

# **Erlass zur Novellierung des § 40 Absatz 1a Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB) durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des LFGB vom 24. April 2019 und Gewährleistung der Barrierefreiheit**

Erlass d. MJEVG vom 24. März 2020 -  
123-II\_40\_Referat-144/2020-1916/2020-22813/2020

## **I. Allgemeines**

nach § 40 Abs. 1a LFGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 2013 (BGBl. I S. 1426), der zuletzt durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches vom 24. April 2019 (BGBl. I S. 498) geändert wurde, sind nunmehr - seit Inkrafttreten zum 30. April 2019 - neben der vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21. März 2018 angemahnten gesetzlichen Lösungsfrist weitere Änderungen bzw. Klarstellungen vorgesehen.

Danach sind die zuständigen Behörden nach § 40 Abs. 1a S. 1 verpflichtet, die Öffentlichkeit bei hinreichend begründetem Verdacht, insbesondere durch aufgrund von Proben nach § 39 Abs. 1 S. 2 auf der Grundlage von **mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle** nach Art. 12 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 882/2004 gewonnenen Tatsachen, die Verbraucher unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels sowie unter Nennung des Lebensmittelunternehmers (einschließlich Landwirte) unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel hergestellt oder behandelt oder in Verkehr gelangt ist, **unverzüglich** über

1. Überschreitungen festgelegter Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen im Anwendungsbereich des LFGB,
2. **Vorhandensein eines nicht zugelassenen oder verbotenen Stoffes in dem Lebensmittel im Anwendungsbereich des LFGB sowie**
3. sonstige Verstöße gegen Hygienevorschriften oder Vorschriften, die dem Gesundheits- oder Täuschungsschutz dienen, wenn gegen sie in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt verstoßen worden ist und bei denen ein Bußgeld von mindestens 350 € zu erwarten ist,

zu informieren.

Diese herausgehobenen - nunmehr drei - Varianten von Rechtsverstößen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers unabhängig vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach diesem Gesetz veröffentlicht werden. Eine Namensnennung bei Feststellung der aufgeführten Rechtsverstöße ist zwingend. Ein Ermessen der Behörde besteht hierbei nicht.

Nach dem neuen § 40 Abs. 1a S. 2 bleiben hingegen **Verstöße gegen bauliche Anforderungen, die keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln bewirken, sowie Aufzeichnungs- oder Mitteilungspflichten, die keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln bewirken, nach Satz 1 Nummer 3 außer Betracht.**

Darüber hinaus sind jetzt in Abs. 4 nicht nur die sich nachträglich als falsch herausgestellten Informationen oder als unrichtig herausgestellten zu Grunde liegenden Umstände unverzüglich öffentlich bekannt zu machen (sofern der betroffene Wirtschaftsbeteiligte dies beantragt oder dies zur Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls erforderlich ist), sondern ist auch **unverzüglich darauf hinzuweisen, wenn der der Veröffentlichung zu Grunde liegende Mangel beseitigt worden ist**. Ergänzend geregelt ist, dass auch **letztere Bekanntmachungen in derselben Weise erfolgen sollen, in der die Information der Öffentlichkeit ergangen ist**.

Schließlich wurde der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG Beschluss vom 21. März 2018 – 1 BvF 1/13) zur Verfassungswidrigkeit des alten § 40 Abs. 1a LFGB mit der Neuschaffung des Absatzes 4a Rechnung getragen. Danach **muss die Information nach Absatz 1a einschließlich zusätzlicher Informationen nach Absatz 4 sechs Monate nach der Veröffentlichung entfernt werden**.

Damit hat der Gesetzgeber den gerichtlichen Auftrag zur Abwendung der Nichtigkeit der Regelung zum 30. April 2019 erfüllt und den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit der Einführung der ausdrücklichen Lösungsfrist in Abs. 4a fristgerecht gewahrt.

Hintergrund war, dass die Niedersächsische Landesregierung aufgrund eines angenommenen Verstoßes gegen diesen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den § 40 Abs. 1a LFGB a. F. dem BVerfG zur Prüfung der Nichtigkeit vorgelegt hatte. Daraufhin wurde durch den Erlass des MELUR vom 22. Mai 2013 angeordnet, den Vollzug des § 40 Abs. 1a LFGB bis auf weiteres auszusetzen. Mit Beschluss vom 21. März 2018 hatte das BVerfG mit Gesetzeskraft entschieden, dass die Verpflichtung zu amtlicher Information über Verstöße des Lebensmittel- und Futtermittelrechts zwar grundsätzlich verfassungsgemäß, § 40 Abs. 1a LFGB a. F. aber insoweit nicht mit Art. 12 GG (Berufsfreiheit) vereinbar sei, als die in der Regelung angeordnete Veröffentlichung nicht zeitlich begrenzt werde. Das BVerfG hatte dem Gesetzgeber daher aufgegeben, zur Abwendung der Nichtigkeit der Regelung bis zum 30. April 2019 eine Regelung zur Dauer der Veröffentlichung zu treffen. Bis zur Neuregelung sah der Vorgängererlass zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 9. Oktober 2019 daher vor, dass längstens bis zum 30. April 2019 die Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB weiter angewendet und daher ab sofort wieder vollzogen werden sollte.

