

Sebastian Pullner: Behördliche Maßnahmen bei Verstößen und Verdachtsfällen gemäß Art. 137, 138 KontrollVO sowie § 39 LFGB n.F.

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

Das Recht kann seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn seine Beachtung sichergestellt wird. Diese allgemeingültige Aussage gilt auch für das Lebensmittelrecht.¹ Es müssen daher Vorkehrungen für dessen Durchsetzung getroffen werden.² Die Rechtsdurchsetzung erfolgt auf drei Arten: zivilrechtlich, strafrechtlich und verwaltungsrechtlich;³ wobei letztere als Lebensmittelüberwachung bezeichnet wird.⁴ In deren Rahmen wird auf einer ersten Stufe überprüft, ob die Unternehmen die Anforderungen des Lebensmittelrechts einhalten (Ermittlung der Rechtskonformität).⁵ Auf einer zweiten Stufe ergreifen die Behörden auf der Basis der Ergebnisse der rechtlichen Prüfung Maßnahmen, um die Einhaltung der Vorschriften durchzusetzen (Durchsetzung der Rechtskonformität).⁶ Diese zweite Stufe soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

Die Maßnahmen stellen einen Eingriff in die Grundrechte des Unternehmers dar. Aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) folgenden Vorbehalt des Gesetzes ist für deren Rechtmäßigkeit eine taugliche Rechtsgrundlage erforderlich.⁷ Eine solche wurde im Jahre 2004 mit Art. 54 KontrollVO (alt)⁸ auf Ebene des Unionsrechts erlassen. Noch vor deren Inkrafttreten im Jahr 2006 wurde auch im nationalen Recht mit § 39 LFGB a. F.⁹ eine Regelung geschaffen. Art. 54 KontrollVO (alt) wurde im Jahr 2019 von Art. 137 und 138 KontrollVO¹⁰ abgelöst (Art. 167 I KontrollVO). Die nationale Norm erfuhr zahlreiche Änderungen, zuletzt durch das vierte Gesetz zur Änderung des LFGB sowie anderer Vorschriften.¹¹

Nach dessen Art. 12 ist die Neufassung des § 39 LFGB¹² seit dem 10. August 2021 in Kraft.

Art. 137 f. KontrollVO und § 39 LFGB zählen bestimmte Voraussetzungen auf, bei deren Vorliegen die Behörde teils Maßnahmen treffen muss und teils solche treffen kann. Diese lassen sich in vier Fallgruppen zusammenfassen:

- festgestellte Verstöße (Art. 138 I 1 KontrollVO),
- der Verdacht eines Verstoßes (Art. 137 II KontrollVO und § 39 II LFGB),
- künftige Verstöße (Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollVO und § 39 IV Alt. 1 LFGB) sowie
- der (normverstoßunabhängige) Schutz vor Gefahren für Gesundheit und vor Täuschung (§ 39 IV Alt. 2 LFGB).

Jeweils an die Fallgruppe anknüpfend, werden spezielle Maßnahmen geregelt. Die KontrollVO enthält solche in Art. 137 II und III sowie in Art. 138 II. § 39 LFGB bestimmt spezielle Maßnahmen in Abs. 2, 5 und 6, ansonsten wird direkt (Abs. 1) oder entsprechend (Abs. 3 und 4) auf Art. 138 II KontrollVO verwiesen.

Schon dieser kurze Überblick zeigt, dass die beiden Normen Überschneidungen sowie Unterschiede aufweisen. Bereits bisher war deren Verhältnis äußerst umstritten.¹³ Durch die Neufassung des § 39 LFGB¹⁴ ist von Neuem zu klären: Welche Befugnisnorm hat die Behörde heranzuziehen? Wie ist das

¹ Streinz, § 57 Lebensmittelrecht in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann [Hrsg.], Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 4. Auflage 2020, § 57 Rn. 42.

² Streinz in: Besonderes Verwaltungsrecht (Fn. 1), § 57 Rn. 42; Roth, Die allgemeine Lebensmittelüberwachung als Instrument des Verbraucherschutzes – Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage und der Organisationsstrukturen in Nordrhein-Westfalen, 2009, S. 77.

³ Purnhagen, Public und Private Enforcement im Lebensmittelrecht, LMuR 2021, S. 155 (155 f.); Roth (Fn. 2), S. 83 ff.

⁴ Roth (Fn. 2), S. 83 (m. w. N.).

⁵ Ortgies, Rechtliches Risikomanagement im Lebensmittelrecht – Die (ordnungs-) rechtliche Steuerung sicherer Lebensmittel im Kontext verfassungs- und unionsrechtlicher Anforderungen, 2019, S. 338; Roth (Fn. 2), S. 87.

⁶ Ortgies (Fn. 5), S. 338; Roth (Fn. 2), S. 87.

⁷ BVerfG v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97.

⁸ VO (EG) Nr. 882/2004.

⁹ LFGB a. F. meint im Folgenden die Fassung der Bekanntmachung vom 3.6.2013 (BGBl. I S. 1426), zuletzt geändert durch Art. 7 G des Gesetzes vom 24.9.2021 (BGBl. I S. 4530).

¹⁰ VO (EU) 2017/625.

¹¹ BGBl. I S. 3274.

¹² In der Fassung der Bekanntmachung vom 15.9.2021, BGBl. I S. 4253.

¹³ Zu Art. 54 KontrollVO (alt) und § 39 LFGB a. F. umfassende Darstellung bei Ortgies (Fn. 5), S. 383 ff.; – zu Art. 137 f. KontrollVO und § 39 LFGB a. F. u. a. Holle in: Streinz/Meisterernst, BasisVO/LFGB, 2021, LFGB, § 39 Rn. 16; Möstl, Behördliche Maßnahmen bei Verstößen und Verdachtsfällen – was folgt aus Art. 137, 138 der neuen Kontrollverordnung? in: Möstl, Markus/Purnhagen, Kai [Hrsg.], Maßnahmen und Sanktionen im Lebensmittelrecht, 2021, S. 49 (56 ff.); Meisterernst, Lebensmittelrecht, 2019, § 7 Rn. 15 Fn. 11.

¹⁴ In der Fassung der Bekanntmachung vom 15.9.2021, BGBl. I S. 4253.

Verhältnis der Normen? Welche Maßnahmen erlaubt die Norm schließlich der Behörde? Was geschieht, wenn die Behörde die falsche Befugnisnorm wählt? Diesen Fragen soll im Verlauf der folgenden Darstellung umfassend nachgegangen werden.

