

Adrian Hille: § 40 Ia LFGB: Vier Jahre nach der Entscheidung des BVerfG und nach vielen weiteren gesetzgeberischen, fachgerichtlichen und vollzugspraktischen Nachschärfungen: Sind nun alle Probleme gelöst?

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum Lebensmittelrecht bei Prof. Dr. Markus Möstl (Lehrstuhl Öffentliches Recht II) entstanden.

A. Einleitung

Ab dem 12. Jahrhundert zierte der sogenannte Pranger die Marktplätze zahlreicher mittelalterlicher Städte, an dem der Betroffene für sein Vergehen öffentlich bloßgestellt wurde und dadurch mit dem Verlust seines sozialen Ansehens bestraft werden sollte.¹ Eine moderne Umsetzung erfuhr der Pranger mit der Einführung des § 40 Ia LFGB im Jahre 2012, stimmt man kritischen Stimmen der Fachwelt bei.² Denn die Befugnis erlaubt es Behörden, die Verbraucherschaft über die unzulängliche Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften durch Unternehmen öffentlich zu informieren.

Nichtsdestotrotz billigte das BVerfG die umstrittene Vorschrift in seinem Beschluss 1 BvF 1/13 vom 21.3.2018 als im Wesentlichen verfassungsgemäß. Seitdem ergingen zahlreiche gesetzgeberische, fachgerichtliche und vollzugspraktische Nachschärfungen. Das wirft die Frage auf, ob vier Jahre nach der Entscheidung des BVerfG der „Internetpranger“³ problemlos vollzogen werden kann.⁴ Zur Beantwortung wird sich der Thematik zuerst anhand eines Überblickes angenähert, der die bestehende Rechtslage sowie die Entwicklung der Norm und die hierzu ergangene Rechtsprechung und Vollzugspraxis seit der Entscheidung des BVerfG umfasst. Im Anschluss daran werden diese anhand ausgewählter Problemkreise analysiert.

B. Bestehende Rechtslage

Tatbestandlich erfasst § 40 Ia 1 LFGB Grenzwert-, Höchstgehalt- und Höchstmengenüberschreitungen (Nr. 1), das Vorhandensein nicht zugelassener oder verbotener Stoffe in Lebensmitteln (Nr. 2) sowie sonstige qualifizierte Verstöße gegen Rechtsvorschriften zum Schutz der Gesundheit oder vor Täuschung oder zur Einhaltung hygienischer Anforderungen

(Nr. 3). Ausreichend ist bereits der hinreichend begründete Verdacht eines solchen Verstoßes. Die Norm knüpft also an vergangene Ereignisse an und nicht an eine gegenwärtig bestehende Gesundheitsgefahr.⁵ Auf Rechtsfolgende verpflichtet sie die zuständige Behörde zur Information der Öffentlichkeit unter Bezeichnung des Lebensmittels und Nennung des das Lebensmittel herstellenden, behandelnden oder in den Verkehr bringenden Unternehmens.

§ 40 Ia 2 LFGB nimmt Verstöße gegen bauliche Anforderungen von der Öffentlichkeitsinformation aus, sofern diese keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln mit sich bringen. S. 3 ermöglicht es, über Verstöße gegen hygienische Anforderungen auch ohne Nennung eines konkret betroffenen Lebensmittels zu informieren.⁶ Nach S. 4 bestehen während eines laufenden strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens besondere Anforderungen an die Informationsherausgabe.

§ 40 Ia LFGB ist demnach eine Vorschrift der aktiven behördlichen Verbraucherinformation über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften. Zum einen dient sie der Durchsetzung des Schutzes der Verbraucher vor Täuschung. Dabei soll die Norm einerseits eine „hinreichende Grundlage für eigenverantwortliche Konsumententscheidungen der Verbraucher schaffen“ und dadurch die Transparenz des Marktes fördern;⁷ dem Verbraucher soll es ermöglicht werden, vom Vertragsschluss mit dem benannten Unternehmen absehen zu können.⁸ Andererseits soll sie eine generalpräventive Wirkung entfalten, indem die bei lebensmittelrechtlichen Verstößen drohende Veröffentlichung die Unternehmen zur

¹ Ströbel, Persönlichkeitsschutz von Straftätern im Internet. Neue Formen der Prangerwirkung, Diss., Universität Passau 2015, S. 17; Hamm, Im Zweifel für den virtuellen Pranger? Das BVerfG, der Verbraucherschutz und die Unschuldsumutung, NJW 2018, S. 2099.

² BayVGh, Beschl. v. 18.3.2013 – 9 CE 13.80 – juris Rn. 18; Hamm, NJW 2018, 2099 (2100); Möstl, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die Verbraucherinformation? LMuR 2014, S. 77 (80).

³ Meisterernst, Zur Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB auf Straftaten – Zugleich eine Anmerkung zu VG Würzburg, Beschluss v. 24.7.2019, Az. W 8 E 19.766, ZLR 2019, S. 893 (895).

⁴ Hamm, NJW 2018, S. 2099 (2101).

⁵ Monsees, Behördliches Informationshandeln im Lebensmittelbereich, Berlin 2018, S. 116.

⁶ VG Ansbach, Beschl. v. 18.11.2021 – AN 14 E 21.00581 – juris Rn. 64.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 32.

⁸ Dannecker/Dannecker, Zur Sanktionserwartung einer Geldbuße von mindestens 350 Euro als Voraussetzung der behördlichen Öffentlichkeitsinformation nach § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB, ZLR 2019, S. 175 (202).

Einhaltung der Vorschriften anhält.⁹ Damit dient § 40 Ia LFGB auch der Abwehr und Vorbeugung von Gesundheitsgefahren.¹⁰

Dass von beiden Zwecken der Verbraucherschutz überwiegt, lässt sich an der Fallgruppe der Grenzwert-, Höchstgehalt- und Höchstmengenüberschreitungen (Nr. 1) festmachen: Grenzwerte sind aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Zweifel zu niedrig angesetzt.¹¹ Darüber gibt es einen Bereich, innerhalb dessen Überschreitungen der Höchstmengen nicht unbedingt eine Gesundheitsgefahr hervorrufen. Soll § 40 Ia LFGB im Wege der Generalprävention das Einhalten dieser Werte sicherstellen, steht dies demnach nicht zwangsläufig im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz. Eine Information über die nicht gesundheitsrelevante Überschreitung von Schwellenwerten fördert aber trotzdem den Verbraucherschutz: Der Verbraucher kann dadurch Rückschlüsse auf die Disziplin des Unternehmers zur Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften ziehen.

C. Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG

Aufgrund von Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der 2012 eingeführten Norm, haben die Verwaltungsgerichte Veröffentlichungen nach § 40 Ia LFGB durchwegs untersagt, woraufhin in zahlreichen Bundesländern der Vollzug ausgesetzt wurde.¹² Auf eine abstrakte Normenkontrolle des Landes Niedersachsen hin beanstandete das BVerfG lediglich das Fehlen einer gesetzlichen Befristung der Information und bejahte die Verfassungskonformität der Vorschrift im Übrigen.¹³

I. Entwicklung der Norm

Daraufhin wurde der Gesetzgeber tätig und hat mit dem Gesetz vom 24.4.2019 (BGBl. I S. 498) die Vorgaben des BVerfG zu einer gesetzlichen Lösungsfrist durch § 40 IVa LFGB umgesetzt sowie den „nicht nur unerheblichen“ Verstoß nach § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB durch S. 2 konkretisiert.¹⁴ Darüber hinaus hat er zur Gewährleistung einer zeitnahen Information das Erfordernis der „unverzögerlich[en]“ Veröffentlichung

eingefügt (S. 1) und die erfassten Tatbestandsvarianten um das Vorhandensein nicht zugelassener oder verbotener Stoffe im Lebensmittel (S. 1 Nr. 2) ergänzt. Des Weiteren wurden in S. 1 die Wörter „mindestens zweier unabhängiger Untersuchungen von Stellen“ durch „von mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle“ ersetzt.

Das Gesetz vom 27.7.2021 (BGBl. I S. 3274) hat den Wortlaut von § 40 Ia 1 LFGB an § 38 IIa LFGB und die neue Kontrollverordnung (EU) Nr. 2017/625 angepasst. Zudem wurde durch Ergänzung des S. 1 Nr. 3 klargestellt, dass alternativ zur Bußgelderwartung von 350 € im Sinne eines „erst recht“-Schlusses auch die Erwartung der Einleitung eines Strafverfahrens zur Information berechtigt.¹⁵ Ferner hat der Gesetzgeber § 40 Ia um die S. 3 und 4 ergänzt.