## **II. Im Einzelnen**

Im Einzelnen bitten wir, für den Vollzug des § 40 Abs. 1a, Abs. 4 und Abs. 4a LFGB n. F. Folgendes zu beachten:

### **1. Zuständige Behörde**

Die nach Landesrecht zuständige Behörde für den Vollzug des Lebensmittelrechts ist auch für die Veröffentlichung der Informationen verantwortlich. Das Benehmen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 LWFZVO gilt durch diesen Erlass als hergestellt.

§ 40 Abs. 1a ist dahingehend auszulegen, dass die zuständige Behörde des (Be- fund-)Landes, in dem erstmalig die Ergebnisse festgestellt werden, bereits veröffentlicht (Ort des Inverkehrbringens bzw. der Betriebskontrolle). Unberührt hiervon bleibt die übliche regelmäßige Unterrichtung der „Sitzland-Behörde“ des Herstellers bzw. die Zentrale des Inverkehrbringers sowie weiterer betroffener Behörden. Die dortigen Behörden haben in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a vorliegen.

## 2. Unverzögliche Information der Öffentlichkeit

Nach neuem Recht gilt der Maßstab, dass nach der abschließenden Ermittlung des Sachverhalts die erforderliche Veröffentlichung so vorzunehmen ist, dass sie ohne schuldhaftes Zögern erfolgt. Mit der Ergänzung werden die zuständigen Vollzugsbehörden verpflichtet, nach der abschließenden Ermittlung des Sachverhalts die erforderliche Veröffentlichung ohne Zeitverzug vorzunehmen. Verzögerungen von zum Teil mehreren Monaten zwischen der Feststellung von Verstößen und einer Veröffentlichung, wie in der Vergangenheit teilweise erfolgt, sind im Sinne der Verbraucherinformation nicht zweckdienlich. Je weiter der Verstoß zeitlich entfernt ist, desto geringer ist der objektive Informationswert seiner Verbreitung, weil sich vom Verstoß in der Vergangenheit objektiv immer weniger auf die aktuelle Situation des betroffenen Unternehmens schließen lässt (vgl. Begründung in der Beschlussempfehlung und des Berichts des AV-Ausschusses vom 13. März 2019 – BT-Drs. 19/8349, B. Besonderer Teil, zu Nummer 1, zu Buchstabe a, Abs. 1 – zum von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf – Drs. 19/4726 –, der vom Bundestag am 22. März 2019 entsprechend angenommen wurde – BR-Drs. 124/19 – sowie BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Rd. 58). Konkrete Aussagen dazu was „unverzüglich“ ist, liegen in Rechtsprechung und Literatur noch nicht vor.

Entsprechend hatten – zur alten Rechtslage – auch schon die Autoren Dannecker, Dannecker sich auf das OVG NRW (Beschluss vom 15. Januar 2019 – 13 B 1587/18, ZLR 2019, 286 mit Anm. Teufer: verneinend zu saisonalen Kulturheidelbeeren) stützend, festgestellt, dass für die Veröffentlichung lebensmittel- und futtermittelrechtliche Rechtsverstöße zu fordern sei, dass die zu veröffentlichen Angaben inhaltlich richtig sind und Fehlvorstellungen der Verbraucher vermieden werden sowie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind, um die Erfüllung der gesetzlichen Informationszwecke zu gewährleisten. Der Verbraucher solle erstens in die Lage versetzt werden, seine Konsumententscheidung in Kenntnis der veröffentlichten Missstände zu treffen und ggf. vom Vertragsschluss mit dem benannten Unternehmen abzusehen, und zweitens erzieherisch auf Unternehmen eingewirkt werden (vgl. G. Dannecker/Ch. Dannecker, Zur Sanktionserwartung als Voraussetzung der Öffentlichkeitsinformation, ZLR 2019, 175 (204)).

