Abdruck

Az. RN 5 K 09.68

Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

Megusta Enterprise GmbH
vertreten durch den Geschäftsführer Christian Rommel
Hans-Böckler-Str. 28, 80995 München
- Klägerin -

bevollmächtigt:
Rechtsanwalt Robert Seethaler
Altstadt 334, 84028 Landshut

gegen

Stadt Landshut
vertreten durch den Oberbürgermeister
dieser vertreten durch das Rechtsamt der Stadt Landshut
Altstadt 315, 84028 Landshut
- Beklagte -

beteiligt:
Regierung von Niederbayern
als Vertreter des öffentlichen Interesses

wegen

Lebensmittelrecht

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg, 5. Kammer, unter Mitwirkung von

Vorsitzendem Richter am Verwaltungsgericht Dr. Lohner
Richter am Verwaltungsgericht Dr. Hohmann
Richter Apfelbeck
ehrenamtlicher Richterin Apfelbeck
ehrenamtlichem Richter Appelt

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom **28. Januar 2010** folgendes

bachf.

Urteil:

I. Der Bescheid der Stadt Landshut vom 11.9.2007 wird hinsichtlich der Ziffer I.1, die Anordnung, die SB-Backwarenregale mit Rücklegesperren auszurüsten, und der Ziffer II, soweit sie Ziffer I.1 betrifft, aufgehoben.

II. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

III. Das Urteil ist in Ziffer II vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des gegen sie festzusetzenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Berufung gegen das Urteil wird zugelassen.

Tatbestand :

Die Klägerin wendet sich gegen eine lebensmittelrechtliche Anordnung, ihre SB-Backwarenregale mit Rücklegesperren auszurüsten.

Die Klägerin betreibt in Landshut in der Theaterstraße eine Selbstbedienungsbäckerei.

Die Backwaren werden in verschlossenen, durchsichtigen Kästen angeboten. Die Backwaren können von Kunden mit einem Besteck aus diesen Kästen durch Öffnen einer Klappe im Vorderbereich entnommen werden. Die Backwaren können dann auf Tabletts mit Papierunterlage gelegt werden. Nach Zahlung an der Kasse können die Kunden die erworbenen Backwaren selbst verpacken. Die Mitarbeiter im Betrieb der Klägerin sind schriftlich darüber belehrt worden, dass sie sicherstellen müssen, dass die gesamte Theke jederzeit von einem Mitarbeiter beobachtet wird und die Kunden keine Waren mit den Händen anfassen bzw. entnehmen und wieder zurücklegen. Die Mitarbeiter haben diese Belehrung durch Unterschrift bestätigt (Anlage K1).

Der Klägerin wurden mit dem Bescheid der Stadt Landshut vom 11.09.2007 einige lebensmittelrechtliche Anordnungen aufgegeben. Gegen den am 12.9.2007 zugestellten Bescheid ließ die Klägerin am 11.10.2007 Klage erheben.

Die Klägerin wendete sich in ihrer Klage ausdrücklich nur gegen die unter Ziffer I.1 aufgeführte Anordnung, die SB-Backwarenregale mit Rücklegesperren auszurüsten sowie die unter Ziffer II angedrohte Verhängung von Zwangsgeld i.H.v. 1.000,-- € soweit es Ziffer I.1 des Bescheides betrifft.

Ziffer I.1 des Bescheides hat folgenden Inhalt:

„I.1. Beanstandungen zum Zeitpunkt der Kontrolle;

Im SB-Backwarenregal sind bei den Backwaren (ausgenommen Brot) keine Rücklegesperren vorhanden. Augenscheinlich können die Backwaren vom Kunden nicht nur mit den bereitgestellten Zangen, sondern auch mit der Hand direkt entnommen werden und bei fehlender Akzeptanz wieder in den Spender zurückgelegt werden (keine Rücklegesperren). Die Bauart der Regale gibt keine Gewähr, dass eine unmittelbare oder mittelbare nachteilige Beeinflussung der Backwaren ausgeschlossen ist.

Rechtsgrundlage:

Nach § 3 Satz 1 Lebensmittelhygieneverordnung (LMHV) dürfen Lebensmittel nur so behandelt und in den Verkehr gebracht werden, dass sie bei der Beachtung der erforderlichen Sorgfalt einer nachteiligen Beeinflussung (§ 2 LMHV) nicht ausgesetzt sind.