II. Rechtsprechung

Nachdem der bis zum Beschluss des BVerfG ausgesetzte Vollzug des § 40 Ia LFGB wieder aufgenommen wurde, hatten sich auch die Verwaltungsgerichte wieder damit auseinanderzusetzen.¹⁶ Die vormals kritischen Gerichte gaben daraufhin die in früheren Entscheidungen vertretene Unverhältnismäßigkeit der Vorschrift auf; insbesondere kehrten sie davon ab, die bisher für maßgeblich erachtete „Prangerwirkung“ einer Veröffentlichung in die Beurteilung der Eingriffsintensität einzustellen.¹⁷ Seitdem konzentriert sich die Rechtsprechung auf die vom BVerfG noch offen gelassenen Problemfragen und die Sicherung der anspruchsvollen verfassungskonformen, insbesondere verhältnismäßigen, Anwendung der Norm.¹⁸

III. Vollzugspraxis

Das BVerfG erteilte den Behörden den Auftrag, ihre Spielräume eigenverantwortlich verfassungskonform auszufüllen. Um dabei eine landesweit einheitliche Vollzugspraxis zu gewährleisten, erlassen die zuständigen Ministerien Handlungshinweise für die Vollzugsbehörden, die § 40 Ia LFGB behördenintern konkretisieren, sich aber

⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 32.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 20.

¹¹ Möstl, Information der Öffentlichkeit über Rechtsverstöße – Pranger zulässig? Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 2018, ZLR 2019, S. 343 (351).

¹² Merschmann, Staatliche Information über lebensmittelrechtliche Beanstandungen während laufender Verfahren, Berlin 2019, S. 102 f.; Böhm, Öffentliche Informationen über den Regelverstoß nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 40 Abs. 1a LFGB, ZLR 2019, S. 21 (24).

¹³ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 63 ff.

¹⁴ BT-Drucks. 19/8349, S. 19; BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 54, 56.

¹⁵ BT-Drucks. 19/25319, S. 55.

¹⁶ Möstl, ZLR 2019, S. 343.

¹⁷ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.1.2013 – 9 S 2423/12 – juris Rn. 29; Wallau, „Ich weiß nicht, was soll es bedeuten“. Anmerkung zu VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19, ZLR 2020, S. 106 (115); Roffael, Vereinbarkeit des LFGB § 40 Abs. 1a mit Unionsrecht. Anmerkung zu VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19, LMuR 2020, S. 122 (126 f.).

¹⁸ Möstl, ZLR 2019, S. 343 (345); Roffael, „Doch sicher ist der schmale Weg der Pflicht“ – Einige Anmerkungen zum praktischen Vollzug von § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB, ZLR 2020, S. 231 (235).

zwischen den Ländern unterscheiden.¹⁹ So war z. B. die vom BVerfG geforderte zeitliche Begrenzung der Informationsveröffentlichung je nach Land auf zwischen drei und zwölf Monate festgesetzt, bis mit § 40 IVa LFGB eine bundesweite Regelung erlassen wurde.²⁰ Die Veröffentlichung selbst erfolgt im Internet länderabhängig entweder zentral oder durch die Landkreise und kreisfreien Städte. In Bayern sind die Veröffentlichungen zentral auf der Homepage des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) abrufbar.²¹

Insgesamt zeigt sich, dass von behördlicher Seite verhältnismäßig wenig Veröffentlichungen nach § 40 Ia LFGB vorgenommen werden; so tätigt beispielsweise das Veterinäramt Göppingen mit Zuständigkeit für 7.000 Lebensmittelunternehmen durchschnittlich nur zwei Veröffentlichungen pro Monat – bei ungefähr 25 Kontrollen am Arbeitstag.²²

D. Problemaufriss

Jedoch beschäftigen genau diese Veröffentlichungen häufig die Justiz. Ursache dafür ist, dass das BVerfG in seinem Beschluss zwar der Praxis eine „Generalermächtigung zur verfassungskonformen Auslegung“²³ erteilte, sich aber zu vielen Problemen der Norm lediglich oberflächlich oder überhaupt nicht äußerte.²⁴

Diese ergeben sich überwiegend aus der äußerst anspruchsvollen verfassungskonformen Handhabung der Vorschrift, insbesondere unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten. Zunächst räumt § 40 Ia 1 LFGB der Behörde kein Ermessen ein, sondern verpflichtet zur Öffentlichkeitsinformation („informiert“), ohne dabei eine Abwägung der gegenüberstehenden Belange (wie § 40 I 3 LFGB) zuzulassen oder eine Erforderlichkeitsschwelle (wie § 40 II 1 LFGB) vorzusehen.²⁵ Hinzu tritt die hohe Eingriffsintensität: Die sich im Internet rasant verbreitenden und nicht wieder einfangbaren Informationen können von

Ansehensverlusten über Umsatzeinbußen bis hin zur Existenzvernichtung führen. Diese unumkehrbaren wirtschaftlichen Konsequenzen beeinträchtigen die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) des Betroffenen in erheblichem Maße.²⁶

E. Analyse ausgewählter Probleme

Deshalb soll im Folgenden analysiert werden, ob Rechtsprechung, Vollzugspraxis und gesetzgeberische Interventionen seit dem Beschluss des BVerfG diesen Maßstäben Rechnung tragen. Dazu werden einige besonders intensiv diskutierte Problemkreise in den Blick genommen, die seitdem angegangen wurden.

I. Die Geltung strafverfahrensrechtlicher Garantien

Vor dem Hintergrund der diesbezüglich „blinden“ Verfassungsgerichtsentscheidung stellt sich vor allem die Frage, ob Gerichte und Behörden beim Vollzug des § 40 Ia LFGB die Auswirkungen strafverfahrensrechtlicher Garantien wie der Unschuldsvermutung ignorieren. Diese Garantien würden durch ihren formalen Charakter und ihre strikte Bindungskraft erhöhte Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit des auf die Öffentlichkeitsinformation hinwirkenden Verfahrens stellen.²⁷ Damit würden sie auch die Behandlung der sonstigen Problemkreise beeinflussen.

Zu klären ist, ob die Öffentlichkeitsinformation unter das Strafrecht im engeren Sinne fällt oder lediglich unter das hinsichtlich seines Anwendungsbereichs weitere Sanktionsrecht. Während Letzteres alle an Rechtsverstöße anknüpfende negative Rechtsfolgen umfasst und die Geltung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzipien eröffnet, beispielsweise der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, sind die strafverfahrensrechtlichen Garantien nur auf Strafen im engeren Sinne anwendbar.²⁸ § 40 Ia LFGB belastet den Betroffenen aufgrund eines (hinreichenden Verdachts eines)

¹⁹ *Mock*, Probleme des § 40 Absatz 1a LFGB. Zum Vollzug des novellierten § 40 Absatz 1a LFGB in den Ländern, in: Möstl, Markus/Purnhagen, Kai [Hrsg.], Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht, 2021, S. 37.

²⁰ BT-Ducks. 369/18, S. 4.

²¹ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBl. Nr. 614), Ziff. 2.5.

²² *Ludwig*, Entwicklungen vom Aktengeheimnis zur Transparenz mit Spannungsfeldern aus vollzugsbehördlicher Sicht. Behördliche Erfahrungen und Rechtsprechung zu § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB, ZLR 2021, S. 416 (426 f.).

²³ *Möstl*, ZLR 2019, S. 343 (347).

²⁴ *Möstl*, ZLR 2019, 343 (347); *Teufler*, Der K(r)ampf um § 40 Abs. 1a LFGB geht weiter. Anmerkung zu Hess. VGH, Beschl. v. 11.2.2019 – 8 B 2575/18 und OVG NRW, Beschl. v. 15.1.2019 – 13 B 1587/18, ZLR 2019, S. 293 (294 f.).

²⁵ *Möstl*, Hoheitliche Verbraucherinformation – Grundfragen und aktuelle Entwicklungen, LMuR 2015, S. 185 (188).

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 24; *Hamm*, NJW 2018, S. 2099 (2103); *Böhm*, ZLR 2019, S. 21 (31).

²⁷ BVerfG, Urteil v. 25.8.1971 – IV C 23.69 – juris Rn. 15; *Schwarze*, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261 (269).

²⁸ BVerfG, Urteil v. 25.8.1971 – IV C 23.69 – juris Rn. 15; *Schwarze*, EuZW 2003, S. 261 (269); *Gretschner*, Die „allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“ und die deutsche Rechtsquellenlehre. Eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Diss., Universität Jena 2004, S. 2; *Bülte*, Lebensmittelrechtliche Maßnahmen und Sanktionen im Lichte des Unionsrechts, in: Möstl, Markus/Purnhagen, Kai [Hrsg.], Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht, 2021, S. 5 f.; *Irmischer*, Öffentlichkeit als Sanktion. Bankaufsicht zwischen Repression und Prävention – Eine Einordnung des „naming and shaming“ in das Sanktionssystem des KWG, Tübingen 2019, S. 23.

Rechtsverstoßes, erfüllt also den Sanktionsbegriff. Fraglich ist, ob darüber hinaus auch die Merkmale einer Strafe erfüllt sind.

Ein eventueller Unionsrechtsbezug der Norm könnte bei der Beantwortung eine rein nationale Betrachtung verbieten. Gem. Art. 51 I 1 GRCh ist der Anwendungsbereich der GRCh für die Durchführung von Unionsrecht durch Mitgliedstaaten eröffnet. Es stellt sich also die Frage, ob die Behörden mit dem Vollzug von § 40 Ia LFGB Unionsrecht durchführen.

