

Stellungnahme

**Stellungnahme
des
Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. (BLL)
gemäß § 27a BVerfGG
im Verfahren 1 BvF 1/13**

Der Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. (BLL) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme im abstrakten Normenkontrollverfahren zur verfassungsmäßigen Prüfung, ob § 40 Abs. 1a des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs, eingeführt durch Artikel 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation vom 15. März 2012 (BGBl. I 2012, S. 476), mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Der Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde repräsentiert als Spitzenverband der deutschen Lebensmittelwirtschaft die gesamte Lebensmittelkette, beginnend mit der Landwirtschaft, über die Industrie, das Handwerk bis hin zum Handel sowie die Großverbraucher, alle Zulieferbereiche einschließlich des Futtermittelsektors und die Tabakbranche. Das Aufgabengebiet des BLL umfasst die Entwicklung des europäischen und deutschen sowie des internationalen Lebensmittelrechts und die aktive Begleitung der einschlägigen naturwissenschaftlichen Disziplinen. Zu seinen Mitgliedern zählen rund 90 (Fach-) Verbände, ca. 300 Unternehmen (von mittelständischen Unternehmen bis zu multinationalen Konzernen) und über 150 Einzelmitglieder (vor allem private Untersuchungslaboratorien und Anwaltskanzleien). Der BLL ist Gesprächspartner von Politik, Verwaltung, Justiz, Wissenschaft, Verbraucherorganisationen und Medien im Politikfeld „Lebensmittel und Verbraucherschutz“.

Der BLL hat das Gesetzgebungsverfahren, mit dem § 40 Abs. 1a LFGB in das Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch eingefügt wurde, intensiv begleitet und bereits damals gewichtige rechtliche Bedenken gegen die nunmehr im Rahmen des abstrakten Normenkontrollverfahrens zur Überprüfung anstehende Fassung geltend gemacht.

Mit der vorliegenden Stellungnahme bringt der BLL erneut seine verfassungsrechtlichen Bedenken an der Ausgestaltung des § 40 Abs. 1a LFGB zum Ausdruck und belegt diese mit einschlägigen Fundstellen aus Rechtsprechung¹ und Literatur. Diese stützen sich insbesondere auf

- I. das Übermaßverbot bzw. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und
- II. die Unschuldsvermutung.

¹ Überblick m.w.N. bei *Leible/Brzezinski*, WRP 2014, 276, 284.

I. Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

1. Schwere Grundrechtseingriffe

Amtliche Informationen über Lebensmittel und Lebensmittelunternehmer gemäß § 40 Abs. 1a LFGB greifen in die Grundrechte der Unternehmen ein,² die auch vor Beeinträchtigungen durch Verwaltungsrealakte schützen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.01.2012, Az. 6 C 9/11; BVerwGE 141, 329, 332 Rn. 22 m. w. N.). Wie die Antragstellerin bereits zutreffend ausgeführt hat, ist durch die konkret unternehmensbezogene Information das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG betroffen, daneben aber auch die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG (so auch OVG NRW, Beschluss vom 24.04.2013, Az. 13 B 192/12, 13 B 215/13, 13 B 238/13; *Möstl*, LMuR 2013, 77, 78). Der VGH Baden-Württemberg erachtet auch einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG im Hinblick auf das Recht auf Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für möglich (Beschluss vom 28.01.2013, Az. 9 S 2423/12 m. w. N.). Diese Grundrechte sind ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar, Art. 19 Abs. 3 GG.³

Der Annahme eines Grundrechtseingriffs steht auch nicht die Glykol-Entscheidung des BVerfG (Beschluss vom 26.06.2002, Az. 1 BvR 558) entgegen, da es sich zum einen nicht um eine Information über bloße neutrale Tatsachen handelt, sondern vielmehr um Rechtsverstöße, d. h., es muss eine rechtliche Bewertung vorausgehen. Zum anderen handelt es sich auch nicht um Maßnahmen der Staatsleitung (*Gundel*, ZLR 6/2013, 662, 671; vgl. auch BayVGh, NZS 2012, 277).