Gemäß Art. 4 Abs. 2 Anhang II, Kapitel IX Nr. 3 VO (EG) 852/2004 sind Lebensmittel auf allen Stufen des Vertriebs vor Kontaminationen zu schützen.

Maßnahmen und Anordnungen:

Die SB-Backwarenregale sind mit Rücklegesperren auszurüsten, weil die Bauart keine Gewähr dafür bietet, dass eine mittelbare oder unmittelbare nachteilige Beeinflussung der Backwaren und der übrigen Erzeugnisse ausgeschlossen ist.
Beseitigungsfrist der Mängel: sofort."

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt des Bescheides verwiesen.

Im Laufe des gerichtlichen Verfahrens baten die Parteien um Aufschub im anhängigen Verfahren, um eine Einigung zu erreichen. Die Beklagte hat dann den Sofortvollzug in Punkt 1 des Bescheides aufgehoben (Schreiben vom 10.10.2007). Unter anderem bei einer Besprechung vom 28.11.2007 wurden zwei Varianten (Kameraüberwachung und Umstellung der Regale mit Kontrolle durch das Personal) als Lösungsvorschläge erarbeitet, die aber vom Bayerischen Landesamt für Gesundheit als ungeeignet und nicht mit den Hygienevorschriften vereinbar verworfen worden sind (siehe Aktenvermerk Bl. 55 GA). Nach Ansicht dieses Amtes wären die besten und einzigen Lösungen entweder die Einzelverpackung der Backwaren oder der Einbau von Rücklegesperren.

Das zwischenzeitlich statistisch erledigte Verfahren hat das Gericht, nachdem sich die Parteien nicht einigten, unter neuem Aktenzeichen RO 5 K 09.68 fortgeführt.

Zur Begründung der Klage trägt die Klägerin im Wesentlichen vor:
Sie habe zwischenzeitlich ihr Ladengeschäft umgebaut. Wie aus dem beigelegten Lageplan ersichtlich sei, könnten die Kassenkräfte die Backwarenspender jederzeit vollumfänglich im Blick haben. Ergänzend werde auch auf die beigefügten Fotografien verwiesen (siehe K10 bis K12). Aus den Fotos sei auch ersichtlich, dass bei jedem der einzelnen Backwarenspender Zangen angebracht seien. Bei jedem der Kassen sei auch eine Anschrift angebracht, die auf die Verpflichtung der Kunden zu einer entsprechenden Handhabung hinwiesen. An der Kasse befinde sich immer mindestens eine Mitarbeiterin der Klägerin. Sämtliche Mitarbeiterinnen seien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass jegliche Berührung der Waren mit der Hand oder ein Zurücklegen der Ware zu unterbinden sei. Hinzu komme auch der soziale Druck innerhalb der Kundschaft. Gerade aufgrund der eindeutig dokumentierten Verpflichtung, Ware nur mit Zangen zu entnehmen, hielten sich die Kunden auch daran, um Auseinandersetzungen mit anderen Kunden zu vermeiden. Die Forderung nach dem Einbau von Rücklagesperren sei im konkreten Fall unverhältnismäßig, da sie wie dargelegt, nicht erforderlich seien. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit müsse auch die Situation in anderen Betrieben betrachtet werden. Die hygienische Gefährdungssituation sei in Lebensmittelmärkten mit ihrer wesentlich größeren Verkaufsfläche anders als im streitgegenständlichen Verkaufsbetrieb mit einem einzigen Verkaufsraum von 40 qm (Bl. 14 GA). Der kleine und übersichtliche Verkaufsraum bei der Klägerin könne vom Kassenpersonal jederzeit hundertprozentig kontrolliert werden. Auch kontrollierten sich die Kunden gegenseitig. Ein solches System sei wesentlich effektiver als der Einbau von technischen Rücklegesperren, die letztlich immer irgendwie überlistet werden könnten. Dies zeigten die vorgelegten Fotos (K13, 14, 15, 16, 17, 18, 19) zur örtlichen Situation z.B. im Penny-Markt, Nieder-

mayerstraße, Landshut, und auch in Betrieben in Regensburg und München. In Deutschland dürfte es derzeit ca. 1.500 kleine Selbstbedienungsbäckereibetriebe geben. In Bayern ca. 300 Betriebe. Zu keinem dieser Betriebe sei bekannt, dass Behörden vergleichbare Forderungen aufgestellt hätten (dort Bl. 19 GA). Die VGH-Entscheidung vom 31.3.2006 betreffe eine bestandskräftige Anordnung zu Lebensmittelmärkten, deren Situation mit der des klägerischen Betriebes nicht vergleichbar sei.

