

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 BV 17.1560
Sachgebietsschlüssel: 541

Rechtsquellen:

§ 43 Abs. 1 VwGO
Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005
Art. 2 lit. c) VO (EG) Nr.2073/2005
VO (EG) Nr. 178/2002,
VO (EG) Nr. 852/2004

Hauptpunkte:

Feststellungsklage
HACCP-Konzept von Lebensmittelunternehmern
Salmonellen
Dönerspieße
Lebensmittelsicherheitskriterium
Rücknahme

Leitsätze:

Urteil des 20. Senats vom 7. Februar 2019
(VG Augsburg, Entscheidung vom 4. Juli 2017, Az.: Au 1 K 16.1531)

20 BV 17.1560
Au 1 K 16.1531

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

- ***** -

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

lebensmittelrechtlicher Anordnung;

hier: Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 4. Juli 2017,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Stadler,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Kokoska-Ruppert

aufgrund mündlicher Verhandlung vom **7. Februar 2019**
am **7. Februar 2019**

folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 4. Juli 2017 wird geändert. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt die Klägerin.
- III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sie nicht verpflichtet ist, in jedem Fall zwingend bei einem positiven Salmonellenbefund im Produktionsprozess die betroffene Charge zurückzunehmen bzw. dies in ihrem Hygienekonzept vorzuschreiben. Bei ihr handelt es sich um ein mittelständisches Lebensmittelunternehmen, welches tiefgefrorene Fleischdrehspieße für den Einzelhandel produziert. Die Fleischdrehspieße werden in ihrem Werk hergestellt, tiefgefroren und anschließend z.B. an Restaurantbesitzer ausgeliefert. Dort werden die Drehspieße dann erhitzt und anschließend portioniert – z.B. als Döner Kebab – an den Endverbraucher verkauft.

Eine direkte Abgabe durch die Klägerin an Endverbraucher erfolgt nicht. Im Auslieferungszustand sind die Drehspieße nicht verzehrfähig. Sie erhalten daher alle ein Etikett mit dem Hinweis „Vor Verzehr vollständig durchgaren!“. Nach dem HACCP-Konzept (Hazard Analysis and Critical Control Points Konzept) der Klägerin werden vor der Auslieferung stichprobenartig Eigenkontrollen vorgenommen und die Proben mikrobiologisch untersucht. Wenn Salmonellen festgestellt werden, wird zunächst eine Risikoanalyse durchgeführt. Je nach Einzelfall werden dann bestimmte Maßnahmen ergriffen, z.B. Einwirkung auf die Lieferanten oder Information der Mitarbeiter. In letzter Konsequenz könnte der Befund auch zur Rücknahme der betroffenen Charge führen. Ein Rücknahmeautomatismus ist im derzeitigen Hygienekonzept nicht vorgesehen.

- 2 Am 7. November 2008 hatte die Klägerin von der Regierung von Schwaben eine EU-Zulassung im Sinne des Art. 3 der VO (EG) Nr. 854/2004 erhalten. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2014 (Bl. 1 der Behördenakte) wies das Landratsamt Augsburg die Klägerin darauf hin, dass ab sofort bei positivem Salmonellenbefund gemäß Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 zu verfahren ist, d.h. das Erzeugnis vom Markt zu nehmen oder zurückzunehmen ist. Nachdem die Klägerin diesem Hinweis unter Verweis auf die hygienerechtlichen Anforderungen nicht nachgekommen war, wurde sie mit Schreiben vom 26. Februar 2016 (Bl. 3 der Behördenakte) erneut aufgefordert, eine entsprechende Arbeitsanweisung in ihr Hygienekonzept zu implementieren. Im Anhang I zur Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 sei für Fleischzubereitungen das Freisein von Salmonellen als Sicherheitskriterium festgelegt. Andernfalls gelte das Lebensmittel als nicht sicher im Sinne von Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002. Gemäß Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 sei ein Lebensmittelunternehmer verpflichtet, falls ein Lebensmittel den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht entspreche, unverzüglich ein Verfahren einzuleiten, um das betreffende Lebensmittel vom Markt zu nehmen. Dem trat die Klägerin mit Schriftsatz vom 19. April 2016 erneut entgegen (Bl. 4 ff. der Behördenakte). Das Landratsamt legte daher den Vorgang über die Regierung von S. dem Bayerischen Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz (StMUV) vor. Die Regierung von S. äußerte sich mit Schreiben vom 25. Mai 2016 (s. Bl. 20 ff. der Behördenakte) und das Bay. StMUV mit Schreiben vom 4. Juli 2016 (s. Bl. 32 ff. der Behördenakte). Die Regierung vertritt unter anderem die Auffassung, eine entsprechende Verfahrensanweisung sei erforderlich, da der Hinweis „Vor dem Verzehr durcherhitzen“ bei konsequenter Anwendung zwar geeignet sei, Salmonellen unschädlich zu machen, aber in der Praxis regelmäßig

Verstöße gegen dieses Gebot beobachtet würden. Das StMUV ist ebenfalls der Ansicht, dass bei positivem Salmonellenbefund zumindest eine Rücknahme erforderlich sei, wobei der Verzehrhinweis lediglich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – z.B. bei der Frage, ob zusätzlich ein Rückruf erforderlich ist – zu beachten sei. Daraufhin teilte das Landratsamt A. der Klägerin mit Schreiben vom 14. Juli 2016 (Bl. 35 f. d. Behördenakte) mit, dass an der obigen Rechtsauffassung festgehalten werde. Im Falle der Nichtbefolgung der Anweisung würden verwaltungsrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Verordnungen angekündigt.

