

# Beanstandungen

## Die Gegenprobe im Gemeinschaftsrecht

*Carsten Oelrichs, Klaus Alfred Schroeter*

### 1 Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen der Probenahme durch die amtliche Lebensmittelüberwachung

Der 7. Abschnitt im LFGB (§§ 38 ff.) regelt die Durchführung der amtlichen Lebensmittelüberwachung in Deutschland. Zu einer sachgerechten Überwachungstätigkeit gehört auch die Kontrolle anhand der Untersuchung von Lebensmittelproben<sup>1</sup>. Die Befugnis zur Ziehung und Untersuchung von Lebensmittelproben ergibt sich dabei aus § 42 Abs. 2 Nr. 5 i.v.M. § 43 LFGB. Die untersuchten Proben können dann als Beweismittel Grundlage der Einleitung präventiver Verwaltungsmaßnahmen gegen die Lebensmittelunternehmen oder repressiver Sanktionen gegen deren lebensmittelrechtlich verantwortliche Personen sein (vgl. insb. §§ 39 Abs. 2, 58 ff. LFGB).

#### a) Die Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG vom 14. Juni 1989

Ihre gemeinschaftsrechtliche Grundlage fand die Befugnis zur amtlichen Probenahme zunächst in Art. 5 Nr. 2 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 89/397/EWG über die amtliche Lebensmittelüberwachung vom 14. Juni 1989<sup>2</sup>. Deren Art. 7 Abs. 1 S. 2 hielt zugleich fest, dass „die Mitgliedstaaten die erforderlichen Vorkehrungen treffen, damit die Betroffenen gegebenenfalls ein Gegengutachten einholen können“. Ergänzend bestimmte Art. 12 Abs. 1 der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG: „Die Mitgliedstaaten treffen alle erforderlichen Maßnahmen, damit die von der Überwachung betroffenen natürlichen und juristischen

---

<sup>1</sup> Siehe dazu etwa *Zipfel/Rathke*, § 43 LFGB Rdnr. 6.

<sup>2</sup> Richtlinie 89/397/EWG des Rates vom 14. Juni 1989 über die amtliche Lebensmittelüberwachung, ABl. L 186 vom 30.6.1989, S. 23.

*Personen ein Rechtsmittel gegen Maßnahmen einlegen können, die von der für die Durchführung der Überwachung zuständigen Behörden getroffen worden sind“.*

### **b) Die Überwachungsverordnung (EG) Nr. 882/2004 vom 19. April 2004**

Durch Art. 61 der sog. ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004<sup>3</sup> wurde die Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG mit Wirkung zum 1. Januar 2006 aufgehoben. Eine nachhaltige inhaltliche Änderung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben über die Probenahme war damit jedoch nicht verbunden. Nach Art. 11 Abs. 5 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 legen die zuständigen Behörden nämlich *„angemessene Verfahren fest, um das Recht der Futtermittel- und Lebensmittelunternehmer, deren Produkte Gegenstand von Probenahme und Analyse sind, ein zusätzliches Sachverständigengutachten zu beantragen, zu gewährleisten, und zwar unbeschadet der Verpflichtung der zuständigen Behörden, im Notfall Sofortmaßnahmen zu treffen“*. Ferner stellen sie nach Art. 11 Abs. 6 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 insbesondere sicher, dass *„Futtermittel- und Lebensmittelunternehmer eine ausreichende Zahl von Proben für ein zusätzliches Sachverständigengutachten erhalten können, es sei denn, dies ist nicht möglich, wie im Fall leicht verderblicher Produkte oder wenn nur eine sehr geringe Menge Substrat verfügbar ist“*. Auch aus Erwägungsgrund 43 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 ergibt sich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Neuregelung in der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 nicht von den bisherigen Grundsätzen bei der Probenahme abweichen, sondern an diesen weiterhin festhalten wollte. Dieser Erwägungsgrund betont: *„Unternehmer sollten gegen die Entscheidungen, die die zuständigen Behörden aufgrund der Ergebnisse amtlicher Kontrolle erlassen haben, Rechtsmittel einlegen können und über dieses Recht informiert werden“*.