Dem stellen sie die Feststellungen des VG Oldenburg (Beschl. v. 18. Januar 2019 – 7 B4420/18 in juris: zu Hygieneverstößen) gegenüber, wonach nicht nur offenzulegen sei, welchen Verstoß das Unternehmen begangen hat, sondern auch inwieweit es seiner Verantwortung für die Beseitigung nachgekommen ist. Denn die Veröffentlichung der festgestellten (abgestellten) Hygienemängel sei zum einen mit der abschreckenden Wirkung der Informationsregelung zu rechtfertigen. Zum anderen diene die Veröffentlichung behobener Verstöße auch dem Ziel der Verbraucherinformation, der Herstellung der Markttransparenz und der Sicherung informierter Konsumententscheidungen der Verbraucher. Hierfür sei es erforderlich, die Umstände zu nennen, die auf die aktuelle Situation des betroffenen Unternehmens schließen lassen. Relevant sei auch, in welchem Umfang die Behörde zu einem Eingreifen gezwungen wurde. Für die Konsumententscheidung des Verbrauchers sei grds. neben dem bloßen Vorliegen eines Verstoßes ebenfalls von Bedeutung, wie schnell ein solcher Verstoß von dem Lebens- oder Futtermittelunternehmen abgestellt wurde (vgl. G + Ch. Dannecker, aaO., 207).

Insgesamt kamen die Autoren zu dem Ergebnis, dass vermittelt über die „Zweckbindung“ der Information letztlich zusätzlich zum schlichten Tatbestandsmerkmal des Rechtsverstößes an eine hinreichende Prognose anzuknüpfen sei, dass aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Rechtsverstößes auch für die Zukunft damit gerechnet werden muss, dass die Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts in dem betroffenen Unternehmen nicht ausreichend gesichert sei.

Vor diesem Hintergrund ist insgesamt immer im Einzelfall von der zuständigen Behörde zu entscheiden, ob eine unverzügliche Veröffentlichung gegeben ist.

### **3. Hinreichend begründeter Verdacht**

Der Verdacht muss aufgrund von Tatsachen nach pflichtgemäßer Überzeugung der Behörde **hinreichend begründet sein; der bloße – unaufgeklärte – Verdacht eines Verstoßes ist für den mit der Veröffentlichung verbundenen weitreichenden Eingriff in die Berufsfreiheit und den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Lebensmittelunternehmers nicht ausreichend.**

Für den Fall von Proben ist dies mit der Änderung nun dahingehend klargelegt worden, dass sich der Verdacht auf mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle gründen muss. Der Gesetzgeber hat die Behörde insoweit praktisch zu einer abschließenden Ermittlung der Tatsachen verpflichtet. Hieran hat sich der Maßstab erforderlicher Tatsachenaufklärung auch für den Fall zu orientieren, dass dem Verdacht eines Verstoßes nicht durch Proben, sondern auf andere Weise, etwa durch Betriebskontrollen, nachgegangen wird. Auch dann müssen die den Verdacht begründenden Tatsachen aus Sicht der Behörde aufgeklärt und in den Überwachungsergebnissen entsprechend dokumentiert sein.

### **4. Tatsachen**

Tatsachen sind Feststellungen, Fakten, Gegebenheiten, Vorgänge und Zustände aus Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind. Sie müssen ausreichend dokumentiert sein.

### **5. „... unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels“**

In der Veröffentlichung ist auf ein bzw. mehrere konkret bezeichnete Lebensmittel, die von der Überschreitung bzw. dem Vorhandensein nicht zugelassener oder verbotener Stoffe bzw. dem Verstoß betroffen sind, Bezug zu nehmen. Sofern es in einem bestimmten Betrieb zu Verstößen gekommen ist, ist zu untersuchen, ob und welche konkreten Lebensmittel von der Überschreitung der Grenzwerte etc. (Nr. 1) bzw. dem Vorhandensein nicht zugelassener oder verbotener Stoffe (Nr. 2) bzw. von dem Verstoß gegen Vorschriften zum Schutz vor Gesundheitsgefährdungen, zum Schutz vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen (Nr. 3) betroffen sind. Diese Lebensmittel sind bei einer Veröffentlichung unter Angabe der Überschreitung bzw. des Vorhandenseins nicht zugelassener oder verbotener Stoffe bzw. Verstoßes konkret zu benennen.

## **6. Zu benennendes Unternehmen**

Der Gesetzgeber nimmt keine Abstufung zwischen Hersteller, Behandler und Inverkehrbringer vor. Dies ergibt sich aus der Formulierung „hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist...“.

Durch die Formulierung „unter dessen Namen“ wird lediglich vorgegeben, dass die betreffende Handlungsmodalität unter dem Namen des Unternehmens stattgefunden haben muss. Da der Wortlaut des Gesetzes keinen Akteur festlegt, ist bei der Entscheidung, welcher der Akteure veröffentlicht werden sollte, der Sinn und Zweck der Vorschrift heranzuziehen. Ziel des § 40 Abs. 1a LFGB ist es, den Verbraucher dabei zu unterstützen, eine gut informierte mündige Kaufentscheidung zu treffen. Es sollte daher derjenige Unternehmer genannt werden, der zur Erreichung dieses Ziel am zweckdienlichsten ist.