B. Art. 137 f. KontrollVO als Befugnisnormen

Zunächst muss geklärt werden, ob Unionsvorschriften wie Art. 137 f. KontrollVO überhaupt als taugliche Befugnisregelungen in Betracht kommen. Im Ausgangspunkt gilt der Grundsatz der Verwaltungsautonomie der Mitgliedsstaaten, Art. 291 I AEUV.¹⁵ Demnach ist es die Aufgabe der Mitgliedsstaaten, durch ihre Behörden das EU-Recht zu vollziehen.¹⁶ Im Zuge dessen steht diesen normalerweise auch die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der notwendigen Befugnisnormen zu.¹⁷ Die Geltung dieses Grundsatzes für das Lebensmittelrecht wird durch Art. 17 II BasisVO¹⁸ bekräftigt.¹⁹

Ausnahmsweise kann aber auch die EU aufgrund ihrer Sachgesetzgebungskompetenz (für das Lebensmittelrecht größtenteils Art. 114 I AEUV)²⁰ Befugnisnormen annexweise miterlassen, soweit sie für eine unionsweite Mindesteffektivität des Vollzugs erforderlich sind.²¹ Dieses Ziel wird von der KontrollVO ausdrücklich verfolgt (Erwägungsgründe 15 f., 19 f., 89 KontrollVO).²²

Besteht schließlich eine EU-Befugnisnorm, muss unmittelbar auf sie zurückgegriffen werden, wenn sie in Verordnungsform geregelt ist und einen vollzugsfähigen Inhalt hat. Anderenfalls würde das Ziel der Mindesteffektivität durch das Bedürfnis nach nationaler Umsetzung wieder gefährdet.²³ Für Art. 138 I, II KontrollVO treffen diese Voraussetzungen zu.²⁴ Die Normen regeln Voraussetzungen und zulässige Maßnahmen hinreichend bestimmt, sodass die Behörde sie unmittelbar anwenden kann.

Bei Art. 137 KontrollVO weist zunächst die Überschrift „Allgemeine Pflichten der zuständigen Behörden“ auf einen nicht vollzugsfähigen Inhalt hin.²⁵ Das trifft für Abs. 1 zu, der nur eine allgemeine Leitschnur für die Behörde enthält. Zwar ist Abs. 2 ebenfalls sehr allgemein gehalten; aus der Zusammenschau mit Abs. 3, der von „gemäß Absatz 2 ergriffenen Maßnahmen“ spricht, ergibt sich aber dessen Status als Befugnisnorm.²⁶

Dementsprechend sieht die h. M. Art. 137 II, III und Art. 138 I, II KontrollVO in deren Anwendungsbereich zu Recht als die einschlägigen Befugnisregelung an.²⁷

C. Verhältnis der Art. 137 f. KontrollVO zu nationalen Befugnisnormen

Sind also die EU-Befugnisnormen, soweit einschlägig, auch heranzuziehen, stellt sich die Frage, inwieweit daneben noch Raum für nationale Vorschriften bleibt. Das Verhältnis europäischer und nationaler Befugnisnormen ist ein dogmatisch noch kaum erschlossenes Gebiet.²⁸

I. Meinungsstand

Für das Verhältnis von Art. 137 f. KontrollVO und § 39 LFGB wird in Rechtsprechung und Teilen der Literatur auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts rekurriert.²⁹ Dieser besagt, dass das Unionsrecht das nationale Recht im Falle einer Normkollision verdrängt.³⁰ Demzufolge seien die nationalen Befugnisnormen von den EU-Normen nur so weit verdrängt, wie diese entsprechenden Regelungen für Durchsetzungsmaßnahmen enthalten. Sind die Art. 137 f. KontrollVO dagegen tatbestandlich nicht einschlägig, bleibe

¹⁵ Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, EUV, Art. 4 Rn. 56; Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 m. w. N.).

¹⁶ EuGH, Urteil v. 21.9.1983 – 205-215/82, ECLI:EU:C:1983:233, Rn. 17; Streinz in: Streinz (Fn. 15), EUV, Art. 4 Rn. 52; Möstl, Europäische Befugnisnormen als Herausforderung für die deutsche Verwaltung in: Möstl, Markus [Hrsg.], Rechtsdurchsetzung im Lebensmittelrecht – Überwachung und Strafrecht im Fokus, 2018, S. 47 (47).

¹⁷ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (52 m. w. N.); Busse, Das schwierige Zusammenspiel zwischen unionsrechtlichem und deutschem Lebensmittelrecht – Gedanken zum Pferdefleischbeschluss des OVG Lüneburg von 2013, ZLR 2015, S. 302 (303 f.).

¹⁸ VO (EG) Nr. 178/2002.

¹⁹ Gundel, § 8 Lebensmittelrecht in: Ruffert, Matthias [Hrsg.], Enzyklopädie Europarecht, Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2020, § 8 Rn. 84; Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53); Busse, ZLR 2015, S. 302 (306).

²⁰ Streinz in: Streinz, Rudolf/Kraus, Markus, Lebensmittelrechts-Handbuch, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Juni 2022, III Rn. 86, 88c; Gundel in: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (Fn. 19), § 8 Rn. 24.

²¹ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 m. w. N.).

²² Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53).

²³ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 m. w. N.).

²⁴ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53).

²⁵ Ortgies (Fn. 5), S. 387 f.

²⁶ Ortgies (Fn. 5), S. 388.

²⁷ VGH München, Beschluss v. 12.8.2021 – 20 CS 21.688, Rn. 8; VG Hannover, Urteil v. 15.1.2020 – 15 A 819/18, Rn. 24; Holle in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 2 f., 16, 53; Ortgies (Fn. 5), S. 387 f.

²⁸ Möstl in: Rechtsdurchsetzung (Fn. 16), S. 47 (51).

²⁹ OVG Lüneburg, Beschluss v. 12.12.2019 – 13 ME 320/19, Rn. 47 f; Holle in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 2, 50; Ortgies (Fn. 5), S. 383, 388.

³⁰ EuGH, Urteil v. 9.3.1978 - 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 14 ff.; Urteil v. 6.3.2018 – C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 33; Ruffert in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, AEUV, Art. 1 Rn. 21.

§ 39 LFGB voll anwendbar.³¹

Dieser Ansatz greift aber zu kurz. Es geht nämlich nicht allein darum, einen konkreten Normkonflikt zwischen nationaler und europäischer Befugnisnorm aufzulösen. Die entscheidende Frage ist umfassender: Was darf der nationale Gesetzgeber überhaupt noch regeln, wenn eine europäische Befugnisnorm besteht?³² Diese beruht auf einer Abwägung des Vollzugsinteresses mit den gegenläufigen Interessen, in die durch die Norm eingegriffen wird. Auf Grundlage dessen kann bewusst auf (weitergehende) Regelungen verzichtet worden sein, auch diese Abwägung begrenzt daher nationale Regelungen. Deshalb ist eine differenziertere Sperrwirkung europäischer Befugnisnormen anzunehmen.³³

II. Sperrwirkung

Für die Sperrwirkung ist zu unterscheiden, ob sich die nationale Regelung inner- oder außerhalb des tatbestandlichen Anwendungsbereichs befindet.