Die unionsrechtliche Rechtsgrundlage für antragsunabhängiges hoheitliches Informationshandeln findet sich in Art. 10 Lebensmittelbasisverordnung (EG) Nr. 178/2002²⁹. Indes setzt Art. 10 BasisVO den hinreichenden Verdacht eines Gesundheitsrisikos voraus, wohingegen § 40 Ia LFGB gerade nicht an eine bestehende Gesundheitsgefahr anknüpft (siehe II.). Insoweit hat die Norm also keine Grundlage im Unionsrecht, ist also nicht selbst unmittelbar unionsrechtlich determiniertes Recht.³⁰

Allerdings dient sie ihrerseits der Durchsetzung von unionsrechtlich determinierten Vorschriften. Das erscheint auf den ersten Blick kontraintuitiv, ist doch in allen Tatbestandsvarianten des § 40 Ia 1 Nr. 1–3 LFGB die Rede von „Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes“, also des nationalen LFGB. Jedoch verweist das LFGB in zahlreichen Vorschriften unmittelbar auf Unionsrecht. Beispielsweise verbietet § 11 I LFGB zum Schutz vor Täuschung – und damit von § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB erfasst – den Verstoß gegen gewisse Vorschriften der Lebensmittelinformationsverordnung (EU) Nr. 1169/2011. Darüber hinaus sind die beiden Zwecke des § 40 Ia LFGB – Gesundheitsschutz und Verbraucherschutz – als Primärziele des Lebensmittelrechts (Art. 5 I BasisVO) Teil des horizontalen Gesamtrahmens, den die BasisVO für sämtliche lebensmittelrechtliche Maßnahmen auf unionaler und nationaler Ebene festlegt, Art. 4 II BasisVO.³¹

Eine davon losgelöste Betrachtung des Vollzugs von § 40 Ia LFGB als rein nationales Recht verbietet sich aus diesem Grund. Der Anwendungsbereich der GRCh ist eröffnet. Die Frage, ob § 40 Ia LFGB einen Strafcharakter aufweist, kann demnach nur im Lichte des Unionsrechts beantwortet

werden.³² Der EuGH greift dafür auf vom EGMR entwickelte Kriterien zurück und bejaht das Vorliegen einer Strafe im engeren Sinne, wenn die Sanktionsnorm national dem Strafrecht zugewiesen ist, zumindest auch eine repressive Zweckrichtung besitzt oder aufgrund ihrer Art und Schwere einen strafrechtlichen Charakter aufweist.³³

1. Einordnung nach nationalem Recht

Die Öffentlichkeitsinformation nach § 40 Ia LFGB ergeht in einem Verwaltungsverfahren und ist damit eine reine Verwaltungssanktion, anders als die lebensmittelrechtlichen Kriminalstrafen in §§ 58, 59 LFGB.³⁴ Die Norm ist nicht national dem Strafrecht zugewiesen.

2. Repressive Zweckrichtung

Jedoch könnte § 40 Ia LFGB zumindest auch eine repressive Zweckrichtung aufweisen. Diesbezüglich beschränkt sich das BVerfG in seinem Beschluss auf die vage Beschreibung der doppelten Zwecksetzung von Transparenz und Generalprävention und geht nicht auf die repressiven Aspekte der Veröffentlichung ein.³⁵ Daran anknüpfend lehnen die Verwaltungsgerichte einen repressiven Charakter der Norm ab. Der VGH Baden-Württemberg verweist dafür neben die vom BVerfG formulierten Zweckrichtung auch auf den Täuschungs- und Gesundheitsschutz, die jedenfalls schwerpunktmäßig präventive Zwecke darstellen sollen.³⁶ Den gleichen Standpunkt vertretend argumentiert das VG Oldenburg, die Information erfasse nicht den Inhalt strafrechtlicher Ermittlungsverfahren, sondern ausschließlich die festgestellten Verstöße, weswegen sie rein präventiven Charakter habe.³⁷ Das OVG Niedersachsen stuft die Norm als „präventiv-polizeiliche Sanktion“ und nicht als eine „repressiv-polizeiliche“ Sanktion ein und verneint deshalb die Geltung der Unschuldsvermutung.³⁸ Allerdings ist fraglich, ob die durchgängige Ablehnung der repressiven Zweckrichtung in der Rechtsprechung zutreffend ist, zumal die Gerichte einer überzeugenden Argumentation entbehren.

Der Wortlaut der Norm ist diesbezüglich nicht aufschlussreich. Das zeigt vor allem eine Betrachtung der Tatbestandsvariante

²⁹ Im Folgenden: BasisVO.

³⁰ *Satzger*, Aus europäischer Sicht bestehende Strafbarkeit der Öffentlichkeitsinformation nach § 40 Abs. 1a Nr. 3 LFGB und Verstoß gegen die europarechtlich garantierte Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 48 EU-GRCh), LMuR 2021, 1 (2); *Merschmann* (Fn. 12), S. 75.

³¹ *Rathke*, in: *Sosnizza/Meisterernst* (vormals *Zipfel/Rathke*) Lebensmittelrecht, Band 2, Stand: 184. Ergänzungslieferung, Juli 2022; EG-Lebensmittel-Basisverordnung Art. 4 Rn. 8.

³² *Bülte*, in: *Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht* (Fn. 28), S. 1.

³³ EuGH, Urt. v. 5.6.2012 – C-489/10 – ECLI:EU:C:2012:319 Rn. 36, 39 (Bonda); EGMR, Urt. v. 21.2.1984 – 8544/79 – Rn. 53 = EuGRZ 1985, 62 (68); *Satzger*, LMuR 2021, 1 (5); *Bülte*, in: *Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht* (Fn. 28), S. 7 f.

³⁴ *Bülte*, in: *Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht* (Fn. 28), S. 6, 8.

³⁵ *Möstl*, ZLR 2019, S. 343 (348); *Dannecker/Dannecker*, ZLR 2019, S. 175 (178).

³⁶ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.12.2020 – 9 S 2481/20 – juris Rn. 30; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19 – juris Rn. 34.

³⁷ VG Oldenburg, Beschl. v. 18.1.2019 – 7 B 4420/18 – juris Rn. 25.

³⁸ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 1.2.2019 – 13 ME 27/19 – juris Rn. 7.

des § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB, wonach die Veröffentlichung mit der Erwartung eines Bußgeldes oder Strafverfahrens eintritt. Sie setzt weder, wie im repressiven Recht üblich, ein abgeschlossenes Verfahren voraus, noch knüpft sie mit der Voraussetzung der „Erwartung“ an eine hinreichende Gefahrenprognose an – untypisch für präventives Recht.³⁹

In systematischer Hinsicht bietet sich ein Vergleich mit dem ersten Absatz an. Hier findet sich mit § 40 I 1 LFGB eine Befugnis, die klar präventiv ausgerichtet ist: Sie nimmt Bezug auf Art. 10 BasisVO, der an ein Gesundheitsrisiko für Menschen anknüpft. Die Vorschrift des § 40 I 2 LFGB weist in den unterschiedlichen Fallgruppen keine eindeutige Ausrichtung auf: Während Nr. 1 mit dem Anknüpfen an den hinreichenden Verdacht des Gesundheitsrisikos eine präventive Zweckrichtung nahelegt, reicht es in Nr. 3 Alt. 2 bereits aus, dass von einem Erzeugnis irgendwann einmal eine Gesundheitsgefährdung ausgegangen ist; die Veröffentlichung einer zeitlich zurückliegenden Gesundheitsgefährdung spricht für einen repressiven Hintergrund. Die Stellung des § 40 Ia LFGB in dem einer klaren Ausrichtung entbehrenden § 40 LFGB lässt also keine Rückschlüsse auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer repressiven Zweckrichtung zu.

Unter dem Gesichtspunkt des Telos ist vor allem der vom BVerfG formulierte Zweck der Generalprävention in den Blick zu nehmen. Denn eine Norm kann nur dann generalpräventiv wirken, wenn sie zugleich dem Betroffenen eine derart belastende Rechtsfolge auferlegt, dass andere von der Begehung ähnlicher Verstöße abgeschreckt werden. Gesteht man der Öffentlichkeitsinformation also mit dem BVerfG und den Verwaltungsgerichten eine generalpräventive Zwecksetzung zu, muss konsequenterweise auch eine nicht unerhebliche repressive Wirkung der Veröffentlichung angenommen werden. Zwar wird mitunter angeführt, eine Maßnahme sei nur dann als repressiv einzustufen, wenn sie das Verhalten des Betroffenen zielgerichtet missbillige. Demgegenüber würde bei § 40 Ia LFGB nicht die Information selbst, sondern erst die Reaktion der Verbraucher, die sich weder genau vorhersehen noch zuverlässig steuern lasse, die nachteiligen Folgen hervorrufen – die repressive Natur der Veröffentlichung wäre von der Behörde also nicht beabsichtigt.⁴⁰ Das verträgt sich allerdings nicht mit der Feststellung des BVerfG, dass die Information nach § 40 Ia LFGB in Zielgerichtetheit und Wirkung auf die

Marktbedingungen des Unternehmens einem staatlichen Eingriff gleichkommt.⁴¹ Es wäre widersprüchlich, einerseits den Verbraucherreaktionen Eingriffsqualität zuzuschreiben, andererseits unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Steuerbarkeit dieses Verhaltens der Maßnahme den sich daraus ergebenden repressiven Charakter abzusprechen.