Mit der Forderung nach dem Einbau von technischen Rücklegesperren werde auch nicht berücksichtigt, dass es unmöglich sei, gewisse Produkte unter diesen Rücklegesperren durchzuziehen, ohne sie so zu beschädigen, z.B. feine Bachwaren.

Auch sei die streitgegenständliche Anordnung inhaltlich zu unbestimmt. Der Begriff „Rücklegesperre" werde nicht näher beschrieben. Es würden auch keine konkreten Vorgaben gemacht. Es gebe eine Vielzahl von technisch völlig unterschiedlichen Rücklegesperren. Der Großteil der eingesetzten Rücklegesperren biete keine Gewähr dafür, dass tatsächlich Berührungen der Waren mit der Hand oder eventuelles Zurücklegen in jedem Fall ausgeschlossen werden könne. Beweis: Sachverständigengutachten. Eine 100%ige Sicherheit wäre nur mit technischen Konstruktionen erreichbar, die Kaugummi- bzw. Zigarettenautomaten ähneln müssten. Soweit die Beklagte auf die DIN 10501/3 Bezug nehme, sei nicht ersichtlich, dass diese DIN die Anordnung der Beklagten konkretisieren solle. Dort sei in Ziffer 5.5 nur davon die Rede, dass eine Rücklegesperre eingebaut werden „sollte" (Bl. 72 GA). Wenn sich die Beklagte auf den Standpunkt stelle, sie würde der Klägerin auf Anfrage schon mitteilen, ob die jeweils in Erwägung gezogene Rücklegesperre ausreichend sei, führe dies bei der Klägerin zu einer völligen Unsicherheit, was akzeptiert werde und was nicht. Von Bedeutung sei auch, dass im Bescheid generell Rücklegesperren für sämtliche Backwaren angeordnet werden. Die Beklagte gestehe nun aber auch zu, dass der Einsatz von Rücklegesperren bei feinen Backwaren, z.B. Sahneschnitten, Kuchenstücken, gar nicht möglich sei. Die feinen Backwaren machten aber 45,73 % des Umsatzes der Klägerin aus.

Darüber hinaus würden sich für die beklagtenseits geforderte Nachrüstung Kosten i.H.v. 10.980,-- € ergeben (Anlage K5), die für die Klägerin unzumutbar seien. Insbesondere stellten sie nach der Einschätzung des Steuerberaters Andreas Knigge im Schreiben vom 26.9.2007 eine Insolvenzgefährdung dar (Anlage K 6).

Ferner garantiere die Situation im Betrieb der Klägerin, dass die theoretische Gefahr, dass Kunden Ware mit der Hand anfassen und in den Behältnissen zurücklassen oder sie dorthin

wieder zurücklegen, faktisch vor Ort nicht gegeben sei, da die Kunden ständiger Kontrolle durch das Verkaufspersonal ausgesetzt seien.

An jedem Behältnis sei darüber hinaus ein Vermerk angebracht, dass das Anfassen der Ware zum Kauf verpflichtet, Zangen seien im ausreichenden Maße vorhanden.

Die Klägerin beantragt:

1. Der Bescheid der Beklagten vom 11.09.2007, Geschäftszeichen 3.3212-514/2 Fr/Go, wird hinsichtlich der Ziffer I.1, die Anordnung, die SB-Backwarenregale mit Rücklegesperren auszurüsten sowie Ziffer II, soweit Ziffer I.1 betreffend, aufgehoben.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens sowie die der Klägerin entstandenen und entstehenden außergerichtlichen Kosten für das vorgerichtliche sowie das gerichtliche Verfahren.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Bauart der Regale gebe keine Gewähr dafür, dass eine unmittelbare oder mittelbare nachteilige Beeinflussung der Backwaren ausgeschlossen ist.

Die Nachrüstung mit Rücklegesperren sei erforderlich, um den Hygienestandard zu sichern.

Ferner seien die Schaffung einer hygienisch unbedenklichen Verkaufssituation im Sinne des Verbraucherschutzes und damit der Schutz der Gesundheit der Käufer vorrangig vor dem Interesse der Klägerin, weitere Investitionen zu vermeiden.