Wie die Antragstellerin zutreffend ausgeführt hat, haben die Grundrechtseingriffe eine hohe Intensität (so auch z. B. *Becker*, ZLR 2013, 496, 499). Denn durch die Verbraucherinformation über – vermutete! – Rechtsverstöße der Lebensmittelunternehmen, die zumeist im Internet erfolgt, werden diese Unternehmen durch die öffentliche Nennung ihres Namens und/oder der von ihnen vertriebenen Marken an einen „elektronischen Pranger“ gestellt. Die Namensnennung erfolgt bereits auf der Basis eines bloßen Verdachts der in § 40 Abs. 1a LFGB näher spezifizierten Rechtsverstöße während eines noch laufenden Verfahrens, also zu einem Zeitpunkt, an dem weder eine bestandskräftige Behördenentscheidung noch eine gerichtliche Entscheidung vorliegt. Eine öffentliche Namensnennung zu diesem frühen Zeitpunkt kann aber die betroffenen Unternehmen oder Marken irreparabel schädigen oder gar finanziell ruinieren, insbesondere wenn sich der Verdacht später als falsch erweist. Im Unterschied zu den Fällen bei bestehender Gesundheitsgefahr für die Verbraucher, in denen ein schnelles und frühzeitiges Handeln zur Gefahrenabwehr zwingend geboten ist, besteht in den Fällen des § 40 Abs. 1a LFGB als einer reinen Transparenzvorschrift dieser Handlungsdruck nicht. In diesen Fällen kommt den Grundrechten der betroffenen Unternehmen vielmehr aufgrund der drohenden Schadensfolgen besondere Bedeutung zu. Die Beson-

² Zum Grundrechtseingriff durch amtliche Publikumsinformation vgl. auch *Schoch*, NJW 2012, 2844, 2846.

³ Speziell dazu, dass sich auch juristische Personen auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung berufen können: BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, Az. 1 BvR 603/05, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 1550/03; *Möstl*, a. a. O., Fn. 17 m. w. N.

derheiten des Internets führen ferner dazu, dass die Veröffentlichung solcher Informationen irreversibel ist und aufgrund der permanenten und allzugänglichen Verfügbarkeit und unvorhersehbaren Verbreitungsmöglichkeiten (so auch *Wolenschläger*, DÖV 2013, 7, 13; *Leisner*, GewArch 2014/2, 57, 61) für die Betroffenen existenzgefährdend oder sogar existenzvernichtend sein kann (VGH Baden-Württemberg, a. a. O.; *Michl/Meyer*, DLR 2013, 79, 80). Zwar werden letztere Wirkungen nicht unmittelbar durch das behördliche Handeln herbeigeführt, sie sind dem Staat dennoch zurechenbar, weil ein entsprechendes Verbraucherverhalten vorhersehbar und ggf. sogar, auch wenn nicht in einer solchen Intensität, intendiert ist (*Gundel*, a. a. O., 672, 680; vgl. auch BT-Drucksache 17/7374, S. 20, 25).

2. Fehlende verfassungsgemäße Rechtsgrundlage

Die Grundrechtseingriffe bedürften einer verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage. § 40 Abs. 1a LFGB müsste daher „*Inhalt, Art und Umfang der Veröffentlichung in einer dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechenden Weise regeln und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen*“. Das bedeutet, dass „*Inhalt, Ausmaß und Dauer der Veröffentlichung im Einzelnen nach objektiven Kriterien festlegt und begrenzt*“ sein müssen (BayVGH, Beschluss vom 09.01.2012, Az. 12 CE 11.2700 mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83). § 40 Abs. 1a LFGB entspricht diesen Vorgaben jedoch nicht. Vielmehr verstößt die Regelung gegen das Übermaßverbot bzw. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

a) Zweck des § 40 Abs. 1a LFGB

Zweck des § 40 Abs. 1a LFGB sind ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 17/7374) insbesondere die Verbesserung der Transparenz staatlichen Handelns i. S. d. Verbraucherinformation und die Überwindung von Unsicherheiten seitens der Behörden über deren Veröffentlichungspflichten. Diese Zwecke sind als solche sicherlich auch legitim. Gleichzeitig wird damit spezialpräventiv bezweckt, die Lebensmittelunternehmen durch den angestrebten „Pranger“-effekt zu disziplinieren (VGH Baden-Württemberg, a. a. O., m. w. N.; *Gundel*, a. a. O., 673).

b) Geeignetheit

Angesichts der ungefilterten und ungewichteten Flut der Information für den Verbraucher – die amtliche Kontrolle stellt jährlich mehrere 10.000 Überschreitungen von Höchstmengen fest, die allerdings nur sehr selten eine konkrete Gesundheitsgefährdung beinhalten – bestehen ernsthafte Bedenken, ob das Ziel effektiver Verbraucherinformation mit der Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB überhaupt erreicht werden kann (so auch *Kühne/Preuß*, ZLR 3/2012, 285, 306; *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 4/2012, 420, 434).

