

BasisVO / LFGB

Streinz / Meisterernst

2021

ISBN 978-3-406-75795-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

hilfreich, wobei die Klassifikation in die eine oder andere Fallgruppe von der **Stärke der Kontamination** abhängen soll: Aufgeführt werden

- „– bestimmte Arten von verschimmelten Lebensmitteln. Dazu können Lebensmittel zählen, die Schimmel enthalten, der nicht direkt sichtbar (z. B. in einer Fruchtfüllung) und kein normales Merkmal des Produkts ist,
- Parasiten in Fisch oder
- Lebensmittel mit einer außergewöhnlich hohen Konzentration an nicht-pathogenen Mikroorganismen.“

Die gebotene einheitliche Auslegung der beiden Tatbestände des Art. 14 Abs. 2 **23** BasisVO führt demnach dazu, dass der Tatbestand des zum Verzehr ungeeigneten Lebensmittels nur dann erfüllt ist, wenn **stoffliche Veränderungen oder Beeinträchtigungen** des Lebensmittels vorliegen (→ Rn. 21; Rn. 25). Unerheblich ist, ob diese für den Verbraucher erkennbar sind, da gerade der nichtsahnende Verbraucher geschützt werden soll.

b) Beurteilung als nicht sicher. Damit ein Lebensmittel als nicht sicher im **24** Sinne des Art. 14 Abs. 1 BasisVO dem Verkehrsverbot unterliegt, muss es als Ergebnis einer Risikomanagemententscheidung (→ Rn. 13 ff.) in den **einen und/oder den anderen** der beiden Tatbestände (→ Rn. 10) des Art. 14 Abs. 2 BasisVO einzustufen sein.

Nicht unter die Vorschrift des Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 BasisVO fallen Fälle, in **25** denen stoffliche Veränderungen bzw. Beeinträchtigungen nicht im Raume stehen (→ 21 ff.), sondern die allein Widerwillen oder Aversionen („Ekelfälle“) bei Verbrauchern auslösen können (so auch *Grube*, in: Voit/Grube, LMIV, Art. 24, Rn. 84; *Martell/Wallau*, ZLR 2013, 738, 744; *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 8, Rn. 15; *Meyer*, in: Meyer/Streinz, LFGB/BasisVO/HCVO, Art. 14, Rn. 38 ff.; *Wallau/Roffaël*, LMUR 2018, 93, 96). Die **gegenteilige Auffassung** (*Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 14, Rn. 56a; Ludwig ZLR 2019, 885) stützt sich im Wesentlichen darauf, dass die Vorgaben des Art. 14 Abs. 5 BasisVO und die dort genannten Beispiele stofflicher Veränderungen bzw. Beeinträchtigungen „nur zu berücksichtigen“ seien und leitet daraus ab, dass weitere Kriterien durchaus in die Beurteilung als zum Verzehr ungeeignet einfließen könnten. Dabei wird aber verkannt, dass die Vorschrift der Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 BasisVO insgesamt nur dem (vorbeugenden) Gesundheitsschutz dienen und Fälle reinen Widerwillens oder Ekel nicht vom Schutzzweck der Vorschrift gedeckt sind (→ Rn. 21). Fälle Ekel oder Widerwillen auslösender Herstellung oder Lagerung werden unionsrechtlich ggf. als **Hygieneverstöße** eingestuft, da gem. den Verordnungen (EG) Nr. 852/2004 und (EG) Nr. 853/2004 auch mangelnder Reinigung von Räumen und Ausrüstungsgegenständen und Räumen sowie mangelnder Schutz vor Kontamination untersagt werden (→ § 11 LFGB Rn. 54 ff.). Ggf. kann aber aus massiven Hygieneverstößen abgeleitet werden, dass stoffliche Beeinträchtigungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorlagen (im Ergebnis insoweit richtig *VGH Mannheim*, LMUR 2020, 174 Rn. 21; dazu bedarf es aber entgegen der Annahme des Gerichts keiner erweiternden Auslegung des Art. 14 Abs. 5 BasisVO).

