

## **Angeordneter Rückruf ohne Abwarten des Gegengutachtens legitim**

**Würzburg (mm) Der auf § 39 Abs. 2 Nr. Satz 2 Nr. 4 LFGB beruhende Rückruf kann von der zuständigen Behörde veranlasst werden. Ein Warten auf das Gutachten der Gegenprobe ist nicht notwendig, wenn aufgrund amtlicher Probenuntersuchungen lebensmittelrechtliche Beanstandungen erfolgen. (Az.: W 6 K 10.508)**

Im März 2010 wurde durch die Lebensmittelüberwachung in Baden-Württemberg eine Planprobe von 10 x 100 g Paprikagewürzpräparat entnommen. Diese wurden aufgrund überschrittener Höchstgehalte für die Aflatoxine B1, B2, G1 und G2 beanstandet. Nach Überprüfung des Lagers des betreffenden Lebensmittelunternehmens wurden von der betroffenen Ware noch ca. 67 kg aus der gleichen Lieferung vorgefunden. Von diesem Warenbestand wurde durch die örtlich zuständige Lebensmittelüberwachung in Bayern eine weitere amtliche Probe entnommen und zur Untersuchung eingereicht. Eine amtlich versiegelte Gegenprobe wurde im Betrieb zurück gelassen. Das bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit wies ebenfalls zu hohe Gesamtaflatoxingehalte nach.

Die zuständige bayerische Bezirksregierung wurde die Kreisverwaltungsbehörde daraufhin auf, die benötigten Formulare für eine RASFFSchnellwarnung zu erstellen und der Kontaktstelle Schnellwarnsystem zu übersenden. Das Lebensmittelunternehmen wurde aufgefordert, die Rücknahme der Ware einzuleiten. Die benötigten Unterlagen wurden von diesen nur teilweise vorgelegt. Das Rücknahmeschreiben an die belieferten Kunden sowie die Verteilerlisten, aus denen die tatsächliche Veranlassung einer Rücknahme hervorgeht, fehlten. Es wurde gebeten, zunächst die Untersuchung der Gegenprobe abzuwarten.

Das Landratsamt verpflichtete per Verfügung das Lebensmittelunternehmen, den Rückruf der gesamten ausgelieferten Ware anhand der Rückrutschreiben und der Verteilerliste nachzuweisen. Für diese Forderung wurde die sofortige Vollziehung angeordnet und für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 EUR angedroht. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, dass bei der Untersuchung der Proben sowohl das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit sowie das Chemische und Veterinäruntersuchungsamt Sigmaringen im Rahmen der Untersuchung in den vorliegenden Proben Aflatoxine nachgewiesen haben. Trotz mehrmaliger Aufforderung wurde der Verpflichtung zum Rückruf der Ware und zur Information der Behörden nicht nachgekommen. Nach eigenen Angaben sollte das Untersuchungsergebnis der Rückstellproben abgewartet werden, bis der Rückruf eingeleitet werde. Daraufhin habe die Bezirksregierung mitgeteilt, dass das Ergebnis der Rückstellproben nicht abgewartet werden könne, da die Mitwirkung des Lebensmittelunternehmens erforderlich sei, um die notwendige Schnellwarnung in Gang zu setzen. Die Anordnung habe im pflichtgemäßen Ermessen gelegen. Lediglich durch einen Rückruf der Ware sei sichergestellt, dass keine Gefährdung der menschlichen Gesundheit bestehe. Daraufhin wurde durch das Lebensmittelunternehmen der geforderte Rückruf veranlasst.

Gegen den Bescheid wurde vor dem Verwaltungsgericht Würzburg Klage eingereicht.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, dass üblicherweise zur Erstellung einer Gegenprobe eine entsprechende Menge des untersuchten Lebensmittels zur Verfügung gestellt wird. Um den gerügten Verdacht auszuräumen, habe die Klägerin veranlasst, dass über die Gegenprobe ein entsprechendes Gutachten erstattet werde. Dies sei erfolgt und anschließend auch gegenüber dem Landratsamt mitgeteilt worden. Erhöhte Werte für Mykotoxine seien dabei nicht festgestellt worden. Die untersuchte Probe habe somit den Anforderungen der Verordnung zur Begrenzung von Kontaminanten in Lebensmitteln entsprochen. Eine Anerkennung der Gegenprobe sei jedoch nicht erfolgt, da die Vorschriften über die Untersuchung der Gegenprobe nicht eingehalten worden seien. Der Rückruf der gesamten ausgelieferten Ware sei in Anbetracht der erfolgten Gegenprobe unverhältnismäßig.

