

## Selbstbedienungs-Backshops entsprechen Hygieneanforderungen

**München (mm) Das Verwaltungsgericht München hat den Klagen zweier Betreiber von Selbstbedienungs-Backshops gegen die Anordnung der Umgestaltung ihrer Backshops stattgegeben. Nach Auffassung des Gerichts entspricht die bestehende Ausgestaltung dieser Backshops den maßgeblichen europarechtlichen Hygieneanforderungen, vorausgesetzt, diese halten ihr Eigenkontrollkonzept zuverlässig ein. (Az.: M 18 K 11.5138 und M 18 K 11.5139)**

In mehreren Bäckereifilialen in der bayerischen Landeshauptstadt wurden Backwaren in Selbstbedienungseinrichtungen angeboten. Diese bestehen aus abgeschlossenen Kästen aus durchsichtigem Plexiglas, die vorne durch Anheben einer selbstschließenden Plexiglasklappe geöffnet werden können. Die in den Kästen jedenfalls teilweise unverpackt angebotenen Backwaren - Brote, Semmeln, Brezen, Feinbackwaren, mit Käse überbackene Baguettes und Pizzen - sollen mittels dafür bereitgestellter Zangen aus den Kästen entnommen werden. An der Selbstbedienungstheke sind bzw. waren entsprechende Schilder angebracht, die zur Entnahme der Backwaren nur mittels der bereitgestellten Zangen auffordern und darauf hinweisen, dass ein Berühren der Backwaren zum Kauf derselben verpflichtet.

Das Systemhandbuch des Lebensmittelunternehmers beinhaltet das HACCP-Konzept für die Eigenkontrolle der Hygiene in den SB-Backshops. Demnach hat das Personal des Backshops das Entnehmen der Backwaren zu überwachen und bei einem Fehlverhalten der Kunden, wie z. B. der Entnahme von Backwaren ohne Zangen oder dem Zurücklegen bereits berührter Backwaren, umgehend einzugreifen. Der Verbraucherschutz erfordert eine durchgängige Beaufsichtigung der Selbstbedienungsregale durch das Verkaufspersonal. Zudem erhält jeder Mitarbeiter vor Aufnahme seiner Tätigkeit eine Hygienebelehrung. Im Januar 2008 wurde in einem Rundbrief an die Filialen nochmals ausdrücklich auf die Beachtung dieser Vorgaben hingewiesen und erinnerte die Betreiber der Backshops, ihre Mitarbeiter regelmäßig auf diese Pflichten hinzuweisen.

Nach mehreren amtlichen Kontrollen von SB-Backshops wurde der Lebensmittelunternehmer schriftlich darauf hingewiesen, dass die SB-Theken seiner Backshops nicht den gesetzlichen Anforderungen genügen. Bei der gewählten Form der Abgabe von Backwaren sei nicht auszuschließen, dass Backwaren von Kunden mit den Händen angefasst oder bereits entnommene Waren wieder in den Behälter zurückgelegt würden. Daher sollten entsprechende Änderungen im Verkaufskonzept vorgenommen werden, so dass das Anfassen und Zurücklegen bereits entnommener Ware nachhaltig verhindert werde. Hierzu nahm der Lebensmittelunternehmer im Februar 2009 Stellung und legte dar, dass die Betriebsvorrichtungen der SB-Shops den einschlägigen Hygieneanforderungen genügen.

