

Ausfertigung

Az. RO 5 K 09.730



Verkündet am 29.07.2010

Marinolli
stv. Urkundsbeamtin

Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

[REDACTED]

- Klägerin -

bevollmächtigt:

[REDACTED]

gegen

Freistaat Bayern

[REDACTED]

- Beklagter -

wegen

Gebührenbescheid (Lebensmittelüberwachung)

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

Vorsitzendem Richter am Verwaltungsgericht Dr. Lohner
Richter am Verwaltungsgericht Dr. Thumann
Richter Apfelbeck
ehrenamtlichem Richter Plenk
ehrenamtlichem Richter Schalk

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom **29. Juli 2010** folgendes

Urteil:

- I. Der Bescheid des [REDACTED] vom 17.3.2009 wird aufgehoben.
- II. Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Das Urteil ist in Ziff. II vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des festzusetzenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet

Tatbestand :

Die Klägerin wehrt sich gegen die Erhebung von Kontrollgebühren im Bereich der Lebensmittelüberwachung.

Am 28.1.2008 fand durch Mitarbeiter der [REDACTED] die Ziehung einer Planprobe „Vorderschinken Spitzenqualität“, Mindesthaltbarkeitsdatum 15.2.2008, in einer Netto-Filiale in 38228 Salzgitter statt. Unstreitig wurde das entnommene Erzeugnis von der Klägerin hergestellt und in den Verkehr gebracht.

Die Untersuchung der Planprobe erfolgte durch das Niedersächsische Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (LAVES), Lebensmittelinstitut Oldenburg. In dem Untersuchungsbefund vom 14.10.2008 heißt es u.a. unter „Beurteilung“:

„1. Die Bezeichnung „Vorderschinken“ lässt ein Kochpökelerzeugnis im natürlichen Zusammenhang erwarten (vgl. Ziffer 2.341.6 i.V.m. Ziffer 2.341.2 der Leitsätze Fleisch und Fleischerzeugnisse des Deutschen Lebensmittelbuches). Dieser Anforderung genügt das aus maximal mandarinengroßen Stücken zusammengefügte Kochpökelerzeugnis in der Art der o.g. Probe nicht. Die Verkehrsbezeichnung „Vorderschinken Spitzenqualität“ wird daher als irreführend unter Hinweis auf § 11 Abs. 1 Nr. 1 des LFGB beanstandet. Dieser Befund gilt insbesondere für die vorgelegte Einzelprobe. Von einer Übertragbarkeit auf andere Teile der Gesamtpartie ist auszugehen.

2. Entsprechend der histologischen Untersuchung wurde der Anteil an Muskelabrieb (brätähnlicher Substanz) auf ca. 5 % bis 10 % geschätzt. Diesbezüglich wird ausdrücklich auf Ziffer 2.19 der o.g. Leitsätze hingewiesen. Demnach dürfen auch Formfleischerzeugnisse maximal 5 % brätähnliche Substanz im verkehrsfertigen, zusammengefügten Fleischanteil enthalten. Zur abschließenden Klärung, ob das zur Untersuchung vorgelegte Kochpökelerzeugnis noch als „Formfleischerzeugnis“ verkehrsfähig ist, sind weitergehende Untersuchungen erforderlich.“

Mit Schreiben vom 17.10.2008 gab die [REDACTED] den Vorgang an das [REDACTED] als für die Klägerin zuständige Lebensmittelüberwachungsbehörde ab. Mit E-Mail vom 21.10.2008 bat das Landratsamt [REDACTED] die Stadt [REDACTED] als Probe entnehmende Behörde, ihr die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes erforderliche Mitteilung über die erfolgte Probeentnahme an die Klägerin als Herstellerin zukommen zu lassen. Ohne Herstellerbenachrichtigung sei es dem Landratsamt leider nicht

möglich, auf Grundlage dieses Vorganges den Fall rechtlich weiterzuverfolgen. Nichts desto trotz werde das Landratsamt dies zum Anlass nehmen, eine sogenannte BOP-Probe (repräsentative betriebsrisikoorientierte Planproben) vom Hersteller an das hiesige Untersuchungsamt befundbezogen untersuchen zu lassen.

In der vorgelegten Behördeakte befindet sich der Entwurf einer Herstellerinformation über eine Probeentnahme an die Klägerin mit dem Datum 21.10.2008.

Am 28.10.2008 kontrollierte das Landratsamt [REDACTED] den Betrieb der Klägerin. Dabei wurde festgestellt, dass der Vorderschinken „nicht wie noch vor einem Jahr abfüllbedingt grob zerkleinert“, sondern ohne Zerstückelung abgefüllt, in Form gebracht und gekocht werde. Die Nachfrage an alle Anwesenden, ob zusätzlicher Muskelabrieb verwendet werde, sei allseits verneint worden.