Sind bspw. Hersteller und Inverkehrbringer auf einem Produkt genannt, der Hersteller dabei aber weitgehend unbekannt, ggf. sogar im Ausland ansässig, der Inverkehrbringer dagegen ein deutschlandweit bekannter Lebensmitteldiscounter, so dürfte die Nennung desjenigen Unternehmens, das die Verbraucherin bzw. der Verbraucher kennt, deren bzw. dessen Informationsbedürfnis eher Rechnung tragen, als die Nennung desjenigen Unternehmens, dessen Namen die Verbraucher nicht mit etwaigen Lebensmitteln in Verbindung bringen. Andererseits kann es ebenso Sachverhalte geben, in denen sich nach Ausübung des Ermessens der Hersteller als maßgeblich für die Identifizierung erweist. In diesem Fall wäre dieser zu benennen.

## **7. Untersuchungsergebnisse**

Gesetzliche Voraussetzung ist (insbesondere im Hinblick auf § 40 Abs. 1a Ziffer 1): „im Fall von Proben nach 39 Absatz 1 Satz 2 auf Grundlage von mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle nach Artikel 12 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004“.

Danach muss die zweite Untersuchung – nunmehr ausdrücklich – nicht in einem gesonderten Labor erfolgen. Eine solche Anforderung war bereits dem alten Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig zu entnehmen, weshalb vorliegend klargestellt wurde, dass die geforderte Doppeluntersuchung durch das gleiche Labor durchgeführt werden kann. Ein gesetzliches Erfordernis, die Proben jeweils durch zwei unterschiedliche amtliche Labore untersuchen zu lassen, wäre für viele Länder kaum vollziehbar, da sie in der Regel nur über ein akkreditiertes amtliches Labor verfügen. Die Klarstellung dient damit der Vereinfachung des Verwaltungsvollzugs. Dennoch ist die Durchführung von Untersuchungen in Laboren weiterhin an hohe Anforderungen geknüpft. Sofern die zweite Untersuchung durch die gleiche Stelle erfolgt, sind systemische Fehler insbesondere über die Einhaltung des Laborstandards zu vermeiden (vgl. Begründung in der Beschlussempfehlung und des Berichts des AV-Ausschusses vom 13. März 2019 – BT-Drs. 19/8349, B. Besonderer Teil, zu Nummer 1, zu Buchstabe a, Abs. 2 – zum von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf – Drs. 19/4726 –, der vom Bundestag am 22. März 2019 entsprechend angenommen wurde – BR-Drs. 124/19 –).

Untersuchungen, deren Ergebnis durch eine zweite Untersuchung nicht aussagefähig reproduzierbar sind (z. B. Nachweis von pathogenen Erregern in gering und nicht homogen kontaminierten Lebensmitteln bei mikrobiologischen Untersuchungen, scharfkantige Fremdkörper), können nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 40 Abs. 1a LFGB trotzdem eine Tatsache darstellen, die den hinreichend

begründeten Verdacht, insbesondere im Fall des § 40 Abs. 1a Ziffer 3 n. F., untermauert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn im Hinblick auf Art. 14 VO (EG) Nr. 178/2002 oder ggf. § 11 LFGB eine (weitere) Wertung hinzutreten muss.

## **8. Mitteilungen von Eigenkontrollergebnissen des Unternehmers**

Gemäß § 44 Abs. 6 LFGB darf eine Meldung nach Art. 19 bzw. 20 der VO (EG) Nr. 178/2002 bzw. nach § 44 Abs. 4a oder 5a LFGB nicht zur strafrechtlichen Verfolgung des Unterrichtenden oder Übermittelnden verwendet werden. Die Regelung des § 44 Abs. 6 LFGB steht jedoch einer Veröffentlichung der hieraus folgenden Erkenntnisse durch die Behörde nach § 40 Abs. 1a LFGB nicht grundsätzlich entgegen.

Eine unmittelbare Veröffentlichung der Erkenntnisse, die aufgrund gesetzlicher Meldepflichten erlangt wurden, ist aber nur dann angezeigt, wenn sich allein durch diese Erkenntnisse der von § 40 Abs. 1a LFGB für die Veröffentlichung erforderliche „durch Tatsachen hinreichend begründete Verdacht“ ergibt. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn sich die Anforderungen des Art. 19 oder 20 der VO (EG) Nr. 178/2002 im Hinblick auf einen Rechtsverstoß derart konkretisiert haben, dass bereits aufgrund der vom Meldepflichtigen gelieferten Informationen unmittelbar ein durch Tatsachen hinreichend begründeter Verdacht besteht. In diesen Fällen ist es sachgerecht, ohne weitere eigene Untersuchungen der zuständigen Behörde nach § 40 Abs. 1a LFGB die Öffentlichkeit zu informieren.

In allen anderen Fällen ist die nach § 40 Abs. 1a LFGB zuständige Behörde verpflichtet, eine eigene Sachverhaltsaufklärung in einem Umfang zu betreiben, der sie in die Lage versetzt, einen durch Tatsachen hinreichend begründeten Verdacht aus eigener Überzeugung heraus annehmen zu können. Erst dann kann und muss eine Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB vorgenommen werden.