- 3 Am 2. November 2016 ließ die Klägerin Feststellungsklage erheben und beantragt zuletzt,
- 4 festzustellen, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, in jedem Fall zwingend bei einem Salmonellenbefall im Produktionsprozess die betroffene Charge zurückzunehmen bzw. dies im Hygienekonzept vorzuschreiben.
- 5 Mit Urteil vom 4. Juli 2017 gab das Verwaltungsgericht Augsburg der Feststellungsklage statt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt: Das bestehende Hygienekonzept ohne eine solche Verfahrensanweisung verstoße nicht gegen Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005. Nach dieser Vorschrift seien für den Fall, dass eine Untersuchung der in Anhang I Kapitel 1 der Verordnung festgelegten Kriterien zu unbefriedigenden Ergebnissen führe, bestimmte Maßnahmen nach dieser Vorschrift sowie dem HACCP-Konzept des Unternehmers zu ergreifen. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 sehe demgemäß vor, dass das Lebensmittel gemäß Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen sei, sofern die Untersuchung anhand der Lebensmittelkriterien nach Anhang I Kapitel 1 unbefriedigende Ergebnisse liefere. Nach Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 sei ein Lebensmittel vom Markt zu nehmen, wenn es den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit im Sinne von Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 nicht entspreche. Aus Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 ergebe sich für die Klägerin nicht die Pflicht, bei einem positiven Salmonellenbefund zwingend die betroffene Charge an Fleischdrehspießen zurückzunehmen, da die Drehspieße aufgrund des Etiketts „Vor Verzehr vollständig durchgaren!“ als hinreichend sicher im Sinne von Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 lit. b) VO (EG) Nr. 178/2002 zu qualifizieren seien. Entgegen den Ausführungen des Bevollmächtigten der Klägerin sei der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 eröffnet, da es sich bei den bezüglich Salmonellen einzuhaltenden Anfor-

derungen um ein sog. Lebensmittelsicherheitskriterium im Sinne von Art. 2 lit. c) VO (EG) Nr. 2073/2005 handele. Lediglich bei Vorliegen eines Lebensmittelsicherheitskriteriums seien die in Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 genannten Maßnahmen zu ergreifen. Für Prozesshygienekriterien gelte dagegen Art. 7 Abs. 4 VO (EG) Nr. 2073/2005, welcher auf die in Anhang I Kapitel 2 der Verordnung aufgeführten Maßnahmen verweise. Bei einem positiven Salmonellenbefund in Fleischdrehspießen sei von einem Lebensmittelsicherheitskriterium, also einem Kriterium, mit dem die Akzeptabilität eines Lebensmittels festgelegt werde, auszugehen. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 führe jedoch nicht zu einem Rücknahmeautomatismus. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 verweise im Falle eines positiven Salmonellenbefunds auf Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002. Für die Frage, ob eine automatische Rücknahme vorgesehen sei, komme es maßgeblich darauf an, ob dieser Verweis im Sinne eines „Rechtsgrundverweises“ oder eines „Rechtsfolgenverweises“ zu lesen sei. Gehe man – wie die Klägerseite – von einem „Rechtsgrundverweis“ aus, ist eine Rücknahme nur bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 erforderlich. Wesentliche Voraussetzung ist danach, dass ein Lebensmittel „den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht entspricht“. Diese Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit seien in Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 geregelt. Nach Abs. 2 der Vorschrift gelten Lebensmittel als nicht sicher, wenn davon auszugehen sei, dass sie entweder gesundheitsschädlich oder für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet seien. Hier gelte die sog. Chargenvermutung gemäß Art. 14 Abs. 6 VO (EG) Nr. 178/2002, wonach im Falle eines nicht sicheren Lebensmittels, welches zu einer Charge gehöre, in der Regel davon auszugehen sei, dass sämtliche Lebensmittel in dieser Charge ebenfalls nicht sicher seien. Im Rahmen der Sicherheitsbewertung seien unter anderem gemäß Art. 14 Abs. 3 lit a) VO (EG) Nr. 178/2002 die normalen Bedingungen der Verwendung des Lebensmittels sowie gemäß Abs. 3 lit. 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 zu berücksichtigen. Vorliegend sei davon auszugehen, dass unter Gastronomen bekannt sei, dass eine normale Verwendung der Fleischdrehspieße beinhalte, dass diese zunächst durcherhitzt würden, bevor sie sicher verzehrt werden könnten. Außerdem enthielten alle ausgelieferten Fleischdrehspieße ein Etikett mit dem Hinweis „Vor Verzehr vollständig durchgaren!“. Die Restaurantbesitzer würden somit zusätzlich darauf hingewiesen, dass der Drehspieß in rohem Zustand nicht verzehrfähig sei und erst durch voll-

