

Leitsatz:

Es stellt eine Irreführung des Verbrauchers dar, wenn Brühwurstartikel, die unter Verwendung von Bruchware (Anschnitte, Retouren etc.) hergestellt worden sind, mit hervorhebenden Hinweisen wie „Spitzenqualität“ in den Verkehr gebracht werden. Dies gilt auch dann, wenn die zur Wiederverarbeitung gelangte Bruchware ihrerseits die Voraussetzungen für eine entsprechende Auslobung erfüllt.

Hinweis:

Die schriftlichen Entscheidungsgründe stehen noch aus!

Mit dem sog. Rework wird vor allem in der industriellen Produktion versucht, wirtschaftliche Verluste bei der Herstellung zu minimieren, um im mittlerweile harten Preiskampf bestehen zu können, in dem mehr und mehr sogenannte „Slicerware“ produziert wird. Hierbei handelt es sich um bereits vorgeschchnittene Wurst, die im Fächer- oder Stapelaufschnitt in Fertigpackungen eingelegt wird. Die dazu benötigten Maschinen (sogenannte „Slicer“) können einige Tonnen an Wurststangen pro Stunde vollautomatisch in Scheiben schneiden und in Fertigpackungen einlegen. Man kann sich leicht vorstellen, wie viele Kappen (das sind die runden Endstücke der Wurststangen oder Anschnitte von Leberkäse) dabei anfallen, die jedoch nicht in die Packung eingelegt werden können, weil der Verbraucher gleichmäßige Scheiben erwartet. Weiterhin kommt es in jeder Produktion zu Fehlprodukten, zum Beispiel sind das beim Brühen geplatzte Würstchen oder solche, deren Länge nicht den Vorgaben oder Maßen der Packung entspricht. In einem der klägerischen Betriebe fielen im Jahr 2009 ca. 300 bis 500 kg Ausschussware pro Woche bei einer Produktion von 25 Tonnen pro Woche an.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat nunmehr entschieden, dass sich Fleischerzeugnisse mit hervorhebenden Hinweisen (Spitzenqualität u. a.) in Anlehnung an Nr. 2.12 der Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse des Deutschen Lebensmittelbuches neben weiteren Anforderungen durch eine besondere Auswahl des Ausgangsmaterials auszeichnen müssen. Die Leitsätze des Deutschen Lebensmittelbuches, die von der deutschen Lebensmittelbuch-Kommission aufgrund von § 15 LFGB beschlossen wurden, bilden eine wichtige Auslegungshilfe für die Ermittlung der Verkehrsauffassung, die mit der Bezeichnung eines Lebensmittels verbunden ist. Es entspricht danach der nachvollziehbaren Verbrauchererwartung, dass Spitzenerzeugnisse aus ausgesucht frischen, insbesondere nicht gebrauchten oder wiederverarbeiteten Ausgangsstoffen hergestellt sind. Aus diesem Grund dürfen Fleisch und Wursterzeugnisse, die unter Verwendung von Bruchware, umgearbeiteter Wurst

oder wiederverarbeitetem Brät (sog. Rework) hergestellt worden sind, nicht unter hervorhebenden Hinweisen wie „Delikatess- oder Spitzenqualität“ in den Verkehr gebracht werden.

9 B 09.2162
M 18 K 06.2511

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

**** ***** **

***** ** ** *****

***** ** *****

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** ** ***** ** *****

***** ** *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch die
Landesrechtsanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

Lebensmittelrechts/Geflügel-Wiener;

hier: Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 21. November 2007,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 9. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Graf zu Pappenheim,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Priegl,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Lotz-Schimmelpfennig

aufgrund mündlicher Verhandlung vom **11. März 2013**
am **13. März 2013**

folgendes

Urteil:

- I. Unter Abänderung von Nr. II. des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom 21. November 2007 wird die Klage auch insoweit abgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Nr. IV. des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom 21. November 2007 wird wie folgt abgeändert:
Die Klägerin trägt von den Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht 10/11 (zehn Elftel); 1/11 (ein Elftel) fällt dem Beklagten zur Last.
- III. Das Urteil ist in Nr. II. vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin erzeugt und vertreibt im Betrieb L. Fleischwaren. Seit 1. Oktober 2007 erfolgt dies zwar über die neu gegründete V.-GmbH als Pächterin der Betriebsstätte, die Klägerin ist jedoch nach ihren Angaben weiterhin für den Vertrieb der dort hergestellten Ware zuständig.