Zum einen sei das streitgegenständliche Gewürzpräparat in Auslauf seit längerer Zeit auf dem Markt. Bei den beanstandeten Proben dürfte es sich deshalb um einen Ausreißer gehandelt haben. Zum anderen sei bereits das Abwarten der Gegenprobe vor Bescheiderstellung erbeten worden. Darüber hinaus sei der Behörde erläutert worden, dass seit der gerügten Charge bereits zwei weitere Chargen in

nicht unerheblichem Umfang (8 und 15 Tonnen) verkauft worden seien und es im Hinblick auf das beanstandete Mindesthaltbarkeitsdatum keine Rückläufe gegeben habe, so dass davon ausgegangen werden müsse, dass das Gewürzpräparat bereits komplett verarbeitet worden sei und ein Rückruf damit als „sinnlos“ erschiene. Im Gegensatz dazu sei der Schaden durch eine entsprechende Rückrufaktion der Klägerin unverhältnismäßig hoch. Ersten Schätzungen zufolge könne hier aufgrund des Rückrufs mit einem Umsatzrückgang von 70.000,00 EUR ausgegangen werden. Es wäre durchaus zumutbar gewesen, die Gegenprobe, welche schließlich den konkreten Verdacht ausgeräumt habe, abzuwarten. Auch im Hinblick auf die Gesamtumstände (Weiterverkauf von Folgechargen in einer Größenordnung von 23 Tonnen sowie keine weiteren Beanstandungen hinsichtlich der zurückgerufenen MHD-Charge) wäre es als verhältnismäßig gewesen, von einem Rückruf in dieser Angelegenheit abzusehen. Eine Gesundheitsgefährdung habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Es wurde weiter vorgetragen, dass zwischenzeitlich ein ergänzender Untersuchungsbericht des beauftragten Gegengutachters vorliege, wonach im Gegensatz zur ersten Untersuchung die gesamte vorhandene Ware zu einer Mischprobe vereinigt und diese durch Vermahlen homogenisiert wurde. Die hieraus erzielten Untersuchungsergebnisse wichen lediglich im Unwesentlichen von denen aus der ersten Probe ab.

Zudem wurden Unregelmäßigkeiten in den amtlichen Gutachten beanstandet. Dies betraf u.a. die Wiederfindungsrate und die unterschiedlichen Packungsgrößen der beprobten Gewürze. Insgesamt sei daher das vorgetragene Ergebnis der vorgelegten Gutachten aufgrund der aufgeführten Mängel in Zweifel zu ziehen.

Vor Gericht wiederholte der Anwalt des Lebensmittelunternehmens, dass zum einen Schadensersatzansprüche im Raum stünden und zum anderen Wiederholungsgefahr bestehe. Im Übrigen vertrat er die Auffassung, dass vor Erlass des streitgegenständlichen Bescheides das Ergebnis über die Messung der Gegenprobe hätte abgewartet werden müssen.

Die Richter sahen in ihrer Urteilsbegründung die Klage als zulässig an, da nicht nur Schadensersatzansprüche möglich sind, sondern verwiesen auch auf eine Wiederholungsgefahr, da inzwischen weitere Proben gezogen und von anderen Kreisverwaltungsbehörden Maßnahmen veranlasst worden sind. Schließlich besteht auch ein Rehabilitationsinteresse, weil die Rückrufaktion über das Schnellwarnsystem publik gemacht worden ist und somit auch Auswirkungen auf die Lieferanten sowie auf (potentielle) Abnehmer der Ware der Klägerin hat. Damit wäre eine mögliche gerichtliche Entscheidung geeignet, die Position der Klägerin zu verbessern.

Jedoch war die Klage unbegründet, da der angefochtene Bescheid nicht rechtswidrig war.

Die Verwaltungsrichter hatten keinen Zweifel daran, dass die Voraussetzungen für einen Rückruf nach § 39 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 LFGB vorgelegen haben. Insbesondere war davon auszugehen, dass jedenfalls die vorgeschriebenen Höchstgehalte überschritten waren. Dies steht zweifelsfrei durch die beiden fachbehördlichen Gutachten fest. Es bestanden auch keine Bedenken, dass die erfolgten Probennahmen und Untersuchungen im Einklang mit den europäischen Probenahmeverfahren und Analysemethoden durchgeführt worden sind. Die untersuchten Mengen waren jeweils für sich auch hinreichend repräsentativ. Der sachverständige Vertreter des Bayerischen Landesamtes hat auch zu erklären versucht, wie die unterschiedlichen Untersuchungsergebnisse der staatlichen Ämter einerseits und des Gegengutachters andererseits zustande gekommen sein könnten; er hat aber eingeräumt, dass er eine endgültige Erklärung ohne weitere Untersuchungen und Informationen nicht geben könne. Insbesondere hat er darauf hingewiesen, dass bei der Analyse von Gewürzpräparaten der Kochsalzanteil zu berücksichtigen ist, um zu korrekten Ergebnissen zu kommen. Des Weiteren verwies er auf mögliche Aflatoxinnester. Die verschiedenen Ergebnisse der einzelnen Untersuchungen könnten daher rühren, dass die Ware nicht homogen gewesen ist. Er verwies in dem Zusammenhang auch auf den Umstand, dass innerhalb kürzester Zeit unterschiedliche Messverfahren zur Feststellung des Aflatoxingehaltes angewendet worden sind. Normalerweise müsse ein Verfahren validiert sein.