Nach Auskunft des BMELV sind Untersuchungsergebnisse gemäß VO (EG) Nr. 2073/2005 nicht veröffentlichungspflichtig.

## **9. „Grenzwerte, ...“ im Sinne von § 40 Abs. 1a S. 1 Ziffer 1**

Hierzu wird auf anliegende Liste von gesetzlichen Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, in denen zulässige Grenzwerte, Höchstwerte oder Höchstmengen festgelegt sind, verwiesen. Sofern diese Liste aktualisiert wird, werden wir sie unverzüglich übermitteln.

Die Berücksichtigung der Messunsicherheit ist für die Bereiche Elemente, organische Kontaminanten, Pestizide und Tierarzneimittel gesetzlich verankert. Die Auslösung des § 40 Abs. 1a LFGB tritt somit erst dann ein, wenn eine Höchstmengenüberschreitung unter Berücksichtigung der Messunsicherheit festgestellt wird. Somit sind nur solche Proben veröffentlichungspflichtig, deren Gehalte auch nach Abzug der Messunsicherheit den Grenzwert/Höchstgehalt/Höchstmenge überschreiten.

Generell resultiert ein Analysewert auf der Mehrfachuntersuchung einer Probe. Hierbei streuen die Messwerte üblicherweise normalverteilt um den Mittelwert im Rahmen einer Gauß'schen Verteilung. Liegt im warenkundlichen Bereich der über die erweiterte Messunsicherheit ermittelte Vertrauensbereich vollständig oberhalb des Grenzwertes, ist von einer statistisch gesicherten Überschreitung des Grenzwertes auszugehen.

## **10. „Nicht zugelassener oder verbotener Stoff“ i.S. d. § 40 Abs. 1a S. 1 Ziffer 2**

Mit der Änderung wird klargestellt, dass nicht nur bei überschrittenen Grenzwerten, sondern auch – und erst recht — beim Nachweis verbotener oder nicht zugelassener Stoffe eine Verpflichtung zur Veröffentlichung besteht (vgl. Begründung in der Beschlussempfehlung und des Berichts des AV-Ausschusses vom 13. März 2019 – BT-Drs. 19/8349, B. Besonderer Teil, zu Nummer 1, zu Buchstabe b – zum von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf – Drs. 19/4726 –, der vom Bundestag am 22. März 2019 entsprechend angenommen wurde – BR-Drs. 124/19 –). Die Änderung war notwendig, um die Zielsetzung der Regelung konsequent umzusetzen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass ein solcher Erstrechtschluss nur aufgrund gesetzlicher Regelung möglich ist.

Für ggf. noch vorhandene Altfälle vor dem 30. April 2019 gilt daher, dass die hier bisher vertretene Rechtsauffassung, derartige Fälle unter § 40 Abs. 1a Ziffer 1 zu subsumieren, nicht mehr aufrechterhalten wird. Denn ein Grundrechtseingriff beim Unternehmer darf nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, welches dem staatsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) unterliegt. Der Unternehmer muss erkennen, welche Rechtsfolgen sich aus seinem Verhalten ergeben können. Die staatliche Reaktion auf sein Handeln muss also voraussehbar sein, anderenfalls besteht die Gefahr staatlicher Willkür. Sie sind daher nicht zu veröffentlichen.

## **11. Maßstab „nicht nur unerhebliches Ausmaß“ i.S.d. § 40 Abs. 1a S. 1 Ziffer 3**

Diese Anforderung der neuen Ziffer 3 (bzw. alten Ziffer 2) galt schon in der bis 31. August 2012 geltenden Fassung des § 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchstabe b LFGB. Das Merkmal erfasst Einzelfälle mit besonders nachteiligen Folgen für individuell geschädigte Personen oder Fälle, in denen durch den Verstoß/die Täuschung eine Vielzahl von Verbrauchern potentiell betroffen ist.

In der Praxis dürfte der Sachverhalt bei einer Bußgelderwartung von 350 Euro gerade im „Ernstfall“ genügend konkrete Anhaltspunkte hierfür bieten. Dennoch müssen beide Merkmale unabhängig voneinander durch die Behörde festgestellt und dokumentiert werden. Die Annahme eines nicht nur unerheblichen Verstoßes allein mit der Höhe des Bußgeldes zu begründen, wird dem Wortlaut der Vorschrift nicht gerecht. Dem Merkmal des „nicht nur unerheblichen Ausmaßes“ kommt für die verfassungskonforme Anwendung der Regelung entscheidende Bedeutung zu. Der unbestimmte Rechtsbegriff des „nicht nur unerheblichen Ausmaßes“ ist durch die zuständige Behörde, im Klagefall auch durch die Verwaltungsgerichte, anhand von quantitativen und qualitativen Kriterien zu konkretisieren.