c) Erforderlichkeit

In jedem Fall ist die derart umfangreiche produkt- und namensbezogene Veröffentlichung von Informationen weder erforderlich noch angemessen. Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin ist maßgeblich darauf gestützt, dass § 40 Abs. 1a LFGB die Veröffentlichung zeitlich nicht begrenzt, d. h. keine Regelung

bezüglich der Dauer der Veröffentlichung enthält. Das ist im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Regelung relevant. Denn wie der VGH Baden-Württemberg (a. a. O.) zutreffend festgestellt hat, erfordern die mit § 40 Abs. 1a LFGB verfolgten Ziele keine zeitlich unbegrenzte Veröffentlichung. Als milderer Mittel hätte vielmehr eine Lösungsfrist aufgenommen werden müssen (so auch OVG NRW, Beschluss vom 24.04.2013, Az. 13 B 192/12, 13 B 215/13, 13 B 238/13; BayVGH, Beschluss vom 18.03.2013, Az. 9 CE 12.2755; *Gundel*, a. a. O., 675, m. w. N.), wie etwa in § 3 Nr. 1 e) VIG. Ohne eine Regelung über die Dauer der Veröffentlichung würden bloße Verdachtsfälle, die § 40 Abs. 1a LFGB erfasst, unbegrenzt lange der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, auch wenn der entsprechende Mangel schon längst behoben wurde oder sich nachträglich sogar herausstellen sollte, dass sich der Verdacht nicht bestätigt hat, ein Verstoß also von Anfang an nicht vorlag. Die von der Veröffentlichung ausgehende „Pranger“wirkung und der dadurch bewirkte Eingriff in den Wettbewerb werden durch die Fortsetzung daher perpetuiert (VGH Baden-Württemberg, a. a. O.); eine Rehabilitation des betroffenen Unternehmens wird unmöglich gemacht. In anderen Bereichen, z. B. dem Gewerbezentralregister, vorgesehene Lösungsfristen werden damit de facto unterlaufen. Eine bloße zusätzliche Bekanntmachung zur Darstellung i. S. d. § 40 Abs. 4 LFGB stellt kein vergleichbar milderer Mittel dar.

Auch wenn die Bundesländer, wie z. B. Baden-Württemberg, teilweise eigene Lösungsfristen festgelegt haben (vgl. z. B. Erlass des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg vom 25.07.2012, Az. 36-5470.00/31-8302.25, S. 7), überwindet dies keinen verfassungsrechtlichen Mangel, da eine solche Festlegung zum einen nur verwaltungsinterne Bindungswirkung hat und zum anderen auch nicht bundeseinheitlich wirkt (VGH Baden-Württemberg, a. a. O.; *Michl/Meyer*, DLR 2013, 79, 81).

Die vergleichsweise anzuführende saarländische Praxis im Hinblick auf die Veröffentlichungsdauer bestandskräftiger Bußgeldentscheidungen im Lebensmittelbereich nach § 6 Abs. 1 S. 3 VIG (neu) sieht folgende Zeiträume vor: *„Bei erstmaligen Verstößen erfolgt die Veröffentlichung für die Dauer eines Monats. Bei wiederholten Verstößen innerhalb von sechs Monaten nach dem Erstverstoß für die Dauer von drei Monaten“* (siehe *Grube/Immel/Wallau*, Verbraucherinformationsrecht, S. 61). Die Veröffentlichungsdauer einer Information auf der Internetseite www.lebensmittelwarnung.de, als Maßnahme der Gefahrenabwehr, ist konsequent an das Mindesthaltbarkeits- bzw. Verbrauchsdatum zuzüglich eines Sicherheitszeitraums geknüpft. Mangels gefahrbezogener Anknüpfungspunkte des § 40 Abs. 1a LFGB ist die Vorschrift an den vergleichbaren bestehenden Transparenzregelungen zu messen.

d) Angemessenheit

Darüber hinaus steht die Regelung aber auch außer Verhältnis zu den zugrundeliegenden Zielen. Die *„Unternehmen sollen dadurch diszipliniert werden, dass sie mit dem Damoklesschwert der Verbraucherinformation über [wahrscheinliche!] Verstöße und einer entsprechenden Reaktion der Verbraucher bedroht werden“* (*Möstl*, a. a. O., 79 f.). Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist insbesondere die Schwere der o. g. Grundrechtseingriffe zu berücksichtigen und festzustellen, dass die niedrigen – und dazu noch unbestimmten – Eingriffsschwellen eines zu erwartenden Bußgeldes von mindestens € 350 bei Nr. 2 bzw.