ständiges Erhitzen zu einem sicheren Lebensmittel werde. Nach alledem entspreche der Fleischdrehspieß – trotz etwaigem positivem Salmonellenbefund – den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit, sodass Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 bereits tatbestandlich nicht einschlägig und somit eine Rücknahme nicht angezeigt sei. Die Auslegung im Sinne einer Rechtsgrundverweisung ergebe sich zunächst aus dem Wortlaut der Norm. Danach sei das Lebensmittel „gemäß Art. 19 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002“ vom Markt zu nehmen oder zurückzunehmen. Daraus gehe hervor, dass der Rücknahmeprozess entsprechend dem Fall einer direkten Anwendung des Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 erfolgen soll. Der Verordnungsgeber hätte genauso gut lediglich die Rücknahme oder den Rückruf als Rechtsfolge anordnen können, hier sei allerdings Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 explizit genannt. Für eine solche Auslegung spreche auch das Gebot von der Einheit des Unionsrechts. Einzelne Verordnungen sollten sich widerspruchsfrei zueinander verhalten. Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002, der die Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit regelt, finde sich im Abschnitt 4 der Verordnung unter der Überschrift „Allgemeine Anforderungen des Lebensmittelrechts“. Es sei davon auszugehen, dass durch diese Norm vollumfänglich und vor allem einheitlich die Sicherheitsbewertung von Lebensmitteln geregelt werden solle. Es wäre zudem auch nicht nachvollziehbar, warum für die von der VO (EG) Nr. 2073/2005 erfassten mikrobiologischen Kriterien diesbezüglich ein anderer Maßstab gelten solle als für sonstige Kriterien. Die von der Klägerin hergestellten Fleischdrehspieße fielen als Lebensmittel im Sinne der Definition in Art. 2 VO (EG) Nr. 178/2002 unter die Verordnung, sodass auch aus diesem Grund von einer Anwendbarkeit des Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 auszugehen sei. Auch der Sinn und Zweck des Lebensmittelrechts führe zu keinem anderen Ergebnis. Hier sei zwar zu berücksichtigen, dass – wie von der Beklagtenpartei vorgebracht – ausweislich des Erwägungsgrundes Nr. 1 der VO (EG) Nr. 2073/2005 ein hohes Schutzniveau der Gesundheit der Bevölkerung zu den grundlegenden Zielen des Lebensmittelrechts gehöre. Dieser Erwägungsgrund verweise jedoch selbst bereits wieder auf die VO (EG) Nr. 178/2002 und damit auf deren Grundsätze und Erfordernisse. Auch aus dem Erwägungsgrund Nr. 3 VO (EG) Nr. 2073/2005 ergebe sich, dass die VO (EG) Nr. 2073/2005 dem Wertungsmodell der VO (EG) Nr. 178/2002 folgen solle. Zudem werde durch die genannte Vorgehensweise die Gesundheit der Bevölkerung gerade nicht gefährdet. Bei ordnungsgemäßem Durcherhitzen der Drehspieße sei ein gesundheitliches Risiko durch Salmonellen für den Verbraucher ausgeschlossen, da Salmonellen bei 190°C nicht überlebten. Das verbleibende Restrisiko, dass sich einzelne Restaurantbesitzer nicht an den Verkehrshinweis halten könnten und rohes,

eventuell salmonellenbelastetes Fleisch an den Verbraucher verkauften, könne hier als rein hypothetische Gefahr außen vorgelassen werden (vgl. EuGH, U.v. 6.10.2011 – C-382/10 – juris Rn. 22). Auch andere Lebensmittel, die in rohem Zustand gesundheitsschädlich sein könnten, wie zum Beispiel grüne Bohnen (vgl. Weyland, ZLR 2015, 72 ff.), würden nicht per se als nicht sicher eingestuft, nur weil ein gewisses Restrisiko bestehe, dass der Verbraucher das Lebensmittel roh zu sich nehmen könnte. Dieser Grundsatz müsse in vorliegender Fallkonstellation umso mehr gelten, da hier in der Lebensmittelkette durch die Restaurantbesitzer weitere Lebensmittelunternehmer, die sich ebenfalls an lebensmittelrechtliche Hygienevorschriften halten müssten, dazwischengeschaltet seien, bevor das Lebensmittel beim Verbraucher ankomme. Absolute Risikofreiheit könne auch im Lebensmittelrecht nicht erreicht werden und werde weder von der Rechtsprechung noch vom Ordnungsgeber gefordert. Nach der oben angeführten Entscheidung des EuGHs sei es gerade nicht erforderlich, jedes denkmögliche Risiko auszuschließen. Zudem sei ausweislich von Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 852/2004 auch eine Reduzierung von Gefahren auf ein akzeptables Maß ausreichend. Vorliegend minimiere das bestehende Hygienekonzept der Klägerin die durch Salmonellen auftretende Gefahr bereits auf einen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 852/2004 akzeptablen Umfang. Schließlich ergebe sich auch aus den Auslegungs- und Anwendungshinweisen des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) vom 20. November 2007 nichts anders. Nach deren Nr. 1 sei Art. 7 VO (EG) Nr. 178/2002 zwar als Rechtsfolgenverweis auszulegen und eine gesonderte Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 19 der VO (EG) Nr. 178/2002 somit gesperrt. Zum einen habe sich aber in der Zwischenzeit die Arbeitsgruppe für Fleisch- und Geflügelfleischhygiene und fachspezifische Fragen von Lebensmitteln tierischer Herkunft (AFFL) in ihrer 18. Sitzung am 8. und 9. November 2011 mit diesem Thema befasst. Ausweislich des von der Klagepartei mit Anlage K 14 vorgelegten Berichts der Projektgruppe „Kennzeichnungsoptionen bei riskanten Lebensmitteln unter Berücksichtigung von allgemein zugänglichen Informationen“ diene der Durcherhitzungshinweis der Senkung des Risikos auf ein akzeptables Niveau. Da die entsprechenden Hinweise u.a. auf Fleischerzeugnissen nach dieser Stellungnahme im Rahmen von Art. 14 Abs. 3 VO (EG) Nr. 178/2002 zu berücksichtigen seien, sei aus denklögen Gründen von einer Auslegung im Sinne einer Rechtsgrundverweisung auszugehen, da eine reine Berücksichtigung des Hinweises bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht umfassend und angemessen erfolgen könne. Zum anderen seien die Auslegungs- und Anwendungshinweise des BMELV selbst nicht

ganz widerspruchsfrei, da unter Nr. 3 ausgeführt sei, dass im Rahmen der amtlichen Überwachung jeweils am Maßstab des Artikels 14 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 im Einzelfall zu überprüfen sei, ob das in Frage stehende Lebensmittel sicher sei. Damit sei vorliegend Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 anzuwenden mit der Folge, dass nur dann ein nicht sicheres Lebensmittel vorliege, wenn unter Berücksichtigung der in Art. 14 Abs. 3 VO (EG) Nr. 178/2002 genannten Punkte das Lebensmittel gesundheitsschädlich oder für den Verzehr nicht geeignet sei.