Im Februar 2009 führten zwei Lebensmittelüberwachungsbeamte in den betreffenden SB-Backshops verdeckte Kontrollen durch. Sie entnahmen mit ihren bloßen Händen, die sie zuvor desinfiziert hatten, mehrere Gebäckstücke und legten sie anschließend wieder in die Verkaufsbox zurück. In einer Filiale erhob das Kassenpersonal gegen dieses Verhalten keinerlei Einwände. In einer weiteren Filiale wies das Kassenpersonal zwar darauf hin, dass die Backwaren nicht mit bloßen Händen entnommen werden sollten, entfernte jedoch - jedenfalls in Anwesenheit der Kontrolleure - die von diesen (möglicherweise) bereits berührten Backwaren nicht aus den Verkaufsboxen. Darauf erfolgte ein erneuter Schriftwechsel zwischen dem Lebensmittelunternehmer und der zuständigen Behörde. Ein durchgeführter Ortstermin im Juni 2009 führte zu keiner Einigung der Beteiligten. Auch größere Schilder mit dem Vermerk „Ware nur mit der Zange entnehmen“ wurden von der Behörde als nicht ausreichend erachtet. Vielmehr sollten die SB-Einrichtungen so umgerüstet werden, dass die angebotenen Backwaren nicht mehr zurückgelegt werden könnten. Die Behördenvertreter beobachteten während des Ortstermins, dass mehrere Kunden Backwaren mit den Händen anfassten, nicht mit der Zange. Andere hätten zwar die Zange benutzt, dabei aber mit dem umgeschlagenen Ärmel andere Backwaren berührt.

Da keine wesentlichen Änderungen erfolgten, erließ die Lebensmittelüberwachung der Stadt München Ordnungsverfügungen, mit denen der Lebensmittelunternehmer verpflichtet wird, seine Betriebsstätten so zu gestalten, - dass ein Berühren der Backwaren, ausgenommen zum Kauf, durch Hände oder Kleidung der Kunden ausgeschlossen wird, - dass Anhauchen bzw. Anhusten oder eine sonstige nachteilige Beeinflussung der Lebensmittel durch die Kunden ausgeschlossen werden kann und - dass ein Zurücklegen der entnommenen Backwaren verhindert wird. Dies könne durch technische

Rücklegesperren oder elektronische Vorkehrungen oder auch durch ein Verpacken der Backwaren oder Abgabe in Bedienung erfolgen. Für den Fall der Nichtausführung der angeordneten Maßnahmen wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000 Euro für jede nicht umgestaltete Betriebsstätte angedroht.

Im November 2009 erhoben die Verfahrensbevollmächtigten des Lebensmittelunternehmers Klage beim Bayerischen Verwaltungsgericht München und beantragten die Ordnungsverfügungen aufzuheben. Zur Begründung der Klage wurde ausgeführt, dass die Betriebsstätten den einschlägigen Anforderungen der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 sowie den allgemeinen lebensmittelrechtlichen Vorschriften entsprächen. Die Vorschrift des § 3 Satz 1 LMHV sei aufgrund des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht anzuwenden, so dass die streitgegenständliche Anordnung nicht auf die Lebensmittelhygieneverordnung gestützt werden könne. Der Anwendungsvorrang der unmittelbar geltenden EG-Verordnungen sei unabhängig von einem grenzüberschreitenden Bezug des Sachverhalts. Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe auf europäischer Ebene das Lebensmittelhygienerecht durch das sog. Hygienepaket kodifiziert, das u. a. aus der VO (EG) Nr. 852/2004 bestehe. Lediglich in eng umgrenzten Bereichen, die nicht in den Geltungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Hygienebestimmungen fielen, verpflichteten die Verordnungen des Hygienepakets die Mitgliedstaaten im Rahmen der Subsidiarität, eigenständige Vorschriften zu erlassen bzw. aufrechtzuerhalten. Diese seien aber vorliegend nicht einschlägig. Der deutschen Lebensmittelhygieneverordnung verbleibe nur ein sehr geringer Anwendungsbereich, insbesondere die Begrenzung etwaiger Strafbarkeitslücken, der vorliegend nicht eröffnet sei. Weiter heißt es in der Klagebegründung, dass für die Auslegung von Begriffen wie „Hygiene“ oder „Gesundheitsgefährdung“ keinen absoluten Standard gebe. Eine vollkommene Hygiene sei in den hier in Rede stehenden Lebensbereichen nicht zu erzielen. Für die Beurteilung der Frage, welche Hygieneanforderungen aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 gestellt werden könnten, seien die übrigen Vorschriften der Verordnung heranzuziehen. Anhang II Kap. 1 VO (EG) Nr. 852/2004 enthalte allgemeine Vorschriften für Betriebsstätten, in denen mit Lebensmitteln umgegangen werde. Technische Rücklegesperren, elektronische Vorkehrungen oder Ähnliches würden den Betreibern der Betriebsstätten nicht abverlangt. Die von den SB-Backshops gewählte Vertriebsform entspreche der heutigen Verbrauchererwartung. Allein in Deutschland existierten über 10.000 SB-Theken, die allesamt nicht über die geforderten baulichen Vorrichtungen verfügten. Die zahlreiche Existenz dieser Verkaufsform lasse auf deren Billigung durch die Rechtsgemeinschaft schließen.