1. Außerhalb des tatbestandlichen Anwendungsbereichs

Außerhalb ihres tatbestandlichen Anwendungsbereichs kommt EU-Befugnisnormen grundsätzlich keine Sperrwirkung zu.³⁴ Den Mitgliedsstaaten steht es frei, zusätzliche und weitergehende Befugnisnormen zu schaffen.³⁵ Dies ergibt sich daraus, dass das Unionsrecht aufgrund des oben beschriebenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses³⁶ nur einzelne Befugnisnormen enthält. Zudem bezwecken diese zumeist nur eine Mindesteffektivität des Vollzugs, während weitergehende nationale Befugnisse die Vollzugseffektivität sogar erhöhen.³⁷ Schließlich entschied auch der EuGH zur Befugnisnorm des Art. 10 BasisVO, dass diese einer nationalen Norm, die eine zusätzliche Fallgruppe regelt, nicht entgegensteht.³⁸

Zu einer Sperrwirkung kommt es aber ausnahmsweise dann, wenn die Befugnisnorm auch für den nicht geregelten Bereich

harmonisierend wirken soll.³⁹ Vereinzelt wird den Art. 137 f. KontrollVO eine solch abschließende Wirkung bescheinigt, die nationale Befugnisnormen für Durchführungsmaßnahmen umfassend sperrt.⁴⁰ Das wäre dann der Fall, wenn die dort genannten Befugnisse das Interesse an der Durchsetzung des Lebensmittelrechts und die Interessen des Unternehmers, in welche die Befugnisse eingreifen, abschließend in Ausgleich bringen sollen.⁴¹ Dafür lässt sich durchaus anführen, dass eine unionsweit einheitliche Durchsetzung des Lebensmittelrechts für den Binnenmarkt am förderlichsten wäre.⁴² Allerdings benennt Erwägungsgrund 15 der KontrollVO die Durchsetzung der EU-Vorschriften als die Aufgabe der Mitgliedsstaaten; in diesem Zusammenhang deutet die Bezeichnung der KontrollVO als „Rechtsrahmen“ und „harmonisierte[r] Unionsrahmen“ in den Erwägungsgründen 19 und 20 der KontrollVO darauf hin, die Unionsregeln als verbindlichen Rahmen zu betrachten, der nur Mindestbedingungen für die Mitgliedsstaaten festlegt.⁴³ Bei abschließendem Charakter der Art. 137 f. KontrollVO würde ferner von der Ausgangszuständigkeit der Mitgliedsstaaten zum Erlass von Vorschriften für Maßnahmen bei Verstößen (Art. 17 III UA 3 S. 1 BasisVO) nichts mehr übrig bleiben.⁴⁴ Richtigerweise sind die Art. 137 f. KontrollVO daher dahingehend auszulegen, dass sie dem Grundsatz nach keine vollständige Harmonisierung, sondern nur eine Mindesteffektivität des Vollzugs anstreben.⁴⁵

2. Innerhalb des tatbestandlichen Anwendungsbereichs

Innerhalb des Anwendungsbereichs der Unionsnorm ist der Ausgangspunkt zunächst, dass EU-Verordnungen unmittelbar anwendbar sind und damit keiner Umsetzung im nationalen Recht bedürfen (Art. 288 UA 2 S. 2 AEUV). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine wiederholende Umsetzung sogar verboten, um zu verhindern, dass der unionsrechtliche Geltungsgrund der Norm verschleiert wird (sog.

³¹ So zu § 39 LFGB a.F., was wohl auch für § 39 LFGB n.F. gelten dürfte: OVG Lüneburg, Beschluss v. 12.12.2019 – 13 ME 320/19, Rn. 48 ff.; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 2, 50; *Ortgies* (Fn. 5), S. 383, 388.

³² *Möstl* in: Rechtsdurchsetzung (Fn. 16), S. 47 (51).

³³ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 f. m. w. N.).

³⁴ *Rathke* in: Sosnitzer/Meisterernst (vormals Zipfel/Rathke) Lebensmittelrecht, Band 2, Stand: 184. Ergänzungslieferung, Juli 2022, LFGB, § 40 Rn. 7; *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 m. w. N.).

³⁵ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 m. w. N.).

³⁶ Siehe B.

³⁷ *Möstl* in: Rechtsdurchsetzung (Fn. 16), S. 47 (56 f.); *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (54).

³⁸ EuGH, Urteil v. 11.4.2013 – C-636/11, ECLI:EU:C:2013:227, Rn. 37.

³⁹ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 f.).

⁴⁰ *Zechmeister*, Quo vadis § 39 Abs. 2 LFGB – Die Suche nach der richtigen Ermächtigungsgrundlage, ZLR 2018, S. 624 (631, 635); wohl auch *Groß*, Transparenz und Information der Öffentlichkeit nach der EU-Kontroll-Verordnung (EU) 2017/625 – Was blüht der Industrie?, ZLR 2018, S. 763 (764 f.).

⁴¹ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53 f.).

⁴² *Groß*, ZLR 2018, S. 763 (765); *Schroeder*, Europäische Lebensmittelkontrolle: Effektivität durch Zentralisierung, ZLR 2009, S. 531 (535 m. w. N.); *Ortgies* (Fn. 5), S. 291.

⁴³ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (54).

⁴⁴ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (54).

⁴⁵ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (53).

Normwiederholungsverbot).⁴⁶ Das Verbot wird für europäische Befugnisnormen aber als weitgehend überwunden betrachtet.⁴⁷ Dies zeichnet sich auch in der Rechtsprechung des EuGH ab, der mittlerweile sogar die Konkretisierung auslegungsbedürftiger Verordnungen durch den nationalen Gesetzgeber erlaubt.⁴⁸

Folglich sind nationale Regelungen innerhalb des tatbestandlichen Anwendungsbereichs möglich, die Sperrwirkung ist aber deutlich strenger. Die nationale Norm muss den unionsrechtlichen Geltungsgrund der wiederholten Norm offenlegen und darf deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigen; Konkretisierungen müssen ferner den vorgegebenen Rahmen der EU-Befugnisnorm einhalten.⁴⁹ Keinesfalls dürfen sie im Widerspruch zum EU-Recht stehen.⁵⁰ Der Rahmen wird bei Art. 137 f. KontrollVO durch die Abwägung zwischen einem effektiven Normvollzug und den Freiheitsinteressen des Unternehmers gezeichnet.⁵¹

D. Erläuterung der einzelnen Fallgruppen

Die in B. und C. entwickelten allgemeinen Maßstäbe werden nun auf die unter A. beschriebenen Fallgruppen von Art. 137 f. KontrollVO und § 39 LFGB angewendet. Dazu werden zunächst die Regelungsorte der Fallgruppen aufgezeigt und deren Voraussetzungen definiert. Dann soll der Frage nach der jeweils richtigen Befugnisnorm nachgegangen und die auf deren Grundlage möglichen Maßnahmen ausgeführt werden. Ein Beispielsfall rundet schließlich die Erläuterungen ab.

I. Festgestellter Verstoß

Begonnen wird mit der Fallgruppe des festgestellten Verstoßes.