6 Hiergegen richtet sich die vom Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene Berufung des Beklagten, mit der er beantragt,

7 das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 4. Juli 2017 zu ändern und die Klage abzuweisen.

8 Anders als vom Erstgericht festgestellt, sei die Klägerin entsprechend Art. 4 Abs. 3, 4 der VO (EG) Nr. 852/2004 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 2073/2005 in jedem Fall eines positiven Salmonellenbefunds zur Implementierung von Rücknahme-/Rückrufmaßnahmen verpflichtet, ohne dass es hierzu eines weiteren behördlichen Umsetzungsaktes bedürfe. Sie sei auch verpflichtet, in jedem Fall eines positiven Salmonellenbefundes im Produktionsprozess die betroffene Charge an Fleischspießen zurückzunehmen und dies in ihrem Hygienekonzept vorzuschreiben. Zu Unrecht nehme das Erstgericht jedoch weiter an, dass Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 nur unter den zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 19 in Verbindung mit Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 eine Verpflichtung begründe, bei positivem Salmonellenbefund die betroffene Charge an Fleischspießen zurückzunehmen.

9 Entgegen der Auffassung des Erstgerichts sei die Verweisung in Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 auf Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 nicht als Rechtsgrundverweisung, sondern vielmehr als Rechtsfolgenverweisung zu verstehen. Eine zwingende Handlungspflicht bestehe also schon dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 erfüllt seien. Wenn und soweit eine Untersuchung anhand der Lebensmittelsicherheitskriterien nach Anhang I Kapitel 1 der VO (EG) Nr. 2073/2005 unbefriedigende Ergebnisse liefere, sei das jeweilige Erzeugnis oder die Partie Lebensmittel vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen, ohne dass es einer Prüfung der Voraussetzungen des

Art. 19 i.V.m. Art. 14 VO (EG) Nr. 2073/2005 bedürfe. Weitere Umstände, wie insbesondere das Vorhandensein von Warn- und/oder Verzehrhinweisen, könnten erst und nur im konkreten Einzelfall auf der Rechtsfolgenseite relevant werden, wenn zu entscheiden sei, ob eine Rücknahme ausreiche oder zusätzlich ein Rückruf zu erfolgen habe.

- 10 Bereits der vom Verwaltungsgericht zur Begründung seiner Rechtsansicht maßgeblich herangezogene Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 lasse sich mindestens ebenso überzeugend zur Begründung der Gegenauffassung ins Feld führen. Denn der Wortlaut sei (auch) dahingehend eindeutig, dass ein Erzeugnis oder eine Partie Lebensmittel bei einem unbefriedigenden Untersuchungsergebnis vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen sei. Die Rechtsfolge solle also zwingend eintreten, ohne dass der Verordnungsgeber dies unter einen ausdrücklichen Vorbehalt wie etwa „den Voraussetzungen des Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002“ gestellt hätte. Vom Wortlaut her deute der vom Verordnungsgeber gewählte Verweis eher auf die Rechtsfolgen als auf die Tatbestandseite hin und ergebe – so verstanden – auch ohne weiteres Sinn: die verfahrensmäßig differenzierte Ausgestaltung der Rechtsfolgen (Rücknahme, Unterrichtung und Rückruf), die der Verordnungsgeber mit Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 eingeführt habe, würde durch den Verweis in Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 konsequent übernommen und damit eine Gleichförmigkeit der Rücknahme- bzw. Rückrufstrukturen gewährleistet.
- 11 Auch systematische Erwägungen sprächen dafür, dass lediglich auf die Rechtsfolgenseite des Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 verwiesen werden solle. Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 sei ein kontaminiertes Lebensmittel vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen. Als Ausnahmeregelung hiervon legten die beiden darauffolgenden Sätze zwei und drei fest, dass noch nicht im Einzelhandel angelegte Erzeugnisse zur Beseitigung der Gefahr einer weiteren Verarbeitung unterzogen werden könnten, wobei diese Verarbeitung zudem ausdrücklich nicht den Unternehmern auf der Einzelhandelsebene (zum Beispiel Restaurantbetreibern) überlassen bleiben dürfte. Auf der Grundlage der Auslegung des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 durch das Erstgericht würden im Ergebnis diese Sonderregeln umgangen und wären zugleich auch weite Teile der VO (EG) Nr. 2073/2005 gegenstandslos: die vorgeschriebenen Untersuchungen für Erzeugnisse nach Anhang I Kap. 1 Ziff. 1.5 und 1.6 wären letztlich unnötig, wenn man davon ausgehen müsste, dass alle mikrobiologischen Gefahren noch auf der Einzelhandelsebene