Festzuhalten ist daher, dass die mit der amtlichen Lebensmittelüberwachung beauftragten Behörden den betroffenen Unternehmen sowohl nach altem als auch nach neuem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich die Möglichkeit zur Untersuchung von Gegenproben einzuräumen haben, damit diese ihre Rechtspositionen effektiv verteidigen können<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz, ABl. L191 vom 28. Mai 2004, S. 1.

<sup>4</sup> Siehe etwa *Zipfel/Rathke*, § 43 LFGB Rdnrn. 52 f.

### c) Die nationale Umsetzungsregelung in § 43 LFGB

Um den Betroffenen im Beanstandungsfall die gemeinschaftsrechtlich vorausgesetzte Entlastungsmöglichkeit durch Untersuchung einer Gegenprobe einzuräumen, ist nach § 43 Abs. 1 LFGB mit der Befugnis der Behörden zur Probenahme ihre grundsätzliche Verpflichtung verbunden, eine Gegenprobe zurückzulassen. Auf diese Gegenprobe kann nach dem Gesetzeswortlaut (nur) der Hersteller verzichten. Mit Blick auf die vorgenannten Rechtsakte der Gemeinschaft bestimmt § 43 LFGB die Voraussetzungen zur Einholung eines Gegengutachtens jedoch nur cursorisch. So regelt § 43 Abs. 2 LFGB lediglich die Modalitäten der Versiegelung von Proben, die bei der amtlichen Lebensmittelüberwachung zurückgelassen werden. § 43 Abs. 3 LFGB begründet für den Lebensmittelunternehmer, bei dem die Probe zurückgelassen worden ist und der nicht Hersteller des beprobten Lebensmittels ist, die Verpflichtung, diese sachgerecht zu lagern und aufzubewahren und sie auf Kosten des Herstellers und auf dessen Gefahr einem vom Hersteller bestimmten, nach lebensmittelrechtlichen Vorschriften zugelassenen privaten Sachverständigen zur Untersuchung auszuhändigen. Allerdings lässt das LFGB offen, wie Hersteller und ggf. auch andere betroffene Lebensmittelunternehmer von der Probenahme informiert werden, um auf diese Weise auch sicherzustellen, dass im Beanstandungsfall eine Entlastung durch Untersuchung der Gegenprobe möglich bleibt.

## 2 Das Recht auf Gegenprobe im gerichtlichen Verfahren

Diese „Lücke im LFGB“ hat in der Vergangenheit immer wieder zu erheblichen Problemen in der Praxis geführt, weil es zu präventiven Verwaltungsmaßnahmen oder repressiven Sanktionen gegen Lebensmittelhersteller und -händler bzw. deren lebensmittelrechtlich verantwortliche Personen kam, die nicht oder zu spät (d. h. häufig erst nach Vernichtung der Gegenprobe) von der Probeziehung informiert wurden, so dass ihnen eine Entlastungsmöglichkeit durch Untersuchung der zurückgelassenen Gegenprobe versagt blieb.

### a) Das Recht auf Gegenprobe im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren

aa) So war im sog. Steffens-Fall<sup>5</sup> im September 2000 gegen den lebensmittelrechtlich Verantwortlichen einer Wurstproduzentin wegen einer vermeintlich fehlerhaften Kennzeichnung eine Geldbuße verhängt worden. Gestützt wurde die behördliche Beanstandung auf eine im Einzelhandel gezogene Probe. Zwar wurde dort eine Gegenprobe entsprechend der damals relevanten Bestimmung nach § 42 Abs. 1 LMBG (heute § 43 Abs. 3 LFGB) zurückgelassen. Aber die Herstellerin erhielt die Gegenprobe weder zur Untersuchung noch wurde sie von der zuständigen Behörde über die Probenahme informiert, zumal eine entsprechende Verpflichtung in der deutschen Umsetzungsregelung damals auch nicht vorgesehen war. Das mit dem Einspruch gegen den Bußgeldbescheid befasste Amtsgericht sah hierin einen möglichen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 der damals geltenden Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG. Es kam zu dem Schluss, dass diese Regelung – anders als es der Wortlaut des § 42 Abs. 1 LMGB vorsah – zu Gunsten des Herstellers gegebenenfalls ein Recht auf Einholung eines Gegengutachtens begründe. In diesem Fall hätte es an einer vollständigen Umsetzung der Probenahmeregulation aus der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG in das (damalige) LMBG gefehlt, so dass der Betroffene sich gegebenenfalls unmittelbar auf die Richtlinienregelung hätte berufen und möglicherweise auch ein Verwertungsverbot hätte geltend machen können. Daher legte das Amtsgericht dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor. Zum einen wollte es geklärt wissen, ob sich *aus dem Gemeinschaftsrecht ein unmittelbar anwendbares Recht* für den Betroffenen auf Einholung eines Gegengutachtens ergibt, und – sofern dies bejaht würde – ein *Verwertungsverbot* für Gutachten bestünde, die auf staatlich veranlassten Probenahmen beruhten, wenn dem Hersteller nicht die Möglichkeit zur Einholung eines Gegengutachten eingeräumt worden sei.