1. Regelung und Definition

Die Fallgruppe wird in Art. 138 I 1 lit. a, lit. b Alt. 1 KontrollVO geregelt. Bis zur Neufassung des LFGB enthielt

auch das nationale Recht in § 39 II 1 Var. 2 LFGB a. F. eine Regelung für diese Dimension. In § 39 LFGB kommt dagegen die Formulierung „festgestellter Verstoß“ nicht mehr vor.

Der Begriff Verstoß war in Art. 2 II Nr. 10 KontrollVO (alt) legaldefiniert als „Nichteinhaltung des Futtermittel- oder Lebensmittelrechts und der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz“. Die neue KontrollVO verzichtet hierauf. Es lässt sich aber zumindest der Grundgehalt der früheren Definition übertragen,⁵² sodass unter einem Verstoß die Nichteinhaltung derjenigen rechtlichen Bestimmungen zu verstehen ist, deren Kontrolle Gegenstand des Anwendungsbereichs der KontrollVO ist. Entsprechend wurde auch der Verstoß i. S. d. § 39 LFGB a. F. verstanden.⁵³

Ein Verstoß ist festgestellt, wenn nach Ansicht der Behörde objektiv alle Tatbestandsvoraussetzungen einer Verbotsnorm vorliegen.⁵⁴ Daraus wird zum Teil abgeleitet, die Regelung sei repressiven Charakters.⁵⁵ Ihr Schwerpunkt liegt aber nicht auf der Sanktionierung der Normüberschreitung, sondern darauf, die Realisierung der daraus folgenden Gefahren zu verhindern (vgl. Art. 137 I KontrollVO).⁵⁶ Sie ist damit – wie die Regelungen der übrigen Fallgruppen – präventiver Natur.⁵⁷

2. Befugnisnorm

Die Fallgruppe ist durch Art. 138 I 1 KontrollVO tatbestandlich geregelt, dieser ist folglich als Befugnisnorm heranzuziehen.⁵⁸ Der unter der alten Rechtslage bestehende Streit, ob daneben Raum für eine nationale Regelung bleibt,⁵⁹ hat sich erledigt. § 39 I LFGB verweist umfassend auf die EU-Befugnisnormen. Da diese hier ohnehin einschlägig wären, ist der Verweis nur deklaratorisch.

Zu klären ist nur, ob Art. 138 I 1 KontrollVO allein oder i. V. m. § 39 I LFGB angegeben werden sollte. Gegen die gemeinsame Angabe werden der Vorrang des Unionsrechts und die Rechtsklarheit angeführt.⁶⁰ Der erste Einwand hat durchaus

⁴⁶ EuGH, Urteil v. 10.10.1973 – 34/73, ECLI:EU:C:1973:101, Rn. 10 f., 15; *Schroeder* in: Streinz (Fn. 15), AEUV, Art. 288 Rn. 43; *Joh/Krämer/Teufer*, Vorfahrt für Europa – zum Vorrang von Art. 54 Kontroll-Verordnung vor § 39 LFGB, ZLR 2010, S. 243 (246).

⁴⁷ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (54 f. m. w. N.); *Gundel*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.4.2018 – C-541/16, EuZW 2018, S. 735 (740).

⁴⁸ EuGH, Urteil v. 30.3.2017 – C-315/16, ECLI:EU:C:2017:244, Rn. 17 ff.; Urteil v. 12.4.2018 – C-541/16, ECLI:EU:C:2018:251, Rn. 27.

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 12.4.2018 – C-541/16, ECLI:EU:C:2018:251, Rn. 28; *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (55 f.); *Gundel*, EuZW 2018, S. 735 (740).

⁵⁰ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (55).

⁵¹ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (55).

⁵² Zu § 39 I LFGB a. F. *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 42 (m. w. N.).

⁵³ *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 42 (m. w. N.).

⁵⁴ *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 51; *Rathke* in: Sosnitza/Meisterernst (Fn. 34), LFGB, § 39 Rn. 64.

⁵⁵ *Meyer* in: Meyer/Streinz LFGB BasisVO HCVO, 2. Auflage 2012, LFGB, § 39 Rn. 1, 12; *Ortgies* (Fn. 5), S. 377 (m. w. N.).

⁵⁶ *Preuß*, Zum Umgang mit Verstößen gegen das Lebensmittelrecht, ZLR 2011, S. 47 (48).

⁵⁷ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (50); *Preuß*, ZLR 2011, S. 47 (48).

⁵⁸ VGH München, Beschluss v. 12.8.2021 – 20 CS 21.688, Rn. 8; OVG Münster, Beschluss v. 2.3.2021 – 9 B 1574/20, Rn. 18; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 16, 53.

⁵⁹ Dagegen VGH München, Beschluss v. 12.8.2021 – 20 CS 21.688, Rn. 8; VG Hannover, Urteil v. 15.1.2020 – 15 A 819/18, Rn. 17 ff.; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 16, 53; – dafür *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (56).

⁶⁰ *Ortgies* (Fn. 5), S. 389.

etwas für sich. Die zusätzliche Nennung einer nationalen Norm könnte den Rechtsanwender dazu verleiten, die Maßgeblichkeit des EU-Rechts zu übersehen. Nachdem § 39 I LFGB aber ausdrücklich auf Art. 137 f. KontrollVO verweist und selbst keine Bestimmungen über Tatbestand oder Rechtsfolge enthält, ist diese Gefahr gering. Weiterhin spricht die Rechtsklarheit nicht gegen, sondern gerade für die gemeinsame Nennung der Befugnisnormen. Die unionsrechtlichen Regelungen zum Verwaltungsrecht sind noch sehr rudimentär; für den Vollzug muss daher trotz einzelner EU-Befugnisnormen noch größtenteils auf nationales Verwaltungsrecht zurückgegriffen werden.⁶¹ Zum Beispiel trifft das EU-Recht keine Regelung zur aufschiebenden Wirkung von Verwaltungsakten, die daher in § 39 VII LFGB geregelt ist.⁶² Es ist sinnvoll, diese Einbindung bereits bei der Rechtsgrundlage deutlich zu machen, indem der nationale Verweis des § 39 I LFGB mit angeführt wird. Angesichts des Wortlauts von § 39 VIIa LFGB („aufgrund der Absätze 1 bis 4“) geht schließlich auch der nationale Gesetzgeber davon aus, dass § 39 I LFGB als Ermächtigungsgrundlage mit angegeben werden sollte.

Befugnisnorm für festgestellte Verstöße ist folglich Art. 138 I 1 KontrollVO i. V. m. § 39 I LFGB.

