

Irreführung bei fehlender Kenntlichmachung einer Sauerstoffhochdruckbehandlung

Lüneburg (mm) **Unverpacktes Frischfleisch, das zur Stabilisierung der roten Fleischfarbe einer Sauerstoffhochdruckbehandlung unterzogen wurde, darf im Lebensmitteleinzelhandel in der Frischfleischtheke nicht ohne eine Kenntlichmachung dieser Behandlung angeboten werden. Fehlt eine entsprechende Kenntlichmachung, liegt eine Irreführung vor, weil die Verbrauchererwartung durch die bloße "Frischeoptik" enttäuscht werden kann.**
(Az.: 13 LA 28/09)

An der Bedienungstheke eines Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfts wurde dem Verbraucher frisches, nicht vorverpacktes Fleisch angeboten. Im Sortiment befand sich auch Fleisch, das nach dem "Master-Depot-System" unter Hochdruck mit Sauerstoff behandelt wurde. Bei diesem Verfahren wird Sauerstoff unter hohem Druck mehrere Stunden lang in einen Behälter mit dem Fleisch eingeleitet. Die Behandlung dient dazu, die rote Färbung des Fleisches und damit die optischen Eigenschaften über mehrere Tage stabil zu halten und einem "Vergrauen" entgegenzuwirken. Sie stellt bei unverpacktem Fleisch das Pendant zu "unter Schutzatmosphäre verpacktem" Fleisch in Fertigpackungen dar, wenn bei der Schutzatmosphäre ein hoher Sauerstoffanteil Verwendung findet. Anlässlich einer amtlichen Lebensmittelkontrolle wurde die fehlende Kennzeichnung der Sauerstoffhochdruckbehandlung des Fleisches beanstandet. Bei fehlender Kenntlichmachung der Behandlung sei von einer Irreführung des Verbrauchers auszugehen. Dagegen klagte der Einzelhändler. Diese Klage hatte das Verwaltungsgericht Braunschweig in erster Instanz abgewiesen (5 A 185/07 vom 10.12.2008). Zur Begründung wurde u. a. ausgeführt, dass die lebensmittelrechtliche Ordnungsverfügung der Behörde, die die Kenntlichmachung durch den Hinweis "mit Sauerstoff unter Hochdruck farbstabilisiert" beinhaltete, rechtmäßig war. Ohne diese ausreichende Kenntlichmachung liege eine Irreführung vor. Die nach allgemeiner Verkehrsauffassung bestehende Erwartung eines Durchschnittsverbrauchers, Fleisch mit kräftiger, roter Farbe sei frisch und befinde sich nicht länger als einen Tag in der Fleischtheke, werde bei sauerstoffhochdruckbehandeltem Fleisch nicht erfüllt. Gegen diese Entscheidung des Verwaltungsgerichts richtete sich der Einzelhändler mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung.

Auch das Oberverwaltungsgericht Lüneburg bestätigte die Klageabweisung. Das Verwaltungsgericht hat nach Auffassung der Richter zutreffend ausgeführt, dass als Rechtsgrundlage für die Verfügung § 39 Abs. 2 LFGB i. V. m. mit der generalklauselartigen Verbotsvorschrift des § 11 LFGB heranzuziehen ist, so dass an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils keinen Zweifel bestand. Die Anwendbarkeit dieser allgemeinen Regelungen ist entgegen der Auffassung des Einzelhändlers nicht durch Spezialvorschriften gesperrt. Eine Sperrwirkung für die Anwendbarkeit des § 11 LFGB ergibt sich nicht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2000/13/EG. Nach dieser Bestimmung muss die Verkehrsbezeichnung einer Angabe über den physikalischen Zustand des Lebensmittels oder über die besondere Behandlung, die es erfahren hat (z.B. pulverförmig, gefriergetrocknet, tiefgekühlt, konzentriert, geräuchert) enthalten, sofern die Unterlassung einer solchen Angabe geeignet wäre, beim Käufer einen Irrtum herbeizuführen. Die Argumentation, § 11 LFGB hätte diese Richtlinienbestimmung im Hinblick auf "besondere Behandlungen" nicht ordnungsgemäß umgesetzt, so dass sich eine Heranziehung dieses Paragraphen für solche Fallgestaltungen verbiete, erschloss sich den Richtern nicht. Der Kläger unterstellte bei seinem Argumentationsgang bereits im Ansatz in unzutreffender Weise, dass das Verwaltungsgericht über den Auffangtatbestand des § 11 LFGB letztlich doch die nicht umgesetzte Richtlinienbestimmung herangezogen hätte. Dies traf jedoch nicht zu. Vielmehr wurde in der Begründung ausdrücklich ausgeführt, dass die Richtlinie 2000/13/EG keine unmittelbare Anwendung finde; es wurde auch keine Auslegung des § 11 LFGB bezüglich einer nicht umgesetzten Richtlinienbestimmung vorgenommen. Eine originäre Anwendung des § 11 LFGB kann jedoch durch eine (vermeintlich) nicht erfolgte Umsetzung einer Richtlinienbestimmung nicht gesperrt werden. Die vom Kläger aufgeworfene Problematik einer Anwendbarkeit von Richtlinienvorgaben bei nicht hinreichender Richtlinienumsetzung stellte sich hier von vornherein nicht.