Das Verkehrsverbot des Art. 14 Abs. 1 BasisVO greift somit nur, wenn einer **26** der Tatbestände des Art. 14 Abs. 2 BasisVO erfüllt ist (so auch Leitlinie 2010; Ziff. I.3.2). Daneben gibt es keine Fälle, die von Art. 14 Abs. 1 BasisVO erfasst werden (zur Beweislast → Rn. 92).

c) Nachträgliche Wiederherstellung der Lebensmittelsicherheit. Es ist **27** vorstellbar, dass durch **nachträgliche Maßnahmen** die Gesundheitsschädlichkeit

des Lebensmittels im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO wieder beseitigt wird. Ausdrücklich geregelt ist dies zB in Art. 7 Abs. 2 S. 2 der VO (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien hinsichtlich einer weiteren Verarbeitung der Lebensmittel, die die entsprechende Gefahr beseitigt. Andererseits gilt zB bei Rückständen von Pflanzenschutzmitteln gemäß Art. 19 Abs. 1 VO (EG) Nr. 396/2005 ein ausdrückliches Verbot, nicht verkehrsfähige Erzeugnisse „im Hinblick auf ihr Inverkehrbringen als Lebens- oder Futtermittel und ihre Verfüterung an Tiere zu verarbeiten und/oder zu Verdünnungszwecken mit dem gleichen Erzeugnis oder mit anderen Erzeugnissen zu mischen“. Ob eine nachträgliche Beseitigung einer vorliegenden potentiellen Gesundheitsschädigung in gesetzlich nicht geregelten Fällen möglich ist, bedarf einer eingehenden **Prüfung im Einzelfall**.

- 28 Auch soweit ein zum **Verzehr durch den Menschen ungeeignetes Lebensmittel** im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. b) BasisVO vorliegt, kann im Einzelfall eine nachträgliche Beseitigung der stofflichen Veränderung oder Beeinträchtigung des Lebensmittels die Verkehrsfähigkeit wieder begründen. Dies betrifft allerdings nicht die normale weitere Verwendung zum Verzehr ungeeigneter Lebensmittel, da sonst der Schutzzweck des Art. 14 Abs. 2 Buchst. b) BasisVO nicht erreicht werden könnte. Wird zB verfaultes Fleisch in einem zusammengesetzten Lebensmittel wie einer Suppe weiterverarbeitet, ändert dies nichts daran, dass das Fleisch für den Verzehr durch den Menschen inakzeptabel war und somit auch die Suppe für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet geworden ist.

II. Allgemeine Sicherheitskriterien (Abs. 3)

- 29 Art. 14 Abs. 3 BasisVO nennt allgemeine Kriterien, die „bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist oder nicht, [...] **zu berücksichtigen**“ sind (→ Rn. 16). Sie sind gemeinsam mit den in Art. 14 Abs. 4 und 5 BasisVO genannten speziellen Lebensmittelsicherheitskriterien in die Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel nicht sicher ist, einzustellen.
- 30 **1. Die normalen Bedingungen der Verwendung von Lebensmitteln (Abs. 3 Buchst. a)).** Bei der Beurteilung der Lebensmittelsicherheit sind die **normalen Bedingungen** der Verwendung eines Lebensmittels zugrunde zu legen. Abzustellen ist auf die Verwendung durch den Verbraucher oder in der Lebensmittelkette auf die normalen Verwendungsbedingungen auf der jeweiligen Produktions-, Verarbeitungs- oder Vertriebsstufe (→ Rn. 35; 75 f.).
- 31 „Normale Bedingungen“ entsprechen der **bestimmungsgemäßen** Verwendung des Lebensmittels. Zugrunde zu legen ist der aus **objektiverer Sicht zu erwartende Gebrauch**. Dementsprechend wird auch in Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) und b) BasisVO auf „wahrscheinliche“ Auswirkungen abgestellt. Die Annahme von Rathke (Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 14 BasisVO, Rn. 15; geteilt vom VG München, LMRR 2009, 93) zu den normalen Bedingungen gehöre auch – analog zur Lebensmitteldefinition des Art. 2 S. 1 BasisVO – die Verwendung, die nach vernünftigem Ermessen zu erwarten sei, findet keine Stütze in dem Wortlaut der Vorschrift und ist daher abzulehnen. Im Hinblick auf Art. 2 S. 1 BasisVO wäre im Übrigen eher ein Umkehrschluss angebracht. Nicht nur dort, sondern auch an anderer Stelle wird im Unionsrecht zwischen der normalen und der vorhersehbaren Verwendung unterschieden (siehe zB auch Art. 1 Abs. 2 Buchst. c) VO [EG] Nr. 1935/2004 für Lebensmittelbe-darfsgegenstände). In Art. 14 Abs. 3 BasisVO hingegen nicht.