3. Maßnahmen

Wird ein Verstoß festgestellt, muss die Behörde tätig werden, Art. 138 I 1 KontrollVO („ergreifen“). Die Zweckrichtung der Maßnahmen besteht in der weiteren Gefahrerforschung (Art. 138 I 1 lit. a KontrollVO) bzw. der Beendigung des Verstoßes (Art. 138 I 1 lit. b Alt. 1 KontrollVO). Beendigung meint die Beseitigung der Folgen des Verstoßes und – soweit es sich bei dem Verstoß um einen dauerhaften Zustand handelt – die Unterbindung des Verstoßes selbst.⁶³ Letzteres wird zum Teil übersehen.⁶⁴

In der Auswahl der konkreten Maßnahme ist die Behörde frei, es sind aber die Art des Verstoßes und das bisherige Verhalten des Unternehmers zu berücksichtigen (Art. 138 I 2 KontrollVO). Ein beispielhafter Katalog befindet sich in Art. 138 II Hs. 2 KontrollVO, ansonsten kann auf die Generalklausel in Hs. 1 zurückgegriffen werden.

4. Beispielsfall

Fall 1: Die zuständige Lebensmittelüberwachungsbehörde nimmt Proben von Steaks eines Lebensmittelunternehmers, die er in seinem Werksverkauf anbietet. Es wird ordnungsgemäß eine Gegenprobe zurückgelassen.⁶⁵ Beide Proben ergeben einen mikrobiellen Verderb des Fleisches.⁶⁶

Das Steak ist aufgrund des nachgewiesenen Verderbs ein für den menschlichen Verzehr ungeeignetes Lebensmittel, dessen Inverkehrbringen nach Art. 14 I, II lit. b i. V. m. V BasisVO verboten ist. Das Auslegen der Steaks im Werksverkauf stellt ein Anbieten zum Verkauf und damit ein Inverkehrbringen i. S. d. Art. 3 Nr. 8 BasisVO dar. Es liegt folglich ein festgestellter Verstoß gegen Art. 14 I BasisVO vor. Die Behörde muss daher auf der Grundlage von Art. 138 I 1 KontrollVO i. V. m. § 39 I LFGB tätig werden. Als taugliche Maßnahmen nach Art. 138 II Hs. 2 KontrollVO bieten sich ein Verbot des Inverkehrbringens weiterer Steaks (lit. d Var. 1) sowie die Anordnung von Rückruf und Rücknahme der bereits verkauften Steaks (lit. g) an.

II. Verdacht eines Verstoßes

1. Regelung und Definition

Fälle, in denen nur der Verdacht eines Verstoßes gegeben ist, werden in Art. 137 II, III KontrollVO geregelt. Daneben erlaubt § 39 II LFGB – wie bereits § 39 II 1 Var. 1 LFGB a. F. – Maßnahmen bei einem „hinreichenden Verdacht“.

Ein Verdacht liegt vor, wenn die auf konkrete Anhaltspunkte gegründete Vermutung besteht, dass ein Verstoß vorliegt.⁶⁷

Der Begriff des „hinreichenden Verdachts“ in § 39 II LFGB ist ungewöhnlich für das Gefahrenabwehrrecht. Er knüpft vielmehr an die Terminologie des Strafprozessrechts an. Es ist daher anzunehmen, dass der Gesetzgeber dieser Terminologie folgen wollte.⁶⁸ Für die Übertragung des Begriffsverständnisses spricht zudem der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung. Demnach ist ein Verdacht hinreichend, wenn bei verständiger Würdigung aller Umstände eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Verstoßes besteht.⁶⁹ Ansichten, die dagegen bereits „konkrete tatsächliche Anhaltspunkte“ für einen hinreichenden Verdacht als ausreichend erachtet,⁷⁰ sind abzulehnen.

⁶¹ Möstl in: Rechtsdurchsetzung (Fn. 16), S. 47 (57); Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (55).

⁶² Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (55).

⁶³ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (57); Roth (Fn. 2), S. 249 f.

⁶⁴ Siehe Rathke in: Sosnitza/Meisterernst (Fn. 34), LFGB, § 39 Rn. 21.

⁶⁵ Zur Gegenprobe s. § 43 LFGB.

⁶⁶ Angelehnt an OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.5.2010 – 13 ME 181/09.

⁶⁷ Holle in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 43 (m. w. N.).

⁶⁸ Rathke in: Sosnitza/Meisterernst (Fn. 34), LFGB, § 39 Rn. 20.

⁶⁹ Holle in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 46 (m. w. N.); Wehlau, LFGB, 2010, § 39 Rn. 48.

⁷⁰ Rohnfelder/Freytag in: Erbs/Kohlhaas – Strafrechtliche Nebengesetze, Band 3, Stand: 243. Ergänzungslieferung, August 2022, LFGB, § 39 Rn. 5; Orgies (Fn.

2. Befugnisnorm

Wie bereits aufgezeigt, stellt Art. 137 II, III KontrollVO eine eigenständige Befugnisnorm dar, die daher in allen von ihr erfassten Fällen heranzuziehen ist.⁷¹ Die Frage ist, inwieweit § 39 II LFGB daneben noch zur Anwendung kommen kann.

In der Annahme das Unionsrecht verdränge nationale Normen nur im Kollisionsfall, wurde vertreten, § 39 II 1 Var. 1 LFGB a. F. bleibe für alle Maßnahmen anwendbar, die nicht von Art. 137 II, III KontrollVO erfasst seien.⁷² Diesem Grundansatz ist nicht zu folgen.⁷³

Vielmehr ist entscheidend, ob sich die Regelung des § 39 II LFGB inner- oder außerhalb des Anwendungsbereichs der Art. 137 II, III KontrollVO befindet. Indem das nationale Recht ebenfalls an die Fallgruppe des Verdachts eines Verstoßes anknüpft, ist ersteres der Fall.⁷⁴ Das drückt in § 39 LFGB auch der Hinweis auf die unbeschadete Anwendbarkeit der Art. 137 II, III KontrollVO gleich zu Beginn des Abs. 2 aus. Das hat zur Folge, dass die nationale Regelung die oben genannten Grenzen einhalten muss.⁷⁵

Die Regelung der zulässigen Maßnahmen erfolgt insbesondere in Art. 137 II KontrollVO nur sehr rudimentär.⁷⁶ Dieser führt nur die Durchführung von „Untersuchungen“ an, eine weitere Erläuterung des Begriffes findet sich in der KontrollVO nicht. Eine nationale Konkretisierung ist somit möglich. § 39 II LFGB regelt spezielle Durchsetzungsmaßnahmen in Form der Anordnung einer Prüfung (Nr. 1 lit. a), der Eingangsanzeige (Nr. 1 lit. b) und des vorübergehenden Verbots des Inverkehrbringens (Nr. 2). Die Norm genügt der Anforderung, ihren Geltungsgrund offenzulegen, durch die Formulierung „unbeschadet des“ Art. 137 II, III KontrollVO. Durch den Vorbehalt der weiteren Anwendung wird zugleich die praktische Wirksamkeit der Unionsnorm nicht beeinträchtigt.

Offen ist damit noch, ob § 39 II LFGB auch den von Art. 137 II, III KontrollVO vorgegebenen Rahmen hinsichtlich der Abwägung von Vollzugsinteresse und Freiheitsinteresse des Unternehmers einhält. Zur Klärung muss zuerst der Rahmen

bestimmt werden, um dann die einzelnen Elemente des § 39 II LFGB daran zu messen.