- 2 Das Erzeugnis der Klägerin „***** ** **“ wurde im Laufe des Jahres 2005 lebensmittelfachlich untersucht und in verschiedener Hinsicht beanstandet, u.a. auch wegen der Bezeichnung als „Spitzenqualität“.
- 3 Am 16. Januar 2006 leitete das Landratsamt Landsberg am Lech (Landratsamt) ein Bußgeldverfahren gegen die Klägerin ein und hörte sie zum Erlass eines beabsichtigten Bußgeldbescheids an. Untersuchungen hätten ergeben, dass im angesprochenen Produkt wiederverarbeitetes Brät ohne Hülle verwendet werde, obwohl auf der Verpackung „Spitzenqualität“ besonders hervorgehoben werde; es liege insoweit eine Irreführung des Verbrauchers vor.
- 4 Hierzu erklärte die Klägerin, ihr Produkt „***** ** **“ zeichne sich durch einen hohen Eiweißanteil (ca. 13% gegenüber 8,8% bei herkömmlichen Wienern) bei einem niedrigeren Fettanteil aus, was die Bezeichnung „Spitzenqualität“ rechtfertige. Nach Nr. 2.18 der „Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse des Deutschen Lebensmittelbuchs“ (im Folgenden: Leitsätze) könnten Fleischerzeugnisse (z.B. Brät ohne Hülle), die die dort genannten Kriterien erfüllen und keine Minderung des Nähr- und Genusswerts bedingen, in Mengen bis zu 2% in andere Fleischerzeugnisse umgearbeitet werden.
- 5 Mit Bußgeldbescheid vom 14. März 2006 ahndete das Landratsamt insgesamt acht Verstöße der Klägerin unter Bezugnahme auf die bereits in der Anhörung angegebenen Einzelgutachten der Untersuchungsämter als Verstöße gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5b LMBG bzw. gegen § 10 Abs. 2 LMKV und setzte eine Geldbuße i.H.v. 1.750 EUR fest. Hiergegen legte die Klägerin Einspruch ein, über den – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden ist.
- 6 Am 30. Juni 2006 erhob die Klägerin Feststellungsklage zum Verwaltungsgericht und führte zur Begründung u.a. Folgendes aus: Die Feststellungsklage sei zulässig, weil nach dem bereits erlassenen Bußgeldbescheid ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehe und die Klägerin das beanstandete Erzeugnis weiter in Verkehr bringen wolle. Mit dessen Auslobung als „Spitzenqualität“ erfolge keine Irreführung des Verbrauchers. Im Rahmen der Herstellung verwende die Klägerin kein wiederverarbeitetes Brät mit Hülle, sondern nur in geringen Mengen wiederverarbeitetes Brät ohne Hülle, was der Auslobung als „Spitzenqualität“ nicht entgegenstehe. Bei der Produktion von Fleischerzeugnissen, auch solchen mit her-

vorhebenden Hinweisen wie „Spitzenqualität“, sei es durchaus zulässig und üblich, anfallende Bruchware wieder zu verarbeiten.

7

In der mündlichen Verhandlung des Verwaltungsgerichts beantragte die Klägerin (u.a.),

8

festzustellen, dass es nicht gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5b LMBG (aktuell: § 11 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1 LFGB) verstößt, wenn die Klägerin das Erzeugnis „***** *** **“ in der dem Bußgeldbescheid des Landratsamts vom 14. März 2006 zugrunde liegenden Beschaffenheit in Verkehr bringt und als „Spitzenqualität“ auslobt.

9

Das Verwaltungsgericht gab diesem Klageantrag mit Urteil vom 21. November 2007 statt (Ziff. II. des Tenors). Die zulässige Feststellungsklage sei insoweit auch begründet. Qualitätsbestimmendes Merkmal für Spitzenprodukte sei der Anteil an bindegewebsfreiem Fleischeiweiß. Diesbezüglich beeinflusse die gewünschte Weiterverarbeitung von Brät die Zusammensetzung der einzelnen Fleischanteile jedoch nicht nachteilig. Die Erwartungen des Verbrauchers hinsichtlich der Qualität des Erzeugnisses orientierten sich nicht am Verarbeitungsvorgang, sondern an der Qualität des Endprodukts, abgeleitet aus der Qualität des verwendeten Materials. Nur wenn dieses hinsichtlich der Beschaffenheit in irgendeiner Form von den für „Spitzenqualität“ vorausgesetzten Standards abweiche, könne eine relevante Irreführung des Verbrauchers auftreten. Nach den Ausführungen des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit in der mündlichen Verhandlung könne der Verbraucher (und teilweise auch der Fachmann) bei sehr starker Zerkleinerung keine Unterschiede erkennen. Bei den in Frage stehenden Prozentzahlen gebe es für den Verbraucher weder geschmackliche noch sensorisch wahrnehmbare Veränderungen. Eine Irreführung des Verbrauchers liege daher im gegebenen Fall nicht vor.

10

Hiergegen richtet sich die vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 28. August 2009 zugelassene Berufung des Beklagten. Dieser führt aus, in der Sache gehe es um die allgemein übliche Praxis, bei der Brühwurstherstellung Ausschussware (Platzer, Bruchware) von einwandfreier Qualität, das sog. Rework, weiterzuverarbeiten, das dann entstandene Produkt jedoch gleichwohl als „Spitzenqualität“ auszuloben, um so wirtschaftliche Verluste zu minimieren. Der Begriff der Irreführung des Verbrauchers in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB sei anhand des Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union auszulegen. Demgemäß sei auf die Auffassung eines informier-