bei Nr. 1 auch bei geringfügigen Überschreitungen der Grenzwerte fern jeglicher Gesundheitsgefahren im Hinblick auf die Eingriffsintensität nicht angemessen sind. Das gilt umso mehr, da § 40 Abs. 1a LFGB eine Veröffentlichungspflicht als gebundene Entscheidung vorsieht, was gerade im Hinblick auf die Gefahrenabwehrregelung in § 40 Abs. 1 LFGB als unverhältnismäßig erscheint.

(aa) Normenklarheit und Bestimmtheit

Sowohl § 40 Abs. 1a Nr. 1 als auch Nr. 2 LFGB entsprechen nicht den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit. Auch wenn die Norm nicht an denselben Maßstäben zu messen ist, die für strafrechtliche Regelungen gelten (*Gundel*, a. a. O., 673), muss die Normenklarheit aufgrund der Intensität der Grundrechtseingriffe vergleichbar hoch sein. Auch hat das BVerfG im Bereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots einer Ermächtigungsgrundlage hervorgehoben (*Becker*, a.a.O., 499 mit Verweis auf BVerfGE 18, 168, 186).

Abgesehen davon, dass bereits unklar ist, ob die Veröffentlichungspflicht generell zwei unabhängige Untersuchungen von verschiedenen Stellen erfordert⁴ oder ob auch eine Wiederholungsuntersuchung in demselben behördlichen Labor ausreicht⁵, und ob die Veröffentlichung nur dann erfolgen darf, wenn ein bestimmtes Lebensmittel unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften hergestellt worden ist⁶ oder auch, wenn weitere Mängel, wie generelle Hygienemängel bestehen,⁷ weisen auch die Tatbestandsalternativen in Nr. 1 und 2 Unklarheiten auf.

Die Veröffentlichungspflicht des Nr. 1 bezieht sich ausschließlich auf gesetzlich und numerisch festgelegte Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen, die aber beispielsweise für Pestizidrückstände und Kontaminanten oft nur für Rohprodukte (wie Getreidekorn oder Trauben) verfügbar sind. Die Höhe dieser Rückstände und Kontaminanten in und auf unverarbeiteten Lebens- und Futtermitteln kann sich unter dem Einfluss von Verarbeitungsprozessen jedoch verändern, sodass eine Rückrechnung erforderlich ist. Das geschieht mittels sog. Verarbeitungsfaktoren, die nicht gesetzlich und numerisch festgelegt sind (siehe z. B. leerer Anhang VI der VO (EG) Nr. 396/2005 im Bereich Pestizidrückstände). Verarbeitungsfaktoren sind in der Regel prozessspezifisch und beruhen im idealen Fall auf Verarbeitungsstudien bzw. auf individuellen Berechnungen des Herstellers. Im Bereich der Pestizidrückstände wird hilfsweise auch auf die vom BfR

⁴ Dafür spricht, dass dieses Tatbestandsmerkmal im Verfahrensgang der Gesetzesnovelle erst nachträglich und gezielt in den damaligen Entwurf eingefügt wurde, um einen vorschnellen und auf nicht ausreichender Verifizierung beruhenden behördlichen Veröffentlichungsautomatismus zu verhindern. Auch aus dem Protokoll der 147. Sitzung des Bundestages am 2.12.2011, Nr. 17/747, S. 17618, 17620 lässt sich der Wille des Gesetzgebers in diesem Sinne herauslesen. Im Ergebnis so auch VG Dresden, Beschluss vom 22.04.2013, Az. 6 L 47/13; s. a. *Grube/Immel*, ZLR 1/2012, 109, 114).

⁵ So die Landesarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz (LAV) in ihren Vollzugshinweisen.

⁶ VG Karlsruhe, Beschluss vom 07.11.2012, Az. 2 K 2430/12; VG Trier, Beschluss vom 29.11.2012, Az. 1 L 1339/12.TR; VGH Hessen, Beschluss vom 23.04.2013, Az. 8 B 28/13; *Gundel*, a. a. O., m. w. N..