beseitigt werden könnten. Im Übrigen sei es weder zutreffend noch nachvollziehbar, wenn das Erstgericht die Prämisse aufstelle, dass durch Art. 14 der Basisverordnung VO (EG) Nr. 178/2002 die Sicherheitsbewertung von Lebensmitteln vollumfänglich und vor allem einheitlich habe geregelt werden sollen. Wie sich aus dem dritten Erwägungsgrund zur VO (EG) Nr. 2073/2005 ergebe, sei diese Verordnung gerade als späteres Spezialrecht, ergänzend zu den allgemeinen Anforderungen der VO (EG) Nr. 178/2002 an die Lebensmittelsicherheit erlassen worden; nämlich zur Abwehr von Gefahren, die durch bestimmte Lebensmittel entstehen könnten. Die Annahme des Erstgerichts, die Regelung allgemeiner Anforderungen müsse gegenüber später erlassenen Spezialregelungen Vorrang beanspruchen, widerspreche den Auslegungsgrundsätzen „lex specialis derogat legi generali“ und „lex posterior derogat legi priori“. Auch Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 sprächen dafür, dass nur auf die Rechtsfolgenseite des Art. 19 VO (EG) 178/2002 verwiesen werde. Nach den ersten beiden Erwägungsgründen der VO (EG) Nr. 2073/2005 solle gewährleistet werden, dass Lebensmittel – zur Sicherstellung eines hohen Schutzniveaus der Gesundheit der Bevölkerung – keine Mikroorganismen oder deren Toxine oder Metaboliten in Mengen enthalten, die ein für die menschliche Gesundheit und annehmbares Risiko darstellten. Es gehe hier nicht nur um Verbraucherschutz, sondern auch darum, den Eintrag von Zoonoseerregern in die Lebensmittelkette zu minimieren. Da ein Lebensmittel nach der Einschätzung des Verordnungsgebers schon dann inakzeptabel kontaminiert sei, wenn eine Überschreitung des Grenzwerts eines Lebensmittels bezüglich des jeweiligen Mikroorganismus vorliege, liefe es evident dem Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 zuwider, trotz einer bereits nachgewiesenen inakzeptablen Kontaminierung eines Lebensmittels mit Mikroorganismen die Einleitung der zum Gesundheitsschutz erforderlichen Maßnahmen noch von einer zusätzlichen Prüfung der Voraussetzungen des Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 abhängig zu machen. Hinzu trete die teleologische Erwägung, dass sich die VO (EG) Nr. 2073/2005 unmittelbar an die Lebensmittelunternehmer richte und ihnen bestimmte Untersuchungs- und Handlungspflichten auferlege. Mit dem Ziel der Verordnung, eine autonome Risikovor-sorge durch die betroffenen Lebensmittelunternehmer selbst zu erreichen, wäre es nicht vereinbar, wenn die Unternehmer ihre Entscheidung über Rücknahme oder Rückruf von Lebensmitteln nur auf der Grundlage einer ergänzenden Rechtsprüfung treffen könnten, die – wie insbesondere die allgemeinen Anforderungen an Lebensmittelsicherheit nach Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 – den zuständigen Kontrollbe-

hörden vorbehalten sei und Beurteilungskriterien umfasse, die sich einer abschließenden Prüfung durch die Lebensmittelunternehmer selbst von vornherein entzögen.

- 12 Diese Auslegung als Rechtsfolgenverweisung entspreche der Auffassung des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft sowie der insoweit übereinstimmenden Auffassung der Länder. Auch auf Unionsebene werde, soweit ersichtlich, diese Auslegungsvariante vertreten. Nur vorsorglich sei davon auszugehen, dass das Erstgericht das hier zu beurteilende Lebensmittel zu Unrecht als sicher im Sinne des Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 angesehen habe. Aus fachlicher Sicht könne der Eintrag pathogener Mikroorganismen in Lebensmittel tierischen Ursprungs derzeit nicht vollständig ausgeschlossen werden. Dabei müsste im Sinne des vorbeugenden Verbraucherschutzes sichergestellt werden, dass Lebensmittel tierischen Ursprung vor dem Verzehr entsprechend behandelt würden, sodass eine Abtötung gewährleistet sei. Bei Dönerspießen sei eine ausreichende Durcherhitzung des gesamten Fleisches sogar noch etwas essenzieller als bei gewachsenen Fleischstücken, da Dönerspieße aus kleinteiligen Fleischstücken zusammengesetzt würden und dadurch sehr viele ursprüngliche Oberflächen in das Innere des Produkts gelangten. Derartige Oberflächen seien meist höher kontaminiert als das Innere von Fleischstücken. Hühnerfleisch werde, abweichend von den sonst üblichen Methoden der Fleischzubereitung, nicht auf Bestellung für einen bestimmbaren Zeitraum mit einer regulierten Bahntemperatur gegart. Stattdessen werde die Praxis – abhängig von der Rotationsdauer, der Grilltemperatur und dem Abstand zwischen Grill und Fleisch – durch sehr unterschiedliche Erhitzungsgrade des Dönerfleisches geprägt. Trotz der aufgedruckten Hinweise sei es in der Vergangenheit mehrfach zu Salmonelleninfektionen durch Döner gekommen. Allein im Jahr 2012 waren nach Auskunft des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit zwei lebensmittelbedingte Salmonellen-Ausbrüche mit dem Verzehr von Döner assoziiert. Damit handele es sich um ein reales Restrisiko. Aus der Vollzugspraxis sei bekannt, dass in vielen Döner-Verkaufsstellen das Fleisch von nicht hinreichend ausgebildeten Personen verkauft werde. Bei Kontrollen sei wiederholt festgestellt worden, dass sich die Verkaufspersonen in keiner Weise über das Risiko von nicht ausreichend erhitztem Fleisch bewusst gewesen seien. Außerdem sei festzustellen, dass der Gasgrill das Fleisch oftmals nicht an allen Stellen gleichmäßig erhitze bzw. nicht gleichmäßig eingestellt werde. Erfahrungsgemäß sei insbesondere zu Betriebsbeginn und in den Stoßzeiten wie mittags und abends eine ausreichende Erhitzung der Dönerspieße zweifelhaft. Insbesondere sei dies bei Dönerbuden der Fall, die nur über einen Dreh-

spieß verfügten; hier sei die Wahrscheinlichkeit groß, dass gerade zu den Stoßzeiten mehr Fleisch benötigt werde, als effektiv durchgebraten werden könne.

13 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,

14 die Berufung zurückzuweisen.