ten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Für den vorliegenden Streit müsse zwischen der Wiederverarbeitung von Ausschussware mit und ohne Wursthülle unterschieden werden. Dass die Umarbeitung von Fleischerzeugnissen mit Wursthülle zu einem Produkt mit der Auslobung „Spitzenqualität“ nicht zulässig sei, ergebe sich bereits aus Nr. 2.18 der Leitsätze. Darüber hinaus stehe jedoch auch die Weiterverarbeitung von Ausschussware ohne Hülle einer Auslobung als „Spitzenqualität“ entgegen. Denn bei dieser Auslobung erwarte der Verbraucher überhaupt keine Wiederverarbeitung von Ausschussware. Die gemäß Nr. 2.12 der Leitsätze bei Erzeugnissen mit Spitzenqualität zu fordernde besondere Auswahl des Ausgangsmaterials sei bei der Weiterverarbeitung von Ausschussware nicht gegeben. Eine Änderung des genannten Leitsatzes im Sinn der Klägerin sei im Fachausschuss „Fleisch und Fleischerzeugnisse“ in jüngerer Zeit diskutiert, aber mehrheitlich abgelehnt worden. Der Verbraucher erwarte bei einer besonderen Auswahl des Ausgangsmaterials nicht, dass sich das Endprodukt aus verschiedenen, teilweise bereits erhitzten und wiederverarbeiteten Materialien zusammensetze; auf die Möglichkeit der sensorischen und optischen Wahrnehmung komme es insoweit nicht an. Ergänzend sei auch Nr. 2.22 der Leitsätze zu berücksichtigen, der die Herstellung von Brühwürsten durch Verarbeitung von zerkleinertem, rohem Fleisch vorsehe. Demgegenüber werde bei der Weiterverarbeitung von Ausschussmaterial gerade kein rohes Fleisch verwendet, sondern das Ausgangsmaterial werde lediglich mechanisch mehr oder weniger zerkleinert in die Struktur des aus der Verarbeitung rohen Fleisches stammenden Bräts eingebettet. Teils bereits mit bloßem Auge, zumindest aber im histologischen Bild könnten die eingebetteten Brühwurststücke deutlich wahrgenommen werden. Die mit der Berufung vertretene Auffassung decke sich im Übrigen mit dem Beschluss des Arbeitskreises der auf dem Gebiet der Lebensmittelhygiene und der vom Tier stammenden Lebensmittel tätigen Sachverständigen (ALTS) vom Juni 2006.

- 11 Der Beklagte beantragt,
12 unter Abänderung von Ziff. II. des Urteils des Verwaltungsgerichts München
vom 21. November 2007 die Feststellungsklage (auch insoweit) abzuweisen.
- 13 Die Klägerin beantragt,
14 die Berufung zurückzuweisen.
- 15 Streitgegenständlich sei lediglich, ob die Weiterverarbeitung von bereits erhitztem
Brühwurstbrät ohne Hüllen der Auslobung des Endprodukts als „Spitzenqualität“ ent-

gegenstehe bzw. mit dieser Bezeichnung eine Irreführung des Verbrauchers erfolge. Hierfür sei auf die Verkehrsauffassung abzustellen. Bei dem wiederverarbeiteten „Rework“ handle es sich nicht um Ausschussware, sondern um ein Halbfertigprodukt, das seinerseits die Anforderungen an die Bezeichnung „Spitzenqualität“ erfülle und deshalb als besonders ausgewähltes Ausgangsmaterial im Sinn von Nr. 2.12 der Leitsätze zu qualifizieren sei. Maßgeblich für die Qualitätsaussage sei im Übrigen der Anteil an fettgewebe- und bindegewebeisweißfreiem Fleischeiweiß (der sog. BEFFE-Wert) im Endprodukt, wie sich aus Nr. 2.12 ergebe und auch durch Nr. 1.72 sowie die Einführung zu Ziff. II der Leitsätze bestätigt werde. Die in Nr. 2.12 der Leitsätze genannten Werte erfülle das beanstandete Produkt der Klägerin jedoch unstreitig. Hierüber hinausgehende Anforderungen könnten in das Erfordernis einer besonderen Auswahl des Ausgangsmaterials nicht hineingelesen werden. Durch zusätzliche Anforderungen würde zudem unzulässig in die Rezepturfreiheit eingegriffen. Das Produkt entspreche auch bezüglich des geforderten „hohen Genusswerts“ den Leitsätzen, denn dieser werde durch die Weiterverarbeitung von „Rework“ nicht beeinträchtigt; auch sensorisch und bezüglich des Nährwerts gebe es keine Abweichungen. Für die Qualifizierung des Endprodukts sei die Verwendung von rohem Fleisch bei der Herstellung nicht maßgeblich. Durch die Weiterverarbeitung von geringen Anteilen von halbfertigem „Rework“ innerhalb des einheitlichen Herstellungszyklus verliere das Endprodukt nicht seine Eigenschaft als Brühwurst und werde nicht zu einem aliud. Auf die unterschiedliche Koagulierung des Fleischeiweißes komme es nicht an, weil Nr. 2.22 der Leitsätze nicht von einer vollständigen Koagulierung ausgehe. Ebenso wenig spiele es für die Verbrauchererwartung eine Rolle, ob histologisch Unterschiede erkennbar seien. Auch für den Kaufentschluss des Verbrauchers sei die Weiterverarbeitung von „Rework“ irrelevant. Im Übrigen seien die Leitsätze keine Rechtsgrundlage, sondern hätten nur den Charakter objektivierter Sachverständigengutachten. Demgegenüber erlaube die Verordnung 853/2004/EG in Anhang I Nr. 7.1 ausdrücklich die Weiterverarbeitung bereits verarbeiteter Fleischerzeugnisse. Eine Untersagung solcher Verarbeitung stehe insoweit im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht. Bei der industriellen Herstellung sei die sortenreine Weiterverarbeitung von „Rework“ ohne Hüllen auch bei Spitzenqualitäten seit langem üblich; diese Praxis sei auch über Jahre von den Überwachungsbehörden unbeanstandet geblieben. Insoweit müsse daher auch eine im Lauf der Zeit gewandelte Verbrauchererwartung der Beurteilung zugrunde gelegt werden. Der gegenteilige Beschluss des ALTS stelle lediglich eine Einzelmeinung der Lebensmittelüberwachung dar und begründe keine Verkehrsauffassung; er verletze darüber hinaus den Grundsatz der Rezepturfreiheit. Zusätzliche behördliche Anforderungen an die Auslobung unter Berufung auf eine so

