

Rechtsprechung

Von scharfen Schwertern und Kanonen

Dr. Tobias Teufer



RA Dr. Tobias Teufer,
LL.M. (UCL)

»» Zur Person

Dr. Tobias Teufer, LL.M. (UCL), KROHN Rechtsanwälte, Hamburg, berät im Lebensmittelrecht und Wettbewerbsrecht sowie in angrenzenden Rechtsbereichen; Lehrbeauftragter für Europarecht an der Fachhochschule für Oekonomie und Management ‹‹

Wenn Überwachungsbehörden die sofortige Rücknahme von Lebensmitteln anordnen, greifen sie zu einem der schärfsten Schwerter, das ihnen zur Verfügung steht. Mit scharfen Schwertern kann man allerlei Unheil anrichten – vor allem dann, wenn sie im Übermaß verwendet werden.

Beschluss OVerwG NRW vom
8.8.2008, AZ 13 B 1022/08

Diesen Vorwurf müssen sich die Behörde und die Verwaltungsgerichte in beiden Instanzen hier gefallen lassen.

Was war geschehen?

Ein Vertriebsunternehmen hatte in Dänemark hergestellte Geflügelfleischerzeugnisse auf den deutschen Markt gebracht. Die Kennzeichnung der Fleischerzeugnisse wurde von der Lebensmittelüberwachung in zwei Punkten beanstandet. Den Zusatz „aus Formfleisch-Hähnchenbruststücken zusammengefügt“ sah die Behörde als irreführend an, weil das Lebensmittel nicht den entsprechenden Anforderungen der Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse des Deutschen Lebensmittelbuches entsprach. Außerdem war Wasser nicht im Zutatenverzeichnis gekennzeichnet, obwohl das Lebensmittel mehr als 5 % Wasser aufwies. Die Überwachungsbeamten hatten sich nicht damit begnügt, eine Änderung des Etiketts anzuordnen, sondern die Rücknahme bereits im Han-

del befindlicher Erzeugnisse und den Sofortvollzug dieser Maßnahme verfügt. Dagegen wehrte sich das betroffene Unternehmen im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren über zwei Instanzen erfolglos.

Bemerkenswert an diesem Fall ist vor allem die Anordnung, Lebensmittel allein aufgrund vermeintlicher Kennzeichnungsverstöße aus dem Markt zurückzunehmen.

Anordnungen der sofortigen Rücknahme nach § 39 Abs. 2 Nr. 4 Hs. 1 LFGB i. V. m. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO waren bislang aus Sachverhalten bekannt, bei denen der Verdacht einer Gesundheitsgefährdung von Verbrauchern bestand – und das aus gutem Grund. Die Rücknahme verlangt eine unternehmerische Eigenmaßnahme zur Gefahrenabwehr. Das geht einen Schritt weiter als die bloße Anordnung einer Verhaltensänderung, z. B. eine neue Etikettierung zu verwenden. In der Praxis des Lebensmittelvertriebs muss der betroffene Unternehmer den Handel auffordern, die beanstandeten Erzeugnisse auszusondern, und sie dann abholen oder vernichten lassen. Das ist nicht nur mit erheblichem logistischen Aufwand verbunden, sondern belastet zusätzlich das Geschäftsverhältnis zwischen dem Unternehmer und seinen Handelspartnern. Die potenziellen wirtschaftlichen Auswirkungen einer derartigen Belastung liegen bei den herrschenden Machtverhältnissen im deutschen Einzelhandel auf der Hand: Es drohen Sanktionen bis hin zur dauerhaften Auslistung.

Allerdings war in den bisher bekannten Fällen ein erhebliches öffentliches Interesse am Gesundheitsschutz des Verbrauchers gegeben, betroffen waren also in erster Linie unsichere Lebensmittel i. S. v. Art. 14 Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002.

Die menschliche Gesundheit hat nicht zuletzt aufgrund von Art. 2 Abs. 2 GG einen hohen Verfassungsrang.