Bei der Beurteilung der Lebensmittelsicherheit sind die „normalen Bedingungen“ der Verwendung durch den **Verbraucher** zugrunde zu legen, soweit es an diesen vertrieben werden soll. Es geht somit weder um die „normale Verwendung“ noch um die „nach vernünftigen Ermessen zu erwartende Verwendung“, sondern ausschließlich um die „normalen Bedingungen“ der Verwendung, dh die objektiv auf der Grundlage der Eigenart des Lebensmittels ggf. unter Einbezug der Herstellerangaben (die ihrerseits gemäß Art. 14 Abs. 3 Buchst. b) BasisVO zu berücksichtigen sind) als **bestimmungsgemäß** anzusehende Verwendung des Lebensmittels (ebenso *Meyer*, in *Meyer/Strein*, LFGB/BasisVO/HCVO, Art. 14 BasisVO, Rn. 8).

Der **Begriff der Verwendung** ist dabei weiter als der des Verzehrs und erfasst auch die Handhabung und Zubereitung von Lebensmitteln, so zB mögliche Kreuzkontaminationen von Lebensmitteln (so auch *Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 14, Rn. 16). Dabei sind aber Vorkenntnisse der Verbraucher zu berücksichtigen (*BGH*, LMRR 2009, 37). So ist zB allgemein bekannt, dass Geflügelfleisch zum einen durcherhitzt werden muss, um ggf. vorhandene mikrobiologische Belastungen abzutöten, zum anderen bei der küchenmäßigen Handhabung rohen Geflügelfleisches verhindert werden muss, dass andere Lebensmittel oder Arbeitsflächen kontaminiert werden.

Durch die Verwendung des **Begriffs „normal“** wird auch der exzessive, übermäßige und nicht bestimmungsgemäße Gebrauch von Lebensmitteln bei der Beurteilung derer Sicherheit ausgeschlossen, so zB exzessiver Alkoholkonsum oder übermäßiger Verzehr bei extrem einseitiger Ernährung (sog. Heavy User). Es ist auf den gewöhnlichen Durchschnittsverbraucher abzustellen.

Hinsichtlich der Beurteilung der Lebensmittelsicherheit von Erzeugnissen, die von einem Lebensmittelunternehmen zum anderen in Verkehr gebracht werden, ist auf die jeweiligen normalen Bedingungen der Verwendung auf der nachgelagerten Stufe der **Lebensmittelkette** abzustellen, ggf. auch auf mehrere Stufen, falls ein Erzeugnis bestimmungsgemäß verschiedene Verarbeitungsstufen durchläuft. Werden zB verschmutzte landwirtschaftliche Erzeugnisse an einen verarbeitenden Lebensmittelunternehmer geliefert, der diese im Rahmen der Produktion sortiert, wäscht, von Fremdkörpern befreit usw., sind die Erzeugnisse auch auf der vorgelagerten Stufe sicher und ihr Inverkehrbringen nicht verboten, da die normalen Bedingungen der Verwendung diese weiteren Arbeitsschritte auf der nachgelagerten Ebene der Lebensmittelkette umfasst (so im Ergebnis auch *Martell/Wallau*, ZLR 2013, 738, 744, die allerdings insoweit fälschlich von einer Wiederherstellung der Sicherheit ausgehen).

2. Dem Verbraucher vermittelte Informationen oder zugängliche Informationen (Abs. 3 Buchst. b). a) Allgemeines. Weiterhin sind bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist oder nicht, die dem Verbraucher **vermittelten Informationen** zu berücksichtigen. Diese können sich, wie durch den Wortlaut klargestellt wird, entweder auf dem Etikett eines vorverpackten Lebensmittels finden oder ihm anderweitig vermittelt werden, zB mündlich bei der Abgabe eines nicht vorverpackten Lebensmittels. Der **Begriff „Etikett“** wird in Art. 2 Abs. 2 Buchst. i) LMIV definiert. Er umfasst „alle Aufschriften, Marken und Kennzeichen, bildlichen oder anderen Beschreibungen, die auf die Verpackung oder das Behältnis des Lebensmittels geschrieben, gedruckt, geprägt, markiert, graviert oder gestempelt werden bzw. daran angebracht sind“ (siehe hierzu *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C

113, LMIV, Art. 2, Rn. 86 ff.). Die betreffenden Angaben sind, soweit sie die Lebensmittelsicherheit begründen, Pflichtangaben iSd Art. 2 Abs. 2 Buchst. c) LMIV und somit gemäß Art. 13 Abs. 1 LMIV „an einer gut sichtbaren Stelle deutlich, gut lesbar und gegebenenfalls dauerhaft anzubringen“ (siehe hierzu *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 13, Rn. 8 ff.).