bb) Der EuGH bejahte die erste Frage. Er schloss sich der Auffassung der Kommission und der italienischen Regierung an und betonte, dass sich bereits aus dem o.g. Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG (auch in den unterschiedlichen Sprachfassungen) ergebe, dass dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer ein Recht auf Einholung eines Gegengutachtens einzuräumen sei. Hierfür spreche – so betonte der EuGH<sup>6</sup> – auch der

---

<sup>5</sup> Siehe EuGH, Urt. v. 10.04.2003 – C-276/01 – LRE, Bd. 45, Nr. 31 (S. 256) – Steffens.

<sup>6</sup> EuGH, LRE Bd. 45, Nr. 31, Rdnr. 45 – Steffens.

systematische Zusammenhang der Regelung mit Art. 12 Abs. 1 der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG und insb. deren 13. Erwägungsgrund, in dem der Gemeinschaftsgesetzgeber betont habe, dass „*die legitimen Interessen der Betriebe, insbesondere das Recht auf Betriebsgeheimnis und die Einlegung eines Rechtsmittels, zu schützen*“ seien. Nach Auffassung des EuGH stand dem Recht auf Gegenprobe auch nicht entgegen, dass in Art. 7 das Adverb „*gegebenenfalls*“ verwendet wurde. Dies weise nur darauf hin, dass der Betroffene die Wahl haben müsse, ob er ein Gegengutachten einholen wolle. Damit würde lediglich klargestellt, dass nicht von Amts wegen ein Gegengutachten eingeholt werden müsse<sup>7</sup>. Da sich aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 7 und Art. 12 der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG ergebe, dass die Regelung insgesamt die legitimen Interessen der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer („*die Betroffenen*“) schützen wolle, können sich nicht nur der Händler, bei dem die Probe gezogen worden ist, sondern auch der Hersteller und seine lebensmittelrechtlich Verantwortlichen unmittelbar auf die Gemeinschaftsregelung berufen<sup>8</sup>.

Später hat der EuGH in seinem Beschluss „Gegengutachten“ vom 19. Mai 2009<sup>9</sup> dann folgerichtig ergänzt, dass nicht nur der Hersteller, sondern auch eine Importgesellschaft und deren lebensmittelrechtlich verantwortlicher Geschäftsführer, der für den Zustand und die Etikettierung straf- oder bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, als „*Betroffene*“ i. S. v. Art. 7 Abs. 1 der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG anzusehen ist.

cc) Zur zweiten Vorlagefrage stellte der EuGH im Steffens-Verfahren fest, dass eine Gemeinschaftsregelung insoweit nicht einschlägig sei. Die Klärung der Verfahrensmodalitäten sei deshalb Sache des jeweiligen Mitgliedstaates<sup>10</sup>. Dieser müsse aber die Einhaltung des Effektivitäts- und des Äquivalenzgrundsatzes sicherstellen, d. h. gewährleisten, dass die Geltendmachung der aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte nicht übermäßig erschwert würde bzw. diese nicht weniger leicht geltend zu machen seien als jene nach nationalem Recht<sup>11</sup>. Ob sich ein Beweisverwertungsverbot ergebe, habe daher das vor-

---

<sup>7</sup> EuGH, LRE Bd. 45, Nr. 31, Rdnr. 43 f. – Steffens.