Ausgangspunkt des ersten Schrittes ist, dass in Verdachtsfällen der Unternehmer belastende Maßnahmen dulden muss, obwohl noch kein Verstoß sicher festgestellt wurde. Er wird daher erheblich in seinen Grundrechten beeinträchtigt.⁷⁷ Folglich sind nach Art. 137 KontrollVO grundsätzlich nur „Untersuchungen“ zur Erhärtung oder Ausräumung des Verdachts (Abs. 2) zulässig; also weniger belastende Gefahrerforschungseingriffe. Unter Umständen kann die Behörde nach Abs. 3 lit. b als vorläufige Gefahrabwendungsmaßnahme auch Sachen in amtliche Verwahrung nehmen.⁷⁸ Endgültige Gefahrabwendungsmaßnahmen werden dagegen nicht aufgezählt, sollen also nicht möglich sein.⁷⁹

Dem entspricht § 39 II LFGB seinem Wortlaut nach, indem er auf den Zweck der Feststellung oder Ausräumung des Verdachts, also auf Gefahrerforschung, beschränkt ist.⁸⁰ Für eine genauere Betrachtung ist zwischen den Maßnahmen nach Nr. 1 und Nr. 2 zu trennen.

Die Anordnung einer Prüfung durch den Lebensmittelunternehmer (Nr. 1 lit. a) und die Eingangsanzeige (Nr. 1 lit. b) sind jeweils Gefahrerforschungseingriffe.⁸¹ Solche sind nach der KontrollVO grundsätzlich zulässig, dort aber nicht detailliert geregelt. Die Maßnahmen der Nr. 1 sind deshalb als taugliche Konkretisierung der behördlichen „Untersuchung“ nach Art. 137 II KontrollVO zu betrachten. Dementsprechend wurde bereits die Vereinbarkeit der nahezu entsprechenden Maßnahmen in § 39 II 2 Nr. 1 LFGB a. F. mit Art. 137 KontrollVO unproblematisch gesehen.⁸²

Anders ist die Frage zu beantworten, ob sich § 39 II Nr. 2 LFGB innerhalb des vorgegebenen Rahmens hält. Dieser regelt mit dem vorübergehenden Verbot des Inverkehrbringens eine vorläufige Gefahrabwendungsmaßnahme. Eine solche ist sonst nur in Art. 137 III lit. b KontrollVO enthalten. Sie steht dort unter der doppelten Einschränkung „bei Bedarf“ und „gegebenenfalls“, soll also nach dem Willen des EU-Gesetzgebers nur im Ausnahmefall zum Tragen kommen.

5), S. 392.

⁷¹ Siehe B.

⁷² *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 50; *Preuß*, Auswirkungen der neuen Kontroll-VO (EU) 2017/625 auf die amtliche Lebensmittelkontrolle in: Verein zur Förderung der Forschungsstelle für Europäisches und Deutsches Lebens- und Futtermittelrecht an der Philipps-Universität zu Marburg e. V. [Hrsg.], Standards und Kontrolle, 2018, S. 47 (52 f.); *Ortgies* (Fn. 5), S. 388.

⁷³ Siehe C. I.

⁷⁴ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (60).

⁷⁵ Siehe C. II. 2.

⁷⁶ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61 Fn. 64).

⁷⁷ *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 48.

⁷⁸ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (60).

⁷⁹ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (60).

⁸⁰ Zu § 39 II 1 Var. 1 LFGB a. F. *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (60); *Wehlau* (Fn. 69), § 39 Rn. 49.

⁸¹ Zu § 39 II 2 Nr. 1 LFGB a. F. *Ortgies* (Fn. 5), S. 395 f. (m. w. N.).

⁸² *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (60 Fn. 61).

Schließlich lässt sich durch die amtliche Verwahrung ebenfalls ein Inverkehrbringen verhindern. Das Verbot des Inverkehrbringens ist für den Lebensmittelunternehmer dagegen belastender, da er selbst für die Lagerung der Waren sorgen muss. Damit trifft ihn neben dem finanziellen auch ein organisatorischer Mehraufwand. In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass das Unionsrecht die Maßnahme des Verkehrsverbotes kennt, diese aber nur bei festgestellten Verstößen erlaubt (Art. 138 II Hs. 2 lit. d Var. 1 KontrollIVO). In Art. 137 KontrollIVO wird dessen vorläufige Anordnung aber gerade nicht vorgesehen. Diese Entscheidung sollte nicht durch nationale Regelungen umgangen werden.

Damit handelt es sich nur bei § 39 II Nr. 1 LFGB, nicht aber bei Nr. 2, um eine zulässige Konkretisierung. Richtige Befugnisnorm ist daher in den Fällen der Nr. 1 § 39 II Nr. 1 LFGB i. V. m. Art. 137 II KontrollIVO und in allen übrigen Fällen Art. 137 II (ggf. i. V. m. III) KontrollIVO i. V. m. § 39 I LFGB, der auch auf Art. 137 KontrollIVO verweist.⁸³

Ob Maßnahmen ergriffen werden, steht nach Art. 137 II KontrollIVO nicht im Ermessen der Behörde. Es müssen daher behördliche „Untersuchungen“ vorgenommen werden. Ob sich die Behörde der speziellen Maßnahmen des § 39 II Nr. 1 LFGB bedienen will, steht ihr dagegen frei („können“).

3. Beispielsfall

*Fall 2: Die Ausgangssituation ist die gleiche wie in Fall 1. Das Fleisch im Werksverkauf ist nach dem Gutachten der amtlichen Untersuchungseinrichtung verdorben. Allerdings liegt das Untersuchungsergebnis der zurückgelassenen amtlichen Gegenprobe noch nicht vor.*⁸⁴

In Abwandlung zu *Fall 1* könnte sich aus der Untersuchung der Gegenprobe noch ergeben, dass bei der Erstprobe eine Fehlmessung vorlag oder Proben verwechselt wurden. Vor deren Untersuchung liegt deshalb noch kein festgestellter Verstoß gegen Art. 14 I BasisVO wegen des Inverkehrbringens von für den Verzehr ungeeigneten Fleisches vor. Durch das Ergebnis der Erstprobe ist aber der hinreichende Verdacht gegeben, dass es zu solch einem Verstoß kam.⁸⁵ Die Behörde kann daher sowohl auf die Befugnisnorm § 39 II Nr. 1 LFGB i. V. m. Art. 137 II KontrollIVO als auch auf Art. 137 II, III KontrollIVO i. V. m. § 39 I LFGB zurückgreifen. Als

Maßnahme kommt eine amtliche Verwahrung der Steaks bis zum Ergebnis der Gegenprobe in Betracht (Art. 137 II i. V. m. III lit. b KontrollIVO).

III. Künftiger Verstoß

1. Regelung und Definition

Die Fallgruppe der künftigen Verstöße findet sich sowohl in Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollIVO als auch in § 39 IV Alt. 1 LFGB.