## **12. Maßstab „wiederholt“ im Sinne des § 40 Abs. 1a S. 1 Ziffer 3**

Ein wiederholter Verstoß liegt vor, wenn gegen Vorschriften des Lebensmittelrechts (egal ob Kennzeichnung, Täuschung oder Hygiene) verstoßen wurde. Hierbei spielt es keine Rolle, ob wiederholt gegen ein- und dieselbe Vorschrift oder aber gegen unterschiedliche Vorschriften aus den angeführten Bereichen verstoßen wurde. Grundsätzlich ist ein Zeitraum von einem Jahr zu Grunde zu legen.

Die Vorschrift setzt in diesem Fall nicht voraus, dass gegen die Vorschriften in nicht nur unerheblichem Ausmaß verstoßen wurde.

Durch die zusätzliche Voraussetzung, dass die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro zu erwarten sein muss, lässt sich sichern, dass nicht schon jede Wiederholung des geringsten Verstoßes zur Information der Öffentlichkeit führt.

### **13. Prognose „Bußgeld von mindestens 350 €“**

Anknüpfungspunkt ist die Erwartung der fachlich zuständigen Lebensmittelüberwachungsbehörde.

Fällt ein Bußgeld im gerichtlichen oder Ordnungswidrigkeitsverfahren gegenüber der ursprünglichen Prognose unter die 350 Euro-Grenze, informiert die zuständige Behörde unverzüglich über die Funktionsadresse (siehe Ziffer 19) das MJEVG, damit eine Löschung bzw. Berichtigung in der veröffentlichten Tabelle erfolgen kann.

### **14. Verstöße gegen bauliche Anforderungen in Sinne des § 40 Abs. 1a S. 2**

In der Neufassung konkretisiert § 40 Abs. 1a S. 2 die Erforderlichkeit einer behördlichen Information und deren Gehalt. Mit der Ergänzung wird klargestellt, dass Verstöße gegen bauliche Anforderungen sowie Aufzeichnungs- oder Mitteilungspflichten nicht nach § 40 Abs. 1a LFGB veröffentlicht werden, wenn diese Verstöße nicht zu besonders nachteiligen Folgen für einzelne Verbraucher führen oder nicht eine Vielzahl von Verbrauchern betroffen sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018 – 1 BvF 1/13, Rd. 54). Das BVerfG hat an den Verstoß von nicht nur unerheblichem Ausmaß hohe Anforderungen gestellt, um die Regelung als verfassungskonform gelten zu lassen. Dementsprechend wurden nur solche Verstöße als erheblich gelten können, „die von hinreichendem Gewicht seien, um für die betroffenen Unternehmen potentiell gravierende Folgen zu rechtfertigen.“ (vgl. Begründung in der Beschlussempfehlung und des Berichts des AV-Ausschusses vom 13. März 2019 – BT-Drs. 19/8349, B. Besonderer Teil, zu Nummer 1, zu Buchstabe d – zum von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf – Drs. 19/4726 –, der vom Bundestag am 22. März 2019 entsprechend angenommen wurde – BR-Drs. 124/19 – sowie BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018 – 1 BvF 1/13 – Rd. 54).

### **15. Unverzügliche Veröffentlichungspflicht von beseitigten Mängeln im Sinne des § 40 Abs. 4**

In Absatz 4 soll mit dem neuen Satz 2 im Sinne der Ausführungen des BVerfG (vgl. Beschluss vom 21. März 2018 – 1 BvF 1/13 – Rd. 40) ausdrücklich vorgeschrieben werden, dass in der Information der Behörde auch darauf hinzuweisen sei, wenn der Unternehmer den der Information zu Grunde liegenden Mangel abgestellt hat. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn dies bereits vor der Veröffentlichung geschehen ist. Sobald der Unternehmer der Behörde die Beseitigung des Mangels angezeigt hat, hat die Behörde dies unverzüglich zu überprüfen und dann den entsprechenden Hinweis auf die Behebung des Mangels zu veröffentlichen. Dies hat in der gleichen Form wie die Veröffentlichung selbst zu erfolgen (vgl. Begründung in der Beschlussempfehlung und des Berichts des AV-Ausschusses vom 13. März 2019 – BT-Drs. 19/8349, B. Besonderer Teil, zu Nummer 2 – zum von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf – Drs. 19/4726 –, der vom Bundestag am 22. März 2019 entsprechend angenommen wurde – BR-Drs. 124/19 –).

## 16. Vorgehen bei Verdacht einer Straftat

Soweit die Prognose der zuständigen Behörde über einen Bußgeldtatbestand hinaus auf den Verdacht einer Straftat hinausläuft, ist die Strafverfolgungsbehörde zu unterrichten und das weitere Vorgehen im Hinblick auf eine Information der Öffentlichkeit mit ihr schriftlich abzustimmen. Auf schriftliches Verlangen der Staatsanwaltschaft kann die Information im Einzelfall zugunsten der Strafermittlung ausgesetzt werden.