<sup>8</sup> EuGH, LRE Bd. 45, Nr. 31, Rdnr. 49 f. – Steffens; *Wehlau*, § 43 LFGB Rdnr. 8.

<sup>9</sup> EuGH, Beschluss v. 19.5.2009 – Rechtssache C-166/08, abgedruckt in ZLR 2009, 600 – Gegengutachten m. Anm. *Dannecker*.

<sup>10</sup> EuGH, LRE Bd. 45, Nr. 31, Rdnr. 62 f. – Steffens.

<sup>11</sup> EuGH, LRE Bd. 45, Nr. 31, Rdnr. 60, 63. – Steffens.

legende Gericht unter Berücksichtigung der verfügbaren tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte der nationalen Beweisregeln zu prüfen. Hierzu gehöre insbesondere auch das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Dieses Recht beziehe sich auf das Verfahren insgesamt, d. h. auch auf die Art und Weise der Beweiserhebung. Wäre dieser Grundsatz verletzt, wäre das Gutachten als Beweismittel ausgeschlossen<sup>12</sup>.

dd) Offenbar ist das Amtsgericht Schleswig, das sich im vorliegenden Fall an den EuGH gewandt hatte, später davon ausgegangen, dass die fehlende Möglichkeit des Betroffenen zur Untersuchung der Gegenprobe ein faires Verfahren nicht mehr zugelassen habe, und deshalb ein Beweisverwertungsverbot des Untersuchungsgutachten bejaht. Das Einspruchsverfahren wurde nämlich ohne Verurteilung abgeschlossen.

### **b) Das Recht auf Gegenprobe im Verwaltungsrechtstreit**

Diese Grundsätze sind auch auf Verwaltungsverfahren übertragbar, bei denen es um die Überprüfung präventiver Maßnahmen gegen Lebensmittelunternehmer geht.

aa) So hat das OVG Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 29. Oktober 2008<sup>13</sup> – anknüpfend an die Rechtsprechung des EuGH – festgestellt, dass sich Bedenken gegen die Verwertbarkeit einer Probenahme und Untersuchung daraus ergeben können, dass dem Betroffenen bei Probenahme die Möglichkeit verwehrt worden ist, ein zusätzliches Sachverständigengutachten einzuholen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte die zuständige Behörde die Rücknahme aller im Verkehr befindlichen Geflügelfleischprodukte eines Herstellers mit sofortiger Wirkung angeordnet, weil diese eine vermeintlich irreführende Verkehrsbezeichnung aufwiesen. Gestützt wurde die Einschätzung auf eine im Einzelhandel gezogene Probe, die eine andere Bezeichnung nahelegte. Zwar war bei der Probenahme eine versiegelte Gegenprobe zurückgelassen worden. Eine Information des Herstellers hiervon erfolgte jedoch nicht. Um die sofortige Vollziehung der Rücknahmeanordnung zu stoppen, hatte der Hersteller zunächst einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beim VG Düsseldorf gestellt, war dort jedoch erfolglos geblieben. Auf seine Be-

---

<sup>12</sup> EuGH, LRE Bd. 45, Nr. 31, Rdnrn. 64 f. – Steffens.

<sup>13</sup> OVG NRW, Beschluss vom 29.10.2008 – 13 B 1317/08, abgedruckt in ZLR 2009, 370 – Recht auf Gegenprobe m. Anm. *Zechmeister*.

schwerde stellte das OVG die aufschiebende Wirkung wieder her, weil es den Ausgang des Verfahrens als offen ansah. Dabei berücksichtigte es, dass die fehlende Information des betroffenen Herstellers vom Zurücklassen einer Gegenprobe zu einem Verwertungsverbot führen kann, wenn dadurch die Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen nachhaltig beeinträchtigt seien<sup>14</sup>.

