

Stellungnahme zum Referentenentwurf einer Verordnung zur Novellierung der Fertigpackungsverordnung

Juli 2018

Sehr geehrte Damen und Herren,
wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

I.) Einleitung

Einleitend möchten wir darauf hinweisen, dass der vorgelegte Entwurf in Teilen zu erheblichen rechtlichen Bedenken Anlass gibt, da insbesondere die neugeschaffene Regelung des § 16 Abs. 5 der Fertigpackungsverordnung (FPackV) im Widerspruch zu nationaler Rechtsprechung und europäischer Gesetzgebung steht und verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt. Die angesprochene Regelung würde erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaft mit enormer Kostenfolge haben, sodass an dieser Stelle ein Umdenken dringend erforderlich ist.

Ebenso fehlen im Gesetzesentwurf Regelungen zur Einbeziehung langjährig gelebter Vorgaben der Richtlinie zur Füllmengenprüfung von Fertigpackungen und Prüfung von Maßbehältnissen durch die zuständigen Behörden, da diese Richtlinien derzeit durch gegenteiliges Behördenhandeln quasi abgeschafft werden. Es fehlen ebenso Abverkaufsfristen für Waren, die in der Zeit der Geltung der Übergangsregelungen der §§ 18 - 20 FPackV produziert und verpackt wurden, damit eine Verschwendung von Lebensmitteln vermieden wird.

Grundsätzlich muss bereits jetzt eine weitere Stellungnahme vorbehalten bleiben, da die gesetzte Frist von drei Wochen zur Stellungnahme nach mehr als vierjähriger Bearbeitungszeit für die Verordnung viel zu kurz bemessen ist, zumal sie auch noch in die Sommer- und damit Ferienzeit fällt. Die Komplexität des neuen Gesetzes und die Auswirkungen der vorgenommenen Änderungen erfordern aber besonnenes Handeln und nicht eine eilige Verabschiedung eines Gesetzes, ohne die betroffenen Kreise hinreichend zu den Auswirkungen des Gesetzes angehört zu haben. Wir regen daher dringend an, eine mündliche Anhörung anzuberaumen, in der die betroffenen Wirtschaftskreise ihre Ausführungen vertiefen können.

Dies vorausgeschickt nehmen wir zu dem Gesetzesentwurf im Einzelnen wie folgt Stellung:

II.) § 16 Abs. 5 FPackV

1.) Tatsächliche Situation in der Praxis

Die vorgelegte Vorschrift des § 16 Abs. 5 FPackV soll regeln, wann der Fertigstellungsprozess, also der Backprozess von vorgefertigten Backwaren abgeschlossen ist. Mit der auch gesetzessystematisch ungewöhnlichen Regelung begibt sich § 16 Abs. 5 FPackV jedoch in Widerspruch zu bestehenden Rechtsnormen, insbesondere zur kürzlich verabschiedeten Verordnung (EU) 2017/2158 vom 20. November 2017 zur Festlegung von Minimierungsmaßnahmen und Richtwerten für die Senkung des Acrylamidgehalts in Lebensmitteln. Nach der Definition in dieser Verordnung sind Betreiber von Backstationen keine Hersteller im Rechtssinne, sondern backen die Brote lediglich auf.

Die geplante Neuregelung in der FPackV widerspricht somit dieser europäischen Systematik grundlegend und bringt das Gefüge des europarechtlichen Herstellerbegriffs durcheinander.

Dabei ist zu beachten, dass die geplante Regelung der FPackV nicht die tatsächliche Praxis in der Wirtschaft wiedergibt.

Tatsächlich kaufen die Betreiber von Backstationen von den Großbäckereien Produkte mit vorgegebenen Nettogewichten ein und backen diese gemäß den von den Großbäckereien vorgegebenen Backanleitungen auf.

Es handelt sich nicht um Zwischenprodukte, aus denen Backwaren im Sinne der FPackV erst hergestellt werden sollen, sondern um bereits fertiggestellte Backwaren, die ohne weitere Verarbeitungsschritte in gefrostenem Zustand unmittelbar an den Verbraucher ausgeliefert werden könnten. Lediglich das vom Kunden vorzunehmende Aufbacken der Backwaren wird von den Backstationen übernommen. Die von den Großbäckereien vorgegebenen Backanleitungen sind softwaretechnisch in den Backöfen hinterlegt und können vom Personal in den Backstationen nicht verändert werden.