nicht existente Verbrauchererwartung stellen zudem einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Klägerin dar. Schließlich sprächen nicht zuletzt Nachhaltigkeitsgesichtspunkte für die Zulässigkeit der Weiterverarbeitung von „Rework“ zu Spitzenqualität, denn bei anderer Auslobung seien die Endprodukte nicht verwertbar. Es gebe hierfür im Handel keine Absatzkanäle, weshalb dieser Teil der Produktion, der verfahrensbedingt bei der Herstellung anfalle, vernichtet werden müsste. Im Übrigen sei auch in anderen Bereichen der Lebensmittelproduktion, etwa bei den Back- und Süßwaren, ein Recycling von bereits verarbeiteten Stoffen beim Herstellungsprozess eines Endprodukts seit langer Zeit allgemein bekannt und üblich. Die vorliegende Problematik beschränke sich deshalb nicht auf den Bereich der Fleischwarenerstellung.

- 16 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der vorgelegten Behördenakten, wegen der mündlichen Verhandlung auf deren Niederschrift Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 17 Gegenstand des Rechtsstreits im Berufungsverfahren ist nur noch die von der Klägerin in Form ihres Feststellungsantrags Nr. 4 zur Entscheidung gestellte Frage, ob die Auslobung „Spitzenqualität“ für das Produkt „***** ** **“ eine Irreführung des Verbrauchers darstellt, wenn dieses unter Verwendung von wiederverarbeitetem Brät ohne Hüllen hergestellt worden ist. Über die übrigen in erster Instanz gestellten Feststellungsanträge Nrn. 1 bis 3 ist im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. November 2007 mit der Zurückweisung des Antrags der Klägerin auf Zulassung der Berufung durch den Beschluss des erkennenden Senats vom 28. August 2009 (Az. 9 ZB 08.760) rechtskräftig entschieden worden (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).
- 18 Die zulässige Berufung des Beklagten gegen das insoweit stattgebende Urteil des Verwaltungsgerichts hat in der Sache Erfolg. Die Feststellungsklage ist insoweit zwar zulässig, aber nicht begründet und somit abzuweisen.
- 19 **1.** Ausgangspunkt der Beurteilung ist das Verbot, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben, insbesondere durch zur Täuschung des Verbrauchers ge-

eignete Bezeichnungen oder Angaben über Art, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung, Herkunft oder Art der Herstellung oder Gewinnung. Dieses Verbot ist aktuell in § 11 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 des Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs (LFGB i.d.F. d. Bek. vom 22.8.2011 BGBl I S. 1770, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 3.8.2012 BGBl I S. 1708) niedergelegt. Das am 7. September 2005 in Kraft getretene Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch hat das seit 1974 geltende Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz – LMBG –) abgelöst. Bereits unter dessen Geltung war das vorstehend genannte Verbot jedoch gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 und Satz 2 Buchst. b LMBG in Kraft; die Regelungen des Täuschungsschutzes der §§ 11, 12 LFGB sind nahezu identisch mit denjenigen der §§ 17, 18 LMBG (s. hierzu auch Meyer in Meyer/Streinzi, LFGB, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 6 f.).

20 **2.** Die im Streit stehende Auslobung der Klägerin für „***** ** **“ , die unter Wiederverarbeitung von Brät ohne Hüllen (sog. Rework) hergestellt werden, als „Spitzenqualität“ erfüllt die Tatbestandsvoraussetzungen des vorbezeichneten Täuschungsverbots.

21 **2.1** Der Begriff der Irreführung des Verbrauchers in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB (bzw. § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 u. Satz 2 Buchst. b LMBG) ist anhand des Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union auszulegen (vgl. BVerwG, U.v. 23.1.1992, BVerwGE 89, 320, 322 f.). Maßstab für den Umfang des gesetzlichen Täuschungsschutzes ist die Verkehrsauffassung, d.h. die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise, bestehend aus Herstellern, Händlern und Verbrauchern. Entscheidend ist die Erwartungshaltung dieser Kreise bezüglich der Rezeptur und Kennzeichnung von Lebensmitteln. Besonderes Gewicht kommt hierbei den Verbrauchererwartungen zu, die grundsätzlich Priorität vor den Hersteller- und Händlererwartungen genießen (vgl. Hohmann, Die Verkehrsauffassung im deutschen und europäischen Lebensmittelrecht, Bayreuth 1994, S. 382). Bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung ist in erster Linie die mutmaßliche Erwartung eines Durchschnittsverbrauchers, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren zugrunde zu legen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 18 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005, ABl EG Nr. L 149 S. 22/25; Wehlau, LFGB, § 11 Rn. 24, 117; Meyer in Meyer/Streinzi, LFGB, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 36 ff. mit umfänglichen

Nachweisen aus der Rspr) bzw. die anzunehmende Erwartung eines informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers (so BVerwG, B.v. 18.10.2000 – 1 B 45/00 – juris Rn. 4; B.v. 5.4.2011 – 3 B 79/10 – juris Rn. 4).