Im Ergebnis spricht die Zweckrichtung des § 40 Ia LFGB also dafür, der Norm zumindest auch einen repressiven Charakter zuzubilligen und die Öffentlichkeitsinformation damit als Strafe einzuordnen.

3. Art und Schwere

Nichts anderes ergibt sich aus der Betrachtung der Schwere der Maßnahme: Hier ist auf die enorme Eingriffsintensität der Veröffentlichung zu verweisen (siehe IV.), deren Folgen den Betroffenen potenziell mehr belasten als die Verurteilung im Rahmen eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens.⁴²

4. Ergebnis

Mithin sind die in Art. 48–50 GRCh enthaltenen strafverfahrensrechtlichen Grundsätze des Unionsrechts anwendbar.⁴³ Da die Problematik in den bayerischen Vollzugshinweisen nicht ein einziges Mal erwähnt wird, missachtet neben den Gerichten auch die Vollzugspraxis europäische Vorgaben.

Nicht unberücksichtigt bleiben darf Art. 52 III 1 GRCh, nach dem im Falle einer Korrespondenz zwischen Gewährleistungen der EMRK und der GRCh letztere die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die korrespondierenden Konventionsbestimmungen haben. Daher ist im Folgenden auf die Bestimmungen der EMRK abzustellen, wenn diese einschlägig sind. Unschädlich ist hierbei, dass die EMRK im Gegensatz zur GRCh lediglich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat (vgl. Art. 59 II 1 GG): aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG wirken die Konvention und ihre Interpretation durch den EGMR auf die Auslegung der gesamten nationalen Rechtsordnung ein.⁴⁴

Demnach muss § 40 Ia LFGB im Lichte der strafverfahrensrechtlichen Garantien ausgelegt werden, was die Analyse der weiteren Problemkreise beeinflusst.

³⁹ Möstl, LMuR 2015, S. 185 (190 f.).

⁴⁰ Merschmann (Fn. 12), S. 226; Bäcker, Konsumrelevante Veröffentlichungen durch Behörden. Typen und Regelungsprobleme am Beispiel der Lebensmittelüberwachung, JZ 2016, S. 595 (599).

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 29.

⁴² Satzger, LMuR 2021, S. 1 (6).

⁴³ Blanke in, Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 6. Auflage 2022, EU-GRCharta Art. 48 Rn. 1.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – juris Rn. 32 f.; Satzger, LMuR 2021, S. 1 (4); Merschmann (Fn. 12), S. 221 f.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage 2021, § 3 Rn. 11.

II. Die Unschuldsvermutung und Verdachtsfälle

Problematisch ist der „durch Tatsachen [...] hinreichend begründete Verdacht“ nach § 40 Ia 1 LFGB. Die Veröffentlichung von Verdachtsfällen wirft vor allem Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung auf, ein in Art. 6 II EMRK garantierter strafverfahrensrechtlicher Grundsatz.⁴⁵ Sie verlangt, dass bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld der Betroffene als unschuldig zu behandeln ist, vgl. Art. 6 II EMRK; er ist vor Nachteilen zu schützen, die denen gleichkommen, die einen rechtskräftig nachgewiesenen Schuldigen treffen würden. Damit verbietet die Unschuldsvermutung Verdachtsstrafen, also Sanktionen ohne vorhergehenden Nachweis der Schuld.⁴⁶

Das BVerfG stellt zwar Voraussetzungen an die Tatsachengrundlage, setzt sich aber nicht mit der Unschuldsvermutung auseinander;⁴⁷ vielmehr blendet das Gericht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die von § 40 Ia 1 LFGB vorgesehene Möglichkeit der Information in Verdachtsfällen völlig aus: So argumentiert es zulasten des Unternehmers, er habe den Verstoß doch selbst veranlasst – was letztendlich gar einer Schuldvermutung gleichkommt.⁴⁸ Die Verwaltungsgerichte setzen sich mit der Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung auseinander, lehnen sie aber mit den bereits angeführten Begründungen (siehe V.1.a.) ab.⁴⁹ Auch die Vollzugspraxis missachtet die Unschuldsvermutung; das zeigt sich an den bayerischen Vollzugshinweisen, die bezüglich des „hinreichend begründeten Verdachts“ im Wesentlichen lediglich die Anforderungen aus dem Beschluss des BVerfG wiedergeben.⁵⁰

Allerdings verlangt das BVerfG für den Fall eines nicht durch Proben, sondern auf andere Weise begründeten Verdachts einen aufgeklärten Sachverhalt, der sich an der für Proben in § 40 Ia 1 LFGB normierten Aufklärung orientieren soll.⁵¹ Dadurch stellt es zwar sehr hohe Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung, gesteht dem Betroffenen aber nicht das gleiche Schutzniveau zu, das ihm die Geltung der Unschuldsvermutung verschaffen müsste. Denn diese schützt den Unternehmer nicht nur auf tatbestandlicher Seite, sondern

auch in der Frage, was letztendlich inhaltlich in der Veröffentlichung publiziert werden darf (siehe V.5.a.).

III. Die Untersuchungen durch eine Stelle

Ein weiteres Problem bei Verdachtsfällen stellte sich im Zusammenhang mit dem durch Proben begründeten Verdacht: Vor dem Änderungsgesetz vom 24.4.2019 enthielt § 40 Ia LFGB noch den Ausdruck „auf der Grundlage [...] [von] Untersuchungen von Stellen“. Wegen der Pluralform des Begriffs „Stelle“ war fraglich, ob die vorgenommenen Proben von zwei unterschiedlichen Stellen untersucht werden mussten.⁵² Dadurch, dass er den Ausdruck abgeändert und nunmehr der Singular („Stelle“) normiert ist, hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die zweite Untersuchung auch in demselben Labor erfolgen kann und somit das Problem gelöst.⁵³

IV. Die Verhaltenszurechnung

Gesetzlich nicht geklärt ist hingegen die Frage, wessen Verhalten den Rechtsverstoß begründen kann. Das BVerfG hat dazu angeführt, das Unternehmen habe die negative Öffentlichkeitsinformation durch sein rechtswidriges Vorverhalten selbst veranlasst.⁵⁴ Dies ist jedoch insoweit nicht richtig, als das für den Verstoß maßgebliche Verhalten von einer natürlichen Person ausgeht, die Nachteile im Außenverhältnis aber das Unternehmen erleidet, da nur dessen Name veröffentlicht wird.⁵⁵ Wessen Verhalten als Grundlage für den Rechtsverstoß im Sinne des § 40 Ia 1 LFGB kann der juristischen Person also zugerechnet werden?

Im präventiven Recht könnte man an die Grundsätze der Störerverantwortlichkeit, im repressiven Recht an eine Aufsichtspflichtverletzung, § 130 i. V. m. §§ 30, 9 OWiG, anknüpfen. Da § 40 Ia LFGB aber weder eindeutig dem präventiven noch dem repressiven Recht zugeordnet werden kann (siehe V.1.a.), kann auf keinen der beiden Ansätze abgestellt werden.⁵⁶

Die bayerischen Vollzugshinweise sehen vor, dass der Betroffene eines Bußgeldverfahrens im Sinne des § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB aus der Sphäre des

⁴⁵ Satzger, LMuR 2021, S. 1 (4); BVerfG, Beschl. v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 – juris Rn. 35; Merschmann (Fn. 12), S. 223, 263.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 – juris Rn. 36; Satzger, LMuR 2021, S. 1 (8); Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (176).

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 44.

⁴⁸ Möstl, ZLR 2019, S. 343 (350); BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 36.

⁴⁹ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.12.2020 – 9 S 2481/20 – juris Rn. 30; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 1.2.2019 – 13 ME 27/19 – juris Rn. 7; VG Oldenburg, Beschl. v. 18.1.2019 – 7 B 4420/18 – juris Rn. 25.

⁵⁰ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBL Nr. 614), Ziff. 3.2.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 44.

⁵² OVG NRW, Beschl. v. 24.4.2013 – 13 B 238/13 – juris Rn. 42; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 4.1.2013 – 19 L 1452/12 – juris Rn. 15.

⁵³ BT-Drucks. 19/8349, S. 19.

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 35.

⁵⁵ Möstl, ZLR 2019, S. 343 (350).

⁵⁶ Möstl, ZLR 2019, S. 343 (350).

Lebensmittelunternehmens stammen müsse, was neben den Unternehmer selbst nicht nur leitende Angestellte, sondern alle Mitarbeiter des Unternehmens erfasst.⁵⁷ Diese Verantwortung nach Sphären wird auch in der Rechtsprechung vertreten.⁵⁸ Angeführt wird dafür der Wortlaut der Norm, der insoweit offen sei und kein Leitungserfordernis des Handelnden statuiere.⁵⁹ Darüber hinaus könne der Transparenzzweck der Norm nur erreicht werden, wenn der Verbraucher von sämtlichen Verstößen erfährt, die in der vom Lebensmittelunternehmen kontrollierten Sphäre aufgetreten sind. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn sich das Unternehmen durch die Verlagerung von Verantwortung auf bestimmte Mitarbeiter vor einer Öffentlichkeitsinformation schützen könnte.⁶⁰

Dass die Zurechnung von jedem der Sphäre des Unternehmens entstammenden Handeln den Transparenzzweck fördert, ist zutreffend: Wer im Unternehmen den lebensmittelrechtlichen Verstoß beim Produkt herbeigeführt hat, ist für den Verbraucher nicht wesentlich. Für seine Kaufentscheidung ausschlaggebend ist vielmehr, ob das Erzeugnis überhaupt von einem Mangel betroffen ist. Im Ergebnis haben Rechtsprechung und Vollzugspraxis also ein angemessenes Instrument zur Zurechnung der Verstöße gefunden und das Problem, das vom BVerfG lediglich stiefmütterlich behandelt wurde, gelöst.