Eine direkte Einflussnahme auf das Gewicht der Backwaren ist somit in den Backstationen nicht möglich.

Gewichtsverluste, die durch das Aufbacken der Backwaren und durch den damit verbundenen Wasserverlust eintreten, müssen von den Großbäckereien durch eine Mehreinwaage von Zutaten bei der Produktion der Erzeugnisse aufgefangen werden.

D.h. in der Großbäckerei sind die wichtigen Phasen der Herstellung bereits abgeschlossen und einer ausreichenden eichrechtlichen Kontrolle unterworfen.

Eine zusätzliche weitere Gewichtskontrolle nach dem Aufbackvorgang in den Backstationen ist unverhältnismäßig und nicht erforderlich.

2. Rechtliche Würdigung

Durch den neueingeführten § 16 Abs. 5 FPackV sollen die Betreiber der Backstationen „Hersteller“ im eichrechtlichen Sinne werden, Ziel ist es, laut Gesetzesbegründung, dass eine Gewichtskontrolle nach dem Aufbacken erfolgt. Damit treffen die Betreiber der Backstationen aber auch bestimmte, sehr aufwendige Mess- und Kontroll- sowie Dokumentationspflichten, die durch § 39 FPackV geregelt werden.

Nach bisher geltendem Recht ist „Hersteller“ von aufgebackenen Backwaren der Großbäcker, der (alleine) Einfluss auf die Mengenzugaben und damit auf die Gewichte der Erzeugnisse hat und nach dessen Backanleitungen die Erzeugnisse in Backstationen im Handel in die finale Angebotsform gebracht werden.

Gegen die geplante Neukonzeption des Herstellerbegriffs im Bereich des Betriebs von Backstationen sprechen jedoch schwerwiegende verfassungsrechtliche, europarechtliche sowie rechtssystematische Gründe:

a) Europarechtliche Bedenken

Der Herstellerbegriff wurde erst kürzlich durch den EU-Gesetzgeber grundlegend durch die Verordnung (EU) 2017/2158 vom 20. November 2017 zur Festlegung von Minimierungsmaßnahmen und Richtwerten für die Senkung des Acrylamidgehalts in Lebensmitteln normiert. Nach dieser Verordnung sind Betreiber von Backstationen keine Hersteller von Backwaren.

Anhang I Ziff. X. „Brot“ der vorgenannten Verordnung regelt die Minimierungsmaßnahmen für Hersteller und weist unter der Überschrift „Produktdesign, Verarbeitung und Erhitzung“ unter Ziffer 4. auf folgendes hin:

„Die Lebensmittelunternehmer stellen eine Backanleitung für Brot zur Verfügung, das in Privathaushalten, in Backstationen, im Einzelhandel oder in der Gastronomie aufgebacken werden muss.“

Dies bedeutet, dass das Aufbacken im Einzelhandel nicht als Herstellung gilt und der Einzelhandel im Sinne einer „verlängerten Werkbank“ des eigentlichen Herstellers (Großbäckerei), die Produkte nach Instruktion der Großbäcker in die finale Angebotsform „aufgebacken“ bringt.

Entsprechend stellt auch die Leitlinie der Europäischen Kommission (Fassung vom 21.06.2018) zu der vorgenannten Verordnung in ihrem Entscheidungsbaum im Anhang klar, dass der Begriff der „Herstellung“ nicht mit der „Zubereitung“ verwechselt werden darf, wie dies im Bereich „Bake-Off“ erfolgt.

Die geplante Neuregelung in der FPackV widerspricht dieser europarechtlich vorgegebenen und höherrangigen Systematik grundlegend und bringt damit das Gefüge des europarechtlichen Herstellerbegriffs durcheinander. Ein Grund für einen nationalen Alleingang ist jedoch nicht ersichtlich.

