

„Dönerspieß“ und „Sieber“

Folgen für die Praxis – eine Handlungsanweisung

Rechtsanwalt Prof. Dr. Alfred Hagen Meyer und
Rechtsanwältin Franca Werhahn, München

Mit Urteil vom 14.10.2020 (Az. 3 C 10.19)¹ stellte das Bundesverwaltungsgericht klar, dass eine Nicht-Konformität mit den Anforderungen über Lebensmittelsicherheitskriterien der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel eine Rücknahme zur Folge hat.

Der Fall „Sieber“ (LG München) zeigt, dass eine (Neu-) Bewertung der Sicherheit von Lebensmitteln dann erforderlich ist, wenn Indizien dafür vorliegen, dass Erkrankungen wie eine Salmonellose oder Listeriose im Zusammenhang mit dem Verzehr eines bestimmten Lebensmittels oder Lebensmitteln eines bestimmten Herstellers stehen könnten.

I. Fragestellung bei „Dönerspieß“

Bis zur Entscheidung des BVerwG wurde kontrovers diskutiert, ob es sich bei Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 um eine Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweisung auf Art. 19 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (BasisVO) handelt. Diese Norm regelt, dass – sofern Untersuchungen anhand der Lebensmittelsicherheitskriterien nach Anhang I Kapitel 1 unbefriedigende Ergebnisse liefern – das Lebensmittel gemäß Art. 19 BasisVO vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen ist. Unklar war insoweit, ob es sich hierbei um eine Rechtsfolgenverweisung (Rücknahme vom Markt, ohne weitere Prüfung von Sicherheitsbelangen) oder um eine Rechtsgrundverweisung handelt (eine Prüfung von Sicherheitsbelangen nach Art. 14 und Art. 19 BasisVO wäre möglich).

In 1. Instanz sah das VG Augsburg in dem Verweis in Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 noch eine Rechtsgrundverweisung.² Der Verweis auf Art. 19 BasisVO könne lt. Verwaltungsgericht nur dahingehend verstanden werden, dass mikrobiologisch kontaminierte Lebensmittel einer Sicherheitsbewertung nach Art. 14 BasisVO zu unterziehen wären, unter Berücksichtigung etwaiger Zubereitungshinweise.³

In 2. Instanz entschied der VGH München jedoch bereits anders und wertete Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 als bloßen Rechtsfolgenverweis (Urteil vom

¹ ZLR 2021, 276 (in diesem Heft).

² Urteil 4.7.2017, Az. Au 1 K 16.1531, juris.

³ So auch Wallau in Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, LMRStrafVO Rn. 16; Weyland, ZLR 2015, 72 ff., zitiert vom VG Augsburg, Rn. 33 und 34.

7.2.2019, Az. 20 BV 17.1560 – „Dönerspieß“). Ein Salmonellenbefund sei ein Lebensmittelsicherheitskriterium i. S. d. Art. 2 lit. c) Verordnung (EG) Nr. 2073/2005; sobald ein solches Lebensmittelsicherheitskriterium vorläge, gelte das Lebensmittel kraft Bestimmung als unsicher. Ein Rückgriff auf die BasisVO sei dann nicht mehr angezeigt; eine Rücknahme quasi als Automatismus die Folge.

Der VGH sah sein Ergebnis jedoch als diskutabel an; in Egr. 23 führt der VGH aus, dass „der Wortlaut der Vorschrift dem Grunde nach sowohl eine Deutung als Rechtsgrundverweisung als auch als Rechtsfolgenverweisung“ zuließe. Der VGH ließ deshalb auch die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu. Zudem hat sich der VGH nicht damit beschäftigen müssen, ob ein Hinweis wie „vor Verzehr vollständig durchgaren“ im Einzelfall die Lebensmittelsicherheit gewährleisten könne, was hinsichtlich eines möglichen Rückrufs zu berücksichtigen wäre (Egr. 26).

II. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte nun die Auffassung des VGH München, dass Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 eine bloße Rechtsfolgenverweisung sei. Die Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 enthalte für mikrobiologische Kriterien eine Spezialregelung, mit der ein strenger und präventiver Ansatz verfolgt werde. Auf die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 14 BasisVO komme es daher nicht an. Ein vom Markt nehmen gemäß Art. 19 BasisVO ist daher zwingend geboten, wenn allein „die Untersuchung anhand der Lebensmittelsicherheitskriterien nach Anhang I Kapitel 1 unbefriedigende Ergebnisse liefert“ (Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2073/2005). In dem vor dem BVerwG verhandelten Fall genügte es daher, dass die vorgeschriebene Untersuchung der Fleischzubereitung eine unzulässige Kontamination mit Salmonellen ergab. Ein etwaiger Durcherhitzungshinweis auf dem Produkt kann deshalb den Lebensmittelunternehmer nicht von seiner Pflicht zur Rücknahme entbinden.⁴

Das Gericht erteilte damit der Auffassung, dass der Verweis auf Art. 19 der BasisVO ohne eine Inbezugnahme der dort statuierten Tatbestandsvoraussetzungen sinnlos sei⁵, eine Absage.