Sie überwiegt deshalb regelmäßig finanzielle Interessen der Lebensmittelunternehmen bei der Abwägung. Der Staat kann also bei bestehenden Gesundheitsgefahren von dem betroffenen Unternehmen fordern, dass es nicht nur zukünftig sein Verhalten ändert, sondern zugleich alles dafür tut, das aktuelle Gefahrenpotenzial zu verringern, und zwar sofort – auch wenn die damit erforderliche Rücknahme von Ware wirtschaftlich erheblich belastet.

Selbstverständlich gehört es ebenso zum Verbraucherschutz, Kennzeichnungsmängel und sonstige Irreführungen zu unterbinden. Hier befahlen die Beamten aber eben nicht nur eine Kennzeichnungsänderung, ggf. mit Sofortvollzug, sondern zusätzlich die Rücknahme der betroffenen Lebensmittel aus dem Markt. Aus rechtlicher Sicht spielt die Musik des Falls deshalb weniger bei den festgestellten materiellen Verstößen oder dem Aspekt des Sofortvollzugs, sondern vor allem bei der Anordnung der Rücknahme [1].

In diesem Zusammenhang hatte die Antragstellerin offenbar argumentiert, § 39 Abs. 2 LFGB müsse dahingehend eingeschränkt ausgelegt werden, dass allein Sachverhalte mit dem Verdacht einer konkreten Gesundheitsgefährdung erfasst werden [2]. Für diese Auffassung spricht insbesondere Art. 19 Abs. 1 Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002, der eine

Gesetzgeber reagiert – Verordnung über Regelungen für amtliche Gegenproben

Mit Schreiben vom 6.3.2009 informierte das BMELV die Lebensmittelwirtschaft über den Entwurf einer VO u. a. über Regelungen für amtliche Gegenproben (Stand 03.03.2009) [siehe dlr-online]. Eine wesentliche Änderung betrifft § 7 über die Unterrichtung des Herstellers über die Zurücklassung von amtlich entnommenen Proben; die Regelung sieht nunmehr eine Unterrichtungspflicht sowohl für die zuständigen Behörden als auch für die Wirtschaft vor. Das BMELV will insofern den Bedenken der Wirtschaft Rechnung getragen, die den ursprünglichen Entwurf mit einer einseitigen Unterrichtungspflicht des Handels als nicht EU-rechtskonform und praxisfern kritisierte.

Bislang hat nach § 43 Abs. 3 LFGB derjenige, bei dem die Probe zurückgelassen worden ist und der nicht der Hersteller ist (meist der Händler), die Probe sachgerecht zu lagern und aufzubewahren und sie auf Verlangen des Herstellers auf dessen Kosten und Gefahr einem vom Hersteller bestimmten, nach lebensmittelrechtlichen Vorschriften zugelassenen privaten Sachverständigen zur Untersuchung auszuhändigen. Mit dieser Regelung versuchte der Gesetzgeber verfehlt der (früheren) ÜberwachungsRL 89/397 Rechnung zu tragen (amtl. Begr. 24.8.2004, Drs 15/3657, S. 67; EU-konform § 36 Abs. 6 des österreichischen Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG, BGBl. Österreich, 20.1.2006, Teil I, S. 1). Auch die Ermächtigung in § 46 Abs. 1 Nr. 5 LFGB, wonach durch VO vorgeschrieben werden kann, dass, zu welchem Zeitpunkt, in welcher Art und Weise und von wem der Hersteller eines Erzeugnisses oder eines mit einem Lebensmittel verwechselbaren Produkts über eine zurückgelassene Probe, die zum Zweck der Untersuchung entnommen wurde, zu unterrichten ist, genügt nicht den Anforderungen VO 882/2004, zumal die entsprechende VO bis heute nicht existiert. Die EU-Konformität versuchten die Länder dadurch herzustellen, dass die „Arbeitsgruppe Lebensmittel, Bedarfsgegenstände, Wein und Kosmetika“ (ALB) der Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz“ (LAGV) auf ihrer Sitzung am 09./10.11.2004 einen Leitfaden für die Behörden erarbeitete, wie die Benachrichtigung der Hersteller sichergestellt werden soll.