- 22 **2.2** Die Verkehrsauffassung kann zwar – notfalls auch ohne Rücksicht auf eine tatsächlich abweichende Verbrauchererwartung – durch Gesetze und Verordnungen determiniert und so normativ bestimmt werden. Wo – wie im vorliegenden Fall – derartige Regelungen fehlen, ist jedoch die tatsächliche Verkehrsauffassung zu ermitteln.
- 23 Zur Ermittlung der Verbrauchererwartung kann es in besonderen Ausnahmefällen erforderlich sein, diese durch Sachverständige bzw. durch Umfragen zu ermitteln. In aller Regel bedarf es jedoch keiner Beweiserhebung durch Sachverständige, wenn das erkennende Gericht selbst zum Kreis der Verbraucher gehört, insoweit also selbst „sachkundig“ ist. Brühwurstwaren gehören zum Kreis der gängigen täglichen Lebensmittel, so dass den Mitgliedern des erkennenden Senats insoweit durchaus eine hinreichende Sachkunde als Verbraucher dieser Produkte zuzubilligen ist (vgl. hierzu auch BVerwG, B.v.18.10.2000 – 1 B 45/00 – juris Rn. 5, 9 f.). Eine Befangenheit des Gerichts allein aufgrund der Befassung mit der Streitfrage kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil dann regelmäßig die Beurteilung einer Verbrauchererwartung durch das jeweils befasste Gericht ausscheiden müsste. Dieses Ergebnis stünde jedoch in offensichtlichem Widerspruch zur einschlägigen Judikatur.
- 24 Hinzu kommt, dass sich das Gericht zur Ermittlung der maßgeblichen Verbrauchererwartung bezüglich des hier verfahrensgegenständlichen Produkts auch auf Auslegungshilfen in Form der Leitsätze des Deutschen Lebensmittelbuchs, die von der Deutschen Lebensmittelbuch-Kommission auf der Grundlage von § 33 LMBG/§ 16 LFGB beschlossen wurden bzw. werden, stützen kann (vgl. BayVGh, U.v. 17.5.2000 – 25 B 97.3555 – juris Rn. 15 m.w.N.). Aufgabe dieser Leitsätze ist es, die Verkehrsauffassung hinsichtlich der den Wert bildenden „Merkmale“ eines Lebensmittels, einschließlich seiner Herstellung, zu beschreiben (vgl. Meyer in Meyer/Strein, LFGB, 2. Aufl. 2012, § 15 Rn. 3). Sie begründen als "Sachverständigengutachten von besonderer Qualität" eine Vermutung, was der Verbraucher von einem nach Herstellung, Beschaffenheit und sonstigen Merkmalen in den Leitsätzen beschriebenen Lebensmittel erwartet (vgl. BVerwG, U.v. 10.12.1987 – 3 C 18.87 – juris Rn. 34; B.v. 18.10.2000 – 1 B 45.00 – juris Rn. 9).

25 Vorliegend sind insoweit einschlägig die „Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse“ vom 27./28. November 1974 (Beilage zum BAnz. Nr. 134 vom 25.7.1975, GMBI. S. 489), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 8. Januar 2010 (BAnz. Nr. 16 vom 29.1.2010, GMBI S. 120 ff.).

26 **2.3** Über Bezeichnungen, Angaben und Aufmachung der Produkte besagen diese Leitsätze u.a. Folgendes:

2.12:

27 *Fleischerzeugnisse mit hervorhebenden Hinweisen wie Delikatess-, Feinkost-, Gold-, prima, extra, spezial, fein, la, ff oder dgl. oder in besonders hervorhebender Aufmachung (z.B. goldfarbene Hülle) unterscheiden sich von den unter der betreffenden Bezeichnung sonst üblichen Fleischerzeugnissen, abgesehen von einem hohen Genusswert, durch besondere Auswahl des Ausgangsmaterials, insbesondere höhere Anteile an Skelettmuskulatur. ...*

28 *Sofern in den Leitsätzen keine besonderen Feststellungen getroffen sind, liegt der Anteil an bindegewebeisweißfreiem Fleischeiweiß in diesen Fällen (2.12) absolut um ein Zehntel (z.B. 11 statt 10 %) bezogen auf Fleischeiweiß histometrisch um 10 % (z.B. 80 statt 70 Vol.- %), chemisch um 5 % (z.B. 75 statt 70 %) höher.*

29 *Bei Erzeugnissen, bei deren Herstellung gemäß der Bezeichnung üblicherweise schon bestes Ausgangsmaterial verwendet wird, stellen hervorhebende Zusatzbezeichnungen einen verstärkten Hinweis darauf dar, dass diese Erzeugnisse aus bestem Ausgangsmaterial hergestellt sind.*