Bei Inkrafttreten dieser systemwidrigen Regelung besteht zudem die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung, da mit der Neuregelung den Betreibern von Backstationen erhebliche Belastungen auferlegt werden, die in den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht bestehen.

b) Nationale Rechtsprechung

Die Problematik des Herstellerbegriffes bei Backstationen hat auch bereits in der nationalen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der „alten Fertigpackungsverordnung“ und speziell mit den §§ 35 Abs. 5, 27 und 22 FPackV ihren Niederschlag gefunden. Das Oberlandesgericht Koblenz führt hierzu in seinem Beschluss vom 16.10.2017, Az.: 2 Ss 243/07, aus, dass die vorgebackenen Backwaren – sei es in Supermärkten oder wie hier in firmeneigenen Backshops –, die aufbacken und dann an den Verbraucher abgegeben werden, nicht einer erneuten Kontrollpflicht unterliegen. Es handele sich nicht um Zwischenprodukte, aus denen Backwaren im Sinne der FPackV erst hergestellt werden sollen, sondern um bereits fertiggestellte Backwaren, die ohne weitere Verarbeitungsschritte in gefrostenem Zustand unmittelbar an den Verbraucher ausgeliefert werden könnten. Lediglich das vom Kunden vorzunehmende Aufbacken der Backwaren werde von den Backshops übernommen. Diesem Umstand komme im Rahmen der Backwarenzubereitung aus vorgebackenen Backwaren aber keine entscheidende Bedeutung zu.

Der Begriff „Backwaren“ sei zwar nicht mehr gesetzlich definiert, nach der Verkehrsauffassung, die durch die frühere Backmarktverordnung vom 01.07.1944 geprägt sei, werden Backwaren jedoch ganz oder teilweise aus Mahlerzeugnissen des Roggens, Weizens oder aus Getreidearten oder diesen gleichgestellten Stoffen (Stärkearten) durch Einteigen und Formgebung unter Einschaltung von Lockerungsverfahren und Ausbacken hergestellt, wobei eine Verkleisterung der Stärke bei gleichzeitiger Verringerung des Wassergehaltes eintritt (mit Verweis auf weitere Literaturquellen). Die vorgebackenen Backwaren würden wie frische Backwaren hergestellt. Dies beziehe sich auf die Rezeptur, die Teigbereitung, das Teilen des Teiges und die sogenannte „Stückgare“. Lediglich der Backvorgang sei zweigeteilt. Im Herstellungswerk würden die Backwaren in der Regel auf 50 % vorgebacken, sodann schockgefrostet und dann tiefgefroren ausgeliefert. Dem Umstand, dass der Backvorgang als solcher noch nicht vollständig abgeschlossen sei, wie sich den Leitsätzen für Feine Backwaren entnehmen lässt, komme für den Herstellungsprozess keine entscheidende Bedeutung zu.

c) Verfassungsrechtliche Bedenken

Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) schützt nicht nur die Freiheit der Berufswahl, sondern auch die Berufsausübungsfreiheit. § 16 Abs. 5 FPackV stellt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar. Dieser Eingriff kann bereits dann gerechtfertigt sein, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie verlangen (BVerwG 70,1; 78, 155; 85, 248, 103, 1). § 16 Abs. 5 FPackV soll der Messsicherheit bei der Abgabe von Bake-Off-Artikeln dienen und verfolgt damit grundsätzlich eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls.

Bei vorverpackten Erzeugnissen, die bereits bei ihrer Herstellung einer eichrechtlichen Kontrolle unterliegen, ist – auch nach der Rechtsprechung deutscher Obergerichte – eine derartige weitere Kontrolle unverhältnismäßig, da sie nicht erforderlich ist (vgl. OLG Koblenz, a. a. O.). Den eichrechtlichen Vorgaben für richtiges Messen und zutreffende Gewichtsangaben wird bereits durch die Gewichtskontrolle im Herstellungsbetrieb Genüge getan (vgl. OLG Koblenz, a. a. O.).

Gewichtsverluste, die durch das Aufbacken der Backwaren und durch den damit verbundenen Wasserverlust eintreten, müssen von den Großbäckereien durch eine Mehreinwaage von Zutaten bei der Produktion der Erzeugnisse aufgefangen werden. Denn die Großbäckereien verkaufen ihre Produkte an die Betreiber von Backstationen mit denjenigen Nettogewichten, die die Backwaren nach dem Aufbacken gemäß der von den Großbäckereien vorgegebenen Backanleitungen aufweisen.