Das Landratsamt schickte sodann eine „BOP-Planprobe“ („Probeentnahme nach § 43 LFGB“) zur Untersuchung und Begutachtung an das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit. Dieses erklärte unter dem 4.3.2009, eine sensorische und histologische Untersuchung habe ergeben, dass der Vorderschinken – entgegen den Untersuchungen des Niedersächsischen Landesamtes für Verbraucherschutz- und Lebensmittelsicherheit – nicht zu beanstanden sei.

Mit Bescheid vom 17.3.2009 forderte das Landratsamt [REDACTED] die Klägerin zur Zahlung von 718,42 € auf. Es handele sich um die Erhebung von Gebühren für zusätzliche amtliche Kontrollen nach Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004. Kosten von 675,32 € seien durch die Tätigkeit des Landratsamtes (u.a. Entnahme einer BOP-Verfolgsprobe) entstanden. Die Kostenrechnung der probenehmenden Stadt [REDACTED] („gem. 105 ff OWiG“) belaufe sich auf 43,10 €.

Mit bei Gericht am 17.4.2009 eingegangenem Schriftsatz ließ die Klägerin rechtzeitig Klage erheben.

Sie beantragt,

den Bescheid des Landratsamtes [REDACTED] vom 17.3.2009 aufzuheben.

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen des Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004, auf den das Landratsamt den Bescheid stütze, seien nicht gegeben. Es fehle an der Feststellung eines „Verstoßes“ im Sinne der genannten Vorschrift. Die Ergebnisse der

Probeentnahme vom 28.1.2008 könnten schon in verfahrensrechtlicher Hinsicht einen derartigen „Verstoß“ nicht darstellen. Es bestehe vielmehr ein Beweisverwertungsverbot nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Denn es sei versäumt worden, dem Lebensmittelunternehmer Proben in ausreichender Zahl für ein zusätzliches Sachverständigen-gutachten zur Verfügung zu stellen. Dies fordere Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 882/2004. Nicht ausreichend sei, dass die Klägerin von der erfolgten Probeentnahme erst durch das Landratsamt in Kenntnis gesetzt worden sei. Ausweislich des Probeentnahmeprotokolls sei die zurückgelassene Zweitprobe lediglich bis zum 28.2.2008 versiegelt gewesen. Mit Ablauf des Entsiegelungsdatums bestehe für den Lebensmitteleinzelhandel keine weitere Aufbewahrungspflicht mehr. Selbst bei Verneinung eines Beweisverwertungsverbotes fehle es im Übrigen an einem „Verstoß“. Die materiellen Ausführungen des Lebensmittelinstitutes Oldenburg seien unzutreffend. Die Klägerin setze zur Herstellung des Schinkenerzeugnisses ausschließlich Teilstücke ein, die als Schinken isoliert verkehrsfähig seien. Im Ergebnis entstünden Scheiben, die nicht notwendig aus einem einzelnen Teilstück als Ausgangsmaterial bestünden. Es handele sich bei dieser Herstellungsweise aber nicht um Formfleisch und erst Recht nicht um ein sog. Aliud. Es entstehe vielmehr „Vorderschinken“. Dementsprechend habe auch das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit keine Beanstandung gefunden. Das Landratsamt habe am 28.10.2008 deshalb keine Verdachtskontrolle aufgrund eines festgestellten Verstoßes bei einer Erstkontrolle durchgeführt, sondern eine normale Kontrolle mit Entnahme einer Planprobe. Dies habe das Landratsamt in seinem Probeentnahmeprotokoll auch so festgehalten. Ebenso sei im E-Mail des Landratsamtes vom 21.10.2008 an die Stadt Salzgitter von der Entnahme einer Planprobe die Rede. Im Übrigen seien die im Gebührenbescheid festgesetzten Kosten auch der Höhe nach nicht erstattungsfähig.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Voraussetzungen des Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004 seien gegeben. Das Lebensmittelinstitut Oldenburg habe den Vorderschinken als irreführend nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB beanstandet. Aufgrund dieser Beanstandung ergebe sich die Kostenpflicht des Unternehmers für die durchgeführte anlassbezogene Kontrolle. Ein Beweisverwertungsverbot liege nicht vor. Auf E-Mail-Anfrage des Landratsamtes habe dieses von der Stadt [REDACTED] mit Schreiben vom 21.10.2008 eine Herstellerbenachrichtigung erhalten. Das Datum „21.10.2008“ auf dieser Benachrichtigung beziehe sich jedoch auf den Tag der Übermittlung an das Landratsamt und nicht auf das Datum der obligatorischen Herstellerinformation an die