2.18:

30 *Fleischerzeugnisse werden nur dann zu anderen Fleischerzeugnissen oder Erzeugnissen mit einem Zusatz von Fleisch und Fleischerzeugnissen umgearbeitet, wenn sie*

31

*–nicht wertgemindert und*³²

–in der Herstellungsstätte verblieben oder aus Verkaufsstätten von wertgeminderter Ware streng getrennt und unbeeinträchtigt zurückgeliefert worden sind,

33 *–im Enderzeugnis keine Minderung des Nähr- und Genusswertes bedingen und*
34 *–von Hüllen befreit worden sind.*

35 *Geräucherte Würstchen in Schaf-Saitlingen, Schweine-Saitlingen oder Hautfaseraitlingen werden mit Hüllen nur zu solchen Erzeugnissen verarbeitet, die dem Verbraucher als geringwertig bekannt zu sein pflegen, und nur in Mengen bis zu 2%.*

2.22:

36 *„Brühwürste“ sind durch Brühen, Backen, Braten oder auf andere Weise hitzebehandelte Wurstwaren, bei denen zerkleinertes rohes Fleisch mit Kochsalz und ggf. anderen technologisch notwendigen Salzen meist unter Zusatz von Trinkwasser (oder Eis) ganz oder teilweise aufgeschlossen wurde und deren Muskeleiweiß bei der Hitzebehandlung mehr oder weniger zusammenhängend koaguliert ist, sodass die Erzeugnisse bei etwaigem erneutem Erhitzen schnittfest bleiben. ...*

37 *„Brät“ ist*

38 *- das unter Zusatz von Trinkwasser und Salzen zerkleinerte rohe Fleisch,*
39 *- die für die Brühwurstherstellung zum Abfüllen hergestellte Rohmasse. ...*

40 Maßgeblicher Unterschied zwischen Produkten von einfacher oder mittlerer Qualität und qualitativ hochstehenden Fleischerzeugnissen, die mit hervorhebenden Hinweisen ausgelobt werden dürfen, ist somit das Ausgangsmaterial. Diese Erzeugnisse zeichnen sich insoweit durch eine besondere Auswahl, vor allem höhere Anteile an Skelettmuskulatur, und/oder einen höheren BEFFE-Wert aus oder es handelt sich um solche Erzeugnisse, die ohnehin "üblicherweise" unter Verwendung von bestem Ausgangsmaterial hergestellt werden. Sinn und Zweck des Leitsatzes Nr. 2.12 ist in erster Linie die Kenntlichmachung der besonderen Qualität eines solchen Produkts; der hervorhebende Hinweis soll dem Durchschnittsverbraucher die Unterscheidung zwischen dem sonst üblichen Produkt und dem durch den Hinweis gekennzeichneten qualitativ höherwertigen Fleischerzeugnis ermöglichen.

- 41 **3.** Gemessen an diesen Anforderungen entspricht das streitgegenständliche Produkt der Klägerin mit seiner Auslobung als „Spitzenqualität“ nicht der Verbrauchererwartung.
- 42 **3.1** Soweit die Klägerin und das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil bezüglich der Verbrauchererwartung allein den Anteil an bindegewebeiseiweißfreiem Fleischeiweiß (sog. BEFFE-Wert) als aus der Sicht der Verbrauchererwartung qualitätsbestimmendes Merkmal eines als solches ausgelobten Spitzenprodukts ansieht (UA S. 10 f.), teilt der Senat diese Auffassung nicht. Denn allein ein im Vergleich zu einfacher oder durchschnittlicher Ware höherer BEFFE-Wert rechtfertigt diese Auslobung nicht. Das ergibt sich bereits aus der Formulierung des Leitsatzes Nr. 2.12, wo vermerkt wird, Qualitätsmerkmal sei neben dem hohen Genusswert „insbesondere“ der höhere Anteil an Skelettmuskulatur. Hieraus ist zu schließen, dass der BEFFE-Wert nur ein Kriterium unter mehreren ist, die erst zusammen die besondere Qualität des Endprodukts ausmachen und damit eine entsprechend hervorhebende Auslobung erlauben. Darüber hinaus fordert die genannte Nummer der Leitsätze besondere Analysenwerte für diese Produkte bezüglich des BEFFE-Werts. Der Umstand, dass diese Werte in einem besonderen Absatz ohne Bezug zu den beiden vorgenannten Voraussetzungen aufgeführt sind, belegt ebenso, dass es sich hierbei nicht um eine Klarstellung zu diesen sonstigen Voraussetzungen, sondern um ein eigenständiges, zusätzliches Qualitätskriterium handelt. Bei alleiniger Fokussierung auf den BEFFE-Wert würden demgegenüber der Verarbeitungsvorgang und die verwendeten Ausgangsmaterialien zu Unrecht vernachlässigt. Gerade auch hierauf beziehen sich jedoch die vorbeschriebenen Leitsätze.
- 43 Legt man deren Maßstäbe zugrunde, spricht gegen die Ansicht, dass bei Wiederverwendung von bereits erhitztem Brät lediglich „Spitzenqualität“ ohne Qualitätsverlust zu „Spitzenqualität“ weiterverarbeitet werde, zudem, dass die mit wiederverarbeitetem Brät hergestellte Brühwurst in Bezug auf das Ausgangsmaterial die Anforderungen des Leitsatzes Nr. 2.22 nicht mehr erfüllen kann. Denn sie kann – unabhängig vom Umfang der Zugabe von wiederverarbeitetem, bereits gebrühtem Brät – schon denotwendig nicht die in diesem Leitsatz für Brühwürste vorgesehenen besonderen Verarbeitungseigenschaften des aus zerkleinertem, rohem Fleisch unter Zusatz von Trinkwasser und Salzen hergestellten Bräts aufweisen. Insofern kann aber bezogen auf die Qualität des Endprodukts nicht mehr von der Verwendung von bestem oder besonders ausgewähltem Ausgangsmaterial bei der Herstellung gesprochen werden (wie hier auch OVG NRW, B.v. 12.10.2010 – 13 A 567/10 – juris Rn. 51).