Aus den Untersuchungen des Gegengutachters ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte, dass die amtlichen Gutachten nicht methodisch einwandfrei, in sich widersprüchlich oder sonst zweifelhaft bzw. von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen wären. Das Verwaltungsgericht hatte keinerlei Anhaltspunkte, daran zu zweifeln, dass die behördlichen Sachverständigen persönlich geeignet sind und über die nötige Sachkunde verfügen. Sie sind bei ihren Untersuchungen auch von

den einschlägigen rechtlichen Vorgaben ausgegangen. Das Gericht schloss sich daher diesen behördlichen Begutachtungen an.

Demgegenüber ist die Untersuchung des Gegengutachters mit Zweifeln behaftet. Die Zweifel rühren insbesondere aus der nicht angegebenen Wiederfindungsrate, aus den unterschiedlichen Messverfahren bei den einzelnen Untersuchungen sowie aus dem Umstand, dass bei der letzten Untersuchung Aflatoxine B1 und B2 nicht gefunden worden sind, sondern nur G1 und G2, obwohl alle Proben von der gleichen Ware genommen wurden. Bestärkt wird die Feststellung über die Richtigkeit und Verwertbarkeit der behördlichen Untersuchungen im Nachhinein auch noch durch eine Untersuchung des Bundesinstitutes für Risikobewertung, die ebenfalls eine Überschreitung der Höchstgehalte des Aflatoxins B1 ausweist. Nach den Aussagen in der mündlichen Verhandlung ist die dort untersuchte Probe ebenfalls aus dem gleichen Warenbestand entnommen worden.

Zusammenfassend liegen drei Untersuchungsergebnisse von staatlichen Untersuchungsämtern vor, bei denen keine Anhaltspunkte bestehen, die Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Untersuchungsergebnisse geben.

Die behördliche Anordnung des Rückrufs des Gewürzpräparates war auch nicht ermessensfehlerhaft. Der Rückruf ist insbesondere nicht unverhältnismäßig. Mit Bescheid konnte der Rückruf angeordnet werden, denn nach den konkreten Umständen des vorliegenden Einzelfalls musste das Ergebnis der Gegenprobe nicht abgewartet.