bb) Die fehlende Information des Herstellers über die Probenahme könne – so führte das OVG aus – einen Verstoß der Behörde gegen das Recht auf Gegenprobe des betroffenen Unternehmers aus Art. 11 Abs. 5 und 6 der zwischenzeitlich in Kraft getretenen ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 darstellen. Die Verpflichtung der Behörden, den betroffenen Unternehmern die Möglichkeit zu verschaffen, ein zusätzliches Sachverständigengutachten einzuholen, beinhalte bei summarischer Betrachtung nämlich auch die Pflicht, diese von der Probenahme zeitnah zu benachrichtigen. Ohne das rechtzeitige Wissen um die zurückgelassene Gegenprobe sei eine Untersuchung häufig unmöglich<sup>15</sup>. Dem stehe auch nicht entgegen, dass Art. 11 Abs. 6 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 die Behörde lediglich verpflichte sicherzustellen, dass die Lebensmittelunternehmer Proben erhalten „können“. Die Inanspruchnahme wirksamen Rechtsschutzes gegen behördliche Maßnahmen – wie er auch im Erwägungsgrund 43 der ÜberwachungsVO (EG) 882/2004 betont werde – verlange eine wirkliche Verpflichtung, wie sie auch der EuGH in der Steffens-Entscheidung zu den Vorgängerregelungen in Art. 7 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 der Überwachungsrichtlinie 89/397/EWG festgestellt habe<sup>16</sup>. In diesem Zusammenhang hält das OVG zutreffend auch fest, dass sich die Behörde nicht auf die Regelung in § 43 LFGB, die gerade keine Verpflichtung zur Information des betroffenen Lebensmittelunternehmers vorsehe, berufen könne, da diese Verpflichtung zur Information unmittelbar aus dem (vorrangigen) Gemeinschaftsrecht folge<sup>17</sup>.

cc) Da aufgrund des Sachvortrages der Parteien das OVG im konkreten Fall davon ausging, dass dem Betroffenen tatsächlich die Möglichkeit zur Einholung eines Sachverständigengutachtens versperrt worden war, nahm es einen Verstoß der Behörde gegen Art 11 Abs. 5 und 6 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004

---

<sup>14</sup> OVG NRW, ZLR 2009, 370, 376 – Recht auf Gegenprobe; *Zechmeister*, ZLR 2009, 376, 381 f. m. w. N.

<sup>15</sup> OVG NRW, ZLR 2009, 370, 371 f. – Recht auf Gegenprobe.

<sup>16</sup> OVG NRW, ZLR 2009, 370, 372 f. – Recht auf Gegenprobe.

<sup>17</sup> OVG NRW, ZLR 2009, 370, 373 f. – Recht auf Gegenprobe.

an. In Übereinstimmung mit der Auffassung des EuGH hielt es aber auch fest, dass ein solcher Verstoß nicht zwangsläufig zu einem Verwertungsverbot führen müsse. Entscheidend sei insbesondere, ob das Gebot einer fairen Verfahrensgestaltung eingehalten sei. Führe die fehlende Möglichkeit, eine Gegenprobe untersuchen lassen zu können, dazu, dass der Betroffene dem behördlichen Vorwurf nicht entgegentreten könne, sei dieses Gebot verletzt. Eine Verletzung liege bei einer zwischenzeitlichen Vernichtung oder einem Verderb der Gegenprobe nahe<sup>18</sup>.

### c) Die Konsequenzen der Rechtsprechung für die Probenahmeregung in § 43 LFGB

Aus den vorgenannten Entscheidungen des EuGH und des OVG NRW ergibt sich, dass § 43 LFGB – wie zuvor schon die Vorgängerregelung in § 42 LMBG – allein nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben genügt, weil die Regelung nicht sicherstellen kann, dass die betroffenen Lebensmittelunternehmer ihr Recht auf Untersuchung einer Gegenprobe im Verfahren auch effektiv wahrnehmen können. Insbesondere fehlt die ausdrückliche Verpflichtung der Behörde zur Information der Betroffenen von der Probeziehung, die der wirksamen Geltendmachung eines Rechtes auf Gegenprobe immanent ist<sup>19</sup>. Zu eng ist die Regelung in § 43 Abs. 3 LFGB mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht aber auch, weil sie nur vorsieht, dass einem vom „Hersteller“ bestimmten Sachverständigen die Gegenprobe auszuhändigen ist. Die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen schützen dagegen – wie insbesondere der EuGH in seinem Beschluss vom 19. Mai 2009 auch noch einmal ausdrücklich festgehalten hat – nicht nur die Hersteller, sondern auch alle anderen Inverkehrbringer in ihren Rechten („*das Recht der Futter- und Lebensmittelunternehmer*“), die repressiven oder präventiven Maßnahmen ausgesetzt werden können und nach Art. 11 Abs. 5 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 eine ausreichende Zahl von Proben erhalten sollen<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> OVG NRW, ZLR 2009, 370, 374 ff. – Recht auf Gegenprobe; *Dannecker*, ZLR 2009, 606, 614.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Meyer/Streinz*, § 43 LFGB Rdnr. 27.