V. Die Art und Weise der Information

§ 40 Ia 1 LFGB verpflichtet zur Information, macht aber außer der Bezeichnung des Lebensmittels und der Nennung des Unternehmens keine konkreten Vorgaben. Die Behörde hat also in den normierten Grenzen inhaltlich freien Gestaltungsspielraum.⁶¹

Das BVerfG führte dazu aus, dass § 40 Ia LFGB zur umfassenden individualisierten Information verpflichtet, die Eingriffsintensität für den Betroffenen von der konkreten Ausgestaltung der Information abhängt und die verbreiteten Informationen richtig und aktuell sein müssen.⁶² Das verschafft der Praxis zwar einen Maßstab zur verfassungskonformen Handhabung der Norm, lässt aber zahlreiche weitere Fragen zur möglichen Ausgestaltung der Art und Weise der Veröffentlichung unbeantwortet. Bei der Beschäftigung damit orientieren sich Rechtsprechung und Vollzug am

Transparenzzweck des § 40 Ia LFGB – dem Fördern eigenverantwortlicher Kaufentscheidungen der Verbraucher.

1. Richtigkeit

Nur richtige Informationen können eine Grundlage für eigenverantwortliche Konsumententscheidungen schaffen; unrichtige oder unvollständige Informationen würden die strukturellen Informationsdefizite auf Verbraucherseite nicht beseitigen, sondern durch marktexterne Intervention noch weiter vertiefen.⁶³ Daher muss die Veröffentlichung, wie vom BVerfG gefordert, zuvorderst inhaltlich richtig sein, vgl. § 40 IV 1 LFGB.

Das ist besonders in den Verdachtsfällen von Relevanz, wenn also lediglich der „hinreichend begründete Verdacht“ eines Rechtsverstößes publiziert wird. In diesen Fällen ist erneut die Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) zu beachten, die sich hier nicht nur auf den Tatbestand, sondern auch auf die Art und Weise der Information auswirkt: Bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss darf nämlich nicht der Eindruck vermittelt werden, dass das in Frage stehende Vergehen tatsächlich begangen wurde. Die Behörde muss also einen vorverurteilenden Charakter der Veröffentlichung vermeiden, insbesondere durch den Hinweis, dass der vermeintliche Verstoß noch nicht rechtskräftig festgestellt wurde.⁶⁴

Wirft man einen Blick auf den Internetauftritt zu den bayerischen Veröffentlichungen nach § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB zeigt sich, dass nicht ein einziges Mal von einem „Verdacht“ die Rede ist, sondern nur von festgestellten Verstößen.⁶⁵ Das kann zweierlei bedeuten: Entweder veröffentlicht die bayerische Vollzugspraxis von vornherein keine Verdachtsfälle, sondern nur festgestellte Verstöße, oder sie kommt ihrer Pflicht zur sachlichen Richtigkeit bei der Veröffentlichung von Verdachtsfällen nicht nach.

2. Aktualität

Die für Konsumententscheidungen der Verbraucher relevante und auch vom BVerfG geforderte Aktualität von Informationen sollte mit der Einfügung des § 40 IV 2 LFGB durch das Gesetz vom 24.4.2019 gewährleistet werden, der die Behörde dazu verpflichtet, auf die Beseitigung des Mangels unverzüglich hinzuweisen.⁶⁶ Zum gleichen Zeitpunkt hat der Gesetzgeber

⁵⁷ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBl. Nr. 614), Ziff. 3.9.

⁵⁸ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19 – juris Rn. 24; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 12.2.2020 – 9 S 2637/19 – juris Rn. 38.

⁵⁹ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19 – juris Rn. 25.

⁶⁰ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19 – juris Rn. 26.

⁶¹ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2019 – 9 S 2662/19 – juris Rn. 19; VG Würzburg, Beschl. v. 24.7.2019 – W 8 E 19.766 – juris Rn. 43.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 29, 35, 39, 40.

⁶³ Bäcker, JZ 2016, S. 595 (596); Becker, Behördliche Informationspflichten und Verfassungsrecht, NVwZ 2018, S. 1032 (1033).

⁶⁴ Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (179); Merschmann (Fn. 12), S. 236.

⁶⁵ Siehe unter https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/verstoss.php, [Stand: 13.9.2022].

⁶⁶ Ludwig, ZLR 2021, S. 416 (431).

§ 40 Ia 1 LFGB auch um den Begriff „unverzüglich“ ergänzt, um eine aktuelle Veröffentlichung ohne Zeitverzug sicherzustellen.⁶⁷ Dadurch hat er die Vorschrift um noch ein auslegungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal erweitert, dessen Auslegung seitdem auch die Gerichte beschäftigt.⁶⁸

Diese interpretieren das Merkmal in Anlehnung an die Legaldefinition in § 121 I 1 BGB, fordern also ein Handeln „ohne schuldhaftes Zögern“ der Behörde und beziehen das Erfordernis auf den gesamten Zeitraum zwischen Verstoß und Veröffentlichung.⁶⁹ Dabei sei eine verzögerte Veröffentlichung dann nicht schuldhaft, wenn die verzögernden Umstände nicht der behördlichen Sphäre zuzurechnen sind.⁷⁰ Beruht sie aber auf strukturellen Unzulänglichkeiten, z. B. einer unzureichenden personalen Ausstattung der Behörde, sei die verzögerte Veröffentlichung schuldhaft, mithin nicht mehr unverzüglich und deshalb insoweit rechtswidrig.⁷¹

Für diese Auslegung spricht einerseits der Wortlaut: Der Begriff „unverzüglich“ ist in der juristischen Fachsprache lange etabliert und seit dem Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 unverändert in § 121 I BGB für das bürgerliche Recht legaldefiniert. Die Verwendung derselben Terminologie legt also nahe, dass der Gesetzgeber auf die Auslegung des Begriffs im BGB rekurren wollte.⁷² Bedient sich ein Gesetz eines Begriffs, der in einem anderen Teilrechtsgebiet etabliert ist, stützt auch die Einheit der Rechtsordnung die über die gesamte Rechtsordnung gleiche Auslegung; somit spricht ferner die Systematik für die von den Gerichten gefundene Lösung.⁷³ Auch der Telos der Öffentlichkeitsinformation steht dem Ergebnis nicht entgegen: Das BVerfG stellte fest, dass ihr objektiver Informationswert sinkt, je weiter sie vom ursächlichen Verstoß zeitlich entfernt ist, da sich aus zeitlich fernen Verstößen immer weniger auf die aktuelle Situation schließen lasse.⁷⁴ Eine Auslegung entsprechend § 121 I 1 BGB gewährleistet den im Rahmen der behördlichen Möglichkeiten geringsten zeitlichen Abstand zwischen Anlass und Veröffentlichung und dient somit dem Zweck der Norm.⁷⁵

Zwar lässt sich anführen, dass die Gesetzesbegründung nicht auf die Schuldhaftigkeit der Verzögerung abstellt.⁷⁶ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass schon ein gerichtliches Eilverfahren des Betroffenen zu einer erheblichen Verschleppung der Veröffentlichung führt; der Anwendungsbereich des § 40 Ia LFGB würde also enorm geschmälert, müsste die Information regelmäßig auch nach dem erfolglosen Abschluss des Verfahrens unterbleiben.⁷⁷ Demnach ist eine Auslegung des Merkmals „unverzüglich“ im Sinne der Legaldefinition des BGB richtig.

Allerdings setzt diese Vorgabe die Behörden unter enormen Zeitdruck – und gleichzeitig haben sie die bereits genannten Anforderungen an die sachliche Richtigkeit zu beachten. Daher ist es nicht fernliegend, dass entweder die Richtigkeit oder die Aktualität der Veröffentlichung unter den in beide Hinsichten strengen Vorgaben der Rechtsprechung leidet. Dass die Behörden im Zweifel bei der Unverzüglichkeit der Information Einbußen hinzunehmen bereit sind, zeigt die Seite des LGL zu den Veröffentlichungen nach § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB: ein am 30.9.2020 festgestellter und bereits sieben Tage später beseitigter Verstoß wurde vom Landratsamt Aschaffenburg am 19.11.2021, also über ein Jahr später, veröffentlicht.⁷⁸ Die Stadt Nürnberg hat sogar einen am 24.1.2020 festgestellten Verstoß erst am 18.2.2022 veröffentlicht.⁷⁹

3. Bestimmtheit der Lebensmittelbezeichnung

Die gerichtlichen Vorgaben zur Bestimmtheit der Lebensmittelbezeichnung orientieren sich am Transparenzzweck des § 40 Ia LFGB, zu dessen Erfüllung die vom Verstoß betroffenen Lebensmittel so genau bezeichnet sein müssen, dass der Verbraucher sie eindeutig identifizieren kann.⁸⁰ Dabei soll grundsätzlich nicht lediglich eine übergeordnete Produktart, sondern ein bestimmtes

⁶⁷ BT-Drucks. 19/8349, S. 19.