Schließlich sei die Frage der Rechtmäßigkeit der Anordnung von Rücklegesperren mittlerweile durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 31.3.2006 Az.: 25 CS 05.1989 abschließend geklärt.

Die Umbaumaßnahme und sonstigen Vorkehrungen der Klägerin seien nicht ausreichend. So sei es den Bediensteten an der Kasse nicht möglich, die Selbstbedienungsregale ausreichend einzusehen. Die Kassiererin könne sich nicht zu 100 % mit den Kunden an der Kasse beschäftigen. Es sei dann ausgeschlossen, dass sie das in 5 bis 6 m entfernte Geschehen in den Regalen überwachen könne. Die beklagten Stadt sei seit Ende 2007 damit beschäftigt, Zug um Zug sowohl im Einzelhandel als auch bei Verkaufsstellen von Backwaren das einheitliche Konzept des Bayerischen Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit umzusetzen. Soweit sich die Klägerin auf das frühere Rahmenkonzept beziehe, das den grundsätzlichen Einbau der Rücklegeeinrichtungen nicht gefordert habe, sondern ein Zurücklegen bereits entnommener Ware durch geeignete Maßnahmen und Vorkehrungen verhindern sollte, sei dieser Passus aus gutem Grunde, nämlich aufgrund der Erkenntnisse aus der Überwachung vor Ort, verschärft worden. Nur in Ausnahmefällen könne die Beaufsichtigung der SB-Regale durch Mitarbeiter zusammen mit Entnahmebesteck und ggf. Hinweisschildern für einen ausreichenden Kontaminationsschutz sorgen. In den inzwischen verbreiteten Selbstbedienungsläden, meist Shops größerer Ketten mit hoher Fluktuation an Mitarbeitern mit geringer Ausbildung, seien diese Maßnahmen jedoch unzureichend (so BayStMUG vom 8.7.2009, Bl. 53). Backwaren, die durch die Rücklegesysteme beschädigt würden, seien aus dem Bereich der Selbstbedienung herauszunehmen (Bl. 39 GA). Rücklegesperren verhinderten, dass einmal in die Hand genommene Waren wieder in den Verkauf gelangen könnten. Rücklegesperren könnten zwar wie jedes andere System auch manipuliert werden, dies müsste aber das Verkaufspersonal verhindern (Bl. 65 GA).

Das Gericht hat mit Schreiben vom 16.6.2009 rechtliche Hinweise gegeben und zusätzlich zu den Vorschlägen der Klägerin noch angeregt, eine Aufschrift anzubringen: „Herausgenommene Backwaren dürfen aus hygienischen Gründen nicht mehr zurückgelegt werden".

Ferner hat das Gericht mit Schreiben vom 28.7.2009 die Beklagte gebeten, geeignete technische Nachweise bis 30.9.2009 vorzulegen, dass die geforderte Rücklegesperre ein Anfassen und Zurücklegen der angefassten Backwaren innerhalb des Regals ausschließen könne. Außerdem hat es auch Bedenken hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmtheit der Anordnung mitgeteilt.

Die Beklagte führte dazu aus, dass im Bescheid nur handelsüblich funktionierende Rücklegesperren gemeint seien, die der Klägerin auch bekannt seien. Die Beklagte wies zur Bestimmtheit auf die DIN-Normen 10501-3 hin (Bl. 65 GA). Die Klägerin trug dazu unter anderem mit Schriftsatz vom 25.1.2010 vor, dass die Beklagte das in Anlage K5 vorgelegte An-

gebot der Firma Ott-Theken- und Ladenbau nach über zwei Jahren als nicht einmal den „Mindestanforderungen entsprechend" abgelehnt habe. Der Bescheid sei nicht konkret genug. Allgemeine Aussagen „für Verbraucherschutzzwecke ausreichend sichere" genügten nicht. Faktisch gebe es in diversen vergleichbaren Geschäften eine Vielzahl von Rücklegesperren, die keine Gewähr dafür böten, dass Backwaren von Kunden nicht mit der Hand berühren würden und zurückgelegt werden könnten.

Das Gericht hat ferner das Rubrum auf der Klägerseite geändert, nachdem sich die frühere Klägerin ARM Brothandels GmbH mit der Megusta Enterprise GmbH verschmolzen hat (siehe Bl. 70 GA).