<sup>20</sup> Vgl. etwa *Zechmeister*, ZLR 2009, 376, 379 f.



### 3 Die Ergänzung des § 43 LFGB durch die Gegenproben-Verordnung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bemüht, diese Lücke durch die sog. Gegenproben-Verordnung (GegenprobenVO) vom 11. August 2009, die am 21. August 2009 in Kraft getreten ist, zu schließen<sup>21</sup>.

#### a) Der Regelungsansatz der GegenprobenVO

Die GegenprobenVO regelt zunächst die Zulassungsvoraussetzungen und das Zulassungsverfahren für Personen, die in Deutschland dauerhaft als private Sachverständige zur Untersuchung von Gegen- oder Zweitproben nach § 43 LFGB tätig werden wollen (§§ 2 f. GegenprobenVO). Außerdem bestimmt sie die Tätigkeitsvoraussetzungen von Personen aus Niederlassungsstaaten, die vorübergehend und gelegentlich den Beruf des Gegenprobensachverständigen im Rahmen der Dienstleistungserbringung ausüben wollen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 4 GegenprobenVO). Damit enthält sie *„die lebensmittelrechtlichen Vorschriften zur Zulassung privater Sachverständiger zur Untersuchung“* i. S. d. § 43 Abs. 3 (letzter Halbsatz) LFGB. Neben diesen Berufsausübungsregelungen finden sich in § 7 GegenprobenVO aber vor allem materiell-rechtliche Verpflichtungen sowohl der zuständigen Lebensmittelüberwachungsbehörden als auch der Inverkehrbringer, die nicht Hersteller sind. Diese sollen durch Erteilung von Informationen das gemeinschaftsrechtliche „Recht auf Gegenprobe“ sicherstellen.

#### b) Die Unterrichtung des Herstellers über die Zurücklassung amtlich entnommener Proben

aa) Gem. § 7 Abs. 1 GegenprobenVO hat die Behörde, sofern die Gegenprobe bei einem anderen Inverkehrbringer als dem Hersteller zurückgelassen wird, den aus der Kennzeichnung des Erzeugnisses ersichtlichen Inverkehrbringer (ersatzweise den unmittelbaren Lieferanten) unverzüglich über die erfolgte Probenahme und den Ort der Aufbewahrung schriftlich oder elektronisch zu informieren.

---

<sup>21</sup> Siehe Art. 3 der Verordnung über die Zulassung privater Gegenprobensachverständiger und über Regelungen für amtliche Gegenproben sowie zur Änderung der Gegenprobensachverständigen-Prüflaboratorienverordnung vom 11. August 2009, BGBl. 2009, Teil I, S. 2852. Abweichender Stichtag für das Inkrafttreten der Ordnungswidrigkeitentatbestände (§ 8 GegenprobenVO) war der 1.1.2010.