Auch aus der Zusatzstoffzulassungsverordnung (ZZuV) ergab sich keine Sperre für die Anwendbarkeit der generalklauselartigen Verbotsnorm des § 11 LFGB. Die in § 9 ZZuV vorgeschriebenen Kenntlichmachungen können bereits deshalb keine abschließenden Regelungen darstellen, weil sich aus § 1 Abs. 2 ZZuV ergibt, dass Rechtsvorschriften, die eine Kenntlichmachung abweichend von der

ZZuV regeln, unberührt bleiben. Ob - wie das Verwaltungsgericht meinte - die Regelung des § 1 Abs. 2 ZZuV, die auf Rechtsvorschriften für bestimmte Lebensmittel Bezug nimmt, eine generelle Öffnungsklausel zum Irreführungsverbot des § 11 LFGB darstellen kann, beurteilten die Oberverwaltungsrichter nicht. Eine ausdrückliche Öffnungsklausel ergibt sich vorliegend nämlich aus § 7 Abs. 2 ZZuV. Nach dieser Bestimmung dürfen die in den Anlagen "quantum satis (qs)" zugelassenen Zusatzstoffe für Lebensmittel nach der guten Herstellungspraxis nur in der Menge verwendet werden, die erforderlich ist, um die gewünschte Wirkung zu erzielen, wobei zusätzlich die Voraussetzung gilt, dass der Verbraucher dadurch nicht irregeführt werden darf. Vorliegend geht es mit dem bei der Hochdruckbehandlung zum Einsatz kommenden Sauerstoff (E 948) um einen allgemein zugelassenen Lebensmittelzusatzstoff. Die Voraussetzungen eines Lebensmittelzusatzstoffes im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 1333/2008 liegen vor: Der Sauerstoff wird dem Fleisch zugesetzt, auch eine technologische Wirkung im Endprodukt als ein typisches Abgrenzungsmerkmal zu den Verarbeitungshilfsstoffen im Sinne von Art. 3b ist unzweifelhaft gegeben. Kann ein Lebensmittelzusatzstoff zum Erzielen der gewünschten technologischen Wirkung - hier einer Stabilisierung der roten Fleischfarbe - zunächst ohne mengenmäßige Begrenzung im Sinne des § 7 Abs. 1 ZZuV "quantum satis" zugesetzt werden, liegt die Grenze bei einer Irreführung der Verbraucher. Ob von einer Irreführung im Sinne des § 7 Abs. 2 ZZuV auszugehen war, ist unter Rückgriff auf die allgemein dafür geltenden Kriterien in § 11 LFGB beantwortbar. Als Ausgleich zur grundsätzlich mengenmäßig nicht beschränkten Möglichkeit des Zusetzens eines Lebensmittelzusatzstoffes enthält § 7 Abs. 2 ZZuV mithin eine Öffnungsklausel zum allgemeinen Irreführungsverbot, aus dem sich dann die Grenzen für die mengenmäßig nicht beschränkte Möglichkeit des Zusetzens ergeben. Dies könnte in zweifacher Hinsicht der Fall sein: Zum einen kann im Einzelfall der Irreführungsvorbehalt seinerseits zu einem Verwendungsverbot oder einer mengenmäßigen Begrenzung führen; zum anderen kann eine Irreführung durch eine Verwendung in der vom Lebensmittelunternehmer gewünschten Menge dadurch ausgeschlossen werden, dass eine ausreichende Kennzeichnung oder Kenntlichmachung erfolgt. Mit der im Irreführungsvorbehalt angelegten Öffnungsklausel zur Verbotsvorschrift des § 11 LFGB, auf die auch das Verwaltungsgericht ausdrücklich abgestellt hatte, setzte sich der Einzelhändler in seiner Begründung seines Zulassungsantrages nicht näher auseinander. Seine allgemeinen Erwägungen, dass aufgrund bestimmter gesetzlicher Änderungen von einer bewussten Nichtregelung des Gesetzgebers in Bezug auf die Sauerstoffhochdruckbehandlung auszugehen war, geht vor dem skizzierten Hintergrund nach Auffassung des Senats ins Leere. Dies galt insbesondere für das Argument, dass durch eine Änderung der Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von bestimmten Lebensmitteln tierischen Ursprungs - Tier-LMHV - in Zukunft neben den Angaben in § 9 ZZuV auch ein Hinweis auf das Auftauen bei loser Ware erforderlich (neu eingefügter § 16a Tier-LMHV), der zuvor nur für verpackte Ware geregelt war. Auch ging seine Argumentation fehl, dass neben den Anforderungen der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung oder der Zusatzstoffzulassungsverordnung ein Rückgriff auf § 11 LFGB stets unzulässig sei. Wie aufgezeigt enthält die Zusatzstoffzulassungsverordnung für die vorliegende Konstellation eine ausdrückliche Öffnungsklausel zum allgemeinen Irreführungsverbot. Auf die weiteren allgemeinen Erwägungen des Verwaltungsgerichts zur Möglichkeit des Rückgriffs auf eine Generalklausel kommt es vor diesem Hintergrund entscheidungserheblich ebenso wenig an wie auf die dagegen gerichtete Kritik des Klägers.