⁶⁸ *Grubel/Pitzer*, Erste Bemerkungen zur Neufassung von § 40 Abs. 1a, 4 und 4a LFGB nach dem Ersten LFGB-Änderungsgesetz vom 24. April 2019, ZLR 2019, S. 465 (468).

⁶⁹ VG Oldenburg, Beschl. v. 28.8.2019 – 7 B 2221/19 – juris Rn. 18; VG München, Beschl. v. 19.5.2020 – M 26 E 20.1579 – juris Rn. 38; VG Würzburg, Beschl. v. 20.1.2020 – W 8 E 19.1661 – juris Rn. 26.

⁷⁰ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 12.4.2021 – 9 S 661/21 – juris Rn. 20.

⁷¹ VG München, Beschl. v. 19.5.2020 – M 26 E 20.1579 – juris Rn. 48; *Roffael*, Behördliche Veröffentlichungen von Lebensmittelinformationen. Anmerkung zu VG München, Beschl. v. 19.5.2020 – M 26 E 20.1579, LMuR 2020, S. 339 (343).

⁷² VG München, Beschl. v. 19.5.2020 – M 26 E 20.1579 – juris Rn. 39.

⁷³ VG München, Beschl. v. 19.5.2020 – M 26 E 20.1579 – juris Rn. 39.

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 58.

⁷⁵ VG Oldenburg, Beschl. v. 28.8.2019 – 7 B 2221/19 – juris Rn. 21.

⁷⁶ BT-Drucks. 19/8349, S. 19; *Roffael*, Behördliche Veröffentlichungen von Lebensmittelinformationen. Anmerkung zu VG München, Beschl. v. 19.5.2020 – M 26 E 20.1579, LMuR 2020, S. 339 (343).

⁷⁷ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 12.2.2020 – 9 S 2637/19 – juris Rn. 48.

⁷⁸ Siehe unter https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/verstoss.php, [Stand: 23.3.2022].

⁷⁹ Siehe unter https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/verstoss.php, [Stand: 23.3.2022].

⁸⁰ VG Regensburg, Beschl. v. 8.11.2021 – RN 5 E 21.1886 – juris Rn. 45.

Lebensmittel angegeben werden.⁸¹ Nur wenn eine konkrete Bezeichnung der betroffenen Lebensmittel nicht möglich oder sinnvoll erscheint, sei auch die Verwendung von Sammelbezeichnungen zulässig.⁸² Eine eindeutige Identifikation gewährleiste vor allem die Angabe der Chargennummer des Produktes.⁸³

Die Verwaltungsgerichte geben also den Behörden konkrete Maßgaben für die Gestaltung der Information an die Hand, die eine Verwechslung der betroffenen Erzeugnisse mit anderen ausschließen. Diese Vorgaben werden von der bayerischen Vollzugspraxis auch relativ konsequent beachtet, was ein Blick auf die Veröffentlichungen nach § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB auf der Seite des LGL zeigt: In den meisten Fällen sind die betroffenen Produkte entweder unter einer Sammel- oder einer Individualbezeichnung genannt. Ist ein einzelnes Produkt aufgeführt, wird zusätzlich auch in der Regel die Chargennummer angegeben.⁸⁴ Die Behörden bemühen sich somit darum, bei der Bezeichnung des Lebensmittels optimale Markttransparenz zu gewährleisten.

4. Auswahl des Unternehmens und Bestimmtheit seiner Bezeichnung

Bezüglich der Auswahl des Lebensmittelunternehmens, über das informiert wird, können Behörden diejenigen Unternehmen auswählen, die an den in § 40 Ia 1 LFGB genannten Herstellungsschritten beteiligt sind. Die bayerischen Vollzugshinweise sehen dafür bei vorverpackten Lebensmitteln immer die Nennung des bayerischen Unternehmens vor, „unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel vermarktet wird“.⁸⁵

Die Rechtsprechung fordert, dass die Rolle des Unternehmens in der Herstellungskette und dessen Verantwortlichkeit für den konkreten Verstoß möglichst bestimmt beschrieben werden soll.⁸⁶ Möglich sei eine Unterscheidung nach der Funktion als Hersteller, Importeur oder Händler.⁸⁷ Hingegen reiche die abstrakte Bezeichnung der Tätigkeit z. B. als „Inverkehrbringer“ nicht aus, da die lebensmittelrechtlichen Fachbegriffe für den Durchschnittsverbraucher wenig greifbar seien, zumal der Begriff des Inverkehrbringens von Art. 3 Nr. 8 BasisVO denkbar weit gefasst werde.⁸⁸

⁸¹ OVG NRW, Beschl. v. 14.3.2019 – 13 B 67/19 – juris Rn. 24.

⁸² VG Freiburg, Beschl. v. 30.4.2019 – 4 K 168/19 – juris Rn. 17.

⁸³ OVG NRW, Beschl. v. 15.1.2019 – 13 B 1587/18 – juris Rn. 39 f.

⁸⁴ Siehe unter https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/verstoss.php, [Stand: 23.3.2022].

⁸⁵ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBI. Nr. 614), Ziff. 2.2.2.2, 2.2.3.3.

⁸⁶ OVG NRW, Beschl. v. 15.1.2019 – 13 B 1587/18 – juris Rn. 43.

⁸⁷ Teufer, ZLR 2019, S. 281 (297).

⁸⁸ VG Oldenburg, Beschl. v. 29.7.2021 – 7 B 2440/21 – juris Rn. 30; Reinhart, Konkretisierung des Begriffs des Inverkehrbringers in behördlichen Informationen nach § 40 Abs. 1a LFGB. Anmerkung zu VG Oldenburg, Beschl. v. 29.7.2021 – 7 B 2440/21, LMuR 2021, S. 544 (548).

⁸⁹ VG Oldenburg, Beschl. v. 29.7.2021 – 7 B 2440/21 – juris Rn. 30; Reinhart, LMuR 2021, S. 544 (548).

⁹⁰ Siehe unter https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/verstoss.php, [Stand: 23.3.2022].

Die von den bayerischen Vollzugshinweisen vorgesehene Nennung des vermarktenden Unternehmens erlaubt es den Verbrauchern, das Produkt, in dessen Herstellungskette es zu dem vermeintlichen Rechtsverstoß gekommen ist, ausfindig zu machen; es ermöglicht also erst deren Eigenverantwortlichkeit. Sich nur auf die Nennung des Unternehmens zu beschränken würde indes den Verbrauchern die Vorstellung vermitteln, es wäre für den Verstoß verantwortlich, der genauso gut bei einem Glied in der Kette stattgefunden haben kann. Daher verschaffen erst die gerichtlichen Vorgaben zur Information über die Rolle und Verantwortlichkeit des Unternehmens dem Verbraucher eine hinreichende Grundlage für eigenverantwortliche Kaufentscheidung.⁸⁹ Demnach fördert die Kombination beider Ansätze den Transparenzzweck des § 40 Ia LFGB in optimaler Weise.

Die Vorgabe der bayerischen Vollzugshinweise, immer das vermarktende Unternehmen zu nennen, ist also nur unter Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung verhältnismäßig. Allerdings werden diese von der Vollzugspraxis bisher nicht umgesetzt. So wird bei den Veröffentlichungen im Internet lediglich das Unternehmen und in den meisten Fällen auch die Branche genannt, nicht aber dessen Verantwortlichkeit für den konkreten beanstandeten Verstoß.⁹⁰ Insoweit ist der Vollzug also noch immer unverhältnismäßig.

5. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten: Auch vier Jahre nach der Entscheidung des BVerfG, die zwar generelle Leitlinien wie die Richtigkeit und Aktualität bereitgestellt, aber nicht für umfassende Rechtssicherheit gesorgt hat, sind die Probleme im Zusammenhang mit der Art und Weise der Information noch nicht gelöst. Der Umstand, dass die Vollzugspraxis nur hinsichtlich der Lebensmittelbezeichnung die gerichtlichen Vorgaben berücksichtigt, macht das deutlich.