Diese Informationsverpflichtung wird durch das Auskunftsrecht des Herstellers nach § 7 Abs. 3 GegenprobenVO ergänzt. Danach hat die Behörde ihm auf Nachfrage zusätzlich Auskunft über die Zielrichtung der Untersuchung zu geben.

bb) Flankiert werden diese behördlichen Informationspflichten durch eine Auskunftspflichtung des Inverkehrbringers, bei dem die Probe entnommen wurde, sofern dieser nicht Hersteller ist. Er hat ebenfalls unverzüglich den Hersteller bzw. – soweit er den Hersteller nicht kennt – seinen unmittelbaren Lieferanten über die erfolgte Probenahme und den Ort der Aufbewahrung der zurückgelassenen Proben zu unterrichten. Dabei sind über die Unterrichtung Nachweise zu führen, die für den Zeitraum eines Jahres aufzubewahren und der zuständigen Behörde auf Anforderung vorzulegen sind. Diese Unternehmerpflichten sind nach § 8 GegenprobenVO ordnungswidrigkeiten-bewehrt.

#### **4 Schließt die GegenprobenVO die Regelungslücke im LFGB?**

Fraglich ist aber, ob durch diese ergänzenden Informationspflichten in § 7 GegenprobenVO das nationale Recht dem gemeinschaftsrechtlichen Schutzstandard tatsächlich angepasst wird.

##### **a) Das Recht des Herstellers auf Untersuchung der Probe**

Durch die vorgesehene unverzügliche und formgerechte Mitteilung über die erfolgte Probenahme und den Ort ihrer Aufbewahrung durch die zuständige Behörde kann in der Tat sichergestellt werden, dass der Hersteller und (für den Fall einer ersatzweisen Benachrichtigung nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 GegenprobenVO) ggfs. auch der Vorlieferant im Regelfall in die Lage versetzt wird, das Recht auf Untersuchung der Gegenprobe effektiv wahrzunehmen. Aufgrund der Verpflichtung der zuständigen Behörden, die Informationen „*unverzüglich*“ zu erteilen, gilt dies auch bei kurzlebigen Lebensmitteln. Durch die Auskunftspflichtung der Behörde nach Abs. 3 wird dem Hersteller ferner ermöglicht, eine zielgerichtete Untersuchung vornehmen zu lassen, um seine Verteidigungsrechte zu wahren. Voraussetzung ist hierfür selbstverständlich, dass auch insoweit die Behörde unverzüglich Auskunft erteilt. Mit Blick auf die Rechtsstellung des Herstellers begründet daher § 43 LFGB i. V. m. § 7 GegenprobenVO einen Standard, der den Vorgaben der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 822/2004 nach dem Maßstab der vorgenannten Rechtsprechung entspricht.

### b) Das Recht anderer Lebensmittelunternehmer auf Untersuchung der Probe

aa) Anders ist die Rechtslage mit Blick auf die anderen Lebensmittelunternehmer (Importeure sowie Groß-, Zwischen- und Einzelhändler), bei denen es nicht zur Probenahme kam und die – weil sie nicht Hersteller sind – nicht nach Maßgabe von § 7 Abs. 1 und 3 GegenprobenVO von der zuständigen Behörde zu informieren sind. Auch sie sind als Inverkehrbringer lebensmittelrechtlich verantwortlich (vgl. Art. 19 Abs. 2 der sog. BasisVO 178/2002<sup>22</sup>) und können von repressiven oder präventiven Maßnahmen der Behörden betroffen sein. Ihnen stehen nach Art. 11 Abs. 5 und 6 ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 gleichermaßen die Verfahrensrechte zu wie den Herstellern, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber – anders als der deutsche Gesetzgeber – insoweit keine Differenzierung vornimmt<sup>23</sup>. Zwar ist nachvollziehbar, dass der deutsche Gesetzgeber aus pragmatischen Erwägungen die Verpflichtung zur Information auf den Hersteller (und ausnahmsweise auf den unmittelbaren Vorlieferanten) beschränken wollte, um den Verwaltungsaufwand im Rahmen zu halten. In der Regel richten sich präventive oder repressive Maßnahmen der Behörden aufgrund tatsächlicher oder vermeintlicher lebensmittelrechtlicher Verstöße auch primär gegen die Hersteller, so dass sich vorrangig bei ihnen auch die Frage einer Entlastungsmöglichkeit stellt. Zwingend ist dies jedoch nicht. Entsprechende Maßnahmen können auch gegen andere Lebensmittelunternehmer wie z. B. Importeure eingeleitet werden.

bb) Sofern diese mangels behördlicher Information tatsächlich keine ausreichende Möglichkeit erhalten, ihr Recht auf Untersuchung der Gegenprobe wahrzunehmen, liegt ein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 5 und 6 der ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 vor. Dabei können sich die Behörden wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht mit dem Hinweis entlasten, dass das nationale Recht zur Gegenprobe in § 43 LFGB und § 7 GegenprobenVO trotz der Novellierung eine solche Informationsverpflichtung gegenüber diesen Lebensmittelunternehmern noch immer nicht vorsieht. Dies hat

---

<sup>22</sup> Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. Nr. L 31, S. 1.