Mit der Annahme des Verwaltungsgerichts, das Anbieten des Fleisches ohne Hinweis auf die Sauerstoffhochdruckbehandlung erfülle die tatbestandlichen Voraussetzungen (jedenfalls) des Täuschungs- bzw. Irreführungsverbots aus § 11 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Satz 2 Nr. 1 LFGB, hat sich der Einzelhändler in seiner Begründung des Berufungszulassungsantrags überhaupt nicht auseinandergesetzt. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt, geltend zu machen, dass ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 11 LFGB aufgrund spezieller Vorschriften von vornherein ausscheide. Erst mit einer weiteren verfristeten Stellungnahme hatte sich dieser näher mit der Argumentation des Verwaltungsgerichts befasst, das behandelte Fleisch sei nach dessen Aufmachung irreführend, weil es auch nach drei bis vier Tagen Lagerung (in der Frischfleischtheke) dieselbe rote Farbe wie am ersten Tag der Lagerung habe, während der Durchschnittsverbraucher davon ausgehe, dass das Fleisch ganz frisch sei. Schon wegen der verspäteten inhaltlichen Auseinandersetzung des Klägers mit dieser Argumentation scheidet eine darauf gestützte Zulassung der Berufung aus. Abgesehen davon, konnte an der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch inhaltlich nicht ernstlichen gezweifelt werden. Das OVG teilte vielmehr erstinstanzliche Begründung, dass ohne Kenntlichmachung der