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die vorgelegten Behördenunterlagen und Sitzungsniederschrift über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.

1. Die Klage wurde fristgerecht eingelegt. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage nach § 42 I 1, 1. Alt. VwGO. Der angefochtene Bescheid ist betriebsbezogen und hat deshalb Wirkung für die neue Klägerin.

2. In der Sache ist die Anfechtungsklage auch begründet.
   Die Anordnung der Stadt Landshut in Ziffer I.1 des Bescheides vom 11.9.2007, die SB-Backwarenregale im streitgegenständlichen Geschäft mit Rücklegesperren auszurüsten, ist rechtswidrig.

2.1. Die Anordnung verstößt beim streitgegenständlichen Betrieb gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

   Als Rechtsgrundlagen wurden in dem Bescheid vom 11.9.2007 zum einen § 3 Satz 1 LMHV sowie Art. 4 Abs. 2 Anhang II. Kapitel IX Nr. 3 VO (EG) 852/2004 angegeben.

Nach § 3 Satz 1 LMHV dürfen Lebensmittel nur so hergestellt, behandelt oder in der Verkehr gebracht werden, dass sie bei der Beachtung der erforderlichen Sorgfalt der Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung nicht ausgesetzt sind.

Was eine nachteilige Beeinflussung ist, wird in § 2 LMHV definiert.

Danach ist eine solche gegeben, wenn eine Ekel erregende oder sonstige Beeinträchtigung der einwandfreien hygienischen Beschaffenheit von Lebensmitteln, wie durch Mikroorganismen, Verunreinigungen, Witterungseinflüsse, Gerüche, Temperaturen, Gase, Dämpfe, Rauch, Aerosole, tierische Schädlinge, menschliche und tierische Ausscheidungen sowie durch Abfälle, Abwässer, Reinigungsmittel, Pflanzenschutzmittel, Tierarzneimittel, Biozid-Produkte oder ungeeignete Behandlungs- und Zubereitungsverfahren vorliegt.

Der Begriff der Gefahr i.S.d. § 3 LMHV ist in Art. 3 Nr. 14 der Verordnung (EG) 178/2002 definiert.

Danach ist Gefahr ein biologisches, chemisches oder physikalisches Agens in einem Lebensmittel oder Futtermittel oder ein Zustand eines Lebensmittels oder Futtermittels, der eine Gesundheitsbeeinträchtigung verursachen kann. Diese Definition des Begriffs der Gefahr ist aber in der LMHV offenbar noch erweitert, weil auch nicht gesundheitsschädliche, aber zum Verkehr ungeeignete Lebensmittel, Gegenstand der LMHV sind. Der Begriff der Gefahr ist hier im Sinne des Wortes Möglichkeit zu verstehen, da auch nicht gesundheitsschädliche, jedoch zum Verzehr ungeeignete Lebensmittel Gegenstand der Verordnung sind. § 3 Satz 1 LMHV schreibt mithin vor, Lebensmittel der Möglichkeit einer nachteiligen Beeinflussung nicht auszusetzen (so Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Bd. III, C 176, § 3 LMHV Rdnr. 14). Die Verpflichtung beschränkt sich allerdings auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Das Gebot gemäß Satz 1 tritt nur dann ein, wenn die Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung der Lebensmittel dadurch entsteht, dass allgemeine, d.h. für alle Rechtsunterworfenen bestehende Grundsätze der Sorgfaltspflicht verletzt sind (so Zipfel/Rathke a.a.O., § 3 LMHV Rdnr. 17).

Nach Art. 4 Abs. 2 Anhang II Kapitel IX Nr. 3 VO (EG) 852/2004 sind Lebensmittel auf allen Stufen der Erzeugung, der Verarbeitung und des Vertriebs vor Kontaminationen zu schützen, die sie für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder gesundheitsschädlich machen bzw. derart kontaminieren, dass ein Verzehr in diesem Zusammenhang nicht zu erwarten wäre.

Kontamination ist nach Art. 2 Abs. 1 lit. f) VO (EG) 852/2004 das Vorhandensein oder das Hereinbringen von Gefahr.

In der unmittelbar geltenden Verordnung (EG) 852/2004, wie auch in anderen lebensmittelrechtlichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, ist der Begriff der Lebensmittelhygiene selbst maßgeblich, der in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a definiert ist. Danach besteht Lebensmittelhygiene darin, Gefahren unter Kontrolle zu bringen und die Tauglichkeit der Lebensmittel unter Berücksichtigung ihres Verwendungszweckes für den menschlichen Verzehr zu gewährleisten.