- 37 **Von wem** dem Verbraucher die Informationen vermittelt werden, schreibt die Regelung nicht vor. Auf dem Etikett werden Angaben typischerweise von dem verantwortlichen Lebensmittelunternehmer gemäß Art. 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Buchst. k) LMIV angebracht. Die Informationen können aber zB auch durch öffentliche Informationskampagnen, zB des Bundesinstituts für Risikobewertung (BfR), die Presse oder auf sonstige Weise vermittelt werden.
- 38 Wie durch die in Art. 14 Abs. 3 Buchst. b) BasisVO genannte zweite Fallalternative der sonstigen dem Verbraucher „normalerweise“ **zugänglichen Informationen** zum Ausdruck kommt, ist nicht immer zwingend erforderlich, dass alle Verbraucher die vermittelten zur Kenntnis nehmen. Ansonsten wäre es sinnlos, dass der Gesetzgeber ggf. auch nur „zugängliche Informationen“ ausreichen lassen will.
- 39 Die vermittelten oder zugänglich gemachten Informationen sind bei der Risikomanagemententscheidung (→ Rn. 13 ff.) betreffend die Sicherheit eines Lebensmittels zu berücksichtigen, je nach Verbreitungsgrad oder Weg der Informationsvermittlung müssen sie mit einem entsprechenden Gewicht in die Entscheidung eingestellt werden. **Auf dem Etikett vermittelte Informationen** sind immer zu berücksichtigen, da der Zugang dieser Informationen von Gesetzes wegen unterstellt wird. Insbesondere ist der Einwand nicht zulässig, der Verbraucher werde entsprechende Hinweise nicht zur Kenntnis nehmen, da damit das gesamte System der Lebensmittelinformation sowie der Funktion von Warnhinweisen obsolet würde (zur Berücksichtigung von Informationen auf dem Etikett siehe *EuGH*, GRUR 2008, 271, Rn. 95 – Knoblauch-Extrakt-Pulver-Kapseln; *EuGH*, GRUR 2015, 701, Rn. 37 – Himbeer-Vanille-Abenteurer; Leitlinie 2010, Ziff. I.3.3; *OLG Frankfurt am Main*, LMRR 1997, 57 zu produkthaftungsrechtlichen Warnhinweisen auf Kindertee unter Bezugnahme auf *BGH*, NJW 1995, 1286).
- 40 Die vermittelten oder dem Verbraucher normalerweise zugänglichen Informationen können sich auf ein bestimmtes Lebensmittel oder eine bestimmte Lebensmittelkategorie, aber auch auf **bestimmte Personengruppen** beziehen und damit die Sicherheit des Lebensmittels begründen (Leitlinie 2010, Ziff. I.3.3), so zB die Angabe „Nicht für Schwangere und immungeschwächte Personen“ auf einem Rohmilchkäse (siehe hierzu *Schumann/Hahn/Hagenmeyer*, ZLR 2019, 373, 382).
- 41 **b) Zubereitungshinweise.** Damit Zubereitungshinweise als Verwendungsbedingungen iSd Art. 25 Abs. 1 LMIV berücksichtigt werden können, müssen sie zum Ausdruck bringen, dass sie „die Vermeidung bestimmter, die Gesundheit beeinträchtigender Wirkungen“ bezwecken (so auch *OVG Lüneburg*, LMRR 2007, 21). Dabei sind aber etwaige Vorkenntnisse, wie das „**allgemeine Gefahrenwissen**“ im Sinne des ProdHaftG (→ Art. 21, Rn. 1 ff.), zu berücksichtigen. So ist für den Durchschnittsverbraucher erkennbar, dass sich die Angabe „Vor dem Verzehr vollständig durcherhitzen“ auf einem Fleischerzeugnis auf die Sicherheit des Erzeugnisses bezieht (siehe *VG Berlin*, LMRR 2012, 147). Sind die Gesundheitsrisiken unbekannt, müssen die Verwendungsbedingungen die Sicher-