15 Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor: Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 sei nicht eröffnet, da es sich bei den bezüglich Salmonellen einzuhaltenden Anforderungen um ein sogenanntes Prozesshygienekriterium im Sinne von Art. 2 lit. d) VO (EG) Nr. 2073/2005 handele. Dies ergebe sich aus den Legaldefinitionen, welche im Verhältnis der Exklusivität stünden. Lebensmittelsicherheitskriterien beträfen im Handel befindliche Erzeugnisse, wohingegen Prozesshygienekriterien bei der Herstellung zu beachten seien. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 betone, dass die Lebensmittelunternehmer – in Abhängigkeit ihrer Stufe in der Lebensmittelkette – gewährleisten, dass die jeweiligen Prozesshygiene- oder Lebensmittelsicherheitskriterien eingehalten würden. Liege kein Lebensmittelsicherheitskriterium vor, sei der sachliche Anwendungsbereich von Kapitel I Anhang I der VO (EG) Nr. 2073/2005 bereits nicht eröffnet. Hinzu komme, dass die Legaldefinition des Lebensmittelsicherheitskriteriums auf im Handel befindliche Erzeugnisse abstelle. Damit sei der klassische Einzelhandel, nicht aber die Gastronomie bzw. die Gemeinschaftsverpflegung gemeint. Ein Fehlverhalten des einzelnen Gastronomen könne nicht der Klägerin als Herstellerin angerechnet werden. Nach der 21. Begründungserwägung der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 müsse der Hersteller eines Lebensmittels entscheiden, ob das Erzeugnis verzehrfertig sei, ohne gekocht oder anderweitig verarbeitet zu werden, damit sichergestellt sei, dass es unbedenklich – d.h. sicher – sei und die mikrobiologischen Kriterien einhalte. In diesem Kontext sei ausweislich der Begründungserwägung insbesondere auch die Kennzeichnung des Lebensmittels zu berücksichtigen. Damit sei ein Warnhinweis aber im Rahmen der Sicherheitsbewertung bereits tatbestandlich und nicht erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 reklamiere hinsichtlich der von Mikroorganismen in Lebensmitteln ausgehenden Risiken weder ein abschließendes Risikomanagement, noch wolle sie die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 ausschließen oder modifizieren. Vielmehr ergänze die horizontal geltende Verordnung (EG) Nr. 178/2002 die lediglich vertikal, für Mikroorganismen geltenden Regelungen der Verordnung (EG) Nr.

2073/2005. Die Gesetzesauslegung durch den Beklagten stelle einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 12 GG sowie Art. 3 GG dar, zumal bayerische Metzgereien und Fleischereien – die mit deutlich sensibleren Lebensmitteln wie Hackfleisch umgingen – keinerlei Rücknahme- bzw. Rückrufverpflichtungen unterliegen sollen. Das zuständige Ministerium verweise selbst in seinem Handbuch Zulassung auf die „Leitlinie für eine gute Hygienepraxis in handwerklichen Fleischereien“, die gerade keine zwingende Rückruf- bzw. Rücknahmeverpflichtung im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 vorsehe. Zudem würde vorliegend gegen den verfassungsrechtlich gesicherten Vertrauensgrundsatz verstoßen werden. Die vom Beklagten behauptete entsprechende Behördenpraxis der Bundesländer, des Bundes und der Europäischen Kommission stelle schlichtweg eine Behauptung dar und entspreche nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Die fachlichen Ausführungen des Beklagten seien rechtlich ohne Belang. Die Klägerin sei allein für die Herstellung der Dönerspieße verantwortlich, nicht dagegen für ein mögliches Fehlverhalten in der Gastronomie. Werde der Dönerspieß entsprechend dem Hinweis durch die Klägerin durcherhitzt, handele es sich um ein sicheres Lebensmittel. Dies habe auch ein wissenschaftlich durchgeführter Test ergeben. Die angeführten Salmonellenausbrüche seien zwar bedauerlich, aber angesichts der sehr großen Menge an verzehrtem Dönerfleisch zu vernachlässigen.

- 16 Für die weiteren Einzelheiten wird auf die vorgelegten Behörden- und die Gerichtsakten verwiesen. Hinsichtlich des Verlaufs der mündlichen Verhandlung wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 17 Die zulässige Berufung ist begründet.
- 18 Die von der Klägerin erhobene allgemeine Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) ist zulässig, aber unbegründet, so dass das stattgebende Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage abgewiesen wird.
- 19 Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, festzustellen, dass sie nicht verpflichtet ist, in jedem Fall zwingend bei einem Salmonellenbefall im Produktionsprozess die betroffene Charge zurückzunehmen bzw. dies im Hygienekonzept vorzuschreiben.

Vielmehr ist die Klägerin nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 der VO (EG) 2073/2005 verpflichtet, bereits ausgelieferte Dönerspieße aus ihrer Herstellung vom Markt zu nehmen, wenn bei einer Untersuchung das nach Anhang I Kapitel 1 Nr. 1.5 oder 1.6 festgelegte Lebensmittelsicherheitskriterium bezüglich des Nachweises von Salmonellen nicht erfüllt ist und damit unbefriedigende Ergebnisse liefert. Diese Verpflichtung ist von der Klägerin bei der Durchführung allgemeiner und spezifischer Hygienemaßnahmen gemäß Art. 4 der VO (EG) 852/2004 zu beachten.