⁷ Vgl. etwa die „Liste der Verstöße gegen das Lebensmittel- und Futtermittelgesetz nach § 40 Abs. 1a LFGB“ des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, bei der sich entsprechende Einträge finden.

veröffentlichen Datensammlungen zu Verarbeitungsfaktoren zurückgegriffen, die aus Modellstudien im Rahmen der Zulassung von Pflanzenschutzmitteln stammen, aber nicht rechtsverbindlich sind. Da unterschiedliche Berechnungsmethoden zu unterschiedlichen Werten führen können, die über bzw. unter dem gesetzlich festgelegten Höchstgehalt für das Rohprodukt liegen, existiert gerade in den Bereichen Pestizidrückstände und Kontaminanten für nicht explizit geregelte verarbeitete Produkte durch den gesetzlich nicht näher spezifizierten Verarbeitungsfaktor eine Rechtsunsicherheit.

Auch § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB weist Unklarheiten auf. So stellt die Voraussetzung eines Verstoßes „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ bereits einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, zumal die angegebene zu erwartende Mindestbußgeldhöhe keine Spezifizierung, sondern eine kumulative Voraussetzung darstellt. So hat z. B. das VG München (Beschluss vom 03.12.2012, Az. M 18 E 12.5736) auch die Überlegung angestellt, ob der Annahme der Erheblichkeit eines Mangels der Umstand entgegensteht, dass dieser Mangel unverzüglich nach seiner Feststellung behoben worden ist.

Gravierender ist jedoch der Umstand, dass § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB darauf abstellt, ob „*die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens dreihundertfünfzig Euro zu erwarten ist*“. Damit wird eine Prognose verlangt – d. h. keine rechtskräftige Entscheidung diesbezüglich – ohne dass zumindest objektive und einheitliche Kriterien für die Bußgeldhöhe existieren, wie etwa ein einheitlicher Bußgeldkatalog. Vielmehr steht die Bemessung der Bußgeldhöhe im Ermessen der zahlreichen zuständigen Behörden und hängt nicht zuletzt auch von den subjektiven und persönlichen Umständen des Unternehmens ab, wie z.B. der Schuldeinsicht, des Einkommens oder des möglichen Nachweises einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Begehung, die im Rahmen des Ermessens zudem unterschiedlich stark gewichtet werden können (VGH Baden-Württemberg, a. a. O., m. w. N.; *Kühne/Preuß*, ZLR 2013, 284, 298). Für das betroffene Lebensmittelunternehmen ist es daher gerade in Grenzfällen kaum vorhersehbar, welche Bußgeldhöhe „zu erwarten“ ist und ob in Folge dessen eine Veröffentlichungspflicht der Behörde besteht oder nicht. Die Regelung führt damit zu einer enormen Rechtsunsicherheit.

(bb) Verdachts- und Bagatellfälle

In diesem Zusammenhang muss im Rahmen der Angemessenheitsprüfung vor allem auch berücksichtigt werden, dass angesichts der Höchstgrenze für Bußgelder von bis zu € 50.000 die festgelegte Mindestbußgeldhöhe von € 350 nur Bagatellfälle betreffen dürfte. Gleiches gilt im Rahmen des § 40 Abs. 1a Nr. 1 LFGB in Fällen, in denen der Verdacht besteht, dass die gesetzlich und numerisch festgelegten Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen nur marginal überschritten werden. Denn in diesen Fällen liegt aufgrund der Tatsache, dass diese Werte stets mit Sicherheitszuschlag festgesetzt werden, bei weitem noch keine Gefahr für die Verbraucher vor (*Gundel*, a. a. O., 674 f., m. w. N.; VG Dresden, Beschluss vom 22.04.2013, Az. 6 L 47/13).

Bezweifelt werden darf auch, ob der Verbraucher überhaupt ein Interesse daran hat, über *den Verdacht* über solche geringfügigen Überschreitungen bzw. Verstößen informiert zu werden, die dazu noch fern jeder Gesundheitsgefahr liegen. Jedenfalls stünde ein solches Interesse der Verbraucher im Verhältnis zu der

Intensität der Grundrechtseingriffe der Unternehmen durch die erfolgende „Pranger“wirkung deutlich zurück. Denn wie *Schoch* (a. a. O., 2848 m. w. N.) bereits zutreffend festgestellt hat, fördert „nur die zutreffende Information [...] die Markttransparenz und das Entscheidungsvermögen der Verbraucher.“ Zudem sind keine Gründe erkennbar, weshalb eine Information nicht erst dann zu erfolgen hat, wenn der Verstoß i. S. d. Nr. 1 und 2 feststeht, bzw. wenn die Hauptsacheentscheidung rechtskräftig ist (VG Würzburg, Beschluss vom 12.12.2012, Az. W 6 E 12.994), wie es z. B. auch nach § 40b Abs. 1 WpHG oder § 30 Abs. 4 TEHG vorausgesetzt wird; zumal – und das sollte immer wieder betont werden – keine Gefahr vorliegt, sondern die Veröffentlichung aus Transparenzgründen erfolgt.