Klägerin, welches aber fälschlicherweise als Übermittlungsdatum an die Klägerin angenommen werden könnte. Zur Richtigstellung sei mit E-Mail vom 28.7.2009 die Benachrichtigung mit dem richtigen Datum „6.2.2008“ nachgereicht worden. Die Herstellerbenachrichtigung sei mit einfachem Brief erfolgt. Im Übrigen sei das Vorliegen eines Verstoßes offensichtlich, da bereits am 13.6.2007 bei der Klägerin eine Planprobe „Vorderschinken Spitzenqualität“ zur Untersuchung entnommen und mit Untersuchungsbefund vom 6.9.2007 vom Bayerischen Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit beanstandet worden sei. Zu diesem Vorgang sei am 26.2.2008 ein Bußgeldbescheid ergangen. Bei strenger Auslegung der VO (EG) Nr. 882/2004 könne auch diese Vorahndung herangezogen werden. Die am 28.10.2008 entnommen BOP-Probe sei hingegen nicht verrechnet worden. Sie habe nur dazu gedient, die nach dem Bußgeldbescheid und nach der Probeentnahme der Stadt Salzgitter vorgenommene Umstellung der Rezeptur bzw. der Herstellungsart zu überprüfen.

Vorgelegt wurde der Entwurf einer Benachrichtigung der Stadt [REDACTED] an die Klägerin mit dem Datum 6.2.2008. Beigebracht wurde zudem der Bußgeldbescheid.

Die Klägerin ließ erwidern, die behauptete Entnahmemitteilung vom 6.2.2008 könne nicht nachvollzogen werden. Deren Zugang sei nicht belegt. Der Bußgeldbescheid könne nicht herangezogen werden, er sei auch nicht an die Klägerin, sondern an den damaligen Produktionsverantwortlichen ergangen.

Auf gerichtliche Anfrage ließ die Klägerin am 21.7.2010 erklären: zwischen den beiden Probenahmen habe es keine Änderung des Herstellungsverfahrens gegeben. Allerdings habe im Jahre 2007 zu einem nicht mehr genau ermittelbaren Zeitpunkt eine Umstellung stattgefunden. Beim Herstellungsprozess werde die dicke Schulter als Ausgangsmaterial genommen. Die Schinkenscheibe als Endprodukt müsse nicht aus einer einzigen Schulter als Ausgangsmaterial hergestellt sein. Die Scheibe dürfe vielmehr nach dem Lebensmittelbuch aus zusammengesetzten Fleischteilen bestehen. Es genüge, dass die dicke Schulter als Ausgangsmaterial isoliert als Schinken verkehrsfähig ist. Im Übrigen habe die Klägerin erstmals durch das Landratsamt unter dem 21.10.2008 von der Probenahme erfahren. Zu diesem Zeitpunkt sei eine Untersuchung der Gegenprobe nicht mehr möglich gewesen. Eine Information durch die Stadt [REDACTED] sei nie erfolgt. Hingewiesen werde darauf, dass die Schreiben der Stadt Salzgitter vom 6.2.2008 und 21.10.2008 nicht identisch seien.

In der mündlichen Verhandlung ließ die Klägerin noch einmal betonen, dass sie erst im Oktober 2008 durch das Landratsamt S [REDACTED] von der Probeentnahme erfahren habe. Auch sei das Produktionsverfahren hinsichtlich der im Februar 2008 in [REDACTED] entnommenen

Planprobe sowie der im Oktober 2008 im Betrieb entnommenen Proben identisch. Erstgenannte Probe sei zu Unrecht beanstandet worden. Ein Verstoß gegen das Lebensmittelbuch könne hier aufgrund abgeschnittener Scheiben gar nicht festgestellt werden, es sei vielmehr notwendig, in den Herstellungsbetrieb zu gehen. Ein „Mandarineneffekt“ im Anschnitt müsse nicht notwendig gegen die Leitsätze verstoßen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die vorgelegte Behördenakte, die Gerichtsakte mit den gewechselten Schriftsätzen sowie die Niederschrift über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) ist begründet. Denn der angefochtene Bescheid des Landratsamtes [REDACTED] vom 17.3.2009 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in deren Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO.