- 20 Mit der VO (EG) Nr. 2073/2005 werden mikrobiologische Kriterien sowie die Durchführungsbestimmungen festgelegt, die von Lebensmittelunternehmern bei der Durchführung von Hygienemaßnahmen gemäß Art. 4 VO (EG) Nr. 852/2004 einzuhalten sind (Art. 1 VO (EG) Nr. 2073/2005). Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 sind für den Fall, dass eine Untersuchung der in Anhang I Kapitel 1 der Verordnung festgelegten Kriterien zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, bestimmte Maßnahmen nach dieser Vorschrift sowie dem HACCP-Konzept des Unternehmers zu ergreifen. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 bestimmt deshalb, dass das Lebensmittel gemäß Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen ist, sofern die Untersuchung anhand der Lebensmittelsicherheitskriterien nach Anhang I Kapitel 1 unbefriedigende Ergebnisse liefert.
- 21 Die Verpflichtung zur Rücknahme nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 setzt zunächst voraus, dass es sich bei einem entsprechenden Salmonellenbefund um ein Lebensmittelsicherheitskriterium handelt. Zutreffend geht hierbei das Verwaltungsgericht noch davon aus, dass ein solcher Salmonellenbefund bei der durch die Klägerin im Rahmen ihres HACCP-Konzeptes veranlassten Untersuchung ein Lebensmittelsicherheitskriterium im Sinne des Art. 2 lit. c) VO (EG) Nr. 2073/2005 darstellt, wenn der entsprechende Drehspieß bereits ausgeliefert und noch nicht verzehrt wurde. Nach Art. 2 lit. c) VO (EG) Nr. 2073/2005 ist ein Lebensmittelsicherheitskriterium ein Kriterium, mit dem die Akzeptabilität eines Erzeugnisses oder einer Partie Lebensmittel festgelegt wird und das für im Handel befindliche Erzeugnisse gilt. Dadurch, dass im Anhang I der VO (EG) Nr. 2073/2005 unter Nr. 1.5 bzw. Nr. 1.6 die Lebensmittelsicherheitskriterien für Hackfleisch/Faschiertes und Fleischzubereitungen aus Geflügelfleisch bzw. aus anderen Fleischarten als Geflügel, die zum Verzehr im durcherhitztem Zustand bestimmt sind, dahingehend festgelegt wurden, dass bei in Verkehr gebrachten Erzeugnissen während der Haltbarkeitsdauer in einer Probe von 25 g bzw. 10 g Hackfleisch, Faschiertem bzw. Fleischzubereitungen Sal-

monellen nicht nachweisbar sein dürfen, gilt kraft Gesetzes, dass es sich um ein Kriterium handelt, welches die Akzeptabilität der Fleischspiesse der Klägerin betrifft. Die weitere Voraussetzung des Art. 2 lit. c) VO (EG) Nr. 2073/2005, dass sich das Erzeugnis im Handel befindet, ist ebenso erfüllt. Zwar wird der Fleischdrehspieß während bzw. kurz nach dem eigentlichen Herstellungsprozess und noch vor Auslieferung beprobt und damit noch während des Herstellungsprozesses. Das positive Salmonellenergebnis, und darauf stellt Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 maßgeblich ab, liegt jedoch erst dann vor, wenn die Fleischspiesse durch die Klägerin bereits an ihre Kunden ausgeliefert und damit in den Verkehr gebracht wurden. Folglich befindet sich der Fleischspieß im Handel und damit ist der positive Salmonellenbefund nach Art. 2 lit d) VO (EG) Nr. 2073/2005 kein Prozesshygienekriterium. Warum, wie die Klägerin meint, mit dem Begriff „Handel“ nur der klassische Einzelhandel und nicht die Gastronomie gemeint sein soll, ist nicht ersichtlich, zumal Art. 3 Nr. 7 der VO (EG) Nr. 178/2002 ausdrücklich Restaurants dem Einzelhandel zuordnet. Die Verantwortung der Klägerin als Lebensmittelunternehmerin endet nicht, sobald fertig gestellte Dönerspieße den Herstellungsbereich verlassen haben und an die Gastronomie ausgeliefert worden sind. Würde es sich nämlich bei einer positiven Salmonellenbeprobung während des Herstellungsprozesses, deren Ergebnis erst nach Inverkehrbringen des Lebensmittels feststeht, um ein Prozesshygienekriterium handeln, so käme eine Rücknahme bzw. ein Rückruf dieses Lebensmittels nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 grundsätzlich nicht in Betracht. Dies lässt sich mit dem Wortlaut der Regelung nicht vereinbaren. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Art. 17 Abs. 1 VO (EG) Nr. 178/2002, denn dieser begründet auf allen Vertriebsstufen die Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers und lässt sie nicht am Ende der Produktions- und Verarbeitungsstufe enden. Andernfalls müsste bei einer Auslieferung der beprobten Ware dem Umstand Rechnung getragen werden, dass erst nach ca. fünf Tagen das Ergebnis der Untersuchungen vorliegt.

- 22 Handelt es sich demnach bei dem festgestellten Salmonellenbefall an den Fleischspießen der Klägerin um ein Lebensmittelsicherheitskriterium nach Art. 2 lit. c) VO (EG) Nr. 2073/2005, so stellt sich die für den Rechtsstreit entscheidungserhebliche Frage, ob damit die nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 angeordnete Rücknahmepflicht ausgelöst wird, oder ob, wie vom Verwaltungsgericht bejaht, durch den Verweis auf Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 dessen Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere das des unsicheren Lebensmittels, im konkreten Einzelfall vorliegen müssen.