Voraussetzung, um Maßnahmen treffen zu dürfen, ist jeweils, dass sich aus konkreten Tatsachen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Grund zur Annahme drohender Verstöße ergibt.⁸⁶

Zwischen den beiden Regelungen besteht aber ein großer Unterschied. Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollIVO verlangt nämlich für die Verhinderung künftiger Verstöße, dass zuvor mindestens ein Verstoß festgestellt worden sein muss.⁸⁷ Das ergibt sich aus dem Wortlaut, der zu Beginn des S. 1 einen festgestellten Verstoß verlangt („wenn ein Verstoß festgestellt wird“) und von „erneute[n] Verstöße[n]“ spricht.⁸⁸ Der festgestellte Verstoß muss zudem artgleich sein („dieser Art“). § 39 IV Alt. 1 LFGB enthält solche Einschränkungen nicht. Dementsprechend wurde dessen insoweit identische Vorgängervorschrift § 39 II 1 Var. 3 LFGB a. F. so verstanden, dass sie auch die Abwehr künftiger *erstmaliger* Verstöße erfasst.⁸⁹ Dies entspricht dem deutschen Verständnis von Gefahrenabwehr, wonach zukünftige *erstmalige* Verstöße abgewehrt werden können, solange diese nur hinreichend wahrscheinlich sind.⁹⁰ § 39 IV Alt. 1 LFGB setzt mithin keinen bereits festgestellten Verstoß voraus.

2. Befugnisnorm

Es lässt sich festhalten: Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollIVO erfasst nur Fälle der Verhütung künftiger *erneuter* Verstöße, § 39 IV Alt. 1 LFGB dagegen die Verhütung künftiger *erstmaliger* sowie *erneuter* Verstöße. Für die Wahl der

⁸³ Siehe D. I. 2.

⁸⁴ In Anlehnung an VG Münster, Urteil v. 25.1.2012 – 7 K 102/10.

⁸⁵ Vgl. VG Münster, Urteil v. 25.1.2012 – 7 K 102/10, Rn. 75 ff.; *Preuß*, Zum Umgang mit Verstößen gegen das Lebensmittelrecht, ZLR 2011, S. 47 (52 f.).

⁸⁶ Zu § 39 LFGB a. F. *Boch*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, 8. Auflage 2019, § 39 Rn. 10; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 54.

⁸⁷ *Preuß* in: Standards und Kontrolle (Fn. 72), S. 47 (52); *Meyer*, Lebensmittelüberwachung – Was darf die Lebensmittelüberwachung? Was darf sie nicht?, 3. Auflage 2021, S. 11.

⁸⁸ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (58).

⁸⁹ OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.5.2010 – 13 ME 181/09, Rn. 8; *Meisterernst* (Fn. 13), § 7 Rn. 15, 26; *Meyer* (Fn. 87), S. 11.

⁹⁰ *Möstl* in: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Stand: 20. Edition, Oktober 2022, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 34 f.

richtigen Befugnisnorm muss zwischen diesen beiden Fällen unterschieden werden.

Die Verhütung künftiger *erneuter* Verstöße ist in Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollVO tatbestandlich geregelt, die Norm daher in diesen Fällen die taugliche Befugnisnorm; ein Rückgriff auf § 39 IV Alt. 1 LFGB ist gesperrt. Die EU-Befugnisnorm ist i. V. m. § 39 I LFGB anzugeben.⁹¹

Sodann ist zu untersuchen, ob daneben Raum für eine nationale Norm bleibt, welche die Verhütung künftiger *erstmaliger* Verstöße erfasst. In der Annahme nationales Recht sei nur im Kollisionsfall verdrängt, wird dies bejaht.⁹² Richtigerweise ist aber entscheidend, ob sich die nationale Norm inner- oder außerhalb des Anwendungsbereichs des EU-Rechts befindet. Das hängt davon ab, als wie weitreichend man den Anwendungsbereich der Art. 137 f. KontrollVO bezüglich künftiger Verstöße ansieht.

Hierzu wird vertreten, Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollVO treffe eine Regelung für künftige *erneute* Verstöße, daher sei die Dimension der künftigen Verstöße im EU-Recht geregelt. Auch eine Regelung zu künftigen *erstmaligen* Verstößen wie in § 39 IV Alt. 1 LFGB befinde sich daher im Anwendungsbereich des Unionsrechts. In der Konsequenz verlasse § 39 IV Alt. 1 LFGB, welcher die gleichen Rechtsfolgen wie die EU-Regelung bereits zur Verhütung künftiger *erstmaliger* Verstöße anordnet, den Rahmen der Unionsvorschrift.⁹³

Das erstreckt den Anwendungsbereich der EU-Norm aber zu weit. Die Art. 137 f. KontrollVO sind nicht so auszulegen, dass die Verhütung künftiger Verstöße von ihnen erfasst ist, diese aber ausschließlich dann zulässig ist, wenn bereits ein Verstoß festgestellt wurde. Näher liegt die Deutung, dass nur die Verhütung künftiger *erneuter* Verstöße geregelt wird. Denn die Unionsnorm greift die Verhütung künftiger Verstöße als Ganzes gerade nicht auf. Sie formuliert nicht: „Die Behörden ergreifen Maßnahmen zur Verhütung künftiger Verstöße, wenn bereits vorher ein artgleicher Verstoß festgestellt wurde“. Stattdessen knüpft sie die Verhinderung künftiger *erneuter* Verstöße just an die Beendigung eines festgestellten Verstoßes an (Art. 138 I 1 lit. b KontrollVO). Die Behörde soll, wenn sie einen Verstoß feststellt, auch gleich Maßnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass sich der Verstoß selbst oder in ähnlicher Weise (artgleich) wiederholt. Es wird also nur eine Folgeregelung zur Beendigung des Verstoßes, keine umfassende Normierung künftiger Verstöße intendiert. Dafür spricht

weiterhin, dass der Gesetzgeber die Regelung schlicht als Alt. 2 an Art. 138 I 1 lit. b KontrollVO angehängt und ihr keinen eigenen Absatz, wie der Fallgruppe des Verdachts eines Verstoßes (Art. 137 II und III KontrollVO) und des festgestellten Verstoßes (Art. 138 I KontrollVO) gewidmet hat.

Vom Anwendungsbereich erfasst ist daher nicht die ganze Fallgruppe der Verhütung künftiger Verstöße, sondern nur der Unterfall der künftigen *erneuten* Verstöße. Die Verhütung künftiger *erstmaliger* Verstöße liegt folglich außerhalb des tatbestandlichen Anwendungsbereichs. Dem entspricht auch die Neuregelung in § 39 IV Alt. 1 LFGB. Im Gegensatz zu § 39 II LFGB verzichtet dieser auf einen Hinweis zur unbeschädigten Anwendbarkeit der Art. 137 f. KontrollVO. Ferner sollen die Maßnahmen des Art. 138 II KontrollVO nicht direkt, sondern nur entsprechend herangezogen werden. Der nationale Gesetzgeber geht mithin davon aus, eine zusätzliche Befugnis außerhalb des EU-Rechts zu schaffen. Damit unterliegt § 39 IV Alt. 1 LFGB grundsätzlich keiner Sperrwirkung.⁹⁴ Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der EU-Gesetzgeber zwar die Fallgruppe der künftig *erstmaligen* Verstöße tatbestandlich nicht erfassen, deren Normierung aber dennoch für den nationalen Gesetzgeber sperren wollte.