Das Landratsamt hat den streitgegenständlichen Bescheid auf Art. 28 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechtes sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz (VO (EG) Nr. 882/2004) gestützt. Nach dessen Satz 1 Halbsatz 1 stellt die zuständige Behörde, falls die Feststellung eines Verstoßes zu amtlichen Kontrollen, die über die normale Kontrolltätigkeit der zuständigen Behörde hinausgehen, führt, den für den Verstoß verantwortlichen Unternehmern, die aufgrund der zusätzlichen amtlichen Kontrollen entstehenden Kosten in Rechnung. Verstoß in diesem Sinne ist die Nichteinhaltung des Futtermittel- oder Lebensmittelrechts und der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz (Art. 2 Satz 2 Nr. 10 VO (EG) Nr. 882/2004). Wird im Übrigen die Probe eines Lebensmittels (hier nach § 43 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch – LFGB) genommen, muss die mit der Überwachung beauftragte Person einen Teil der Probe oder, sofern die Probe nicht oder ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes nicht in Teile von gleicher Beschaffenheit teilbar ist, ein zweites Stück der gleichen Art und, soweit vorhanden aus demselben Los, und von demselben Hersteller wie das als Probe entnommene, zurücklassen (§ 43 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz LFGB). Gemäß Art. 11 Abs. 5 VO (EG) Nr.882/2004 legen insoweit die zuständigen Behörden angemessene Verfahren fest, um das Recht der Futtermittel- und Lebensmittelunternehmer, deren Produkte Gegenstand von Probenahme und Analyse sind, ein zusätzliches Sachverständigengutachten zu beantragen, zu gewährleisten. Insbesondere stellen sie sicher, das Futtermittel- und Lebensmittelunternehmer eine ausreichende Zahl von Proben für ein zusätzliches Sachverständigengutachten

erhalten können, es sei denn, dies ist nicht möglich, wie im Fall leicht verderblicher Produkte oder wenn nur eine sehr geringe Menge Substrat verfügbar ist (Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 882/2004).

Dies zugrunde gelegt führt hier zum einen die Missachtung des Rechtes der Klägerin auf Gegenprobe zu einem Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der im Februar 2008 entnommenen Probe. Zum anderen ist ein „Verstoß“ im Sinne des Art. 28 Satz 1 VO (EG) Nr. 882/2004 der Klägerin hier nicht nachweisbar. Jeder dieser beiden Umstände führt dazu, dass die Klägerin die Aufhebung des Bescheides beanspruchen kann.

Zum Beweisverwertungsverbot:

- Nach Vortrag des Beklagten hat die Stadt S [REDACTED] die Klägerin unter dem 6.2.2008 per einfachem Brief über die Probenahme unterrichtet. Dahinstehen kann, ob ein derartiges Vorgehen sich als „angemessenes Verfahren“ i.S.v. Art. 11 Abs. 5 VO (EG) Nr. 882/2004 darstellt. Denn die Klägerin behauptet unwiderlegbar, diesen Brief nicht erhalten zu haben. Sie sei vielmehr erst im Oktober 2008 durch das Landratsamt von der Probenahme unterrichtet worden. Zu diesem Zeitpunkt ist es unstrittig nicht mehr möglich gewesen, eine „Gegenprobe“ i.S.d. § 43 LFGB (sollte sie bei dem Netto-Markt in [REDACTED] zurückgelassen worden sein) insbesondere durch Erstellung eines zusätzlichen Sachverständigengutachtens (Art. 11 Abs. 5, Abs. 6 VO (EG) Nr. 882/2004) untersuchen zu lassen (Ablauf Mindesthaltbarkeitsdatum, Ablauf Entsigelungsdatum, Ablauf der Aufbewahrungspflicht). Ebenso unwiderlegbar trägt die Klägerin vor, sie sei auch auf andere Weise nicht rechtzeitig von der Probenahme informiert worden.
- Wegen des nicht nachweisbaren Zugangs der Herstellerinformation kann offen bleiben, ob die in den Akten befindlichen Herstellerinformationen mit dem nach Vortrag des Beklagten irrümlichen Datum „21.10.2008“ und mit dem Datum „6.2.2008“ Anlass zu Zweifeln daran geben, das überhaupt ein derartiger Brief auf den Weg gebracht worden ist, weil beide Schreiben inhaltlich und in der Drucktechnik verschieden gestaltet sind.
- Die mangelnde Information der Klägerin hat hier zu einem Verstoß gegen deren „Recht auf Gegenprobe“ gem. Art. 11 Abs. 5, Abs. 6 VO (EG) Nr. 882/2004 geführt. Dieses „Recht auf Gegenprobe“ wurde hier auch nicht durch ein anderes „angemes-

senes Verfahren“ sichergestellt (dazu Zechmeister, ZLR 2009 Seite 376/379).