III. Jedoch kein zwingender Rückruf

In einer Konstellation wie im Fall „Dönerspieß“ wird hinsichtlich eines Rückrufs den Unternehmen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, indem ein Rückruf gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO nur „erforderlichenfalls“ stattfinden müsse, wenn „an-

⁴ Dr. Bernhard Mühlbauer in seinem Schreiben vom 4.1.2021 an Lebensmittelverbände anlässlich des Urteils des BVerwG.

⁵ So Schumann/Hagenmeyer/Hahn, StoffR 2019, 71, 73.

dere Maßnahmen“ zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht ausreichen würden. In der durch das Wort „erforderlichenfalls“ implizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung bzgl. eines Rückrufs können laut Bayerischem Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz *Verzehrhinweise* berücksichtigt werden⁶:

„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.“

Beachte: Der Prüfungsmaßstab einer Behörde ist dabei nicht der der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005, zumal sich dieser ausschließlich an die Lebensmittelunternehmen wendet.⁷ Vielmehr hat die Behörde den Sachverhalt anhand Art. 14 und 19 BasisVO zu bewerten, also die Sicherheit des Lebensmittels eben zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens. Freilich spielen bei dieser Betrachtung eben Verzehr- und Durcherhitzungshinweise (wieder) eine Rolle, da die Umsetzung derselben ein an sich unsicheres Lebensmittel zu einem sicheren Produkt machen können (vgl. Art. 14 Abs. 3 BasisVO). Im Fall des Nachweises eines pathogenen Erregers im Rahmen der amtlichen Überwachung ist die Überwachungsbehörde daher auch gehalten, im Rahmen einer Einzelfallprüfung auch die Kennzeichnung und Aufmachung der Erzeugnisse bei der Bewertung (z. B. Hinweise wie „vor Verzehr erhitzen“, „mit 70°C heißem Wasser zubereiten“) zu berücksichtigen⁸; Unternehmen können sich auf diese Umstände berufen.

Insofern muss man sich wundern, warum drei Gerichtsinstanzen mit einer Feststellungsklage behelligt wurden, ging es doch nur um eine Anweisung des zuständigen Landratsamtes, eine Arbeitsanweisung sei in das Hygienekonzept des Unternehmens zu implementieren, dass bei positivem Salmonellenbefund gem. Art. 7 Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 zu verfahren wäre.

IV. Grundsätzliches zur Verordnung (EG) Nr. 2073/2005

Die Verpflichtungen der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 betreffen die Obliegenheiten in der Sphäre des Herstellers vor dem Inverkehrbringen eines Lebensmittels. Die in der Verordnung geregelten mikrobiologischen Kriterien funktionieren insoweit als Verifizierung der vom Lebensmittelunternehmen ergriffenen Kontroll-Maßnahmen im Hinblick auf die mikrobiologische Stabilität einzelner Lebensmittel.

⁶ S. VGH München, Urteil vom 7.2.2019, Az. 20 BV 17.1560 – „Dönerspieß“, Egr. 2.

⁷ *Sanwidi*, BMELV, Schreiben vom 20.11.2007 an oberste Lebensmittelbehörden, betreffend die Auslegung und Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 im Kontext eines Rückrufs wg. *C. sakazakii*.

⁸ *Dr. Sanwidi*, Schreiben v. 20.11.2007, wie zuvor.

Dies kann dazu führen, dass eine Neubewertung vorzunehmen ist, sobald die Produkte in Verkehr gebracht wurden und Probenziehungen beispielsweise durch die Behörde mikrobiologische Positivbefunde aufweisen.

Wobei diesbezüglich zu differenzieren ist, ob ein ready-to-eat Lebensmittel im Fokus steht oder eines, das noch einer Wärmebehandlung bedarf und dadurch (wieder) sicher wird (v.a. Fleischzubereitungen und frisches Geflügelfleisch). Ferner hier außer Acht lassend (aber im Einzelfall zu prüfen und nicht selten vorkommend), dass angesichts der Vermehrung auch bei Kühllagerung einzelne Erkrankungen auch auf Fehler beim Verbraucher zurück zu führen sein könnten.