Schließlich sind im Herstellungswerk die wichtigen Phasen der Herstellung abgeschlossen und die Erzeugnisse einer ausreichenden eichrechtlichen Kontrolle unterworfen (so OLG Koblenz, a. a. O., unter Verweis auf den EuGH, Rs. C-158/04 und C-159/04, Urteil vom 14.09.2006).

Die geplante Vorschrift, die den Betreibern von Backstationen eigene, zusätzliche Kontrollpflichten auferlegen will, belastet diese stark, ohne dass ein Vorteil für die Verbraucher erkennbar ist und stellt deshalb einen ungerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG dar, was zur Verfassungswidrigkeit der geplanten Regelung führt.

d) Lebensmittelrechtlicher Vertrauensgrundsatz – Unzulässigkeit von Doppelkontrollen

Im Lebensmittelrecht gilt der sogenannte Vertrauensgrundsatz. Danach darf grundsätzlich darauf vertraut werden, dass sich alle am Lebensmittelverkehr Beteiligten ebenfalls sorgfaltsgemäß verhalten. Hersteller von Prebake-Artikeln sind u. a. zur eichrechtlichen Kontrolle der von ihnen produzierten Waren verpflichtet. Der Handel kann also darauf vertrauen, dass Backwarenhersteller sich an die rechtlichen Vorgaben halten, also konforme Lebensmittel produzieren und ausliefern. Hierzu gehört auch ein Mechanismus zur systematischen Gewährleistung der eichrechtlichen Vorgaben, welcher zu unterhalten und konsequent durchzuführen ist und dessen Ergebnisse zu dokumentieren sind. Die Messgeräte unterliegen der Eichpflicht. Die fortlaufende Gewährleistung

von richtigen Messergebnissen wird durch Nacheichung der Eichbehörden sichergestellt. Der Herstellerbetrieb selbst unterliegt ebenso der eichrechtlichen Kontrolle. Sollten systematische oder apparative Fehler festgestellt werden, ist von einem sofortigen Einschreiten der Eichbehörden auszugehen.

Ausgehend von diesen Überlegungen dürfen Betreiber von Backstationen, die Prebake-Artikel von Herstellern erwerben und gemäß deren Vorgaben entsprechend zubereiten, auf eine Lieferung ordnungsgemäßer und rechtskonformer Produkte vertrauen.

Einer zusätzlichen Kontrolle durch das zubereitende Unternehmen bedarf es daher grundsätzlich nicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das vorschriftswidrige Verhalten anderer (Hersteller) bereits eindeutig erkennbar ist (vgl. Zipfel/Rathke, C, vor §§ 58 – 62 Rn. 176). Dies ist in der vorliegend regulatorisch erfassten Konstellation soweit ersichtlich – pauschal – nicht der Fall. Es bleibt demnach dabei, dass der Händler (Zubereiter der Backwaren) keine speziellen eigenen inhaltlichen Kontrollen mehr vornehmen muss (vgl. Zipfel/Rathke, a. a. O., m. w. N.).

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten, dass Doppelkontrollen als nicht erforderlich und daher als unzulässig angesehen werden (so zur Frage zusätzlicher Grenzkontrollen: Handbuch Europarecht, Band I, S. 381, Rn. 1099, mit Verweis auf Dausen/Brigola, in: Dausen, C I Rn. 201, sowie auch Streinz, EUV/AEUV, Art. 34 Rn. 75).

e) Unklarer Adressat der eichrechtlichen Pflichten beim Vertrieb von Backwaren ohne Vorverpackung

Adressat der eichrechtlichen Pflichten beim Vertrieb von Backwaren ohne Vorverpackung ist nach § 16 Abs. 4 FPackV „der Verantwortliche im Sinne des Artikels 8 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011“ (LMIV). Dieser „muss sicherstellen, dass Backwaren ohne Vorverpackung nur in den Verkehr gebracht werden, wenn die Nettofüllmenge die Anforderungen der § 9 und § 10 FPackV erfüllt.“

Nach der genannten Regelung der LMIV ist „verantwortlich für die Information über ein Lebensmittel [...] der Lebensmittelunternehmer, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel vermarktet wird, oder, wenn dieser Unternehmer nicht in der Union niedergelassen ist, der Importeur, der das Lebensmittel in die Union einführt.“ Diese Regelung etabliert damit eine reine Informationsverantwortlichkeit. Andere Aspekte, die nicht die Lebensmittelinformation betreffen, sind von dieser Verantwortlichkeit nicht abgedeckt.

Nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. h) LMIV gehört zu den Pflichtinformationen über Lebensmittel „der Name oder die Firma und die Anschrift des Lebensmittelunternehmers nach Artikel 8 Absatz 1“. Im Bereich der Informationsbereitstellung bei vorverpackten Lebensmitteln ist damit derjenige informationsverantwortlich im vorgenannten Sinne, der auf der Verpackung mit seinem Namen

oder seiner Firma sowie seiner Anschrift angegeben wird. Dies kann der Hersteller sein, aber auch jede andere Stelle, die sich als informationsverantwortlich erklärt, also auch ein Zwischenhändler oder ein Einzelhändler. Mit anderen Worten gibt es nicht den einen, genuinen Informationsverantwortlichen. Die Informationsverantwortung im Sinne des Artikels 8 Absatz 1 LMIV entsteht vielmehr durch Übernahme. Die Verantwortung wird dokumentiert durch Deklaration des Informationsverantwortlichen auf der Vorverpackung. Da es sich um eine Pflichtinformation für vorverpackte Lebensmittel handelt, ist der Informationsverantwortliche anhand der Vorverpackung immer klar erkennbar.

Bei der Abgabe unverpackter Backwaren stellt sich damit die Frage, unter wessen Namen oder Firma sowie Anschrift die unverpackte Backware vermarktet wird. In Ermangelung näherer Angaben wird dies dasjenige Unternehmen sein, das die Backstationen betreibt und unter einer Firma oder Marke ein Einzelhandelsunternehmen betreibt. In vielen Fällen wird es schwierig sein, den Informationsverantwortlichen anhand der Shop-Gestaltung zu identifizieren, wenn zum Beispiel in Tankstellen oder Raststätten unter verschiedenen Marken Lebensmittel angeboten und abgegeben werden.

f) Widerspruch von § 16 Abs. 5 FPackV zur LMIV

§ 16 Abs. 5 FPackV steht zudem im Widerspruch zu den Regelungen der Verantwortlichkeitenverteilung nach § 16 Abs. 4 FPackV sowie zur europarechtlich geregelten Informationsverantwortung i. S. d. der LMIV.

Nach § 16 Abs. 4 FPackV muss der Verantwortliche i. S. d. Art. 8 Abs. 1 LMIV sicherstellen, dass Backwaren ohne Vorverpackung nur in den Verkehr gebracht werden, wenn die Nettofüllmenge die Anforderungen der §§ 9 und 10 FPackV erfüllt.

Die lebensmittelinformationsrechtliche Verantwortung (einschließlich der Angabe und Richtigkeit der Nettofüllmenge) trägt bei der Abgabe vorverpackter Lebensmittel der auf der Verpackung angegebene Lebensmittelunternehmer (s. o.).

Werden Bake-Off-Artikel in Großbäckereien produziert und als vorverpackte Lebensmittel im Rechtssinne abgegeben, dies ist der Fall, wenn die Backwaren an Backstationen, die in einer Einrichtung der Gemeinschaftsverpflegung betrieben werden, haben die jeweiligen Verpackungen die Pflichtinformation zum Informationsverantwortlichen (die Großbäckerei) zu tragen. Gem. Art. 8 Abs. 1 LMIV ist dieser für die Lebensmittelinformation und damit auch für die Füllmengenangabe vollumfänglich verantwortlich.

Unerklärlich ist, wie diese Informationsverantwortung nun auf den Betreiber der Backstationen umspringen soll, wenn dieser tatsächlich keinerlei gezielten Einfluss auf das Gewicht der von ihm bezogenen Produkte nehmen kann. Insoweit besteht ein Wertungswiderspruch zu den Regelungen

gen der LMIV, die von dem einen Informationsverantwortlichen, der die Verantwortung aktiv übernimmt, und nicht einer Mehrzahl beliebig „gekürter“ Informationsverantwortlicher ausgeht.

Die Übertragung der eichrechtlichen Kontrollpflicht durch § 16 Abs. 5 FPackV auf den Betreiber der Backstation stellt damit nicht nur einen Widerspruch zu der Regelung des § 16 Abs. 4 FPackV, sondern auch zu den Regelungen der LMIV zur Verteilung der Verantwortlichkeiten dar.