- Folge des Verstoßes ist hier ein Beweisverwertungsverbot. Dies bedeutet, dass der Untersuchungsbefund des Lebensmittelinstituts Oldenburg vom 14.10.2008 im hiesigen gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden kann. Allerdings führt ein Verstoß gegen § 43 LFGB, Art. 11 Abs. 5, Abs. 6 VO (EG) Nr.882/2004 nicht generell zu einem zu einem Beweisverwertungsverbot. Der Europäische Gerichtshof hat insoweit ausgeführt, es sei Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob die Anwendung der Beweisregeln des nationalen Rechts – etwa der Grundsatz der Amtsaufklärung und derjenige der freien Beweiswürdigung – eine Inanspruchnahme der mit dem Recht auf Gegengutachten verbundenen Garantien unmöglich mache oder übermäßig erschwere. Dabei seien zudem die Grundrechte des Gemeinschaftsrechts, namentlich das in Art. 6 Abs. 1 EMRK statuierte Recht auf ein faires Verfahren zu berücksichtigen. Hier sei auch zu erwägen, ob das fragliche Beweismittel aus einem technischen Bereich stamme, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfüge und geeignet sei, seine Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen und ob der Betroffene noch eine Möglichkeit habe, zu diesem Beweismittel wirksam Stellung zu nehmen (EUGH, Urt. v. 10.4.2003 C 276/01 Sammlung I 2003 S. 3735 ff, vgl. auch OVG Münster 29.10.2009 13 B 1317/08 ZLR 2009 S. 370 ff, Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht § 43 LFGB Rdnrn. 53 ff Stand November 2009). Dies zugrunde gelegt ist hier von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen. Denn die hier durch das Lebensmittelinstitut Oldenburg begutachtete Einzelprobe (geschnittene Scheiben) genügt nicht, um mit der erforderlichen Sicherheit den Vorwurf eines Verstoßes rechtfertigen zu können. Denn das Gericht verfügt zum einen im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht über die Sachkenntnis, aufgrund eigenständiger Würdigung den Untersuchungsbefund des Lebensmittelinstitutes Oldenburg mit der erforderlichen Sicherheit und ohne wirksame Stellungnahmemöglichkeit der Klägerin zu der konkreten Entnahme zu beurteilen. Zum anderen mag es zwar sein, dass auch eine Untersuchung einer zurückgelassenen Gegenprobe hinsichtlich des vom Lebensmittelinstitut Oldenburg festgestellten Verstoßes gegen § 11 LFGB zum selben Ergebnis gekommen wäre. Denn es hätten wiederum zur Untersuchung nur „geschnittene Scheiben“ zur Verfügung gestanden. Allerdings hat die Klägerin überzeugend ausführen lassen, dass eine Untersuchung lediglich „geschnittener Scheiben“ nicht ausreichen kann. Notwendig sei vielmehr die Berücksichtigung des gesamten Produktionsprozesses. Insoweit ist festzuhalten, dass im Falle einer Information der Klägerin über die Probenahme jedenfalls die Klägerin in der Lage gewesen wäre, im Rahmen der Ausübung ihres „Rechts auf Gegenprobe“ die Behörden auf diese Um-

stände hinzuweisen. Damit hätte die Möglichkeit bestanden, die Behauptung des Lebensmittelinstitutes, hier liege ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften vor, zu widerlegen. Da der Klägerin diese Möglichkeit nicht eingeräumt wurde, verletzt es den Grundsatz eines fairen Verfahrens im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wenn allein aufgrund der einen untersuchten Probe der Klägerin der genannte Verstoß vorgeworfen wird. Dies gilt umso mehr, als die spätere Begutachtung durch das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (unter Heranziehung größerer Schinkenteile) zu dem Ergebnis kam, ein derartiger Verstoß sei gerade nicht gegeben (dazu sogleich).

Zum fehlenden Verstoß gegen Vorschriften des Lebensmittelrechts:

- Das Lebensmittelinstitut Oldenburg hat (wie die Stellung einer Kostenrechnung gem. Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004 voraussetzt) einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 LFGB festgestellt. Dieser Auffassung folgt die Kammer nicht. Gegeben war vielmehr (lediglich) die Möglichkeit eines Verstoßes.
- Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 LFGB ist es u.a. verboten, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung in den Verkehr zu bringen, insbesondere bei einem Lebensmittel zur Täuschung geeignete Bezeichnungen über Eigenschaften zu verwenden. Bei der Anwendung des Irreführungsverbot des § 11 Abs. 1 LFGB ist maßgeblich darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher eine Aussage oder Aufmachung wahrscheinlich auffassen wird (Verkehrsauffassung). Eine wichtige Auslegungshilfe bei der Feststellung der Verkehrsauffassung über ein bestimmtes Lebensmittel stellen insoweit die Leitsätze des Deutschen Lebensmittelbuchs dar, in denen auf der Grundlage des § 15 LFGB Herstellung, Beschaffenheit oder sonstige Merkmale von Lebensmitteln, die für die Verkehrsfähigkeit der Lebensmittel von Bedeutung sind, beschrieben werden. Diese haben zwar keine Rechtsnormqualität begründen aber eine Vermutungswirkung dafür, was der Verbraucher von einem in den Leitsätzen beschriebenen Lebensmittel erwartet (vgl. zusammenfassend z.B. OVG Münster 30.3.2009 13 B 1910.08/juris).
- Ein Verstoß gegen Ziff. 2.341.6 i.V.m. Ziff. 2.341.2 der Leitsätze Fleisch und Fleischerzeugnisse des Deutschen Lebensmittelbuches kann der Klägerin nicht nachgewiesen werden. Nach den genannten Leitsätzen wird Schinken aus der Vorderextremität als Vorderschinken (Schulterschinken) bezeichnet. Muskeln und Muskelgrup-