Konsequent verwirklicht würden die geforderten Hygieneanforderungen zu einem Verbot ganzer Angebotsformen führen. Müssten die SB-Theken mit Rücklegesperren oder anderen ähnlich gearteten Vorrichtungen ausgerüstet werden, könnten auch SB-Theken in Supermärkten, durch die Backwaren, Obst oder Gemüse direkt an Kunden verkauft würden, sowie Mahlzeiten in SB-Restaurants und Autobahnraststätten sowie Hotels (etwa „kaltes“ oder „warmes Buffet“) nicht mehr angeboten werden. Schließlich sei die von der Behörde vertretene Auffassung zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 852/2004 bzw. Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 auch nicht zum Schutz des Verbrauchers geboten. Selbst wenn durch eine nicht ordnungsgemäße Entnahme der Backwaren bzw. das Berühren der Backwaren mit Jackenärmeln diese einem (vermeintlich) nachteiligen Einfluss ausgesetzt sein sollten, so bliebe doch zu beachten, dass unverpackte Backwaren zum sofortigen Verbrauch bestimmt seien und in der Regel kaum einen Tag im Bäckereiladen lägen. Sie seien der nachteiligen Beeinflussung daher in zeitlicher Hinsicht nur sehr begrenzt ausgesetzt.

Mit Schreiben vom 31. März 2010 regte das Verwaltungsgericht München - insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch in Bedienläden ein Berühren der Backwaren beim Verkauf nicht 100%ig ausgeschlossen sei und die Behörde es in ihrer Klageerwiderung als ausreichend angesehen habe, ein Zurücklegen entnommener Backwaren zu erschweren - an, den Grad an Sicherheit bezüglich der Lebensmittelhygiene einvernehmlich dadurch zu erhöhen, dass eine ausreichende Anleitung der Kunden zu einer sachgerechten Entnahme der Lebensmittel sowie geeignetes Entnahmebesteck in ausreichendem Umfang installiert, Kontrollmöglichkeiten durch das Personal festgelegt und ggf. die Ausgabevorrichtungen konstruktiv verbessert würden. Diesen Vorschlag lehnte die Behörde ab. Die Installierung einer ausreichenden Bedienungsanleitung und von ausreichend Entnahmebesteck allein sei nicht ausreichend. Die Festlegung von Kontrollmöglichkeiten durch das Personal im Rahmen des Eigenkontrollsystems sei zwar grundsätzlich möglich, stelle aber nach den Erfahrungswerten meist keine ausreichende Maßnahme dar, da dieses Personal nicht ausschließlich mit Aufsichtsaufgaben betraut sei. Um zu gewährleisten, dass die Ware nicht nachteilig beeinflusst werde, müsse daher entweder

ausreichendes Personal zur Verfügung gestellt werden, das ausschließlich mit Aufsichtsaufgaben betraut sei, oder eine konstruktive Verbesserung der Ausgabevorrichtung vorgenommen werden. Dem Argument, auch in Bedienläden sei ein Berühren der Waren nicht 100%ig ausgeschlossen, könne nicht gefolgt werden, da im Gegensatz zu den Kunden das dortige Verkaufspersonal hygienisch geschult und verpflichtet sei, ein hohes Maß an persönlicher Sauberkeit zu halten. Beschäftigten, die an auf Lebensmittel übertragbaren Krankheiten litten, sei der Umgang mit Lebensmitteln generell verboten, wenn die Möglichkeit einer auch nur indirekten Kontamination bestehe.