Eine aktive Information der Öffentlichkeit im Lebensmittelrecht war bislang nach § 40 LFGB nur als Gefahrenabwehrmaßnahme (nach Abwägung der betroffenen Interessen) zulässig, wenn „*andere ebenso wirksame Maßnahmen, insbesondere eine Information der Öffentlichkeit durch den Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmer oder den Wirtschaftsbeteiligten nicht oder nicht rechtzeitig getroffen werden oder die Verbraucherinnen oder Verbraucher nicht erreichen*“. Die produktspezifische Information und Warnung vor Gesundheitsgefahren gestaltet sich noch am unproblematischsten. Angesichts des besonders schützenswerten Rechtsguts des Gesundheitsschutzes dürfte hier eine Informationspflicht in der Regel als verhältnismäßige Maßnahme zu bejahen sein. Schwieriger gestaltet sich die Lage aber, wenn die Information wie im Fall des Verbraucherinformationsgesetzes – ohne einen Gesundheitsbezug – nur der Steigerung der Transparenz dient. Je weiter die Information von einem konkreten Gesundheitsbezug entfernt ist, desto größer wiegt das Schutzinteresse des Unternehmers. Schwierig gestaltet sich daher insbesondere die verhältnismäßige Ausgestaltung des § 40 Abs. 1a LFGB, der in seinem Regelungsgehalt deutlich über die bisherige Regelung in § 40 Abs. 1 LFGB hinausgeht. So wird das Instrument des aktiven Informationshandelns in § 40 Abs. 1a LFGB allein zur Steigerung der Transparenz eingesetzt; damit wird völlig neues Terrain betreten. Bereits durch die systematische Einordnung der neuen Transparenzvorschrift in die Gefahrenabwehrregelung des § 40 Abs. 1 LFGB wird „*Neuland betreten*“ (*Girnau/Sieber*, Festschrift für M. Horst 2013, 241, 244). Nicht gesundheitsrelevante Informationen werden hier vom Staat aktiv als Mittel der Marktlenkung eingesetzt. Gewarnt wird damit nicht vor einem aktuell gefährlichen Produkt, sondern vor einem Unternehmen – basierend auf einem (vermuteten) Rechtsverstoß der Vergangenheit (siehe *Möstl*, LMuR 2014, 77, 79).

Offen ist zudem nach wie vor, ob die Information der Öffentlichkeit durch § 40 Abs. 1a LFGB unabhängig von einem Risiko für die Lebensmittelsicherheit überhaupt europarechtlich zulässig ist. Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Berger* (Urteil vom 11.04.2013, C-636/11) hat nur für engere Bereiche der lebensmittelsicherheitsrechtlichen Problematik eine Klärung gebracht. Der EuGH stellte darin ausdrücklich fest, dass die europäische Regelung des Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (Basis-Verordnung), die den Behörden eine Informationspflicht im Falle einer Gesundheitsgefahr auferlegt, nicht als abschließend zu betrachten ist. Demnach können die nationalen Behörden die Verbraucher auch dann informieren, wenn Lebensmittel zwar nicht gesundheitsschädlich, aufgrund ihrer Ungeeignetheit für den Verzehr durch den Menschen jedoch nicht den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit genügen. Zu den Anforderungen an

die Lebensmittelsicherheit sind nach Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 allerdings ausschließlich gesundheitsgefährdende und verzehrungseignete Lebensmittel zu zählen. In den Gründen weist der EuGH auf die in Art. 17 Abs. 2 UAbs. 2 Basis-Verordnung vorgesehene Befugnis der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer amtlichen Lebensmittelüberwachung Informationen über die Sicherheit und Risiken von Lebensmitteln öffentlich bekannt zu geben, besonders hin. Weitere Fragen einer unionsrechtlichen „Sperrwirkung“ des Art. 10 Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002, z. B. im Hinblick auf Täuschungsfälle, nicht gesundheitsbezogene Grenzwerte oder allgemeine Hygieneverstöße, gegenüber deutscher Gesetzgebung sind noch offen (VG Düsseldorf, Urteil vom 16.04.2013, Az. 16 L 494/13; so auch *Leisner*, a.a.O., 57, 64).