Obwohl sich der Begriff Hygiene ursprünglich nur auf gesundheitlich relevante Umstände bezog, ist heute davon auszugehen, dass Beeinflussungen im Sinne der Lebensmittelhygieneverordnung auch dann nachteilig sind, wenn dadurch das Lebensmittel im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 - ohne gesundheitliche Gefährdung – zum Verzehr ungeeignet wird (so Zipfel/Rathke, a.a.O., C 176, § 2 LMHV Rdnr. 11). Nach Art. 14 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 vom 28.1.2002 ist bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet ist, zu berücksichtigen, ob das Lebensmittel infolge einer durch Fremdstoffe oder auf andere Weise bewirkten Kontamination, durch Fäulnis, Verderb oder Zersetzung ausgehend von dem beabsichtigten Verwendungszweck nicht für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel geworden ist.

Die streitgegenständliche Anordnung verstößt im klägerischen Betrieb unter Berücksichtigung der dort bereits durchgeführten Maßnahmen zur Sicherstellung der Hygiene gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz beinhaltet, dass das Mittel geeignet, erforderlich und angemessen (zumutbar) zur Erreichung des Gesetzeszweckes sein muss. Dies ist bei der hier streitgegenständlichen Anordnung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im klägerischen Betrieb nicht mehr der Fall. Die Klägerin hat in ihrem Betrieb bereits zahlreiche Vorkehrungen getroffen, um zu verhindern, dass Kunden Backwaren aus den SB-Regalen mit der Hand entnehmen und sie dann doch nicht kaufen und zurücklassen. So ist unstreitig zur Entnahme der Backwaren ein geeignetes Entnahmebesteck vorhanden. Die Kunden werden durch Aufschriften auch darauf aufmerksam gemacht, dass sie dieses Entnahmebesteck zur Entnahme der Backwaren auch benutzen müssen. Zudem enthalten die Verkaufsregale den deutlichen Hinweis, dass entnommene Backwaren nicht mehr zurückgelegt werden dürfen, sondern gekauft werden müssen. Schließlich hat die Klägerin die SB-Backwarenregale so umgestellt, dass sie

im ständigen Blickfeld des Personals an der Kasse sind. Im klägerischen Betrieb umfasst der Verkaufsraum nur 40 qm. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die SB-Backwarenregale gut kontrolliert werden können, ob die Kunden das Entnahmebesteck verwenden und entnommene Waren nicht mehr zurücklegen. Das Personal der Klägerin ist dazu auch mit Unterschrift verpflichtet worden. Nach Auffassung des Gerichts hat die Klägerin damit alle Vorkehrungen getroffen, die bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für den konkreten Betrieb noch verhältnismäßig sind. Es ist der Klägerin auch zuzugeben, dass zwischenzeitlich auch eine soziale Kontrolle durch die Kunden hinzukommt, die das Anfassen der Backwaren mit der Hand erschweren.

Vor diesem Hintergrund ist die streitgegenständliche Anordnung, die SB-Backwarenregale mit einer Rücklegesperre, die mit einem Investitionsaufwand von ca. 11.000,-- € netto verbunden ist, nicht mehr erforderlich und nicht mehr angemessen. Der Tatbestand und die Rechtsfolge sind hier nicht mehr sachgerecht und angemessen aufeinander abgestimmt. Die Nachrüstung der Regale mit einer Rücklegesperre könnte auch nicht in allen Fällen gewährleisten, dass Kunden, die Backwaren mit der Hand berühren und sie trotzdem nicht kaufen. Denn auch bei handelsüblichen Rücklegesperren ist es möglich, dass Kunden diese manipulieren oder trotz aller Hinweise an den Regalen gleichwohl mit der Hand in das Regal fassen, dort die Backwaren anfassen und prüfen, ob sie frisch sind und bei Nichtgefallen im Regal liegen lassen. Wenn eine finanziell aufwendige Rücklegesperre gefordert wird, fordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass diese dann auch einen wesentlich besseren Hygieneschutz bietet, als die bereits vorhandenen Vorkehrungen im jeweiligen Betrieb. Dabei sind auch die Größe des Verkaufsraumes und die Überwachungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Der Verkaufsraum des streitgegenständlichen Betriebes ist aber nur 40 qm groß. Die Regale lassen sich durch das Personal immer einsehen. Durch die sonst noch oben angeführten Vorkehrungen, Benutzungspflicht für Entnahmebesteck, Kaufzwang für entnommene Waren, lässt sich ein ausreichender Schutz gewährleisten, dass Backwaren (somit man dies verhindern kann) nicht unnötig mit Händen angefasst werden. Beim Herstellen und Inverkehrbringen von Backwaren lässt es sich ohnehin nicht zu 100 % ausschließen, dass die Backwaren mit der menschlichen Hand berührt werden. Ein kurzes Berühren der Backwaren macht diese Ware auch nicht für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder gar gesundheitsschädlich. Solche Waren sind im Allgemeinen im Geschäftsverkehr auch nicht inakzeptabel. In den Gaststätten stehen immer noch Brotkörbchen auf dem Tisch, auf die