<sup>23</sup> *Dannecker*, ZLR 2009, 606, 613, 615.

das OVG NRW bereits in seiner Entscheidung „Recht auf Gegenprobe“ mit Bezug auf die Novellierung von § 42 LMBG hervorgehoben<sup>24</sup>. Auch der EuGH hat in seinem Beschluss „Gegengutachten“ ausdrücklich festgestellt, dass das Gemeinschaftsrecht gleichermaßen den Inverkehrbringer schützt, der nicht Hersteller ist<sup>25</sup> (im konkreten Fall war der Importeur betroffen). Auch diesem ist daher zur Erreichung eines effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit zur Untersuchung der Gegenprobe einzuräumen, auch wenn sich dies nicht aus § 43 LFGB und § 7 GegenprobenVO ergibt<sup>26</sup>. Geschieht dies nicht, liegt ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht, d. h. gegen Art. 11 Abs. 5 und 6 ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 vor. Dies macht zugleich deutlich, dass auch die in § 43 Abs. 1 S. 2 (letzter Halbsatz) LFGB vorgesehene Bestimmung, dass der Hersteller auf die Zurücklassung einer Gegenprobe verzichten kann, nicht gemeinschaftskonform ist. Zwar muss der Hersteller selbst sein Recht auf Gegenprobe nicht wahrnehmen. Da diese Gegenprobe aber nicht nur ihm selbst, sondern auch anderen Inverkehrbringern als Beweismittel dienen, könnte deren Recht auf Gegenprobe durch einen Verzicht des Herstellers vereitelt werden. Bezeichnenderweise sieht daher auch Art. 11 ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 nicht vor, dass der Hersteller auf die Gegenprobe verzichten kann.

cc) Wie oben ausgeführt, ist nach der Rechtsprechung mit einem Verstoß gegen Art. 11 Abs. 5 und 6 ÜberwachungsVO (EG) Nr. 882/2004 jedoch noch nicht zwingend auch ein Beweisverwertungsverbot verbunden. Ob ein solches im Einzelfall besteht (insb. weil die Voraussetzungen eines fairen Verfahrens ggfs. nicht mehr gegeben sind), ist dann von den angerufenen nationalen Gerichten zu entscheiden. Dabei haben sich diese an den oben bei 2. a) cc) genannten Auslegungshinweisen des EuGH<sup>27</sup> zu orientieren. Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage wird es künftig unerlässlich sein, mit dem Instrument der Gegenprobe sehr sorgsam umzugehen.

---

<sup>24</sup> Siehe OVG NRW, ZLR 2009, 370, 373 re. Sp. – Recht auf Gegenprobe m. w. N.; vgl. ferner auch OVG NRW, LRE, Bd. 57, Nr. 46, S. 377, 383 – zerkleinertes Fleisch; siehe auch *Zechmeister*, ZLR 2009, 386, 380 f.; *Wehlau*, § 43 LFGB Rdnr. 10.

<sup>25</sup> Siehe EuGH, ZLR 2009, 600 (Rdnrn. 28, 31 ff.); *Dannecker*, ZLR 2009, 606, 613.

<sup>26</sup> Zutreffend *Dannecker*, ZLR 2009, 606, 615, 617.

<sup>27</sup> Vgl. im einzelnen EuGH, LRE, Bd. 45, Nr. 31, Rdnrn. 60, 63 f. und insbesondere 70 ff.; näher dazu *Dannecker*, ZLR 2009, 606, 610 ff. m. w. N.; ferner *Zipfel/Rathke*, § 43 LFGB Rdnr. 53 m. w. N.