Der neue § 7 der VO über Regelungen für amtliche Gegenproben wäre daher der richtige Weg. Um die Möglichkeit des Herstellers zur Einholung einer Gegenprobe effektiv zu gewährleisten und gerade nicht (nur) den Vertragsbeziehungen und der Zuverlässigkeit der beteiligten Unternehmer zu überlassen (so die Amtl. Begründung unter Bezugnahme auf OVG Münster, Beschluss vom 29.10.2008, 13 B 1317/08), soll – bußgeldbewehrt (§ 8) – angeordnet werden, dass der zunächst Unterrichtete (insbesondere der Handel) die zuständige Behörde unverzüglich über die von ihm vorgenommene Unterrichtung des Hersteller oder seines unmittelbaren Lieferanten schriftlich oder elektronisch zu informieren hat.

Prof. Dr. Alfred Hagen Meyer

Rücknahme im Ergebnis nur bei Vorliegen von Gesundheitsgefahren vorsieht. Allerdings stellt die Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002 keine abschließende Regelung des Verwaltungshandelns in den Mitgliedstaaten dar [3]. Das begründet das Oberverwaltungsgericht überzeugend mit Verweis auf Art. 17 Abs. 2 Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und Art. 54 Verordnung (EG) Nr. 882/2004. Die deutschen Überwachungsbehörden können also auf der Grundlage von § 39 Abs. 2 Nr. 4 Hs. 1 LFGB Produktrücknahmen anordnen – auch über Art. 19 Abs. 2 Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002 hinaus. Das gilt allerdings nur im Rahmen des pflichtgemäß ausgeübten Ermessens, dessen Grenze in § 39 Abs. 2 Nr. 4 LFGB bereits durch das Wort „erforderlich“ vorgezeichnet ist [4].

Wie jedes staatliche Handeln hat sich die Überwachungstätigkeit an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren.

Die behördliche Anordnung muss also geeignet, erforderlich bzw. notwendig und angemessen sein. Bei den Aspekten der Geeignetheit und Erforderlichkeit geht es in erster Linie darum, dass die Behörde das Ziel der Gefahrenabwehr auf einem sinnvollen und möglichst schonenden Weg erreicht. Bei der Prüfung der Angemessenheit ist hingegen zu fragen, ob das gewählte Mittel mit seinen Folgen in einem akzeptablen Verhältnis zu der Gefahr steht, die abgewehrt werden soll. Hier war das Vorgehen der Behörde ohne weiteres geeignet und wohl auch erforderlich, um die Verbraucher unmittelbar vor den festgestellten Täuschungen zu schützen. Denn die betroffenen Lebensmittel befanden sich zum Teil bereits außerhalb des Machtbereichs des Herstellers in den verschiedenen Handelsstufen, aus denen sie nur noch zurückgenom-

men werden konnten. Auch ein milderes Mittel war nicht erkennbar, um die Zielsetzung der Behörde zu erreichen. Insbesondere wäre die Antragstellerin bei einem Vorgehen der Behörden gegen den Handel selbst nicht stärker geschont worden, weil der Handel seine Belastungen voraussichtlich auf das betroffene Unternehmen abgewälzt hätte.

Zweifelhaft erscheint dagegen, ob die Anordnung der sofortigen Rücknahme wegen der behördlich festgestellten Kennzeichnungsmängel auch angemessen war. Dabei geht es vor allem um das zeitliche Moment einer befristeten Täuschung des Verbrauchers einerseits und der Gefährdung wirtschaftlicher Positionen des Unternehmens durch die angeordnete sofortige Rücknahme andererseits. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts ist an diesem Punkt enttäuschend dünn begründet. In dem weitgehend inhaltsleeren kurzen Absatz zur Angemessenheit der Rücknahme hält der Senat lediglich fest, dass die Lauterkeit des Handels und der Verbraucherschutz „zentrale Anliegen des (...) Lebensmittelrechts“ seien, konkrete Angaben über finanzielle Belastungen habe die Antragstellerin nicht gemacht. Das Gericht hätte solche Belastungen bei einem praxisnahen Blick auf die Marktsituation im deutschen Lebensmittelhandel jedoch ohne Schwierigkeiten feststellen können (s. o.).