In der mündlichen Verhandlung im November 2010 beantragten die Verfahrensbevollmächtigten des Klägers im Hinblick auf ein eingeleitetes Vorabentscheidungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof die Aussetzung des Verfahrens. Beim Europäischen Gerichtshof wurde eine Entscheidung zu den Fragen, nach welchen Kriterien zu ermitteln sei, wann die in Anhang II Kap. IX Nr. 3 VO (EG) Nr. 852/2004 angesprochene Ungeeignetheit für den menschlichen Verzehr, Gesundheitsschädlichkeit und Kontamination vorliege, beantragt. Es sollte geklärt werden, ob diese Eigenschaften von Lebensmitteln bereits dann vorliegen, wenn ein feilgebotenes Lebensmittel denkmöglich durch einen potentiellen Kunden berührt bzw. angeniest werden kann. Da die Fragen auch dieses Verfahren betrafen, wurde es bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ausgesetzt.

Im September 2012 wurde nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes das Verfahren wieder aufgenommen. Nach Auffassung des Gerichts entspricht die bestehende Ausgestaltung der betreffenden SB-Backshops den maßgeblichen europarechtlichen Hygieneanforderungen, vorausgesetzt, diese halten ihr Eigenkontrollkonzept zuverlässig ein. Dies ergebe sich aus einer für das Verwaltungsgericht München bindenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 06.10.2011 (Rs. C-382/10) zur Auslegung der europarechtlichen Hygienevorgaben. Die Entscheidung des EuGH betreffe dasselbe Selbstbedienungsverkaufssystem, wie es auch die klägerischen Backshops nutzen.

Zur Auslegung von Anhang II Kap. IX Nr. 3 VO (EG) Nr. 852/2004 stand für das Gericht fest, dass die Vorgabe des Anhangs II Kap. IX Nr. 3 VO (EG) Nr. 852/2004 nicht dahingehend auszulegen ist, dass von einer Kontamination von Lebensmitteln, die sie für den menschlichen Verzehr ungeeignet oder gesundheitsschädlich machen bzw. derart kontaminiert, dass ein Verzehr in diesem Zustand nicht zu erwarten wäre, grundsätzlich bereits dann auszugehen ist, wenn ein feilgebotenes Lebensmittel denkmöglich durch einen potentiellen Käufer berührt oder angeniest werden kann. Allein die hypothetische Möglichkeit des Berührens oder Anniesens eines Lebensmittels reicht demnach nicht, um einen Verstoß des das Lebensmittel anbietenden Lebensmittelunternehmers gegen Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Anhang II Kap. IX Nr. 3 VO (EG) Nr. 852/2004 anzunehmen.