Im Rahmen der Gesetzesnovellierung hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung festgestellt, dass der Wortlaut des § 40 Abs. 1a Nr. 2 (a. F.) die Veröffentlichung zwar an das Tatbestandsmerkmal des zu erwartenden Bußgeldes anknüpft, nach Sinn und Zweck des Gesetzes eine Verpflichtung zur Veröffentlichung aber erst Recht dann bestehen sollte, wenn der hinreichende Verdacht einer Straftat vorliege und eine Abgabe an die Staatsanwaltschaft erfolgt sei. Es wurde daher eine analoge Anwendung der Vorschrift angesichts des klaren Wortlautes gerade im Bereich der Eingriffsverwaltung kritisch gesehen und eine Klarstellung durch den Gesetzgeber für zwingend erforderlich erachtet (vgl. Begründung des Bundesrates zu Ziffer 2 Spiegelstrich 3 der Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 04. Oktober 2018 – BT Dr. 19/4726, Besonderer Teil Anlage 2). Unter Hinweis auf die Auslegungsschwierigkeiten des § 40 Abs. 1 a LFGB hatte der Bundesrat eine entsprechende Überarbeitung des Gesetzestextes gefordert. Dem war der Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesnovellierung jedoch nicht gefolgt.

An der hier bisher vertretenen Rechtsauffassung, wonach die Behörde auch in den Fällen, in denen allein der Verdacht einer Straftat besteht, auf der Grundlage einer Erstrecht-Argumentation grundsätzlich zur Information der Öffentlichkeit nach dem neuen § 40 Abs. 1a Nr. 2 (a. F.) bzw. Nr. 3 (n.F.) LGFB verpflichtet ist, wird daher nicht mehr festgehalten (vgl. Beschluss des BayVGh vom 12. Dezember 2019 - 20 CE 19.1634).

Besteht demnach hinsichtlich eines bestimmten Verstoßes bei über den hinreichenden Tatverdacht einer Ordnungswidrigkeitensache nach § 60 LFGB - wegen prognostizierten fahrlässigem Verhaltens - hinaus der hinreichende Tatverdacht einer Straftat nach § 59 LFGB - wegen eventuell sogar prognostiziertem vorsätzlichem Verhaltens -, ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft abzuwarten, ob eine Straftat in Betracht kommt. Ist dies der Fall, darf nicht nach § 40 Abs. 1a LFGB veröffentlicht werden. Kommt die Staatsanwaltschaft zu dem Ergebnis, dass keine Straftat in Betracht kommt, erklärt sie, dass die Anhörung und die Veröffentlichung als Ordnungswidrigkeitstatbestand nach § 40 Abs. 1 a LFGB erfolgen kann.

Sollte es bei ein- und demselben Lebenssachverhalt zu zwei Verstößen kommen, von denen bei einem der Verdacht der Fahrlässigkeit besteht und bei dem anderen der Verdacht des Vorsatzes, dann sind Anhörung und Veröffentlichung in beiden Fällen wegen der Grundsätze zur Einbeziehung von Ordnungswidrigkeiten in das vorbereitende Verfahren wegen einer Straftat in Nr. 273 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) abzuwarten, bis die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung zur Veröffentlichung erklärt.

In Betracht kommen hier die Erforderlichkeit weiterer Sachverhaltsaufklärung, z. B. zur Frage, ob eine Firma etwas erlangt hat, und Verdunklungsfahrer (Absprachen von Zeugen und Beteiligten; Unterlagenvernichtung). Grundsätzlich gilt nach altem Recht der Maßstab, dass nach der abschließenden Ermittlung des Sachverhalts die erforderliche Veröffentlichung so vorzunehmen ist, dass die Informationszwecke

(abschreckenden Wirkung der Informationsregelung und Herstellung der Markttransparenz und der Sicherung informierter Konsumententscheidungen der Verbraucher) erreicht werden. Denn anderenfalls ist die Veröffentlichung – nach altem Recht – nicht geeignet/verhältnismäßig. Nach neuem Recht muss nach der abschließenden Ermittlung des Sachverhalts die Veröffentlichung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Ein abschließender Sachverhalt liegt dabei in der Regel immer erst dann vor, wenn der Unternehmer angehört wurde. Daher muss die Anhörung auch vor der Veröffentlichung erfolgen.

Dabei gilt: Solange die Staatsanwaltschaft den Vorgang nicht zur Anhörung und Veröffentlichung freigibt, liegt kein schuldhaftes Verzögern im Sinne des § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB vor; dies kann unter Umständen ausnahmsweise auch mehrere Monate dauern.