VI. Der Lebensmittelbezug bei Hygieneverstößen (Nr. 3)

Aufgrund der in § 40 Ia 1 LFGB verwendeten bestimmten Artikel („des Lebensmittels“, „das Lebensmittel“) war lange

Zeit umstritten, inwieweit die Information über Hygieneverstöße nach Nr. 3 auch möglich ist, wenn sich der Verstoß nicht auf ein konkretes Lebensmittel bezieht. So war ungeklärt, ob die Veröffentlichung die Betroffenheit eines konkreten Lebensmittels durch den Verstoß voraussetzt.⁹¹ Ebenso war fraglich, ob in der Information auch ein konkret betroffenes Lebensmittel bezeichnet werden muss.⁹² Mit dem Einfügen von § 40 Ia 3 LFGB im Rahmen des Gesetzes vom 27.7.2021 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass auch Informationen zu allgemeinen Hygienemängeln möglich sind, ohne dass ein konkretes Lebensmittel betroffen oder benannt sein muss.⁹³ Insoweit sind also beide Probleme gelöst. Allerdings sind auch bei der Veröffentlichung von Hygieneverstößen die obigen Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit der Information zu beachten.⁹⁴

VII. Der erhebliche Verstoß (Nr. 3)

Der Rechtsverstoß „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ gemäß § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB stellt einen wichtigen Anknüpfungspunkt für die verfassungskonforme Auslegung der Norm dar, mit dem Verstöße von nicht hinreichendem Gewicht herausgefiltert werden sollen.

Das BVerfG regt dafür eine Konkretisierung des Begriffs anhand quantitativer, wie die Betroffenheit vieler Verbraucher, und qualitativer Kriterien, z. B. besonders nachteilige Folgen für den Einzelnen, an.⁹⁵ Diese aufgreifend bestimmt die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung die Erheblichkeitsschwelle unter anderem anhand der Gesamtzahl der Verstöße, deren Schwere und den von ihnen ausgehenden Gesundheitsgefahren.⁹⁶ Die bayerischen Vollzugshinweise sehen diesbezüglich eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vor; darüber hinaus führen sie Regelbeispiele an, wobei zum einen die Kriterien des BVerfG wiedergegeben, zum anderen die in den Verkehr gebrachte Menge des betroffenen Erzeugnisses, die Gesundheitsgefahr und der vom Verbraucher empfundene Ekel angeführt werden.⁹⁷ Auch der Gesetzgeber wurde tätig und hat durch § 40 Ia 2 LFGB die Erheblichkeit insoweit konkretisiert, als die dort genannten Verstöße mangels Betroffenheit des

Lebensmittels die eingriffsintensive Öffentlichkeitsinformation nicht rechtfertigen.

Zwar zeigen sich Gerichte und Vollzugspraxis hinsichtlich der verhältnismäßigen Anwendung des Tatbestandsmerkmals sensibilisiert. Auch hat der Gesetzgeber mit § 40 Ia 2 LFGB zumindest festgelegt, was kein Verstoß nicht nur unerheblichen Ausmaßes ist. Der Praxis verbleibt aber auch unter Beachtung der hergeleiteten Kriterien ein enormer Spielraum bei der Auslegung der Norm. Das bereits vom BVerfG erwähnte Problem der verfassungskonformen Auslegung des Verstoßes „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ kann deswegen noch immer nicht als gelöst angesehen werden.

VIII. Der wiederholte Verstoß (Nr. 3)

Durch die Voraussetzung des wiederholten Verstoßes in § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB soll verhindert werden, dass weniger gewichtige, also im Sinne der Vorschrift unerhebliche, Vorschriften generell ignoriert werden.⁹⁸ Angesichts der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Veröffentlichung ist auch die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals umstritten.

In sachlicher Hinsicht setzt die bayerische Vollzugspraxis voraus, dass die wiederholten Verstöße in derselben Kategorie aufgetreten sind; sie begründet das damit, dass der Vorwurf beim wiederholten Verstoß im Bewusstsein der entgegenstehenden Rechtslage, gegebenenfalls sogar einer behördlichen Anordnung, liege.⁹⁹ Demgegenüber lehnen die Verwaltungsgerichte eine sachliche Beschränkung ab.¹⁰⁰ Dabei wird auf den Wortlaut des § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB verwiesen, der zum einen eine solche Verengung des Anwendungsbereichs nicht vorsehe, zum anderen explizit den Plural verwendet („gegen sonstige Vorschriften“).¹⁰¹ Darüber hinaus würde sonst der Lebensmittelunternehmer, der hintereinander gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften aus verschiedenen Kategorien oder sonstige Rechtsvorschriften verstößt, systemwidrig bevorzugt.¹⁰² Dem ist entgegenzuhalten, dass die Information über wiederholte Verstöße für den Verbraucher nur dann aussagekräftig ist, wenn sie Rückschlüsse auf strukturelle Schwächen des Unternehmens zulässt.¹⁰³ Soll in sachlicher

⁹¹ Möstl, ZLR 2019, S. 343 (353); OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 13.2.2013 – 6 B 10035/13 – juris Rn. 19.

⁹² VGH Hessen, Beschl. v. 8.2.2019 – 8 B 2575/18 – juris Rn. 28; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 1.2.2019 – 13 ME 27/19 – juris Rn. 10.

⁹³ VG Bayreuth, Beschl. v. 29.9.2021 – B 7 E 21.1038 – juris Rn. 43.

⁹⁴ VG Bayreuth, Beschl. v. 29.9.2021 – B 7 E 21.1038 – juris Rn. 107.

⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 54.

⁹⁶ VG München, Beschl. v. 6.12.2021 – M 26a E 21.5986 – juris Rn. 36; VG Würzburg, Beschl. v. 24.7.2019 – W 8 E 19.766 – juris Rn. 38; VG Stuttgart, Beschl. v. 23.9.2019 – 16 K 2470/19 – juris Rn. 47.

⁹⁷ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBI. Nr. 614), Ziff. 3.7.

⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 55.

⁹⁹ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBI. Nr. 614), Ziff. 3.8.

¹⁰⁰ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 12.2.2020 – 9 S 2637/19 – juris Rn. 36; VG Freiburg, Beschl. v. 11.9.2019 – 10 K 3072/19 – juris Rn. 50; VG Würzburg, Beschl. v. 24.7.2019 – W 8 E 19.766 – juris Rn. 39.

¹⁰¹ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 12.2.2020 – 9 S 2637/19 – juris Rn. 36.

¹⁰² VG Würzburg, Beschl. v. 24.7.2019 – W 8 E 19.766 – juris Rn. 39.

¹⁰³ Möstl, ZLR 2019, S. 343 (355).

Hinsicht jeder erneute Verstoß veröffentlicht werden, hat die Publikation eines wiederholten Verstoßes nur einen geringen Informationswert. Vor dem Hintergrund der hohen Eingriffsintensität wäre eine solche Veröffentlichung unverhältnismäßig. Die Lösung der bayerischen Vollzugspraxis ist mit Blick auf den Transparenzzweck also vorzugswürdig.

Eine Beschränkung in zeitlicher Hinsicht wiederum sehen sowohl die bayerische Vollzugspraxis als auch die Rechtsprechung vor. Während das VG Freiburg Verstöße in zwei aufeinanderfolgenden Kontrollen fordert, lassen die bayerischen Vollzugshinweise darüber hinaus auch die erneute Feststellung eines Verstoßes bei der übernächsten Kontrolle genügen.¹⁰⁴ Letzteres verhindert, dass der Unternehmer bereits nach einer Kontrolle ohne behördliche Beanstandungen für die nächste Zeit weniger gewichtige Vorschriften ignorieren kann und fördert mithin den Telos, zur Einhaltung nicht erheblicher Vorschriften anzuhalten, mehr als die Lösung des VG Freiburg. Gleichzeitig bedroht die bayerische Vollzugspraxis den Betroffenen nicht für alle Zukunft mit dem „Damoklesschwert“ der Öffentlichkeitsinformation, sondern nur bis zur übernächsten Kontrolle; sie geht also auch nicht unverhältnismäßig weit. Deswegen ist das Vorgehen der bayerischen Vollzugspraxis vorzugswürdig.

Im Ergebnis achten Rechtsprechung und Vollzug auf eine verfassungskonforme Auslegung des wiederholten Verstoßes, nehmen sie aber in unterschiedlicher Weise vor. Dabei wird die bayerische Vollzugspraxis dem Transparenzzweck des § 40 Ia LFGB mehr gerecht als die gerichtlichen Vorgaben. Insoweit ist das Problem also noch nicht vollständig gelöst.

IX. Die Sanktionierung durch ein Bußgeld oder eine Straftat (Nr. 3)

Weitere Fragen im Zusammenhang mit § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB stellen sich bei dessen dritter Voraussetzung, der Erwartung der Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 € oder der Sanktionierung wegen einer Straftat anlässlich des Verstoßes. Das Tatbestandsmerkmal wurde zumindest hinsichtlich der Bußgelderwartung vom BVerfG verfassungsrechtlich nicht beanstandet.¹⁰⁵ In der Entscheidung nicht erwähnt wurde aber

sein Kernproblem: mit der Straf- bzw. Bußgelderwartung knüpft das Merkmal nicht lediglich an die Verwirklichung eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitengesetzes an, sondern vielmehr an dessen rechtliche Sanktionierung in Form der Verurteilung oder Bebußung. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen, mit denen sich die zuständige Lebensmittelbehörde auseinandersetzen muss, kommt also das Strafverfahrens- und das Zumessungsrecht hinzu.¹⁰⁶

1. Zur Bußgelderwartung

Problematisch in der ersten Tatbestandsalternative ist, wie die erwartete Bußgeldhöhe festgestellt werden soll. Es existiert kein einheitlicher Bußgeldkatalog und die Praxis der Festsetzung von Bußgeldern unterscheidet sich je nach Behörden; auf eine bestimmte Bebußungspraxis kann deshalb nicht verwiesen werden.¹⁰⁷ Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung orientiert sich die Höhe des Bußgeldes an den Umständen des Einzelfalls, insbesondere den festgestellten Mängeln, subjektiven Merkmalen, Häufigkeit, Einsichtsfähigkeit und weiteren Kriterien.¹⁰⁸ Derart ungenaue Vorgaben sind jedoch denkbar ungeeignet, die Vollzugspraxis zu vereinheitlichen.