Eine Gegenprobe hat den Zweck, dass die Betroffenen gegebenenfalls ein Gegengutachten einholen können. Sie dient aber nicht nur dem Interesse des Herstellers oder Händlers, sondern dem Zweck der Untersuchung überhaupt, so dass auch die Behörde nachträglich nochmals darauf zurückgreifen kann. Jedoch bedeutet das Zurücklassen einer Gegenprobe nicht, dass behördliche Maßnahmen nicht infolge eines festgestellten Verstoßes aufgrund der Probe angeordnet werden dürften, bevor nicht auch die Gegenprobe untersucht ist. Vielmehr ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Bei der Ermessensentscheidung stehen auf der einen Seite die Belange des Betroffenen, insbesondere wie hier die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin und auch die Auswirkungen auf das Ansehen in der Öffentlichkeit. Demgegenüber stehen der Verbraucher- und Gesundheitsschutz. Die Behörde hat in diesen Fällen kein Ermessensspielraum, vielmehr ist sie verpflichtet bei Vorliegen eines Verstoßes die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Da hier vorliegend eine Gesundheitsgefährdung bestehen könnte, konnte der Rückruf angeordnet werden, da andere Maßnahmen zur Einhaltung des hohen Gesundheitsschutzniveaus vorliegend nicht ausreichten. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse musste die Behörde vom Vorliegen von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften ausgehen und war gehalten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Eine weitere Aufklärung oder ein Abwarten drängte sich zum damaligen Zeitpunkt nicht auf; vielmehr war ein unverzügliches behördliches Vorgehen geboten. Auch unter Berücksichtigung des grundgesetzlich geschützten Rechtes der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 12, Art. 14 GG) erscheinen die getroffenen Maßnahmen unter Berücksichtigung der Rechte der Verbraucher und des Gesundheitsschutzes nicht unverhältnismäßig. Die Vorlage dreier widerspruchsfreier Gutachten rechtfertigte es, dem Ziel des Verbraucher- und Gesundheitsschutzes den Vorrang vor den wirtschaftlichen Interessen des Gewürzlieferanten einzuräumen. Ein weiteres Abwarten auf das Ergebnis der Gegenprobe war schon angesichts der vorliegenden Zeitläufe nicht erforderlich. Bei den Probenahmen in Bayern wurde eine Gegenprobe zurückgelassen. Ab diesem Zeitpunkt bestand die Möglichkeit, die Gegenprobe untersuchen zu lassen, zumal da schon das Ergebnis der Untersuchung des Chemischen und Veterinäruntersuchungsamtes der ersten Probe vorlag. Nachdem seit der ersten Probenahme fast zwei Monate verstrichen waren, zwei behördliche Gutachten eine Überschreitung des Aflatoxingehalts B1 belegten und das Lebensmittelunternehmen von sich aus keine weiteren Schritte unternahm, konnte das Landratsamt zum Schutzes der Gesundheit in verhältnismäßiger Weise den Rückruf anordnen. Ausgehend von den geschilderten zeitlichen Abläufen bestand genügend Zeit, die Gegenprobe untersuchen zu lassen. Es ist dem Gewürzlieferanten zuzuschreiben, dass dieser die Zeit trotz des intensiven Kontakts mit der Behörde insoweit gerade angesichts des sich auf einen Rückruf zuspitzenden Geschehensablaufs ungenutzt verstreichen ließ und nicht früher auf die Mitteilung des Ergebnisses einer Gegenprobe bei ihrem Institut gedrungen hat. Es wurde nur pauschal gebeten, das Ergebnis der Gegenprobe abzuwarten, es wurde aber nicht konkret benannt, bis wann mit der Gegenprobe zu rechnen ist. Weiter ist mit Blick auf den Sinn und Zweck der Vorschriften zum Schutz der

Gesundheit auch unter Berücksichtigung der Belange der Klägerin und der weitreichenden Auswirkungen eines Rückrufs nicht als unangemessen oder unzumutbar zu beanstanden, dass der Rückruf angeordnet worden ist.

Aus der Sicht der handelnden Behörde kam zum Zeitpunkt der Entscheidung sonst kein milderes Mittel in Betracht, wollte man nicht ganz von einem Einschreiten absehen. Nach den vorliegenden eindeutigen Untersuchungsergebnissen war die Lebensmittelüberwachung vielmehr gehalten zu handeln, sollte auf effektive Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit nicht ganz verzichtet werden. Die Anordnung war vielmehr zum damaligen Zeitpunkt erforderlich und verhältnismäßig, um eine Gesundheitsgefährdung des Endverbrauchers auszuschließen. Denn vorliegend ging es wesentlich um den Schutz der menschlichen Gesundheit. Regelungskern des Lebensmittelrechts ist der Gesundheitsschutz. Die Pflicht zum Rückruf steht dabei in einem direkten Zusammenhang mit den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit, die auf einer wissenschaftlichen Risikobetrachtung über die möglichen gesundheitsschädlichen Auswirkungen basieren. Eine Rücknahme oder ein Rückruf soll insbesondere dann erfolgen, wenn eine Sofortmaßnahme zur Beseitigung einer Gefahr erforderlich ist. Danach sind die Behörden verpflichtet, tätig zu werden, wenn eine Anordnung oder Maßnahme entsprechend den Zwecken des Gesetzes notwendig ist. Mit den Begriffen notwendig und erforderlich wird den Behörden eine Wertung übertragen, die entsprechend den Zwecken des Gesetzes auszuüben ist. Die Ausübung dieser Beurteilung ist allerdings gerichtlich voll nachprüfbar.

Die Überschreitung der Aflatoxinhöchstgehalte führt zu Gesundheitsgefährdungen für den Verbraucher. Dies gilt insbesondere, wenn die Höchstmengenvorschriften für Kontaminanten nicht beachtet werden. Bei der Entscheidung über die Gesundheitsschädlichkeit eines Lebensmittels sind die Auswirkungen auf die Gesundheit des Verbrauchers, nachfolgender Generationen sowie die wahrscheinlich kumulativen toxischen Auswirkungen zu berücksichtigen.

Die Zwangsgeldandrohung und die weiteren Nebenentscheidungen des Bescheides waren ebenfalls nicht zu beanstanden. Nach alledem wurde die Klage abgewiesen.

Das Urteil vom 11.05.2011 ist rechtskräftig.