtigen sind, dass diese Gründe zwingend vorliegen müssen. Dafür könnte bereits der Umstand sprechen, dass die Bestimmung eine Berücksichtigung verlangt („ist zu berücksichtigen“) und nicht bloß eine Berücksichtigung freistellt („kann berücksichtigt werden“); auch die sonstige Wortwahl des Unionsgesetzgebers, die nicht zum Ausdruck bringt, dass es sich um eine bloß demonstrative Aufzählung jener Gründe, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist, handelt, könnte für ein derartiges Verständnis sprechen. Schließlich könnte die Verwendung der Wortfolge „für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist“ nahelegen, dass der Unionsgesetzgeber lediglich auf eine Änderung der stofflichen Zusammensetzung eines Lebensmittels durch die in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe abstellt, nicht aber auf andere mögliche Gründe, warum ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist. In diesem Sinne wird im Schrifttum daher auch die Ansicht vertreten, der Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 2 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sei „dahingehend eingeschränkt, dass er nur Fälle einer Änderung der stofflichen Zusammensetzung eines Lebensmittels erfasst“, namentlich durch Kontamination, Fäulnis, Verderb oder Zersetzung (vgl. Meyer in Meyer/Strein, LFGB BasisVO<sup>2</sup>, Art. 14 BasisVO, Rn. 38). Anzumerken ist, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 2. September 2021, Toropet Ltd., C-836/19, Rn. 48 [ECLI:EU:C:2021:668], kein davon abweichendes Verständnis zu erkennen gegeben hat, wenn er davon ausgeht, dass nach Art. 14 Abs. 5 der Verordnung Nr. 178/2002 ein Lebensmittel dann für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, „wenn es infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist“.

Die erste Vorlagefrage zielt daher darauf ab zu klären, ob die in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung Nr. 178/2002 genannten Ursachen dafür, warum das Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist (eine durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkte Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung), vorliegen müssen, um ein Lebensmittel als im Sinne des Art. 14 Abs. 2 lit. b iVm Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 für den menschlichen Verzehr ungeeignet beurteilen zu können.

**Zur zweiten Frage:**

Das verfahrensgegenständliche Lebensmittel (Nahrungsergänzungsmittel) führt bei bestimmungsgemäßen Verzehr zu einer deutlichen Überschreitung jenes Wertes, der von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit im Rahmen der Bewertung eines im Lebensmittel „Zink-Zinkcitrat“ enthaltenen Mineralstoffes als Wert der zulässigen täglichen Aufnahmemenge (UL) angesehen wird.

Für den Fall der Verneinung der ersten Frage stellt sich - abseits der in Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 genannten Gründe - die Frage nach den sonstigen Gründen dafür, warum ein Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet ist.

Nach § 5 Abs. 5 Z 2 LMSVG sind Lebensmittel für den menschlichen Verzehr ungeeignet, wenn die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit nicht gewährleistet ist. Im Schrifttum wird dazu die Ansicht vertreten, die Frage, wann die bestimmungsgemäße Verwendbarkeit eines Lebensmittels nicht mehr gewährleistet sei, sei unter ausgewogener, alle Umstände berücksichtigender Betrachtung unter Zugrundelegung der „berechtigten Verbrauchererwartung“ zu beantworten (vgl. *Blass u.a.*, Lebensmittelrecht<sup>3</sup>, § 5 LMSVG, Rn. 20). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu lebensmittelrechtlichen Fragestellungen - wenngleich nicht zu der hier maßgeblichen Bestimmung des § 5 Abs. 2 Z 2 LMSVG - die Ansicht vertreten, dass die maßgebliche Erwartung eines durchschnittlich informierten aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im vom (damaligen) Bundesministerium für Gesundheit herausgegebenen Österreichischen Lebensmittelbuch, das den Charakter eines objektivierten Sachverständigengutachtens hat, widerlegbar wiedergegeben wird (vgl. VwGH 26.9.2011, 2010/10/0145, VwSlg. 18217 A, mwN [ECLI:AT:VWGH:2011:2010100145.X00]).

Im Jahr 2016 wurde eine Höchstmengenempfehlung des Österreichischen Lebensmittelbuches (ÖLB) für Vitamine und Mineralstoffe in Nahrungsergänzungsmitteln publiziert. Bezüglich Zink wurde diese mit 15 mg/Tag im ÖLB festgelegt. In einer aktuellen deutschen Bewertung wurde ein Höchstmengenvorschlag von 6,5 mg Zink pro Tag in Nahrungsergänzungsmitteln abgeleitet. Für die Schweiz wurde kürzlich mittels Verordnung ein Höchstwert von 5,3 mg Zink pro Tag in Nahrungsergänzungsmitteln festgelegt. In Italien wurde ein Höchstwert von 15 mg Zink pro Tag in Nahrungsergänzungsmitteln rechtlich verankert (siehe Gutachten der Agentur für Gesundheit- und Ernährungssicherheit GmbH vom 29.11.2021 mit entsprechenden Quellennachweisen).