3.) Enormer finanzieller Aufwand der Wirtschaft

Weiterhin würde die Wirtschaft mit der geplanten Regelung mit enormen Kosten belastet, sollte die Gewichtskontrolle tatsächlich in den Bereich der Filiale verlagert werden. Der rechtlich vorgegebene Stichprobenumfang ist sehr hoch. Der Handel verfügt aber nicht über die erforderliche Anzahl von geeichten Waagen, die mit einer Software ausgestattet sind, um die statistische Auswertung durchzuführen. Der Handel hätte daher entsprechende Geräte anzuschaffen, was Investitionen in zweifacher Millionenhöhe erfordern würde. Der Lebensmittelhandel verfügt in Deutschland über ca. 37.000 Filialen, die Kosten für eine Waage beträgt ca. 1.500 bis 2.000 Euro, sodass dies alleine einen zusätzlichen Aufwand von ca. 74.000.000 Euro bedeuten würde. Allerdings wären, je nach Warenumsatz, pro Filiale für einen ordnungsgemäßen Betrieb zwei Waagen nötig, (sofern Bio-Artikel angeboten werden, bedarf es separater Waagen, um die Prozesstrennung zwischen konventioneller Ware und Bio sicherzustellen) sodass sich das Investitionsvolumen allein für die Waagen leicht in einen dreistelligen Millionenbereich verschieben kann.

Dem ist nicht entgegenzuhalten, dass eine Wiegung auch an der Kasse erfolgen könnte. Zum einen verfügen nur einige Filialen des LEH über sogenannte Check-Out-Waagen, zum anderen würden die erforderlichen Stichprobenuntersuchungen eine Vielzahl von Wiegevorgängen erfordern, die nicht während des laufenden Geschäftsbetriebes vorgenommen werden könnten. Darüber hinaus wäre es aus hygienerechtlicher Sicht nicht zulässig, dass Ware ohne Verpackung auf Waagen gewogen wird, die mit verpackter Ware in Kontakt gekommen sind, sodass zusätzliche Schritte der Desinfektion vorgenommen werden müssten.

Auch die Waagen in den Bedienbereichen wären, sofern überhaupt vorhanden, nicht für die geforderte Stichprobenkontrolle geeignet, da diese nur für Wiegungen über 40 g geeicht sind und über keine Software verfügen, die eine statistische Auswertung durchführen könnte.

Hinzu treten Kosten für die Nacheichung sowie Reparaturen und der Austausch defekter Waagen.

Auch die Kosten des zusätzlichen Personalaufwandes durch die geplante Verpflichtung wären daher enorm, konnten aber in der kurzen Stellungnahmefrist nicht ermittelt, sondern nur geschätzt werden.

Für die reine Verwiegedauer wären etwa 20 Sekunden pro Brot zu veranschlagen. Hochgerechnet bedeutet dies eine erhebliche Steigerung des Personalbedarfs, selbst wenn die Verwiegung

nur stichprobenartig erfolgt. Die Personalplanung (und die hierbei entstehenden Kosten) müssen zudem die Dokumentation sowie die notwendigen Kontrollen der Dokumentation berücksichtigen. Ferner bedarf es infolge der geplanten Gesetzesänderung der Anpassung interner Prozesse und Vorgaben sowie der Konzeptionierung und Durchführung entsprechender Mitarbeiterschulungen. Im Falle einer externen Schulung der Mitarbeiter wären Kosten von ca. 1.500 Euro pro Schultag und Filiale zu veranschlagen, bei 37.000 Filialen entstünde ein zusätzlicher Schulungsaufwand von 55.500.000 Euro, der sich fortlaufend bei Personalwechsel erhöhen würde.

Wir dürfen also an dieser Stelle festhalten, dass, entgegen der Schätzung im Referentenentwurf, ein Erfüllungsaufwand in deutlich dreistelliger Millionenhöhe zu erwarten ist, ohne dass wirklich erkennbar ist, warum diese Regelung erforderlich sein soll. Es darf nochmals darauf hingewiesen werden, dass wesentliche Beanstandungen über Mindergewichte der verkauften Brote bis auf wenige Einzelfälle in den letzten Jahren nicht bekannt geworden sind.