heit des betreffenden Lebensmittels oder der Lebensmittelkategorie deutlich ansprechen (ähnlich *BGH*, GRUR 2010, 942, Rn. 22 – Ginkgo-Extrakt). Wenn dem Verbraucher zB nicht bekannt ist, dass bei Kräutertees mikrobiologische Belastungen auftreten können (siehe hierzu BfR Stellungnahme Nr. 045/2005), ist der Hinweis auf dem Etikett „Für einen optimal zubereiteten Tee empfehlen wir diesen mit kochend heißem Wasser zu übergießen und 5 Minuten ziehen zu lassen“ für einen Verbraucher nicht als Information betreffend die Lebensmittelsicherheit erkennbar. Es ist vielmehr ein Wortlaut wie „Immer mit sprudelnd kochendem Wasser aufgießen und mindestens 5 Minuten ziehen lassen! Nur so erhalten Sie ein sicheres Lebensmittel!“ zu wählen (siehe hierzu *VG München*, LMRR 2003, 65).

Oftmals werden Zubereitungshinweise von Herstellern aber auch nur **vorsorglich** angebracht, so zB auf rohen Bratwürsten die Angabe „Nur durchgegart verzehren“, denn das vollständige Durchgaren dürfte bereits zu den normalen Bedingungen der Verwendung einer rohen Bratwurst gemäß Art. 14 Abs. 3 Buchst. a) BasisVO gehören.

Die Übergänge zu einer **Gebrauchsanleitung** im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Buchst. j) iVm Art. 27 LMIV sind fließend. Eine solche ist bei vorverpackten Lebensmitteln eine Pflichtangabe gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. j) LMIV, allerdings nur, „falls es schwierig wäre, das Lebensmittel ohne eine solche angemessen zu verwenden“. Gebrauchsanleitungen dienen primär der sachgerechten Verwendung. Zubereitungshinweise, die die Sicherheit des Lebensmittels betreffen, sind dagegen regelmäßig als notwendige Verwendungsbedingung iSd Art. 9 Abs. 1 Buchst. g, 25 Abs. 1 LMIV anzusehen (so im Ergebnis auch *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 27, Rn. 6; unzutreffend ist allerdings die dortige Behauptung, es sei auf den flüchtigen Verbraucher abzustellen, da auch insoweit Art. 14 Abs. 3 BasisVO greift [→ Rn. 29 ff.]).

c) Angabe von Allergenen. Gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) iVm Anhang II LMIV sind die dort aufgeführten allergenen Stoffe gemäß **Art. 21 LMIV** als Pflichtangabe auf vorverpackten Lebensmitteln (siehe Art. 21 Abs. 2 LMIV) anzugeben und hervorzuheben (siehe hierzu *Meisterernst*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 21, Rn. 1 ff.; *Grube*, in: *Voit/Grube*, LMIV, Art. 21, Rn. 1 ff.; *Hagenmeyer*, LMIV, Art. 21, Rn. 1 ff.). Werden Allergene nicht oder nicht richtig gekennzeichnet, kann dies dazu führen, dass die betreffenden Lebensmittel als nicht sicher im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO einzustufen sind. Denn aufgrund der fehlerhaften Pflichtkennzeichnung gemäß Art. 21 LMIV werden die gesetzlich bei vorverpackten Lebensmitteln gemäß Art. 12 Abs. 2 LMIV vorgesehenen Pflichtinformationen, die insoweit dem Schutz von Verbrauchern mit Allergien dienen (siehe Erwägungsgrund 24 LMIV), nicht bereitgestellt. Dementsprechend fehlen notwendige Angaben gemäß Art. 14 Abs. 3 Buchst. b) BasisVO (so auch *Schumann/Hahn/Hagenmeyer*, ZLR 2019, 373, 379).