- 23 Die Auslegung des Artikels 7 Abs. 2 VO (EG) 2073/2005 durch den Senat ergibt, dass die zwingende Rechtsfolge der Rücknahme oder des Rückrufs bereits dann ausgelöst wird, wenn eine Untersuchung anhand der Lebensmittelsicherheitskriterien nach Anhang I Kapitel 1 Nrn. 1.5 und 1.6 ein unbefriedigendes Ergebnis liefert. Der Wortlaut der Vorschrift lässt entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts keinen überzeugenden Schluss darüber zu, dass durch den Verweis auf Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 zusätzlich dessen Tatbestand für eine Rücknahme der Drehspieße eröffnet sein soll. Zwar lässt der Wortlaut der Vorschrift dem Grunde nach sowohl eine Deutung als Rechtsgrundverweisung als auch als Rechtsfolgeverweisung zu. Schlüssige Argumente sprechen jedoch dafür, dass die Rechtsfolge unmittelbar durch das Vorliegen eines unbefriedigenden Ergebnisses hinsichtlich eines Lebensmittelsicherheitskriteriums ausgelöst werden soll. Mit dem ausdrücklichen Verweis auf Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 hat der europäische Gesetzgeber gerade dem Gebot der Einheit des Unionsrechtes Rechnung getragen. Denn mit der sog. Lebensmittelbasisverordnung VO (EG) Nr. 178/2002 wurden allgemeine Grundsätze des europäischen Lebensmittelrechts geschaffen (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 VO (EG) Nr. 178/2002). Hierzu gehören auch die lebensmittelrechtliche Verantwortung des Lebensmittelunternehmers nach Art. 19 VO (EG) Nr. 178/2002 und die dort genannten Rechtsfolgen der Rücknahme und des Rückrufs. Mit der VO (EG) 2072/2005 wurden darauf aufbauend mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel festgelegt. Dies zeigt anschaulich dessen Erwägungsgrund Nr. 3. Dort heißt es: „Die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 legt allgemeine Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit fest, nach denen Lebensmittel, die nicht sicher sind, nicht in Verkehr gebracht werden dürfen. Lebensmittelunternehmer müssen Lebensmittel, die nicht sicher sind, vom Markt nehmen. Als Beitrag zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Verhinderung unterschiedlicher Auslegungen sollten harmonisierte Sicherheitskriterien für die Akzeptabilität von Lebensmitteln festgelegt werden, insbesondere, was das Vorhandensein bestimmter pathogener Mikroorganismen anbelangt.“ Damit zeigt sich, dass der europäische Verordnungsgeber die Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist, was das Vorhandensein von pathogenen Mikroorganismen angeht, mit der Einführung von Lebensmittelsicherheitskriterien verknüpft hat, um einheitliche Standards in der Europäischen Union zu gewährleisten. Folglich liegt eben kein Widerspruch zur Lebensmittelbasisverordnung vor. Ein Lebensmittel, welches bei einer Untersuchung ein Lebensmittelsicherheitskriterium auslöst, gilt damit kraft der Bestimmung als Lebensmittelsicherheitskriterium als nicht sicher. Ein Rückgriff auf die tatbestand-

lichen Voraussetzungen des Art. 19 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 ist damit nicht mehr erforderlich.

- 24 Soweit sich die Klägerin diesbezüglich auf die 21. Begründungserwägung der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 beruft, wonach der Hersteller eines Lebensmittels entscheiden müsse, ob das Erzeugnis verzehrfertig sei, ohne gekocht oder anderweitig verarbeitet zu werden, damit sichergestellt sei, dass es unbedenklich – d.h. sicher – sei und die mikrobiologischen Kriterien einhalte, führt das zu keinem anderen Ergebnis. Denn dies bedeutet nicht, dass nach dem HACCP-Konzept positiv auf Salmonellen untersuchte Dönerspieße durch einen entsprechenden Verzehrhinweis grundsätzlich als sicheres Lebensmittel zu bewerten sind. Es handelt sich vielmehr dabei um einen Hinweis, wie das Lebensmittel im Allgemeinen zu verwenden ist, um auch das Risiko einer mikrobiellen Erkrankung des Endverbrauchers durch den Verzehr des Lebensmittels zu minimieren.
- 25 Für das so gefundene Ergebnis spricht auch die Regelung des Art. 7 Abs. 2 Sätze 2 und 3 VO (EG) Nr. 2073/2005. Danach können bereits in Verkehr gebrachte Erzeugnisse, die noch nicht im Einzelhandel angelangt sind und die Lebensmittelsicherheitskriterien nicht einhalten, einer weiteren Verarbeitung unterzogen werden, die die entsprechende Gefahr beseitigt. Diese Behandlung kann nur von anderen Lebensmittelunternehmern als denjenigen auf Einzelhandelsebene durchgeführt werden. Die Regelung macht deutlich, dass es nicht darauf ankommen kann, wie das Erzeugnis im Einzelfall nach Art. 19 und 14 VO (EG) Nr. 178/2002 bewertet wird. Andernfalls würde ein Wertungswiderspruch entstehen. Befindet sich nämlich der positiv beprobte Dönerspieß bereits im Einzelhandel, so würde er mit entsprechendem Verzehrhinweis als sicher erachtet. Befindet er sich dagegen noch nicht im Einzelhandel, so wäre nur eine weitere Verarbeitung durch einen anderen Lebensmittelunternehmer zulässig. Damit wird deutlich, dass Erzeugnisse, welche die Kriterien des Anhangs I Kapitel 1 der VO (EG) Nr. 2073/2005 nicht einhalten, grundsätzlich nicht in den Handel gelangen dürfen, andernfalls wieder vom Markt zu nehmen sind. Diese Regelung gilt für alle Lebensmittelunternehmer im Sinne des Art. 3 Nr. 3 VO (EG) Nr. 178/2002 und ist damit im Hinblick auf die Berufsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu beanstanden.
- 26 Sind demnach die Dönerspieße der Klägerin, welche positiv auf Salmonellen getestet werden, gemäß Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 2073/2005 zwingend zurück-

zunehmen, kommt es auf die weiter zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob der Hinweis „Vor Verzehr vollständig durchgaren!“ im Einzelfall die Lebensmittelsicherheit gewährleisten kann, nicht mehr an.

- 27 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 28 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 167 VwGO, 708 ff. ZPO.
- 29 Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

- 30 Nach § 139 VwGO kann die Revision innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) eingelegt werden. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig (Postfachanschrift: Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig), einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.
- 31 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als

Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Kraheberger

Dr. Stadler

Kokoska-Ruppert

32

Beschluss:

Der Streitwert wird für das Verfahren beider Rechtszüge auf jeweils 5.000 € festgesetzt (§ 52 Abs. 2 GKG).

Kraheberger

Dr. Stadler

Kokoska-Ruppert