Für jedes neue Gesetz ist die Ermittlung des Gesamtaufwands für Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft und der Verwaltung ein notwendiger Maßstab, um die Notwendigkeit eines Gesetzes zu betrachten. Damit kann der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung abwägen, welche Folgen die Regelung hätte. Diese Abwägung, die durch den entsprechenden Leitfaden der Bundesregierung und des nationalen Kontrollrats (Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung) näher beschrieben wird, scheint an dieser Stelle nicht stattgefunden zu haben, sollte aber dringend nachgeholt werden, da die geplante Änderung des Gesetzes nicht im Verhältnis zu den entstehenden Kosten steht.

II.) Abverkaufsfristen

Durch die temporäre Beibehaltung der §§ 7, 18, 19 und 20 FpackV, die gemäß § 42 FpackV bis zum 31. Dezember 2020 angewendet werden können, wird die Herstellung und Kennzeichnung von Lebensmitteln bis zum Stichtag des 31. Dezember 2020 ermöglicht. Der Gesetzesentwurf berücksichtigt aber nicht, dass die produzierten Waren auch noch abverkauft werden müssen. Die vorliegenden Kennzeichnungsvorschriften betreffen nur die Herstellung der Ware, deren Mindesthaltbarkeitsdatum und damit die Möglichkeit des Abverkaufs jedoch noch deutlich nach dem vorgesehenen Stichtag liegen dürften. Hier wäre es erforderlich, eine zusätzliche Möglichkeit zum Abverkauf der Lebensmittel – über den Stichtag hinaus – zu schaffen. In der Praxis bewährt hat sich die Regelung, dass Waren, die vor einem Stichtag produziert wurden, bis zur Erschöpfung der Bestände abverkauft werden dürfen. Dies würde das Handling der Waren deutlich vereinfachen, unnötige Beanstandungen verhindern und letztendlich eine Verschwendung von Lebensmitteln vorbeugen.

III.) „Richtlinie zur Füllmengenprüfung von Fertigpackungen und Prüfung von Maßbehältnissen durch die zuständigen Behörden“ (RFP) gesetzlich verankern

Aktuell beanstanden die Eichbehörden die Gewichtskennzeichnung bestimmter Fleischerzeugnisse, insbesondere bei Wurstwaren. Kunstdärme und Wurstabbinde sollen nicht zum Nettogewicht gerechnet, sondern als Tara in Abzug gebracht werden.

Diese Auffassung wird damit begründet, dass mit der LMIV die Nettofüllmenge des Lebensmittels auf der Verpackung zu kennzeichnen ist. Weiterhin beziehen sich die Behörden auf die Definition des Begriffes „Lebensmittel“ aus der Art. 2 der VO (EG) 178/2002, wonach Lebensmittel alle Stoffe oder Erzeugnisse sind, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden.

Diese Argumentation lässt außer Acht, dass es eine jahrelange bewährte Verwaltungspraxis gibt, bei der die genannten Bestandteile von Fleischerzeugnissen zum Nettogewicht des Lebensmittels zählen. Diese Sichtweise hat auch die Rechtsprechung bereits bestätigt.

Das VG Sigmaringen hat mit seinem Urteil vom, 06.09.2012 – 8 K 1602/10 – entschieden, dass Holzspieße eines Fleischspießes zum Produkt gehören und nicht als Tara in Abzug zu bringen sind. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, dass die Holzspieße dem Erzeugnis ein bestimmtes Gepräge geben, ohne Spieß würde es sich nicht mehr um einen Fleischspieß, sondern um Geschnitztes handeln.

Diese Überlegungen können auch auf andere Fleischerzeugnisse übertragen werden. Auch bei Kochwürsten geben der Kunstdarm und die Wurstabbinde der Wurst ihr Gepräge, denn ohne sie läge ein anderes Produkt vor, nämlich lediglich eine formlose Brätmasse, aber keine Wurst.

Weiterhin wird übersehen, dass die bisherige Praxis in den bewährten Vorgaben der „Richtlinie zur Füllmengenprüfung von Fertigpackungen und Prüfung von Maßbehältnissen durch die zuständigen Behörden“ (RFP) niedergelegt wurde. Durch die Behörden wird argumentiert, dass diese Richtlinien keine das Gericht bindende Vorschriften seien. Sie seien durch die Eichbehörden der Länder mit Zustimmung des Bund- und Länderausschusses den örtlichen Eichbehörden als Empfehlung an die Hand gegeben, seien aber für sich genommen nicht verbindlich, da ihnen keine norminterpretierende Wirkung zukomme.