Darüber hinaus muss beachtet werden, dass bei einem nach dem OWiG ergehenden Bußgeld die Prognose ebenfalls nur unter Heranziehung der Vorschriften des OWiG gestellt werden kann.¹⁰⁹ Nicht unberücksichtigt bleiben darf also der in § 46 I OWiG i. V. m. § 135 I 2 StPO sowie in Art. 6 EMRK garantierte nemo-tenetur-Grundsatz, wonach der Betroffene sich nicht selbst belasten muss.¹¹⁰ Angesichts dessen ist nicht ausgeschlossen, dass die Behörde die von den Verwaltungsgerichten aufgeführten Einzelfallumstände im von § 40 Ia 1 LFGB geforderten engen Zeitfenster („unverzüglich“) erst gar nicht abschließend ermitteln kann.¹¹¹ Des Weiteren sind gemäß § 17 III, IV OWiG die wirtschaftlichen Verhältnisse und der aus dem Verstoß erlangte Vorteil zu berücksichtigen.¹¹² Bei in Tateinheit begangenen Verstößen gemäß § 19 I OWiG erfolgt eine einheitliche Bußgeldbewertung, was auch im Rahmen der Prognose gelten muss.¹¹³ Das größte Hindernis für die behördliche Bußgeldprognose stellt jedoch das Opportunitätsprinzip dar:

¹⁰⁴ VG Freiburg, Beschl. v. 11.9.2019 – 10 K 3072/19 – juris Rn. 50; Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBl. Nr. 614), Ziff. 3.8.

¹⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13 – juris Rn. 53 ff.

¹⁰⁶ Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (188).

¹⁰⁷ VG München, Beschl. v. 6.12.2021 – M 26a E 21.5986 – juris Rn. 40; Möstl, ZLR 2019, S. 343 (352).

¹⁰⁸ VG Freiburg, Beschl. v. 30.4.2019 – 4 K 168/19 – juris Rn. 38; VG München, Beschl. v. 6.12.2021 – M 26a E 21.5986 – juris Rn. 40; VG Stuttgart, Beschl. v. 23.9.2019 – 16 K 2470/19 – juris Rn. 55.

¹⁰⁹ Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (190).

¹¹⁰ BGHSt 58, 301 (304); Grabenwarter/Pabel, § 24 Rn. 138.

¹¹¹ Wallau, Einige Fragen zu § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB, LMuR 2018, S. 186 (188).

¹¹² Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (190, 193).

¹¹³ VG München, Beschl. v. 6.12.2021 – M 26a E 21.5986 – juris Rn. 41.

Gemäß § 47 I 1 OWiG liegt die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Mithin muss die Lebensmittelbehörde bei ihrer Prognose berücksichtigen, dass das Ordnungswidrigkeitenverfahren jederzeit eingestellt werden kann, § 47 I 2 OWiG.¹¹⁴

Zwar beschränken sich die bayerischen Vollzugshinweise bezüglich der Bußgeldprognose im Wesentlichen auf die Wiedergabe des Gesetzestexts; sie weisen aber zutreffend auf das behördliche Opportunitätsprinzip hin und verlangen die Beteiligung der für die Bußgeldverhängung zuständigen Sachbearbeiter.¹¹⁵ Zumindest insoweit ist die Vollzugspraxis also hinsichtlich der mit § 47 I OWiG einhergehenden Problematik sensibilisiert.

2. Zur erwarteten Sanktionierung wegen einer Straftat

Bevor die erwartete Sanktionierung wegen einer Straftat durch das Gesetz vom 27.7.2021 in § 40 Ia LFGB eingefügt wurde, war bereits umstritten, ob derartige Verstöße „erst recht“ das Tatbestandsmerkmal der Bußgelderwartung von 350 € erfüllen oder „gerade nicht“.¹¹⁶ Mit der expliziten Auflistung der Straftat hat der Gesetzgeber dieses Problem gelöst.

Allerdings stellen sich nun zahlreiche Folgefragen, ähnlich zu denen beim Merkmal der Bußgelderwartung. Auch hier findet der nemo-tenetur-Grundsatz (§ 136 I 2 StPO) Anwendung, der die Lebensmittelbehörde bei der Ermittlung der prognoserelevanten Umstände behindert. Des Weiteren existieren auch im Strafverfahren strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten, die jeweils das Verfahren beenden, ohne als Strafe zu gelten, und deshalb die Rechtsfolge des § 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB („Sanktionierung wegen einer Straftat“) nicht auslösen können.¹¹⁷ So kann die Staatsanwaltschaft nach § 153 StPO wegen geringer Schuld und mangelndem öffentlichen Interesse oder nach § 153a StPO gegen Auflagen und Weisungen das Verfahren einstellen, auch noch im gerichtlichen Verfahren, §§ 153 II, 153a II StPO. Also muss die Behörde auch hier bei ihrer Prognose davon überzeugt sein, dass die Straftat von solchem Gewicht ist, dass eine Einstellung des Verfahrens selbst gegen Auflagen, § 153a StPO, ausscheidet. Angesichts der relativ geringen Sanktionsrahmen lebensmittelrechtlicher Straftatbestände von üblicherweise bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe (vgl. §§ 58, 59 LFGB) ist

fraglich, ob die überdies in dieser Hinsicht fachfremde Lebensmittelbehörde davon überzeugt sein kann.¹¹⁸

Da die bayerischen Vollzugshinweise hierzu keine Aussage treffen, bleibt die Frage offen, inwiefern sich die Tatbestandsalternative angesichts dieser Hindernisse überhaupt als in der Praxis vollziehbar erweist.

F. Fazit

Wie die Analyse gezeigt hat, sind noch längst nicht alle Probleme der Norm gelöst. Die Verwaltungsgerichte bemühen sich darum, verfassungskonforme Maßgaben für die Anwendung der Norm zu finden, was ihnen meistens auch gelingt. Zwar enthalten die bayerischen Vollzugshinweise nicht zu allen Problemen klare Vorgaben – zu manchen sogar überhaupt keine, beispielsweise zu den im Zusammenhang mit der erwarteten Sanktionierung wegen einer Straftat aufgeführten Streitfragen. Bei anderen Streitfragen ist die Vollzugspraxis allerdings in höherem Maße sensibilisiert als die Rechtsprechung, wie bei der Auslegung des wiederholten Verstoßes. Häufig unterscheiden sich Behörden und Fachgerichte in ihren Ergebnissen; insbesondere hinsichtlich der strafverfahrensrechtlichen Garantien übersehen aber beide die sich aus dem europäischen Recht ergebenden Maßgaben zur Auslegung des § 40 Ia LFGB.

Manche Probleme hat der Gesetzgeber zumindest teilweise gelöst, wie den Produktbezug bei Hygieneverstößen oder den Verstoß in nicht unerheblichem Ausmaß (§ 40 Ia 1 Nr. 3 LFGB); andere hat die gesetzgeberische Intervention erst geschaffen, z. B. durch das Einfügen des auslegungsbedürftigen Begriffs „unverzüglich“ (§ 40 Ia 1 LFGB). Im Großen und Ganzen mildern klare gesetzgeberische Vorgaben zwar den bleibenden „Kampf und Krampf“¹¹⁹ im Umgang mit § 40 Ia LFGB, werden dessen strukturelle Probleme aber nicht lösen können.

Dass der Gesetzgeber die umstrittene Norm noch einmal grundlegend reformiert, ist unwahrscheinlich. Naheliegender ist, dass die Behörden auch weiterhin den Gerichten zahlreiche Gelegenheiten verschaffen, die einzelnen Tatbestandsmerkmale verfassungskonform zu konkretisieren. Deswegen bleibt zu hoffen, dass in nicht allzu ferner Zukunft eine Fülle an Rechtsprechung zu § 40 Ia LFGB zur Verfügung stehen wird, an der sich die Vollzugspraxis bei der schwierigen Handhabung der Norm im Einzelfall orientieren kann.

¹¹⁴ Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (197).

¹¹⁵ Vollzugshinweise zu Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB vom 19. August 2021 (BayMBl. Nr. 614), Ziff. 3.9.

¹¹⁶ Rathke, in: Sosnitzer/Meisterernst (Fn. 31), LFGB § 40 Rn. 115; BayVGH, Beschl. v. 12.12.2019 – 20 CE 19.1634 – juris Rn. 24 ff.

¹¹⁷ Meisterernst, ZLR 2019, S. 893 (897); Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (199).

¹¹⁸ Meisterernst, ZLR 2019, S. 893 (897); Dannecker/Dannecker, ZLR 2019, S. 175 (198 f.).

¹¹⁹ Teuffer, ZLR 2019, S. 281 (300).