Regelungen im Zusammenhang mit der unmittelbaren Abgabe eines Vorganges seitens der Staatsanwaltschaft an die Bußgeldstelle bleiben dem Zusammenarbeitserlass zwischen Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden bei der Verfolgung und Ahndung von Verstößen gegen Vorschriften des gesundheitlichen Verbraucherschutzes und des Tierschutzes vorbehalten.

## **17. Dauer der Veröffentlichung/Löschungsfrist/Mängelbeseitigung**

Der neue Absatz 4a enthält nun die vom BVerfG geforderte gesetzliche Lösungsfrist für Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB. Diese beträgt sechs Monate. Denn laut BVerfG müssen die Informationen mit der Mitteilung verbunden sein, ob und wann ein Verstoß behoben wurde. Dies ist verfassungsrechtlich unerlässlich.

Das BVerfG hatte dem Bundesgesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. April 2019 eine Regelung der Dauer der Veröffentlichung zu treffen. Auch schon bis zu einer entsprechenden gesetzlichen Regelung sollten die Informationen nach Ablauf von sechs Monaten nach der Veröffentlichung durch das MJEVG gelöscht werden. Dazu sind dem MJEVG der Umfang und das Datum der Mängelbeseitigung unverzüglich über die Funktionsadresse (siehe Ziffer 19) mitzuteilen.

Erkenntnisse über Verstöße und Überschreitungen, die länger als 6 Monate vor dem 4. Mai 2018 (Veröffentlichung des Beschlusses des BVerfG) zurückliegen, sind nicht mehr zu veröffentlichen. Jüngere Erkenntnisse, die entweder noch die Voraussetzungen zur Veröffentlichung nach dem alten § 40 Abs. 1a LFGB oder seit dem 30. April 2019 nach dem neuen § 40 Abs. 1a LFGB erfüllen, sind zu veröffentlichen.

## **18. Ablauf des Anhörungsverfahrens/Fristen**

Eine Anhörung ist gesetzlich (§ 40 Abs. 3 LFGB) vorgeschrieben, muss aber nicht mit einem Verwaltungsakt abgeschlossen werden: Mit der Einordnung der Veröffentlichung als Realakt entfällt das Widerspruchsverfahren (s. u.).

In der Regel erfolgt eine schriftliche Anhörung (im Einzelfall auch eine mündliche Anhörung) unmittelbar im Anschluss an die Betriebskontrolle im Rahmen der Anhörung bzgl. Maßnahmen nach § 39 LFGB – auf eine ausreichende Dokumentation ist hierbei zu achten) mit Angabe der zur Veröffentlichung vorgesehenen Daten; Frist in der Regel: Sieben Tage.

Nach Bewertung des Anhörungsergebnisses erfolgt eine einfache Mitteilung, dass zu einem bestimmten Datum (Frist in der Regel: Sieben Tage) veröffentlicht werden wird. Dies gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, Rechtsschutz zu ergreifen (§ 123 VwGO). Ein Hinweis hierauf in der Mitteilung ist im Hinblick auf § 893 Abs. 3 BGB sinnvoll (Ausschluss der Ersatzpflicht bei Amtspflichtverletzung, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden).

Gegen die Veröffentlichung ist die Einlegung eines Widerspruchs nicht möglich. Ein Widerspruch kann nur gegen Verwaltungsakte eingelegt werden. Die Informationsveröffentlichung weist keinen regelnden Charakter i. S. d. § 106 Abs. 1 LVwG auf, so dass sich der Betroffene gegen ein rein tatsächliches Verhalten, also einen Realakt, wendet. Der Lebensmittelunternehmer hat die Möglichkeit gemäß § 123 Abs. 1 VwGO beim Verwaltungsgereicht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu stellen. Bis zu der Entscheidung des Gerichts besteht eine „aufschiebende Wirkung“, d. h. es darf nicht veröffentlicht werden. Da es sich hier jedoch um ein Verfahren im sog. vorläufigen Rechtsschutz handelt, wird das Gericht schnell entscheiden.

### **19. Ort und Form der Veröffentlichung**

Das MJEVG stellt für die Veröffentlichung eine Landesinternetplattform zur Verfügung. Die zu veröffentlichenden Daten sind von den Kreisen und kreisfreien Städten gemäß der anliegenden barrierefreien word-Musterdokumente (Anlagen 1 – 3) und dem Hinweistext (Anlage 4) dem MJEVG über die Funktionsadresse:

[Verbraucherschutz@jumi.landsh.de](mailto:Verbraucherschutz@jumi.landsh.de)

mitzuteilen.

### **III. Schlussbestimmungen**

Dieser Erlass tritt mit Bekanntgabe in Kraft.

Gleichzeitig tritt der Erlass zur „Novellierung des § 40 Absatz 1 a Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB) durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des LFGB vom 24. April 2019“ vom 24. Juni 2019 - II 401/123 außer Kraft.

gez. Raju Sharma