- 44 Ebenso wenig kann angenommen werden, dass bei der Wiederverwendung bereits erhitzten Bräts im Herstellungsvorgang Gleiches zu Gleichem weiterverarbeitet würde. Denn Brät, das aus zerkleinertem, rohem Fleisch unter Zusatz von Trinkwasser und Salzen hergestellt wurde, ist nicht identisch mit bereits zuvor erhitztem, erneut zerkleinertem Brät. Zudem führt eine Zugabe derartiger Produkte in größerer Menge zu einem anders auszulobenden Produkt (vgl. Leitsätze Nr. 2.18). Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung insoweit zu Recht darauf verwiesen, dass die Wiederverarbeitung von Teilen der Produktion vor dem Hintergrund der im Leitsatz Nr. 2.18 geforderten Sortenreinheit letztlich auch zu einem Dokumentationsproblem führt (vgl. Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 11.3.2013, S. 4).
- 45 **3.2** Vor diesem Hintergrund ist im Ergebnis rechtlich irrelevant, ob die Wiederverwendung bereits erhitzten Bräts im Endprodukt sensorisch oder histologisch erkennbar ist. Ebenso kommt es nicht darauf an, dass der Genusswert – unstreitig – durch die Wiederverwendung bereits erhitzten Bräts nicht gemindert wird. Denn die maßgebliche Verbrauchererwartung kann nicht allein an diesen Kriterien festgemacht werden. Sie orientiert sich nämlich vor allem auch an einer Qualität des Endprodukts, die sich aus der Art und Qualität der verwendeten Ausgangsmaterialien ableitet. So zeigt der Leitsatz Nr. 2.22 beispielhaft, dass auch grundlegende Anforderungen an die Rezeptur eines Fleischerzeugnisses von der Verbrauchererwartung mitumfasst sind. Insoweit ist deshalb der Hinweis der Klägerin auf die Rezepturfreiheit unbehelflich.
- 46 **3.3** Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht auf eine im Lauf der Zeit veränderte Verbrauchererwartung berufen. Dies belegt u.a., dass die Verwendung von sog. Rework bei der Herstellung von als solcher ausgelobten Spitzenqualität vor der letzten Änderung der Leitsätze Thema auf der 55. Sitzung des Fachausschusses „Fleisch und Fleischerzeugnisse“ der Deutschen Lebensmittelbuch-Kommission (am 20.1.2009) war, sich die Lebensmittelindustrie dort aber mit der Auffassung, dass die Verwendung von Rework eine Auslobung des Endprodukts als Spitzenqualität nicht hindere, nicht durchsetzen konnte. Das Protokoll dieser Sitzung vermerkt vielmehr ausdrücklich, dass „die Wiederverarbeitung von Kappen und Fehlschnitten zu Spitzenerzeugnissen bislang nicht üblich ist“. Die Abstimmung über einen Änderungsantrag führte zu dessen Ablehnung. Eine weitere Änderung der Leitsätze im Sinn der Auffassung der Klägerin mit einer Neudefinition von Spitzenerzeugnissen ist bisher nicht erfolgt.