Bei der Prüfung eines akzeptablen Schutzes vor Kontamination ist davon auszugehen, dass in dem vorliegenden Lebensbereich - Vertrieb von Lebensmitteln - keine vollkommene Hygiene zu erreichen ist, was auch die Behörde anerkennt. Es ist zu bedenken, dass ein Nichtausreichenlassen der im HACCP-Konzept vorgesehenen Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen in Verbindung mit den Hinweisen an die Kunden, zum Entnehmen der Backwaren die bereitgestellten Zangen zu benutzen und berührte Backwaren kaufen zu müssen, tatsächlich konsequenterweise zu einem Verbot weit verbreiteter Angebotsformen für Lebensmittel führen würde. Denn dann könnte auch bei den beschriebenen Frühstücksbuffets in Hotels nicht von einer Einhaltung der Anforderungen von Anhang II Kap. IX Nr. 3 VO (EG) Nr. 852/2004 ausgegangen werden. Zu den diesbezüglichen Ausführungen merkte das Verwaltungsgericht an, dass die soziale Kontrolle hinsichtlich des Verhaltens von Gästen an Buffets in Hotels nicht unbedingt größer ist als in SB-Backshops. In Hotels trifft häufig eine Vielzahl einander nicht bekannter Menschen zusammen. In einer solchen Situation kann das Bemühen von Gästen, niemandem aufzufallen und sich korrekt zu verhalten, weitaus geringer sein als in einem SB-Backshop nahe der eigenen Wohnung oder des Arbeitsplatzes. Dort ist die Wahrscheinlichkeit, auf bekannte Menschen zu treffen und von diesen bei einem Fehlverhalten ertappt zu werden, weitaus größer, was das Bemühen um korrektes Verhalten in der Regel erhöht. Stufte man die im HACCP-Konzept vorgesehenen Maßnahmen in Verbindung mit den in dem SB-Backshop vorhandenen Hinweisen, dass die Backwaren nur mittels der bereitgestellten Zangen zu entnehmen sind und ein Berühren der Backwaren zum Kauf derselben verpflichtet, als unzureichend ein, müsste beinahe jede Form von Buffet, bei dem Lebensmittel offen, d. h. ohne portionsweise Einzelverpackung, angeboten werden, als den Anforderungen von Anhang II Kap. IX Nr. 3 VO (EG) Nr. 852/2004 nicht genügend eingestuft werden.

Zudem erachtete das Verwaltungsgericht die Anordnungen zur Umgestaltung der Backshops als zu unbestimmt, da sich aus ihnen nicht klar genug ergebe, wie weitgehend ein Berühren und Zurücklegen von Backwaren ausgeschlossen werden solle.

Das Gericht verwies aber darauf, dass es trotz dieser Ausführungen nicht generell in jedem Fall als rechtswidrig anzusehen sein muss, wenn die Umgestaltung eines SB-Backshops, angeordnet wird. Denn das Gericht billigt - in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof - mit dieser Entscheidung das streitgegenständliche SB-Backwarenvertriebssystem nur unter der Maßgabe, dass die in dem HACCP-Konzept vorgesehenen Maßnahmen der durchgehenden Überwachung der Selbstbedienungsregale und des Einschreitens gegen Fehlverhalten von Kunden auch tatsächlich umgesetzt werden und die Hinweise, wie sie im klägerischen Backshop vorhanden sind, ausreichend groß und für die Kunden gut einsehbar sind oder andere, ähnlich wirksame Maßnahmen tatsächlich praktiziert werden, um ein Berühren, Anniesen und Zurücklegen berührter Backwaren zu verhindern. Ist dies nicht der Fall, so kann es notwendig im Sinne von § 39 Abs. 2 Satz 1 LFGB sein, eine Umgestaltung des jeweiligen konkreten Backshops in der im streitgegenständlichen Bescheid vorgesehenen Art anzuordnen. Dies dürfte aber erst dann erforderlich sein, wenn der Betreiber des Backshops trotz Aufforderung hierzu weiterhin die in seinem HACCP-Konzept vorgesehenen, an sich ausreichenden Maßnahmen, z. B. durch eine die durchgehende Kontrolle durch das Personal erlaubende Anordnung der Verkaufsregale oder den Einsatz von ausreichend Personal,

Abschließend bemerkte das Gericht, dass es zudem zweifelhaft erscheint, eine unzureichende Umsetzung der vorgesehenen Schutzmaßnahmen daraus abzuleiten, dass gegen ein vom „Normal“kunden völlig abweichendes Verhalten verdeckt ermittelnder Lebensmittelkontrolleure nicht eingeschritten wurde.

Die Entscheidungen vom 26.09.2012 sind nach Angaben des Verwaltungsgerichtes rechtskräftig.