pen, die aus dem Zusammenhang gelöst worden sind und auch isoliert als Schinken verkehrsfähig wären, können ohne besonderen Hinweis zu größeren Schinken zusammengefügt sein, Erzeugnisse, die ganz oder teilweise aus kleineren Muskelstücken oder aus Formfleisch hergestellt sind, werden in Verbindung mit der Verkehrsbezeichnung ausreichend kenntlich gemacht (z.B. Formfleisch-Schinken, aus Schinkenteilen zusammengefügt). Die Definition von Formfleisch befindet sich insoweit in Ziff. 2.19 der Leitsätze.

- Dies zugrunde gelegt ist den unwiderprochenen Ausführungen der Klägerin zu entnehmen, dass ein Verstoß gegen die Leitsätze nicht gegeben ist. Nachvollziehbar hat die Klägerin dargelegt, es könne (müsse aber nicht) sein, dass eine angeschnittene Scheibe mandarinengroße Stücke aufweise. Dies stelle sich als mögliche Folge des Produktionsprozesses dar. Ebenso nachvollziehbar hat die Klägerin allerdings dargelegt, erst bei der Untersuchung größerer Schinkenteile könne abgeklärt werden, ob die jeweiligen Stücke, aus denen der Schinken zusammen gefügt sei, isoliert als Schinken verkehrsfähig sind.
- Diese nachvollziehbaren Angaben werden fachlich durch die Beurteilung des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom 4.3.2009 bestätigt. Ausdrücklich hat das Landesamt festgestellt, dass der untersuchte Vorderschinken – entgegen den Untersuchungen des Niedersächsischen Landesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (Lebensmittelinstitut Oldenburg) – nicht zu beanstanden sei.
- Nicht zu widerlegen ist im Übrigen der Vortrag der Klägerin, die in Oldenburg und Erlangen untersuchten Proben seien ohne zwischenzeitliche Änderung des Herstellungsprozesses entstanden. Nachvollziehbar hat die Klägerin aufgrund des Mindesthaltbarkeitsdatums dargelegt, dass die am 28.1.2008 in [REDACTED] entnommene Schinken im Jahre 2008 hergestellt und in diesem Jahr jedenfalls der Produktionsprozess insoweit nicht verändert wurde. Zwar ist unstrittig, dass die Verfahrensabläufe im Zusammenhang mit der zu dem Bußgeldbescheid vom 26.2.2008 führenden Beanstandung geändert wurden. Auch der Beklagte konnte allerdings ein genaues Änderungsdatum nicht feststellen. Letztlich erscheint es nicht unplausibel, dass das Verfahren kurzfristig nach Bekanntwerden des Untersuchungsbefundes des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom 6.9.2007 geändert wurde.

- Der unstreitige Verstoß gegen Lebensmittelrecht (Probe vom 13.6.2007) welcher zum Bußgeldbescheid vom 26.2.2008 führte, kann schließlich keine Grundlage für den streitgegenständlichen Kostenbescheid darstellen. Denn Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004 fordert, dass die Feststellung eines Verstoßes kausal und zurechenbar zu Kontrollen führt. Die Kontrolle vom Oktober 2008 war hier jedoch Folge des Untersuchungsbefundes des Lebensmittelinstitutes Oldenburg vom 6.2.2008 und nicht der Vorgänge im Anschluss an die Probeentnahme am 13.6.2007.
- Im Übrigen haben die Behörden den streitgegenständlichen Vorgang gerade nicht zum Anlass genommen, im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen die Klägerin einen Bußgeldbescheid zu erlassen. Daraus kann abgeleitet werden, dass sie sich nicht in der Lage sahen, allein aufgrund des Untersuchungsbefundes des Lebensmittelinstitutes Oldenburg vom 6.2.2008 der Klägerin einen Verstoß gegen § 11 LFGB nachzuweisen.