jedermann zugreifen kann. In den Hotelbetrieben gibt es Frühstückstheken oder Salattheken, an denen sich jedermann bedienen kann. Auch hier wird es manchen geben, der nicht die vorgesehenen Entnahmebestecke trotz der angebrachten Hinweise benutzt. Auch das Rahmenkonzept für Bayern für Selbstbedienungsregale für Brot- und Kleingebäck sah in der früheren Fassung unter Nr. 6 nur vor, dass ein Zurücklegen bereits entnommener Waren durch geeignete Maßnahmen und Vorkehrungen verhindert werden soll (Bl. 29 BA). Nach diesem Rahmenkonzept waren also Rücklegesperren nicht zwingend vorgesehen. Die Klägerin hat aber geeignete Maßnahmen und Vorkehrungen getroffen, dass das Zurücklegen bereits entnommener Waren – wie oben ausgeführt – verhindert wird. Nach Auffassung der Kammer hält der klägerische Betrieb die Vorgaben dieses früheren Rahmenkonzeptes ein. Es ist unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Verkaufsraumes und der Überwachungsmöglichkeiten in diesem Verkaufsraum unverhältnismäßig zu fordern, dass die SB-Regale noch mit Rücklegesperren ausgerüstet werden. Offenbar lässt auch das neue Rahmenkonzept – nach dem Vortrag der Beklagtenseite – in Ausnahmefällen die Beaufsichtigung der SB-Regale durch Mitarbeiter zusammen mit dem Entnahmebesteck und gegebenenfalls Hinweisschildern ausreichen. Nach Auffassung der Kammer liegt ein solcher Ausnahmefall im klägerischen Betrieb auch vor. Deshalb ist die streitgegenständliche Anordnung rechtswidrig und war bereits aus diesem Grunde aufzuheben.

2.2. Zudem verstößt die Anordnung aber noch gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG. Danach muss der Verwaltungsakt für den Betroffenen vollständig, klar und unstreitig erkennen lassen, was gefordert ist. Im Bescheid wird aber nur eine Rücklegesperre gefordert, ohne konkret anzugeben, welche Anforderungen diese erfüllen muss. Die im Bescheid angegebene Begründung, dass eine mittelbare oder unmittelbare nachteilige Beeinflussung der Backwaren und der übrigen Erzeugnisse ausgeschlossen sein muss, ist zu unbestimmt. Der Adressat einer Anordnung muss ohne Rückfragen bei der Behörde erkennen können, welche Anforderungen eine Rücklegesperre erfüllen muss. Ansonsten würde die Behörde entscheiden, welches Produkt die geforderten Anforderungen erfüllt und der Betreffende kaufen muss. Der betroffene Lebensmittelunternehmer hat gerade keine Wahlfreiheit, welche Rücklegesperre er kaufen kann. Es ist der Klägerseite zuzugeben, dass es zahlreiche handelsübliche Rücklegesperren gibt, die tatsächlich nicht wirksam verhindern können, dass Kunden die Backwaren direkt mit ihrer Hand berühren und sie bei fehlender Akzeptanz in den Spender oder in das Regal zurücklegen. Die Klägervertretung ver-