Sauerstoffhochdruckbehandlung jedenfalls ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Satz 2 Nr. 1 LFGB gegeben ist, weil mit der nicht kenntlich gemachten Farbstabilisierung eine zur Täuschung geeignete Aufmachung verwendet wird. Entscheidend dafür ist auch aus Sicht des Senats, dass durch die Aufmachung des Fleisches in Gestalt der Farbstabilisierung die Erwartung eines durchschnittlichen Verbrauchers enttäuscht wird, dass es sich in jedem Fall bei dem kräftig rot gefärbten und nicht angegrauten Fleisch um ganz frisches Fleisch handelt. Die dagegen gerichtete Argumentation, dass schon fraglich sei, ob eine bestimmte Fleischfarbe überhaupt die Vorstellung über eine bestimmte Lagerdauer hervorrufen könne, wurde für abwegig gehalten. Schließlich kam es dem Einzelhändler deutlich ersichtlich nur darauf an, durch die Sauerstoffhochdruckbehandlung die Frischeerwartung des Verbrauchers durch eine ansprechende "Frischeoptik" zu "bedienen", ohne dass es sich in jedem Falle um ganz frisches Fleisch handelt. Es war letztlich auch irrelevant, worauf die Verbrauchererwartung in Bezug auf die Sollbeschaffenheit eines Lebensmittels (hier: kräftige rote Farbe = ganz frisches Fleisch) beruhte. Die mithin zur Täuschung geeignete Aufmachung entfällt ersichtlich nicht durch die Möglichkeit der Nachfrage beim Verkaufspersonal, wenn dem Verbraucher jegliche Anhaltspunkte dafür fehlen, dass eine kräftige und anhaltende Rotfärbung nicht auf den Frischzustand des Fleisches zurückzuführen ist. Dem kann der Kläger nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass vom Verwaltungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen worden seien, dass das mit Sauerstoff hochdruckbehandelte Fleisch auch noch nach mehreren Tagen Lagerung im Bedientresen verkauft werden könnte. Eine Irreführung des Verbrauchers kann sich nicht nur aus einem Abgleich der Verbrauchererwartung mit der Beschaffenheit des Produkts zum Zeitpunkt des Verkaufs ergeben; das produktbezogene Irreführungsverbot verliert seinen Geltungsanspruch ersichtlich nicht an der Ladentheke oder der Supermarktkasse. Vielmehr ist eine dem Lebensmittelunternehmer zuzurechnende Enttäuschung der Verbrauchererwartung auch darin zu sehen, dass das Fleisch nach dem Erwerb durch den Verbraucher noch über mehrere Tage eine "Frischeoptik" aufweist, die aufgrund der nicht kenntlich gemachten Sauerstoffhochdruckbehandlung nicht die tatsächliche Beschaffenheit des Fleisches widerspiegelt.

Eine Irreführung schied auch nicht deshalb aus, weil - wie der Einzelhändler anführte - die Lebensmittelüberwachung über einen längeren Zeitraum nicht tätig worden ist. Schon die Behauptung, es sei eine entsprechende Herstellungspraxis über mehrere Jahre unbeanstandet geblieben, weil Sauerstoffbehandlungsanlagen bereits seit 1993 vertrieben würden, konnte nicht überzeugen. Der Kläger legt schon nicht dar, dass es bis zur Beanstandung durch die Behörde schon Anhaltspunkte für eine verbreitete Anwendung des Verfahrens gegeben hat, die über die bloße Existenz von Sauerstoffbehandlungsanlagen hinausgehen. Im Übrigen waren die Richter der Auffassung, dass ein Lebensmittelunternehmer nicht in tatsächlicher Hinsicht "Fakten schaffen" kann, die zur Folge hätten, dass ein zunächst angewandtes Verfahren unbeanstandet bleiben müsste, weil die Lebensmittelüberwachung nicht sogleich reagiert hat. Die - ebenfalls verspäteten - Ausführungen des Klägers zur Unverhältnismäßigkeit der Vorgabe "mit Sauerstoff unter Hochdruck farbstabilisiert" gehen ins Leere. Die Behörde hatte eine lebensmittelrechtliche Ordnungsverfügung dieses Inhalts nicht erlassen und daher eine entsprechende rechtlich verbindliche Vorgabe nicht gemacht, sondern lediglich das Fehlen jeglicher Kennzeichnung oder Kenntlichmachung als irreführend beanstandet.