Der bloße Abgleich privater und öffentlicher Interessen ohne Bezug zur konkreten Fallkonstellation greift ohnehin zu kurz.

Im Mittelpunkt stand nämlich die Frage, ob gerade die Anordnung einer Rücknahme mit ihren weitreichenden Folgen das angemessene Mittel für die Abwehr einer Täuschungsgefahr war. Dass die Rücknahme möglicherweise das mildeste

Mittel der Überwachungsbehörde darstellte, um deren Zielsetzung zu erreichen (s. o.), bestätigt nämlich keineswegs deren Angemessenheit. Völlig unbeantwortet lässt der Senat die zentrale Frage, ob die Folgen der Rücknahme in einem angemessenen Verhältnis zur Abwehr der konkret im Raum stehenden Gefahr für die Verbraucher standen. Lediglich am Ende des Beschlusses findet sich bei der Überprüfung der materiellen Anforderungen des Sofortvollzugs ein karger Satz dazu, dass die öffentlichen Interessen die finanziellen Unternehmensinteressen vermeintlich überwiegen. Eine nähere Begründung dieser Auffassung fehlt auch dort.

Bei einer umfassenderen Interessenabwägung wäre das Oberverwaltungsgericht möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gekommen.

Die beanstandete Kennzeichnung barg unstreitig keine Gesundheitsgefahren für den Verbraucher. Das festgestellte Fehlverhalten führte also allenfalls zu einer Täuschung von Kunden, die mit der Angabe „aus Formfleisch-Hähnchenbruststücken zusammengefügt“ konfrontiert wurden und im Zutatenverzeichnis des Lebensmittels das zugesetzte Wasser nicht aufgelistet fanden. Dabei kann man schon die Frage stellen, welche Verbrauchergruppen die Etikettierung von Lebensmitteln in ihren Details überhaupt lesen. Eine maßgebliche Täuschung setzt zudem voraus, dass es dem Durchschnittsverbraucher auf diese beiden Kennzeichnungselemente wesentlich ankommt. Vielleicht gibt es tatsächlich Verbraucher (Durchschnittsverbraucher?), die mit der Angabe „Formfleisch“ besondere Qualitätsvorstellungen verbinden und die aus demselben Grund Wert darauf legen, den genauen Wasser-

gehalt des Lebensmittels zu erfahren. Die beiden Aspekte werden aber allenfalls bei einem sehr kleinen Kreis der angesprochenen Verbraucher zu einem Kaufentschluss führen, der bei gesetzeskonformer Etikettierung unterblieben wäre. Auch der Preis des Lebensmittels ist im Übrigen in die Überlegungen einzubeziehen. Hier dürfte es sich um ein Erzeugnis aus dem Niedrigpreissegment gehandelt haben, mit dem der Durchschnittsverbraucher üblicherweise von vornherein keine überhöhten Qualitätserwartungen verbindet.

Die so skizzierte Interessenlage und das begrenzte Ausmaß des festgestellten Verstoßes unterstreichen, dass die Behörde in diesem Fall wohl über das Ziel hinausgeschossen ist. Denn einerseits kann die logistisch aufwendige Rücknahme die Geschäftsbeziehungen des betroffenen Unternehmens mit seinen Handelspartnern schwer beschädigen. Andererseits wäre dem Verbraucher bei einem möglicherweise unter Sofortvollzug gestellten bloßen Etikettierungsverbot lediglich ein begrenzter Zeitraum zugemutet worden, in dem er weiter dem geringen Täuschungspotenzial der festgestellten Verstöße ausgesetzt gewesen wäre. Demnach ist eine Rücknahme in derartigen Konstellationen regelmäßig nur unter speziellen Bedingungen angemessen, die hier vom Senat gerade nicht erörtert wurden – z. B. dann, wenn zu befürchten ist, dass die betroffenen Lebensmittel über einen sehr langen Zeitraum in erheblicher Zahl im Markt angeboten werden. Das ist schon aufgrund enger Mindesthaltbarkeitszeiträume normalerweise nicht der Fall. Sonst bleibt es dabei, dass die Rücknahme von Lebensmitteln nur angeordnet werden darf, wenn für den Verbraucher Gesundheitsgefahren drohen. Im Einzelfall können Gesundheitsgefahren