**Zur dritten Frage:**

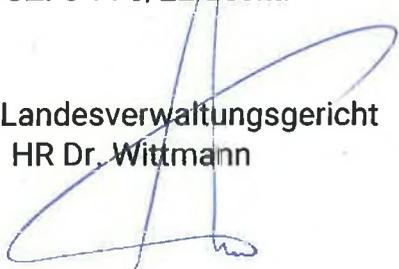
Im Beschwerdeverfahren wurde von der Beschwerdeführerin ein Privatgutachten von Prof. Dr. Andreas Hahn, Ernährungs- und Lebensmittelwissenschaftler vom 09.05.2022 vorgelegt. In diesem wird ausgeführt, dass die EFSA konstatiert, dass langfristige Balancestudien zeigen, dass bei einer Zinkaufnahme von 53 mg/Tag über 90 Tage und einer adäquaten Kupferaufnahme eine positive Kupferbilanz aufrechterhalten werden kann. Die Behörde leitet auf Basis der Daten einen No Observed Adverse Effect Level (NOAEL) von ca. 50 mg/Tag ab. Der NOAEL stellt die höchste Zufuhrdosis dar, bei der keine Nebenwirkungen beobachtet wurden. Im Falle von Zink waren bei dieser Dosis keinerlei unerwünschte Effekte auf irgendeinem Parameter des Kupferstatus festzustellen. Auf Basis dieses NOAEL gelangte die EFSA unter Heranziehung eines Sicherheitsfaktors zu einem Upper Limit of Safe Intake (UL) von 25 mg/Tag für Erwachsene. Der UL bezeichnet die chronische, also dauerhafte, tägliche Gesamtaufnahme eines Nährstoffes aus allen Quellen, die nicht mit einem Risiko adverser Effekte verbunden ist. Der UL stellt damit keinen toxikologischen Grenzwert dar, dessen Überschreitung eine Gesundheitsgefährdung bedeuten würde. In seiner Zusammenfassung kommt der Privatgutachter zum Schluss, dass ein Erzeugnis, das als Kapseln mit 30 mg/Tag Zink (Anmerkung: die AGES kommt bei ihrer Untersuchung auf einen Zinkgehalt von 37 mg/Tagesdosis) in Verkehr gebracht werden soll, erfüllt die spezifischen Anforderungen an ein Nahrungsergänzungsmittel. Die Dosis von 30 mg Zink zusätzlich zur normalen Ernährung führt bei Personen mit einer bereits sehr hohen alimentären Zinkzufuhr zur Überschreitung des Upper Limit of Safe Intake von SCF/EFSA und auch IOM. Das Produkt ist damit nicht uneingeschränkt zur langfristigen Verwendung geeignet. Daher wäre es auch zwingend erforderlich am Produkt einen Hinweis anzubringen, dass die Verwendung des Nahrungsergänzungsmittels auf acht Wochen zu beschränken ist. Zusätzlich wären Hinweise erforderlich, dass das Nahrungsergänzungsmittel nur für Erwachsene geeignet ist und gleichzeitig keine anderen zinkhaltigen Präparate verwendet werden dürfen.

Es stellt sich nun die Frage, ob der Referenzwert der EFSA für Zink generell heranzuziehen ist, oder ob eine gewisse Überschreitung dann zulässig ist, wenn am Produkt Hinweise im Sinne des Art. 14 Abs 3 lit. b der Verordnung (EU) Nr. 178/2002 angebracht werden, dass das Produkt nur für einen bestimmten Personenkreis geeignet ist, keine anderen zinkhaltigen Präparate daneben verwendet werden dürfen und die Einnahme auf einige Wochen beschränkt wird.

**IV.**

Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt, werden die eingangs formulierten Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt. Abschließend darf noch darauf hingewiesen werden, dass sich der gegenständliche Vorlageantrag zum Teil mit jenem deckt, der vom Österreichischen Verwaltungsgerichtshof beim Gerichtshof der Europäischen Union eingeleiteten, aber aufgrund der Zurückziehung der Revision nicht abgeschlossenen Vorabentscheidungsverfahren zu GZ: C-790/22 deckt.

Für das Landesverwaltungsgericht  
HR Dr. Wittmann

**Beilagen:**

Akt der Bürgermeisterin der Stadt Graz, GZ: A7-LM21049/2021/4 in Kopie;

Akt des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark, GZ: LVwG 41.11-6271/2022, in Kopie

Ergeht an:

1. den Gerichtshof der Europäischen Union, Palais de la Cour de Justice, Boulevard Konrad Adenauer, Kirchberg, L-2925 Luxemburg;

Ergeht nachrichtlich an:

2. pro medico Handels GmbH, Liebenauer Tangente 6, 8041 Graz, z.H. lawpoint Hütthaler-Brandauer & Akyürek Rechtsanwälte GmbH, Otto Bauer Gasse 4, 1060 Wien;

3. die Bürgermeisterin der Stadt Graz, Gesundheitsamt, Referat für Lebensmittelsicherheit und Märkte, Lagergasse 132, 8020 Graz, zu do. GZ: A7-LM 21049/2021/4;

4. das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Radetzkystraße 2, 1030 Wien;

5. den Landeshauptmann des Landes Steiermark, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Landesamtsdirektion, Hofgasse 15, 8010 Graz.

Das elektronische Original dieses Dokumentes wurde amtssigniert.

Hinweise zur Prüfung finden Sie unter <http://www.lvwg-stmk.gv.at/amtssignatur>