Ist das Lebensmittel in Verkehr gebracht kann sich der Lebensmittelunternehmer allein durch den bloßen Verweis auf die in seiner Sphäre vor dem Inverkehrbringen gezogenen Negativproben nicht exkulpieren. Werden in einem Lebensmittel Keime nachgewiesen, aufgrund derer das Lebensmittel ein Risiko für die menschliche Gesundheit darstellen kann, ist das jeweilige Lebensmittel auch dann als unsicher einzustufen, wenn der Unternehmer bei der Herstellung des Lebensmittels das in der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 vorgeschriebene mikrobiologische Qualitätsmanagement vollständig und ordnungsgemäß durchgeführt hat und alle vorgegebenen Parameter einhält.⁹ Insofern wäre es auch im Falle von Positivbefunden bei Produkten im Verkehr meist unerheblich, ob ein Unternehmen unzählige Negativbefunde – erhoben vor dem Inverkehrbringen – vorlegen könnte; denn bspw. bei Salmonellen handelt es sich um sog. Spotkontaminationen, die nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit im Rahmen der Untersuchungen der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 „gefunden“/analysiert werden. Selbst bei Einhaltung der Vorgaben der Lebensmittelsicherheitskriterien in Kapitel 1 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 besteht nur „eine 59 %ige Chance, dass [die] akzeptierte Partie 10 % Salmonella-positive Einheiten enthält“¹⁰; eine stichprobenhafte Beprobung kann insofern nie eine absolute Salmonellen-Freiheit der Lebensmittel sicherstellen.

Positivbefunde nach dem Inverkehrbringen können insofern ein echter *Game Changer* sein.

V. Neubewertung nach Feintypisierung, der Fall „Sieber“

Eine Neubewertung der sicherheitsrelevanten Umstände ist auch dann erforderlich, trotz eines guten Eigenkontrollsystems des Lebensmittelunternehmens, das gar stetig optimiert wird, wenn sich zeigt oder zumindest Indizien vorliegen, dass eine zeitliche und räumliche Häufung von Erkrankungen wie eine Salmonellose oder Listeriose im Zusammenhang mit dem Verzehr eines bestimmten Lebensmittels oder Lebensmitteln

⁹ VGH München LMRR 2007, 18; Meyer in Meyer/Streinzi, BasisVO, Art. 14 Rn. 2.

¹⁰ Gut erläutert vom BfR in „Nulltoleranzen in Lebens- und Futtermitteln“, Positionspapier vom 12.3.2007.

eines bestimmten Herstellers stehen könnten, was auch epidemiologische Erkenntnisse bestätigen.

Listeriosen sind lebensmittelbedingte Krankheiten, hierdurch gefährdet vor allem YOPIs (young, old, pregnant, immunosupprimized). Wichtig ist daher die Zuordnung von gehäuften Listeriosefällen und damit ein Unterbinden des Ausbruchs. Inzwischen sehr gut machbar ist dies mittels der spezifischen Puls-Feld-Gelelektrophorese (PFGE) und der neuen, hochauflösenden Untersuchungsmethode Next-Generation-Sequencing (NGS), mit der Listerien-Isolate eines Erregermusters genauer molekular und anhand ihrer Kerngenome typisiert und so einer bestimmten Gruppe (Clustertyp) zugehörig identifiziert werden können.

Dies gelang dem LGL Bayern mit dem BfR (Bundesinstitut für Risikobewertung) im Fall *Sieber*. Im Rahmen der Ermittlungen wurden 83 Proben von Lebensmitteln des Unternehmens (Wurst- und Fleischprodukte sowie vegetarische Erzeugnisse) auf eine Kontamination mit Listerien hin analysiert. Bei den Lebensmitteln entnommenen *L. monocytogenes*-Isolaten stellte das BfR im Rahmen einer Feintypisierung bei 23 der Isolate das für das Ausbruchsgeschehen in Süddeutschland spezifische Puls-Feld-Gelelektrophorese (PFGE)- und Next-Generation-Sequencing (NGS)-Muster (PFGE: 13a/54 und Clustertyp 1248) fest, das zuvor bei Patienten-Isolaten nachgewiesen wurde. Hiermit ließ sich nun erstmals eine bestimmte Lebensmittelmatrix dem humanen Ausbruchsgeschehen zuordnen.¹¹