Das Verwaltungsgericht hatte zur Begründung seiner Entscheidung zunächst darauf verwiesen, dass die Behörde erst in der mündlichen Verhandlung klargestellt hatte, dass der Hinweis auf die Sauerstoffbehandlung durch die Bezeichnung "mit Sauerstoff unter Hochdruck farbstabilisiert" erfolgt war. Dem konnte aber keine inhaltliche Änderung des ursprünglichen Verwaltungsakts entnommen werden, der sich aus dem Prüfprotokoll zusammensetzte. In diesem wurde festgehalten, dass der Verbraucher auf das im Tresen angebotene sauerstoffbehandelte Fleisch hingewiesen werden müsse; Im einem weiteren Schreiben wurde hervorgehoben, dass die Anwendung von Sauerstoff in einer Druckbehandlung bei fehlender Kenntlichmachung als irreführend beurteilt werde. Entgegen der Auffassung des Einzelhändlers lag aber keine Änderung dieses ursprünglichen Inhalts des Verwaltungsakts und der Erlass einer neuen Regelung in der mündlichen Verhandlung vor. Insbesondere hat der Beklagte keinen neuen Verwaltungsakt des Inhalts erlassen, dass das in Rede stehende Fleisch des Klägers mit dem Hinweis "mit Sauerstoff unter Hochdruck farbstabilisiert" zu kennzeichnen sei. Der Beklagte hat vielmehr in der mündlichen Verhandlung lediglich die Begründung seiner Verfügung, die einen unzutreffenden Hinweis auf die für lose Fleischware nicht anwendbare Lebensmittelkennzeichnungsverordnung enthielt, geändert. Auch hat er die Begründung aufgegeben,

dass es sich bei dem behandelten Fleisch um eine Fleischzubereitung im Sinne von Anhang I Nr. 1.15. Verordnung (EG) 853/2004 handelte und die Veränderung des Produktcharakters nach der LMKV in geeigneter Weise mit der Verkehrsbezeichnung kenntlich gemacht werden müsse. Eine Änderung der Begründungselemente einer Verfügung war nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz ohne weiteres möglich, ohne dass der Verwaltungsakt dadurch geändert wird. Lediglich und ausdrücklich als "Vorschlag im Sinne eines kommunikativen Verwaltungshandelns" hatte die Behörde auf die Formulierung mit "Sauerstoff unter Hochdruck farbstabilisiert" hingewiesen. Dass es sich bei dieser Spezifizierung lediglich um einen Vorschlag handelte, konnte durch die Entscheidungsgründe des verwaltungsgerichtlichen Urteils nicht geändert werden. Der maßgebliche Inhalt der angegriffenen Verfügung, nämlich die Feststellung einer Irreführung bei fehlender Kenntlichmachung der Sauerstoffdruckbehandlung, ist somit unverändert geblieben. Nur dies hat letztlich auch das Verwaltungsgericht seiner näheren inhaltlichen Prüfung zugrunde gelegt; es hat keine Prüfung dahingehend vorgenommen, ob die vom Beklagten vorgeschlagene Kenntlichmachung die einzig denkbare ist. Das Verwaltungsgericht hat den Konkretisierungsvorschlag des Beklagten damit auch nicht - wie der Einzelhändler meinte - zur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Verfügung gemacht. Das zeigen auch die weiteren inhaltlichen Ausführungen des Verwaltungsgerichts, in denen auf diesen Vorschlag im Einzelnen nicht eingegangen wird. Vielmehr beschränkte sich die Prüfung des Verwaltungsgerichts ausschließlich auf die Frage, ob ohne jegliche Kenntlichmachung von einer Irreführung auszugehen war oder nicht.

Die Entscheidung ist seit dem 09.09.2010 rechtskräftig.

Laut einem im Oktober 2010 erschienenen Bericht in der IZ hätte dieses Urteil jedoch kaum Auswirkungen auf andere Einzelhändler, denn es gebe keine Rechtsgrundlage zur Kennzeichnungspflicht. Zudem würden Überwachungsbehörden anderer Bundesländer dies kaum beanstanden. Dennoch wird zur proaktiven Kennzeichnung geraten, da die Sauerstoffbehandlung ein Qualitätskriterium sei.

Die Arbeitsgruppe Fleischhygiene und fachspezifische Fragen bei Lebensmitteln tierischer Herkunft der Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz (AFL) hatte dazu in seiner Sitzung am 24.09.2009 allerdings bereits folgendem Beschluss gefasst: „Die Kennzeichnung von Fleisch, das unter Hochdruck Sauerstoff ausgesetzt worden ist und als lose Ware angeboten wird, unterliegt nicht dem Kennzeichnungsrecht gemäß § 9 ZZuIV. Die Lebensmittelunternehmer sind jedoch gehalten, zusätzliche Informationen über die Verwendung von Sauerstoff den Verbrauchern zur Verfügung zu stellen, um nicht den Tatbestand gemäß § 11 Abs. 1 LFGB zu erfüllen. Es wird eine ausreichende Kenntlichmachung i. S. von § 11 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c LFGB für erforderlich gehalten.“