Es gilt zwar im Grundsatz, dass bei der Beurteilung der Lebensmittelsicherheit auf den gesunden Verbraucher abzustellen ist (→ Rn. 34). Somit sind Lebensmittel, die Allergene enthalten, nicht per se als gesundheitsschädlich im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Buchst. a) BasisVO anzusehen. Allerdings ist gemäß Art. 14 Abs. 4 Buchst. c) BasisVO „die besondere gesundheitliche Empfindlichkeit einer bestimmten Verbrauchergruppe, falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist“ bei der Entscheidung der Frage der Gesundheitsschädlichkeit zu berücksichtigen. Durch die speziellen Kennzeichnungsvorschriften

gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. c), Art. 23 LMIV hat der Gesetzgeber festgelegt, dass **Lebensmittel des allgemeinen Verzehrs** insoweit auch als für Allergiker bestimmt anzusehen sind, die im Hinblick auf ihre besondere gesundheitliche Disposition durch entsprechende Kennzeichnung von den in dem Produkt enthaltenen Stoffen gemäß Anhang II zur LMIV zu warnen sind (vgl. Erwägungsgrund 24 LMIV; siehe hierzu auch *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 21, Rn. 14; zur Frage, ob zusätzlich noch eine Risikobewertung erfolgen muss siehe *Schumann/Hahn/Hagenmeyer*, ZLR 2019, 373).

46 Bei der Vorschrift des Art. 21 LMIV handelt es sich um ein **Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB**. Daneben kommen bei fehlerhafter Allergenkennzeichnung auch produkthaftungsrechtliche Ansprüche in Betracht. Diese können insbesondere auch dann entstehen, wenn Allergene als Kontamination, dh nicht als Zutaten gemäß Art. 21 LMIV, in Lebensmitteln enthalten sind, so zB Reste von Haselnüssen in Schokolade (siehe hierzu *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 21, Rn. 17 ff.; *Foerste*, Allergen-Kennzeichnung: Pflicht – freiwillig – Haftung ZLR 2016, 333).

47 Das **Verhältnis zwischen verpflichtender und freiwilliger Allergenkennzeichnung** (sog. PAL = Precautionary Allergen Labeling) ist nicht eindeutig. Freiwillige Angaben können zum einen als produkthaftungsrechtlicher Warnhinweis im Sinne des § 3 ProdHaftG angesehen werden oder zum anderen als Angabe gemäß Art. 14 Abs. 3 Buchst. b) BasisVO, die erst die Sicherheit des Lebensmittels herbeiführt (zu den verschiedenen Auffassungen der Mitgliedstaaten siehe *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 21, Rn. 26 f.). Richtigerweise dient die freiwillige Allergenkennzeichnung **primär** dem Ausschluss produkthaftungsrechtlicher Ansprüche gegen den Lebensmittelunternehmer gemäß Art. 3 ProdHaftG. Zugleich wird damit aber auch die Sicherheit des betreffenden Lebensmittels und damit dessen Verkehrsfähigkeit gemäß Art. 14 Abs. 3 Buchst. b) BasisVO gewährleistet. Die Angabe ist ein Element der Risikomanagemententscheidung zur Beurteilung der Lebensmittelsicherheit in Verantwortung des Lebensmittelunternehmers gemäß Art. 17 Abs. 1 BasisVO. Insoweit ist von einer **Doppelnatur** der freiwilligen Kennzeichnung auszugehen, die Pflichtkennzeichnung und die freiwillige Kennzeichnung von Allergenen stellen insoweit ein verchränktes und sich wechselseitig ergänzendes System dar (*Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 113, Art. 21, Rn. 31; so auch *Foerste*, Allergen-Kennzeichnung: Pflicht – freiwillig – Haftung ZLR 2016, 333, der auf die Doppelnatur freiwilliger Kennzeichnung abstellt).

48 **d) Verhältnis zum ProdHaftG.** Das ProdHaftG regelt als sog. Gefährdungshaftung eine verschuldensunabhängige Produkthaftung und knüpft dabei allein an den Tatbestand des Inverkehrbringens eines Produktes an. Danach treffen den Lebensmittelunternehmer Konstruktions-, Produktions- und **Instruktionspflichten**. Eine Produktbeobachtungspflicht besteht hingegen nur im Rahmen der deliktischen Produkthaftung gemäß § 823 BGB, die gemäß § 15 Abs. 2 ProdHaftG daneben selbstständig anwendbar bleibt. Angaben gemäß Art. 14 Abs. 3 Buchst. b) BasisVO können zugleich Instruktionspflichten im Sinne des ProdHaftG erfüllen, wie zB vorstehend hinsichtlich der freiwilligen Allergenkennzeichnung dargestellt (→ Rn. 44 ff.).