(cc) Rechtsfolge: gebundene Entscheidung

Schließlich steht der Angemessenheit der Regelung entgegen, dass sie eine gebundene Entscheidung vorsieht, der zuständigen Behörde also kein Entschließungsermessen darüber zusteht, ob sie im individuellen Fall veröffentlichen will oder nicht. Aufgrund dessen kann die Behörde bei einem bloßen Verdacht von o. g. Bagatellfällen oder in Fällen, in denen die Verstöße umgehend beseitigt wurden, auch nicht von einer Information absehen, sondern *muss* auch sie veröffentlichen. Möglichkeiten der Exekutive, einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen herzustellen und eine übermäßige Belastung bei entsprechenden Fallgestaltungen abzuwehren, bestehen daher nicht (VGH Baden-Württemberg, a. a. O.; *Gundel*, a. a. O., 674); es besteht allein ein Ermessen hinsichtlich der Art der Veröffentlichung (*Elsing/Rosenow*, ZLR 2013, 240, 260), d. h. ein Auswahlermessen. Zwar ist der Gesetzgeber selbstverständlich befugt, eine eigene abstrakte Interessenabwägung vorzunehmen, allerdings muss er sich dabei auch im Rahmen der verfassungsmäßigen Vorgaben bewegen (*Gundel*, a. a. O., 674). Das bedeutet insbesondere, dass die vorweggenommene Interessenabwägung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss, was bei § 40 Abs. 1a LFGB jedoch nicht der Fall ist. So begegnet „*der gesetzlich angeordnete Pauschalvorrang eines öffentlichen Informationsinteresses ohne Abwägungsmöglichkeit im Einzelfall*“ erheblichen Bedenken (siehe *Grube/Immel/Wallau*, a.a.O., S. 57 m.w.N.).

Bereits bei einem Vergleich mit § 40 Abs. 1 LFGB, der selbst für die Veröffentlichung im Falle von Gesundheitsgefahren eine Ermessensentscheidung vorsieht, erscheint eine gebundene Entscheidung bei einem Verdacht i. S. d. § 40 Abs. 1a Nr. 1 oder 2 LFGB „allein“ zum Zwecke der Transparenz nicht angemessen. Die Annahme einer Ermessensentscheidung im Bereich des Gefahrenabwehrrechts lässt sich im Übrigen nur mit dem Übermaßverbot aufgrund der schweren Grundrechtseingriffe begründen. Eine gebundene Entscheidung fern jeder Gesundheitsgefahr lässt sich dagegen wohl kaum rechtfertigen, zumal keine vergleichbaren Rechtsgüter im Raum stehen. Nach der Gesetzesbegründung (Drucksache 17/7374, S. 19 f.) sollen durch die Annahme einer gebundenen Rechtsfolge Unsicherheiten der Behörden beseitigt werden, in welchen Fällen eine Veröffentlichung vorzunehmen ist. Ein solcher Zweck der Verwaltungsvereinfachung kann die erheblichen Grundrechtseingriffe der Unternehmen jedoch nicht rechtfertigen; vielmehr hätten als mildere Mittel zur Erreichung dieses Zwecks auch die Möglichkeit einer Regelung mit intendiertem Ermessen und/oder der Beschreibung von Regelbeispielen bestanden. Auch besteht mangels Gesundheitsgefahr und

damit auch mangels Dringlichkeit kein Grund, dabei an einen bloßen Verdacht anzuknüpfen und in diesem Fall sogar eine gebundene Entscheidung vorzusehen. Das allein verbleibende Auswahlermessen der Behörde kann die möglichen mildereren Mittel für das fehlende Entschließungsermessen nicht kompensieren.

Berücksichtigt werden muss zudem, dass Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1 LFGB bei Gesundheitsgefahren nicht nur eine Ermessensentscheidung der Behörde vorgeschaltet ist, sondern sie nach § 40 Abs. 2 LFGB zudem nur dann zulässig sind, wenn keine anderen ebenso wirksamen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr bestehen. Insofern ist die Veröffentlichung auch subsidiär zu anderen Handlungen und als ultima ratio zu verstehen (*Schoch*, a. a. O., 2848). Bei § 40 Abs. 1a LFGB besteht hingegen keine Möglichkeit für die Unternehmen, selbst informierend tätig zu werden.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Behörde unabhängig von der Frage einer Veröffentlichung im Internet in jedem Falle zur Vornahme der notwendigen ordnungsrechtlichen Mittel zur Verfolgung der vorgeworfenen Rechtsverstöße verpflichtet ist. Eine Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB, die sich ausdrücklich nicht als Gefahrenabwehrmaßnahme qualifizieren lässt, stellt damit ohnehin eine zusätzliche Sanktion für das betroffene Unternehmen dar, die im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen allerdings noch viel gravierender sein kann als die ordnungsrechtlichen Maßnahmen.

II. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung

Die Ausgestaltung des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB verstößt zudem gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK, die nach der Rechtsprechung des BVerfG (Beschluss vom 26.03.1987, Az. 2 BvR 589/79) auch Element des Rechtsstaatsprinzips i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG ist (vgl. auch *Gundel*, a. a. O., Fn. 71 m. w. N.). Die Unschuldsvermutung schützt den Betroffenen „vor Nachteilen, die Schuldpruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung und Strafbemessung vorausgegangen ist“ (BVerfG, Beschluss vom 26.03.1987, Az. 2 BvR 589/79). Sie gilt nicht nur in Straf-, sondern auch in Ordnungswidrigkeitsverfahren (*Schoene*, ZLR 2013, 65, 70 m. w. N.). § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB knüpft daran an, ob ein Bußgeld „von mindestens € 350 zu erwarten ist“; nicht dagegen an die gerichtliche Feststellung eines tatsächlichen Verstoßes und einer bestimmten Bußgeldhöhe. Eine voraussichtliche Bestrafung wird daher mit einer staatlichen Veröffentlichung sanktioniert, die für die betroffenen Unternehmen erhebliche Nachteile mit sich bringt (s. o.), die einer Strafe gleichkommen (vgl. dazu *Schoene*, a. a. O., 71 ff.). *Gundel* (a. a. O., 674) weist daher zu Recht darauf hin, dass „mit der Bußgeldprognose [...] das Ergebnis eines tatsächlich mit Strafsanktionen verbundenen Verfahrens vorweggenommen wird.“

Unberücksichtigt bleiben darf dabei nicht, dass in der Veröffentlichung und/oder in der folgenden medialen Berichterstattung zwischen Produktwarnungen wegen möglichen Gesundheitsgefahren nach § 40 Abs. 1 LFGB und solchen nach § 40 Abs. 1a LFGB nicht ausreichend differenziert wird. Jede öffentliche Nennung von Produkt- oder Unternehmensnamen, insbesondere wenn sie durch eine Behörde mit ihrer staatlichen Autorität erfolgt, wird zumeist als „Warnung“ verstanden mit

den genannten Folgen für die betroffenen Unternehmen. Es müsste deutlich herausgehoben werden, dass es sich allein um einen Verdacht handelt und der mögliche – und aufgrund der niedrigen Eingriffsschwelle ggf. auch nur geringfügige – Verstoß keinerlei Gesundheitsgefahr für die Verbraucher bedeutet. Abgesehen davon sind „*juristisch nicht vorgebildete Laien [...] allzu leicht geneigt, [auch] die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens beinahe mit dem Nachweis der zur Last gelegten Tat gleichzusetzen*“ (OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.04.2005, Az. 1-15 U 98/3 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 29.05.1958, Az. III ZR 38/57).⁸ Insofern dürften die Informationen, die der Verbraucher bekommt, seinem Interesse kaum gerecht, der generalpräventive Zweck der Vorschrift diesbezüglich kaum erreicht werden.

III. Fazit

Nach Auffassung des BLL ist § 40 Abs. 1a LFGB mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Die Regelung greift massiv in die Grundrechte der Lebensmittelunternehmen ein, ist jedoch nicht verfassungsgemäß ausgestaltet. Insbesondere steht die Regelung in Widerspruch zu dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da die Vorschrift keine zeitliche Begrenzung der Veröffentlichung vorsieht, Bagatellfälle einbezieht und einen bloßen Verdacht eines Verstoßes mit einer gebundenen Entscheidung verknüpft. Indem sie an eine Bußgeldprognose anknüpft, verstößt § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB zudem gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und gegen die rechtstaatlich garantierte Unschuldsvermutung.

Berlin, 5. August 2014

⁸ Einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung sehen insbesondere auch *Gundel*, a. a. O., 675 ff.; *Pache/Meyer*, in: *Meyer/Strein*, LFGB – BasisVO, 2012, § 40 LFGB Rdnr. 25; *Schoene*, a. a. O.