Durch die LMIV ist jedoch insoweit keine erkennbare Änderung der Rechtslage entstanden. Es ist daher aus unserer Sicht erforderlich, dass insbesondere Nr. 7 RFP („Füllmengenbestimmungen durch die zuständige Behörde“), Unterpunkt 7.1.3 RFP („Berücksichtigung der Tara“) und der einschlägige Punkt: „praktische Fallgestaltungen nicht verzehrfähiger Bestandteile von Lebensmitteln“ gemäß Nr. 7.1.3.3 weiter Bestand haben, damit folgende Punkte klargestellt werden:

„Bei Wurstwaren zählt folgendes mit zum Nettogewicht:

Wursthüllen als Natur- bzw. Kunstdärme
Wurstendenabbinder (textile Schnüre, Drahtbinder, Clipse usw.)
Tauchmassen und Überzugsmassen, sofern ihre Dicke 1 mm nicht übersteigt
Gewürze und Gewürzkörner, die sich außen auf der Wursthülle befinden.
Nicht zum Nettogewicht zählen demnach z. B.:
Jede Art von Zweitverpackung wie Papier- und Kunststoffhüllen, Beutel aus
textilem Gewebe, Schrumpffolienumhüllungen
Etiketten, Banderolen und Plomben
Formen für Pasteten, Fleischkäse, Pains, Parfaits.

Bei Käse zählt die natürliche Rinde generell mit zum Nettogewicht.
Künstliche Rinden zählen ebenfalls zum Nettogewicht, wenn dadurch die Funktion
einer natürlichen Rinde übernommen wird. Dies ist der Fall bei Tauchmassen für
einige Schnittkäsesorten.
Ferner zählen bei Weichkäse und Sauermilchkäse Belegungen mit Nüssen,
Gewürzen oder dergleichen mit zum Nettogewicht.

Nicht zum Nettogewicht zählen demnach z. B.:
Einwickler aus Papier, Metall-, Kunststoff-Folien oder Textilien
Umhüllungen aus Blättern und Pflanzenteilen.“

IV.) Sonstiges

Die LMIV sieht vor, dass man statt Füllmenge nach Gewicht oder nach Volumen auch die Stückzahl angeben kann, wenn dies verkehrüblich ist (Anhang IX Nr. 1c). Zwar gilt europäisches Recht vor nationalem Recht, aus der Erfahrung wäre aber eine Klarstellung sinnvoll, dass sich die Füllmengenkennzeichnung nach Wegfall der §§ 7, 18 - 20 FPackV nach der LMIV richtet und damit die Stückkennzeichnung weiterhin möglich bleibt.

In der LMIV § 10 Abs. 4 wird von „Nettogewicht“ gesprochen, die nationale VO verwendet den Begriff „Nennfüllmenge“. Es sollte sichergestellt sein, dass aus den unterschiedlichen Begriffen keine unterschiedlichen Anforderungen resultieren.

§ 16 Abs. 4 Backwaren

Es wird der Begriff „Nettofüllmenge“ verwendet. Backwaren ohne Verpackung haben aber keine „Nettofüllmenge“, sondern ein „Nettogewicht“.

Im § 19 Kennzeichnung der Stückzahl fehlende andere typische Angebotsformen. Insbesondere fehlt das Bund (Radieschen, Suppengemüse, Bundmöhren, Schalotten)

V.) Fazit

Abschließend möchten wir noch einmal darauf aufmerksam machen, dass der vorgelegte Entwurf die Wirtschaftstreibenden entgegen der Einschätzung des BMWI mit erheblichen Kosten belastet, sodass insbesondere die Einführung des § 16 Abs. 5 FPackV noch einmal überdacht werden sollte. Sollten nicht unsere Ausführungen bereits für einen Verzicht der umstrittenen Regelung Anlass geben, möchten wir dringend noch einmal anregen, dass für den Gesetzesentwurf eine mündliche Anhörung erfolgt, um insbesondere diesen Punkt mit den interessierten Kreisen zu diskutieren.

Bundesverband des Deutschen Lebensmittelhandels
Axel Haentjes – Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)
Berlin, 16. Juli 2018