Nachdem das BfR dem LGL am 18.5.2016 telefonisch mitgeteilt hatte, dass die Probe eines Lebensmittelisolats dem Ausbruchsgeschehen zugeordnet werden könne, und das RKI dem LGL gegenüber am 25.5.2016 per eMail äußerte, der „Fund des gleichen NGS-*Listeria*-Typs in dem Produkt wie bei den Patienten mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Zusammenhang“ aufzeige, dem Bayerischen Verbraucherschutzministerium zudem Proben mit Positivbefunden unterschiedlicher Produkte vorlagen¹², informierte das Ministerium die Öffentlichkeit am 27.5.2016 mit einer Warnung über die Lebensmittel des Unternehmens, wie „Original Bayrisches Wacholderwammerl“ (Schweinebauch mit Schwarte).

Diese Wammerl werden übrigens vollständig durchgegart. Da Listerien bei einem Garprozess abgetötet werden, deuten Listerien auf dem verzehrfertigen Produkt darauf hin, dass ggfs. eine Kontamination nach dem Garen, z.B. bei Slicen oder Verpacken der Ware stattgefunden hat.¹³

Den Antrag des Unternehmens, die Veröffentlichung der Pressemitteilung zu untersagen, lehnte das VG München mit Eilentscheidung ab. Über die Rechtmäßigkeit der

11 LGL Bayern, Behörden gelingt Zuordnung von gehäuften Listeriosefällen in Süddeutschland zu einem konkreten Lebensmittel produzierenden Betrieb, online abrufbar.

12 Entnommen im LEH und im Werksverkauf des Betriebs, wenn auch Keimzahl < 100 KbE/g – Vortrag *Messelhäußer* u. a., LGL Bayern, Aufklärung eines Listeriosen-Ausbruchs durch kontaminierte Wurstwaren, 2016; Antwort StMinUV, Bayer, Landtag, Drs. 17/12258, S. 53/54.

13 So das Bayer. StMinUV, Schr. vom 2.5.2016 und 1.9.2016 an Präs. Bayer. Landtag.

Warnung wurde auch vor der 15. Zivilkammer des LG München I gestritten (Schadenersatz, Entschädigung). Das Landgericht wies die Klage ab; die Warnung des Bayerischen Staatsministeriums sei rechtmäßig erfolgt, denn die erlaubten Grenzwerte für Listerien wären überschritten gewesen.¹⁴

Zu bedenken ist, dass seit 2012 mit Schwerpunkt in Baden-Württemberg, Bayern und Hessen bei Listeriosen gehäuft Isolate just des genannten Feintypmusters beobachtet wurden. Es stand seinerzeit im Raum, dass möglicherweise bis zu 80 Erkrankungsfälle diesem Ausbruch zugeordnet werden können; acht der erkrankten Personen verstarben, bei vier von ihnen wurde die Listeriose als hauptsächliche Todesursache angesehen. Auch epidemiologische Erkenntnisse, wie Befragungen bei Erkrankungsfällen, Vertriebsgebiet Süddeutschland und der Vertrieb über bestimmte Handelsketten, deuteten auf eine hohe Wahrscheinlichkeit eines Zusammenhangs der verdächtigen Lebensmittel mit dem Listeriose-Ausbruchsgeschehen hin.¹⁵

Unternehmen wären schlecht beraten, wenn sie bei einem solchen Matching der Befunde der Isolate aus Menschen und Lebensmitteln und ob der weiteren Umstände einen Weiterverkauf verdächtiger Lebensmittel laufen ließen, sich in Erinnerung rufend, dass ein Inverkehrbringen gefährlicher Lebensmittel strafbewehrt ist (§ 58 Abs. 2 Nr. 1 LFGB). Die Empfehlung ist keineswegs Ausdruck übertriebenen Vorsorgeprinzips, denn welche Nachweise bedarf es denn für eine Unsicherheit der Lebensmittel noch?

Für Unternehmen heißt es, lebensmittelbedingte Erkrankungen auf dem Schirm zu haben, wie es auch Behörden tun, und beizeiten maßvoll zu agieren.

14 Az. 15 O 18592/17, nicht rechtskräftig; Pressemitteilung 07 vom 10.2.2021.

15 S. auch *Ruppitsch u. a.*, Ongoing outbreak of invasive listeriosis, Germany 2012-2015, www.eurosurveillance.org; Vortrag *Messelhäußer u. a.*, LGL Bayern, Aufklärung eines Listeriosen-Ausbruchs durch kontaminierte Wurstwaren, 2016; ecdc, Increase of *Listeria* PFGE-pattern 13a/54 in Southwest Germany, Sept. 2016.