Anzumerken bleibt:

- Hinsichtlich des Kostenumfanges hätte hier der Beklagte selbst bei Vorliegen der sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004 die von der Stadt Salzgitter mitgeteilten Kosten („Kostenrechnung gem. 105 ff OWIG“) nicht einstellen dürfen. Denn es handelt sich um Kosten im Zusammenhang mit einer Planprobe gemäß § 43 LFGB, welche vor dem (behaupteten) Verstoß lagen. Möglich wäre es gewesen, diese Kosten der Klägerin im Rahmen eines zu einem Bußgeldbescheid führenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens aufzuerlegen. Dazu ist es allerdings nicht gekommen.
- Fraglich wäre auch, ob die Kosten im Zusammenhang mit der „BOP-Planprobe („Probeentnahme nach § 43 LFGB“) im Anschluss an die Betriebskontrolle vom 28.10.2008 noch kausal und zurechenbar auf der behaupteten Feststellung eines Verstoßes beruhen. Die vom Landratsamt gewählte Bezeichnung der Probeentnahme spricht dagegen. Um die Frage beantworten zu können, wäre zu klären, ob bereits die Betriebskontrolle vom 28.10.2008 zu dem Ergebnis führte, ein Verstoß liege nicht vor. Mangels Entscheidungserheblichkeit muss dem nicht mehr nachgegangen werden.
- Die Durchführung zusätzlicher amtlicher Kontrollen im Sinne von Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004 führt gem. Art. 5 Abs. 5 Bayerisches Kostengesetz zur Anwendung der Ta-

rifnummer 7.IX.11/1.1 des Kostenverzeichnisses. Danach ergibt sich eine Gebühr in Höhe von 50,-- bis 50.000,-- €. Neben der Gebühr werden Auslagen nicht erhoben. Das Landratsamt hat hier keine Gebühr festgesetzt, sondern Auslagen erhoben. Dahinstehen kann mangels Entscheidungserheblichkeit, ob diese Auslagen hier als kostendeckende Gebühren eingeordnet werden können.

- Das Landratsamt hat seinen Bescheid ausschließlich auf Art. 28 VO (EG) Nr. 882/2004 gestützt. Andere Ermächtigungsgrundlagen wurden nicht vorgetragen. Die Kammer lässt (ausgehend von dem Grundsatz, dass Regelkontrollen ohne Beanstandung gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayKostG sachliche Kostenfreiheit genießen) offen, ob eine Kostenrechnung auf andere Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden könnte. Denn der Beklagte hätte im Rahmen etwaiger anderer (allerdings nicht ersichtlicher) Ermächtigungsgrundlagen schon hinsichtlich des Kostenrahmens eine Ermessensentscheidung zu treffen. Deshalb kann ein „Nachschieben von Gründen“ durch das Gericht nicht in Betracht kommen.

Aus den dargelegten Gründen ist die Klage deshalb begründet.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 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.

Rechtsmittelbelehrung

Rechtsmittel: Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie von dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zugelassen wird. Der **Antrag auf Zulassung der Berufung** ist innerhalb **eines Monats** nach Zustellung des Urteils **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** schriftlich zu stellen (Haidplatz 1, 93047 Regensburg oder Postfach 110165, 93014 Regensburg).

Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. **Innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist; die **Begründung** ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, **beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof** (Ludwigstraße 23, 80539 München oder Postfach 340148, 80098 München) einzureichen.

Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn 1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, 2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, 3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, 4. das Urteil von einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder 5. wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Der Antragschrift sollen jeweils 4 Abschriften beigelegt werden.

Hinweis auf Vertretungszwang: Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich alle Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, 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
Vorsitzender Richter
am Verwaltungsgericht

Dr. Thumann
Richter am Verwal-
tungsgericht

Richter Apfelbeck kann we-
gen Versetzung nicht unter-
schreiben

Dr. Lohner

B e s c h l u s s :

Der Streitwert wird auf 718,42 € festgesetzt, § 52 Abs. 3 GKG.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

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
Vorsitzender Richter
am Verwaltungsgericht

Dr. Thumann
Richter am Verwal-
tungsgericht

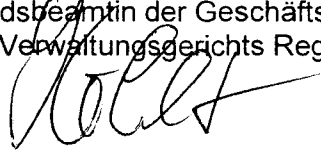
Richter Apfelbeck kann we-
gen Versetzung nicht unter-
schreiben

Dr. Lohner

Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift.