weist zu Recht darauf, dass die Beklagte das von der Klägerin vorgelegte Angebot der Thekenbau Ott nach zweijähriger Prüfung als nicht den Mindestanforderungen gerecht werdend zurückgewiesen hat. Auch dem Gericht ist in Regensburg in den Arkaden ein sehr großer Lebensmittelmarkt bekannt, in denen die SB-Backwarenregale mit Rücklegesperren ausgestattet sind, die kaum wirksam sind. Die Hersteller von Rücklegesperren haben offenbar auch noch keine Standards für die Wirksamkeit von Rücklegesperren erhalten. Die DIN 10501/3 für die Lebensmittelhygieneverkaufsmöbel sieht in Nr. 5 nur vor, dass die Entnahmeöffnung ..... mit einer Rücklegesperre versehen sein sollte. Wie die Rücklegesperre aber ausgestaltet sein soll, damit sie wirksam ist, ist in der DIN nicht ausgeführt. Auch die für den landesweiten Vollzug zuständige Behörde hat offensichtlich solche Konkretisierungen noch nicht vorgenommen. Weder die betroffenen Lebensmittelunternehmer noch die Hersteller von solchen Verkaufsmöbeln wissen somit genau, wie solche Rücklegesperren ausgestaltet sein sollen. Vor diesem Hintergrund ist eine Investition in eine Rücklegesperre für einen Lebensmittelunternehmer kaum zumutbar. Er hat keine Wahlfreiheit mehr, welche handelsübliche Rücklegesperre er kaufen kann. Er müsste an sich immer erst bei der zuständigen Behörde nachfragen, mit welcher Rücklegesperre er der lebensmittelrechtlichen Anordnung nachkommen kann, wenn er nicht Gefahr laufen will, dass die von ihm getätigten Investitionen dann später nicht als Erfüllung des Bescheides angesehen werden (siehe dazu auch Fall des BayVGH vom 31.3.2006 Az. 25 CO 5.1989 S. 5/6). Zwar führt diese inhaltliche Unbestimmtheit nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, jedoch zur Unzumutbarkeit (vgl. dazu Kopp/Ramsauer VwVfG, 7. Aufl., § 44 Rdnr. 39). Auch Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sieht vor, dass Maßnahmen, die nach Abs. 1 getroffen werden, verhältnismäßig sein müssen und den Handel nicht stärker beeinträchtigen dürfen, als dies zur Erreichung des in der Gemeinschaft gewählten hohen Gesundheitsniveaus unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Durchführbarkeit und anderer angesichts des betreffenden Sachverhalts berücksichtigenswert gehaltenen Faktoren notwendig ist.

Aus den dargelegten Gründen ist deshalb die Anordnung der Rücklegesperre rechtswidrig und war mit der dazugehörigen Zwangsgeldandrohung in Ziffer II des Bescheides, soweit angefochten, aufzuheben.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten mit Abwendungsbefugnis beruht auf § 167

Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

4. Gegen das Urteil wird gemäß § 124 a Abs. 1 VwGO die Berufung zugelassen, da der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Rechtsmittelbelehrung

Rechtsmittel: Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die **Berufung** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu. Die Berufung ist innerhalb **eines Monats** nach Zustellung des vollständigen Urteils **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** schriftlich einzulegen (Haidplatz 1, 93047 Regensburg oder Postfach 110165, 93014 Regensburg). Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Der Berufungsschrift sollen 4 Abschriften beigefügt werden.

Die Berufung ist **innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des vollständigen Urteils **zu begründen**. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, **beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof** einzureichen (Ludwigstraße 23, 80539 München oder Postfach 340148, 80098 München). § 124 a Abs. 3 VwGO ist zu beachten.

Hinweis auf Vertretungszwang: Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich alle Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfeverfahren, durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt bereits für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird, die aber noch beim Verwaltungsgericht vorgenommen werden. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder die anderen in § 67 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich auch durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; Einzelheiten ergeben sich aus § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO.

Dr. Lohner Dr. Hohmann Apfelbeck

Beschluss:

Der Streitwert des Verfahren wird auf 11.000,-- Euro festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 25.1 des Streitwertkataloges, wirtschaftliche Auswirkungen).

Rechtsmittelbelehrung

Rechtsmittel: Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,-- EUR übersteigt, oder wenn die Beschwerde zugelassen wurde.

Die Beschwerde ist innerhalb von **sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** (Haidplatz 1, 93047 Regensburg oder Postfach 110165, 93014 Regensburg) einzulegen. Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abgegeben werden.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift sollen 4 Abschriften beigefügt werden.

Dr. Lohner Dr. Hohmann Apfelbeck