49 Die Regelungen des ProdHaftG beruhen auf der RL 85/347/EWG, die abschließende Regelungen enthält, die vom nationalen Gesetzgeber nicht modifiziert werden können (*EuGH* NJW 2006, 825; *EuGH* NJW 2015, 927; *Sprau*, in:

Palandt, BGB, ProdHaftG, Einführung, Rn. 2). Bei Instruktionspflichten ist vor solchen Gefahren zu warnen, die nicht zum **allgemeinen Gefahrenwissen** des Adressaten gehören (*BGH*, NJW 1994, 932, 933 bezüglich Gefahren des Dauernuckelns von Kindertees). Auf allgemein bekannte Risiken muss hingegen nicht hingewiesen werden (*OLG Hamm*, NJW 2001, 1654 hinsichtlich der Warnung vor übermäßigem Alkoholkonsum auf Bierflaschen).

III. Spezielle Sicherheitskriterien (Abs. 4, Abs. 5)

Neben den allgemeinen Sicherheitskriterien des Art. 14 Abs. 3 BasisVO sind **50** die speziellen Sicherheitskriterien für gesundheitsschädliche Lebensmittel gemäß Art. 14 Abs. 4 BasisVO und für den Verzehr ungeeignete Lebensmittel gemäß Art. 14 Abs. 5 BasisVO bei der Entscheidung der Frage, ob Lebensmittel nicht sicher sind, zu berücksichtigen.

1. Gesundheitsschädliche Lebensmittel (Abs. 4). Bei der Beurteilung der **51** Frage, ob ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, sind die in Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) bis c) BasisVO genannten speziellen Lebensmittelsicherheitskriterien zu berücksichtigen. Dabei stellt Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) BasisVO auf die weiter benannten Auswirkungen des Lebensmittels auf die Gesundheit einschließlich der nachfolgenden Generationen ab, Art. 14 Abs. 4 Buchst. b) BasisVO auf die wahrscheinlichen kumulativen toxischen Auswirkungen. Hinsichtlich dieser beiden Kriterien gilt, dass Maßstab der Beurteilung grundsätzlich ein **gesunder Verbraucher** ist (Leitlinie 2010, Ziff. I.3.4; *Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 14, Rn. 54; *Meyer*, in: Meyer/Strein, LFGB/BasisVO/HCVO, Art. 14, Rn. 24), zu dem ggf. aber auch Kinder, Schwangere und ältere Personen gehören. Abweichend hiervon ordnet Art. 14 Abs. 4 Buchst. c) BasisVO die Berücksichtigung des Gesundheitszustandes bestimmter Verbrauchergruppen an, „falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist“. In den Fällen, in denen somit eine bestimmte, ggf. besonders vulnerable, Verbrauchergruppe Adressat eines Lebensmittels ist, ist auf diese abzustellen.

a) Allgemeines. Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) und b) BasisVO stellen beide auf **52** die **wahrscheinlichen** Auswirkungen eines Verzehrs des Lebensmittels ab. Dementsprechend reicht es nicht aus, dass die betreffenden Lebensmittel bloß geeignet sind, die Gesundheit zu beschädigen (so aber *Meyer*, in: Meyer/Strein, LFGB/BasisVO/HCVO, Art. 14, Rn. 23). Im Rahmen der Risikobewertung ist demnach zu beurteilen, ob eine Auswirkung auf die menschliche Gesundheit nicht nur fernliegend ist (so im Ergebnis auch *Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 14, Rn. 47). Dabei darf die Risikobewertung nicht auf rein hypothetische Erwägungen gestützt werden (*EuGH*, EuZW 2017, 268 = LMuR 2017, 50, Rn. 60 – Queisser Pharma). Bei der notwendigen Risikomanagemententscheidung ist gemäß Art. 6 Abs. 3 BasisVO auch das Vorsorgeprinzip des Art. 7 BasisVO einzubeziehen (→ Art. 7, Rn. 3 ff.). Danach können „in bestimmten Fällen, in denen nach einer Auswertung der verfügbaren Informationen die Möglichkeit gesundheitsschädlicher Auswirkungen festgestellt wird, wissenschaftlich aber noch Unsicherheit besteht, vorläufige Risikomanagementmaßnahmen zur Sicherstellung des in der Union gewählten hohen Gesundheitsschutzniveaus getroffen werden“ (*EuGH*, EuZW 2017, 268 = LMuR 2017, 50, Rn. 54 – Queisser Pharma). Insoweit ist bei der Anwendung des **Vorsorgeprinzips** auf das mit dem Verzehr des betreffenden Lebensmittels einhergehende Risiko im Sinne des

Art. 3 Nr. 9 BasisVO abzustellen, dementsprechend muss auch die „Schwere dieser Wirkung als Folge der Realisierung einer Gefahr“ in die Beurteilung eingestellt werden (aA Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 14, Rn. 48, der den Charakter der Einstufung als gesundheitsschädlich als Risikomanagemententscheidung nicht berücksichtigt).