- 47 Dies steht auch im Einklang mit den fachlichen Äußerungen des Arbeitskreises der auf dem Gebiet der Lebensmittelhygiene und der Lebensmittel tierischer Herkunft tätigen Sachverständigen (ALTS), der sich zuletzt im Rahmen seiner 59. Arbeitstagung (12. - 14.6.2006 in Berlin) mit dieser Problematik befasst hat. Die als Ergebnisprotokoll veröffentlichte „Wiederverarbeitete Brühwurst – Deklaration“ schließt entgegen einem zur Diskussion gestellten Gegenantrag mit dem Beschluss, wonach Brühwurst, die unter Verwendung von „Bruchware“ hergestellt wird, nicht als „Spitzenqualität“ in den Verkehr gebracht werden darf. Zum Begriff „Bruchware“ wird in dieser Deklaration im Übrigen nicht weiter zwischen sog. Platzern und anderen zur Wiederverarbeitung bestimmten Teilen der Produktion (Retouren, Anschnitte) unterschieden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Begriff hier als Synonym für die Sammelbezeichnung „Rework“ verwendet wird. Einen Hinweis hierauf liefert auch die abschließende Angabe, dass die Frage, in welcher Menge eine Wiederverarbeitung von Fleischerzeugnissen ohne Hülle zu Mittel- und Einfachqualitäten als zulässig angesehen werden kann, an die Lebensmittelbuch-Kommission herangetragen werden soll.
- 48 Angesichts der vorstehend dargestellten Haltung der Deutschen Lebensmittelbuch-Kommission kann der Beschluss der ALTS auch nicht als eine nicht repräsentative Einzelmeinung abgetan werden. Vielmehr liefern diese Äußerungen aus den einschlägigen Fachkreisen ein beredtes Bild der gängigen Verbrauchererwartung.
- 49 Sollte es zutreffen, dass die Behörden längere Zeit gegen die streitbefangene Auslobung des Produkts der Klägerin oder gegen die Auslobung gleichartiger Produkte anderer Hersteller nicht vorgegangen sind – was im Übrigen vom Beklagten insbesondere für den Zeitraum vor 2006 ausdrücklich bestritten wird (vgl. Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 11.3.2013, S. 5) –, besagt dies nichts darüber, ob sich der Verbraucher aufgrund der Produktbezeichnung (möglicherweise über einen längeren Zeitraum) fehlerhafte Vorstellungen über das Produkt gemacht hat (vgl. BVerwG, B.v. 5.4.2011 – 3 B 79/10 – juris Rn. 8). Ebenso wenig begründet dies die Annahme, die Verbrauchererwartung habe sich über diesen Zeitraum maßgeblich verändert.
- 50 **3.4** Eine Analogie zu den Leitsätzen des Deutschen Lebensmittelbuchs für Brot und Kleingebäck kommt nicht in Betracht. Dies folgt bereits aus der Unterschiedlichkeit der beiden Lebensmittelbereiche, der die Deutsche Lebensmittelbuch-Kommission

durch die Herausgabe von bereichsspezifischen Leitsätzen Rechnung getragen hat. Darüber hinaus ist nach diesen Leitsätzen die Mitverwendung von „verkehrsfähigem hygienisch einwandfreiem Brot bei der Brotherstellung ...üblich“, und damit ausdrücklich zugelassen. Bei Weizenbrot darf der Anteil bis zu 6% ausmachen, bei Roggenbrot sogar bis zu 20% (vgl. Leitsatz Nr. I.2 der Leitsätze für Brot und Kleingebäck). Besondere Voraussetzungen für die Auslobung von Spitzenqualitäten enthalten diese Leitsätze jedoch nicht. Auch vom Inhalt her sind sie deshalb mit den Leitsätzen für Fleisch und Fleischerzeugnisse nicht vergleichbar.

- 51 **3.5** Schließlich greifen auch die von der Klägerin geltend gemachten Nachhaltigkeitsgesichtspunkte für die lebensmittelrechtliche Beurteilung nicht durch. Die Weiterverarbeitung von bereits erhitztem Brät zu einem Produkt durchschnittlicher Qualität ist ohne weiteres möglich. Dieses wäre dann entsprechend zu vermarkten. Es mag zutreffen, dass die großen Lebensmittel-Discounter nur noch als solche ausgelobte „Spitzenware“ in ihr Sortiment aufnehmen und hierdurch Monobetriebe entstanden sind, die ausschließlich derartige Ware herstellen. Gleichwohl handelt es sich bei Fleischerzeugnissen, die nicht als Spitzenqualität o.ä. ausgelobt werden, grundsätzlich um marktgängige Ware; diese Produkte können ohne weiteres als einfache oder mittlere Qualitätserzeugnisse verkauft werden. Sofern es aktuell hierfür keine Absatzkanäle im Handel geben sollte, ist dies für die lebensmittelrechtliche Beurteilung irrelevant. Eine Verpflichtung, die Verbrauchererwartung an ein bestimmtes Produkt im Hinblick auf eventuelle Probleme bei der Vermarktung anders zu definieren und im Ergebnis „herabzustufen“, folgt hieraus jedenfalls nicht.
- 52 Nachdem die Weiterverarbeitung von erhitztem Brät keineswegs verboten ist, besteht auch kein Widerspruch zu den lebensmittelhygienerechtlichen Regelungen des Gemeinschaftsrechts (Verordnung [EG] Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates mit spezifischen Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs vom 29.4.2004 ABI EG Nr. L 139 S. 55). Diese Regelungen schweigen sich dazu aus, wie weiterverarbeitete Fleischerzeugnisse ausgelobt werden dürfen.

- 53 4. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens gemäß § 154 Abs. 1 VwGO, bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens folgt die Kostenentscheidung aus § 155 Abs. 1 VwGO.
- 54 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO, § 708 Nr. 10 ZPO.
- 55 Der Senat misst der zur Entscheidung gestellten Rechtsfrage zu den Voraussetzungen für die Auslobung von Fleischerzeugnissen als Spitzenqualität insbesondere mit Blick auf den Vortrag der Klägerin zur aktuellen Situation im Handel grundsätzliche Bedeutung bei. Die Revision war deshalb gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen.

Rechtsmittelbelehrung:

- 56 Nach § 139 VwGO kann die Revision innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) schriftlich eingelegt werden. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig (Postfachanschrift: Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig), einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.
- 57 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

58 Graf zu Pappenheim

Priegl

Lotz-Schimmelpfennig