Regensburg, den 03.08.2010

Als stv. Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg:



Köhler



Niederschrift:

Öffentliche Sitzung der 5. Kammer
des Bayerischen Verwaltungsgerichts
Regensburg

Regensburg, den 29. Juli 2010

Termin: 13.30 Uhr

Beginn: 13.39 Uhr

Ende: 14.52 Uhr

Az. RO 5 K 09.730

Verwaltungsstreitsache [REDACTED]
[REDACTED]

gegen **Freistaat Bayern**

wegen Gebührenbescheid (Lebensmittelüberwachung)

Gegenwärtig:

Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dr. Lohner

Richter am Verwaltungsgericht Dr. Thumann

Richter Apfelbeck

ehrenamtlicher Richter Plenk

ehrenamtlicher Richter Schalk

Angestellte Marinolli als stv. Urkundsbeamtin

In dem heutigen Termin zur mündlichen Verhandlung sind nach Aufruf der Streitsache erschienen:

1. Für die Klägerseite: 1) Herr Rechtsanwalt [REDACTED]
2) Herr [REDACTED] als Beistand für die Klägerin
2. Für die Beklagtenseite: 1) Frau [REDACTED] vom Landratsamt [REDACTED]
2) Herr [REDACTED] vom Landratsamt [REDACTED]

Die Beteiligten verzichten übereinstimmend auf den Vortrag des wesentlichen Akteninhalts.

Die Sach- und Rechtslage wird mit den Beteiligten ausführlich erörtert.

Mit den Beteiligten wird erörtert:

1. Die Frage eines Rechts auf Information über eine Probenahme, eines Rechts auf Gegenprobe und eines evtl. Beweisverwertungsverbotes bei Missachtung.

Der Klägervertreter bekräftigt, dass die Firma [REDACTED] über die Probenahme nicht informiert worden sei. Wohl seit Mitte 2009 sei nunmehr gesetzlich geregelt, dass bei einer Probenahme der Betrieb in der Regel den Hersteller unterrichten müsse. Dieser Weg der Information sei im streitgegenständlichen Verfahren nicht gegangen worden.

Insbesondere erörtert wird die Frage eines Beweisverwertungsverbotes. Die Klägerseite weist darauf hin, dass hier, da es sich um die tatsächliche Zusammensetzung des Produktes und nicht nur z.B. um einen Kennzeichnungsmangel gehandelt habe, mit einer Gegenprobe der Verdacht eines Verstoßes gegen Lebensmittelvorschriften hätte ausgeräumt werden können.

2. Ob ein Verstoß gemäß Art. 28 EG-VO 882/2004 vorlag.

Die Klägerseite bekräftigt, dass es keine Verfahrensänderung zwischen der Herstellung der in [REDACTED] entnommenen Probe und der Herstellung der in [REDACTED] entnommenen Probe gab. Die Klägerseite erläutert desweiteren, dass es durchaus sein könne, dass eine Schinkenscheibe mandarinengroße Stücke aufweise. Dennoch liege kein Verstoß gegen die Leitsätze vor. Es müsse in solchen Fällen immer der Produktionsort, der Herstellungsbetrieb angeschaut werden. Deswegen habe das Lebensmittelinstitut Oldenburg einen Verstoß nur anhand des Anschnitts gar nicht feststellen können, vielmehr allenfalls den Verdacht eines Verstoßes. Das Entstehen mandarinengroßer Stücke in einer angeschnittenen Scheibe sei die mögliche Folge des Produktionsprozesses. Es werde jeweils aus der dicken Schulter die dicke Sehne entnommen. Dadurch klaffe das Fleisch auseinander. Wenn nun das Fleisch aus mehreren dicken Schultern letztendlich wieder zusammengefügt werde, könne der „Mandarineneffekt“ entstehen. Der Leitzatz Ziffer 2.341.6 stamme aus dem Jahre 1975 und gebe seither immer wieder Anlass zu Streit. Die deutsche Landwirtschaftsgesellschaft und der Bundesverband der Deutschen Fleischwarenindustrie habe nunmehr bei der Lebensmittelkommission einen Antrag auf Neuformulierung gestellt. In der Sache solle aber letztlich nichts geändert werden.

3. Welche Kosten im Einzelnen in Rechnung gestellt werden dürfen.

Der Klägervertreter beantragt,

den Bescheid des Beklagten vom 17.3.2009 aufzuheben.

Vorgelesen und genehmigt.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Gericht zieht sich um 14.33 Uhr zur Beratung zurück.

Nach Wiedererscheinen des Gerichts verkündet der Vorsitzende

folgendes

Urteil:

- I. Der Bescheid des Landratsamtes Schwandorf vom 17.3.2009 wird aufgehoben.
- II. Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Das Urteil ist in Ziffer II vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des festzusetzenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Eine Berufung wird nicht zugelassen.

Ferner verkündet er folgenden

Beschluss:

Der Streitwert wird auf 718,42€ festgesetzt.

Die Sitzung ist geschlossen.

Dr.Lohner

stv.Urkundsbeamtin