- 53 **b) Auswirkungen des Lebensmittels gemäß Abs. 4 Buchst. a).** Wann Lebensmittel als gesundheitsschädlich anzusehen sind, beurteilt sich gemäß Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) BasisVO zunächst danach, welche Auswirkungen von den Lebensmitteln ausgehen können. Entscheidend sind die „wahrscheinlichen sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels“, wobei sich diese nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers erstrecken, sondern auch auf nachfolgende Generationen.
- 54 **aa) Vorliegen einer Gefahr.** Auswirkungen eines Lebensmittels auf die menschliche Gesundheit entsprechen definitionsgemäß dem Begriff der Gefahr iSd Art. 3 Nr. 14 BasisVO (→ Art. 3 Rn. 47 ff.). Es handelt sich dabei um ein **biologisches, chemisches oder physikalisches Agens** in einem Lebensmittel oder einem Zustand eines Lebensmittels, „der eine Gesundheitsbeeinträchtigung verursachen kann“. Die Gefahr muss sich somit aus der Beschaffenheit des Lebensmittels ergeben. Die Ermittlung des Risikos gemäß Art. 3 Nr. 9 BasisVO drückt die Wahrscheinlichkeit einer die Gesundheit beeinträchtigenden Wirkung aus (→ Art. 3 Rn. 47 ff.). Bei einem physikalischen Agens wird es dabei in der Regel auf die sofortigen Auswirkungen ankommen, ebenso bei einem biologischen Agens. Die weiteren Kriterien der kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen, einschließlich der nachfolgenden Generationen, sind hauptsächlich bei einem chemischen Agens relevant.
- 55 Ein **physikalisches Agens** kann zB ein Fremdkörper sein, so zB ein Glassplitter in einer Gemüsekonserve, der bei Verzehr Verletzungen im Mund- und Rachenraum oder im Magen-Darm-Trakt hervorrufen kann. Ein **biologisches Agens** kann zB in einer mikrobiologischen Belastung des Lebensmittels mit Krankheitserregern, wie Salmonellen, liegen. Diesbezüglich sind die besonderen Vorgaben der VO (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien zu beachten (→ Rn. 101 ff.). Auch Kontaminationen mit Krankheitserregern durch Ausscheidungen von Schädlingen oder aufgrund der Übertragung durch Menschen stellen ein biologisches Agens dar. Ein **chemisches Agens** kann zB in einem in dem Lebensmittel enthaltenen Stoff, der sich dort aufgrund der Zubereitung gebildet hat (so zB Acrylamid, das bei der Maillard-Reaktion in stärkehaltigen Produkten entsteht) oder aufgrund des Eintrags von Chemikalien oder Pflanzenstoffen in ein Lebensmittel, so zB beim Eintrag von Pyrrolizidinalkaloiden (PAs) in Kräuter (siehe hierzu BfR-Stellungnahme 018/2013).
- 56 Bei Vorliegen eines **biologischen Agens** ist zu prüfen, ob zB vorgefundene Keimzahlen nur Anhaltspunkte dafür geben, die Einhaltung der hygienerechtlichen Vorschriften in einem Lebensmittelunternehmen zu überprüfen und ggf. zu optimieren oder ob das Vorhandensein der Keime bereits eine sofortige und/oder kurzfristige Gesundheitsgefahr hervorruft. Denn die Vorschriften zur **Lebensmittelhygiene** dienen in ihrer Gesamtheit auch der Herstellung sicherer Lebensmittel (siehe hierzu *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 8, Rn. 18 ff.). In der Praxis spielen auch Leitlinien gem. Art. 7 ff. HygieneVO (EG) Nr. 852/2004 und Empfehlungen wissenschaftlicher Gesellschaften wie zB der Deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie e.V. (DGHM-Leitlinien) eine wichtige Rolle, die aber