Fazit

Es ist nachvollziehbar, dass Überwachungsbehörden für die Durchsetzung von Kennzeichnungsänderungen nicht in jedem Fall warten wollen und können, bis langjährige verwaltungsgerichtliche Verfahren rechtskräftig beendet sind. Bei ihrem Vorgehen haben sich die Behörden dennoch an dem gesetzlich vorgeschriebenen Regel-/Ausnahmeverhältnis zu orientieren, wonach sie nur unter besonderen Voraussetzungen über eine Verbotsverfügung hinausgehen dürfen, die mit aufschiebender Wirkung überprüft werden kann. Als Erinnerungsfunktion dient einerseits das Erfordernis, die Anordnung des Sofortvollzugs besonders zu begründen. Darüber hinaus kann die zusätzliche Anordnung einer Rücknahme auf der Grundlage von § 39 Abs. 2 Nr. 4 LFGB aufgrund der damit regelmäßig verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen für das betroffene Unternehmen ledig-

lich „ultima ratio“ sein. Der Einsatz dieses scharfen Schwertes kommt damit tatsächlich meist nur in Fällen in Betracht, bei denen sonst akute Gesundheitsgefahren für den Verbraucher drohen.

Zur Vorgeschichte etwaiger Verhandlungen zwischen der Überwachungsbehörde und dem betroffenen Unternehmen ist dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts nichts zu entnehmen. Häufig wird ein konstruktives Gespräch außerhalb formaler Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu besseren Ergebnissen im Spannungsfeld öffentlicher und privater Interessen führen, als der kompromisslose Einsatz mächtiger Waffenarsenale. Wer dennoch mit Kanonen auf Spatzen schießt, riskiert bekanntlich Schäden, die weit über die beabsichtigte Abwehr einer konkreten, aber doch begrenzten Gefahr hinausgehen.

gewiß auch durch eine fehlerhafte Etikettierung verursacht werden, hier war das jedoch unstreitig nicht der Fall. ■

Anschrift des Autors

RA Dr. Tobias Teufer, LL. M. (UCL)
KROHN Rechtsanwälte
Esplanade 41
D-20354 Hamburg
E-Mail: teufer@krohnlegal.de

Verweise, GegenprobenVO und OVerwG-Beschluss finden Sie im Internet unter www.dlr-online.de
→ DLR Spezial

Die DLR sucht freie Mitarbeiter

Wir suchen **Rezensenten** für Bücher, Software und Journale. Haben Sie Interesse? Wenn ja, dann melden Sie sich doch bitte beim Redaktionsbüro (Dr. Gabriele Lauser) unter Tel.: 07971-978604 oder E-Mail: DLR@behrs.de. Wir möchten auch verstärkt über für unsere Leser interessante Tagungen berichten. Haben Sie eine bestimmte Tagung schon im Blick oder wären Sie bereit auf **Tagungen** und **Seminare** für die DLR zu gehen? Bitte setzen Sie sich auch in diesem Fall mit der Redaktion in Verbindung.

Rechtsprechung

Von scharfen Schwertern und Kanonen

Dr. Tobias Teufer

Verweise

- | | |
|---|---|
| [1] Ebenso <i>Hagenmeyer</i> , Hygienereport 5/2008, 27; <i>Weck</i> , ZLR 2008, 749, 752. | [3] Vgl. etwa <i>Teufer</i> , ZLR 2007, 236, 238 f. |
| [2] So auch <i>Meyer</i> in: <i>Meyer/Streinz</i> , LFGB – BasisVO 2007, § 39 LFGB Rdnr. 19 f.; a. A. offenbar <i>Zipfel/Rathke</i> , C 102, § 39 LFGB Rdnr. 33 ff. | [4] Vgl. auch <i>Zipfel/Rathke</i> , C 102, § 39 LFGB Rdnr. 36. |