Folglich ist festzuhalten, dass für den Fall des künftig *erneuten* Verstoßes Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 i. V. m. § 39 I LFGB als Befugnisnorm heranzuziehen ist. Wie in der Fallgruppe des festgestellten Verstoßes gilt: Die Behörde muss tätig werden, die Auswahl der konkreten Maßnahme nach Art. 138 II KontrollVO steht ihr aber frei. Befugnisnorm zur Verhütung künftiger *erstmaliger* Verstöße ist § 39 IV Alt. 1 LFGB. Der Behörde steht ausweislich des Wortlauts von § 39 IV Alt. 1 LFGB („können“) ein Ermessen hinsichtlich des „Ob“ des Tätigwerdens sowie der konkreten Maßnahme zu.

3. Beispielsfall

*Fall 3: Diesmal findet die zuständige Lebensmittelbehörde das Fleisch bei einer Betriebskontrolle im Kühllager des Lebensmittelunternehmers. Erst- und Gegenprobe belegen den Verderb des Fleisches. Die Steaks waren wie daneben gelagertes verzehrfähiges Fleisch für die Weiterverarbeitung vorgesehen.*⁹⁵

Abwandlung: Die Behörde nimmt daneben noch Proben von Steaks aus dem Werksverkauf, die auch einen Verderb ergeben.

In diesem Fall ist fraglich, ob mit der Lagerung der Steaks in

⁹¹ Siehe D. I. 2.

⁹² *Ortigies* (Fn. 5), S. 388 f.

⁹³ *Mösl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (58 f.); im Ergebnis auch *Zechmeister*, ZLR 2018, S. 624 (631).

⁹⁴ Siehe C. II. 1.

⁹⁵ In Anlehnung an OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.5.2010 – 13 ME 181/09.

der Kühlung bereits ein Inverkehrbringen i. S. d. Art. 3 Nr. 8 BasisVO vorliegt. Das ist zu verneinen. Zwar genügt hierfür das Bereithalten von Lebensmitteln für Verkaufszwecke, das ist aber erst dann anzunehmen, „wenn sich die Waren nach abgeschlossenem Herstellungsprozess im verkaufsfertigen Zustand befindet und die betriebliche Warenausgangskontrolle durchlaufen ha[ben]“⁹⁶. Mit der Lagerung in der Kühlung liegt demnach noch kein Inverkehrbringen und somit kein Verstoß gegen Art. 14 I BasisVO vor. Ohne die Kontrolle wäre es aber wahrscheinlich in Zukunft zum Verkauf des Fleisches, mithin zum Inverkehrbringen und damit zum Verstoß gegen Art. 14 I BasisVO gekommen.⁹⁷ Da der Verstoß *erstmalig* erfolgen würde, ist die Behörde auf § 39 IV Alt. 1 LFGB als Befugnisnorm zu verweisen. Als Maßnahme, um den Verstoß zu verhindern, kommt entsprechend Art. 138 II Hs. 2 lit. d Var. 1 KontrollVO ein Verbot des Inverkehrbringens in Betracht. Dazu können beispielsweise auch Fortbildungsmaßnahmen für die ordnungsgemäße Lagerung von Fleisch angeordnet werden.⁹⁸

In der *Abwandlung* wurde bezüglich des Fleisches aus dem Werksverkauf gegen Art. 14 I BasisVO verstoßen. Es gilt das zu *Fall 1* Gesagte. Für das Fleisch aus der Kühlung wäre es künftig wahrscheinlich zum Inverkehrbringen und damit zum Verstoß gegen Art. 14 I BasisVO gekommen. Der Verstoß würde nun aber nicht *erstmalig*, sondern *erneut* erfolgen. Die Befugnisnorm ist also Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2 KontrollVO. Die möglichen Maßnahmen sind die gleichen wie im Ausgangsfall.

IV. Normverstoßunabhängiger Schutz vor Gesundheitsgefahren und Täuschung

1. Regelung und Definition

Die Dimension des Schutzes vor Gesundheitsgefahren und Täuschung ist in § 39 IV Alt. 2 LFGB geregelt. Sie findet keine Entsprechung in Art. 137 f. KontrollVO. Ausweislich des Wortlauts setzt diese Fallgruppe keinen Verstoß gegen eine

Vorschrift voraus, sie ermöglicht mithin eine normverstoßunabhängige Gefahrenabwehr.⁹⁹

Für die Bestimmung des Begriffs der Gefahr wird teilweise auf die Legaldefinition in Art. 3 Nr. 14 BasisVO abgestellt.¹⁰⁰ Da sich die Fallgruppe aber nur im nationalen Recht findet, ist der Begriff richtigerweise nach nationalem Verständnis auszulegen. § 39 LFGB ist besonderes Sicherheitsrecht,¹⁰¹ daher ist dessen allgemeine Definition zu wählen. Eine Gefahr ist demnach gegeben, wenn nach dem aus objektiver ex-ante Sicht zu erwartenden Geschehensablauf eine Verletzung der geschützten Rechtsgüter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.¹⁰²

Von einigen Autoren wird bestritten, dass für den normverstoßunabhängigen Schutz vor Gesundheitsgefahren und Täuschung überhaupt noch ein eigenständiger Anwendungsbereich übrigbleibt.¹⁰³ Da Gesundheits- und Täuschungsschutz die Hauptziele des Lebensmittelrechts darstellen (Art. 1 I 1 BasisVO; § 1 I Nr. 1, 2 LFGB),¹⁰⁴ stehen zu deren Schutz bereits umfassende Regelungen bereit. Nicht zuletzt existieren mit Art. 14 BasisVO und Art. 7 LMIV¹⁰⁵ sehr umfassende Generalklauseln.¹⁰⁶ Nach deren Ansicht gehe daher mit jeder Gesundheits- oder Täuschungsgefahr zugleich ein (künftiger) Normverstoß einher, der mit einer der anderen Fallgruppen durchgesetzt werden könne.¹⁰⁷ Der Norm ist dennoch ihr eigenständiger Anwendungsbereich nicht völlig abzusprechen. So ermöglicht sie der Behörde Maßnahmen bereits, bevor es zu einem festgestellten oder hinreichend wahrscheinlich drohenden Verstoß gekommen ist.¹⁰⁸ Zudem kann die Fallgruppe dafür herangezogen werden, die Lücken zu schließen, die sonst aus der Sperrwirkung der KontrollVO folgen würden. So können auf Grundlage von § 39 IV Alt. 2 LFGB in Verdachtsfällen endgültige Gefahrabwehrmaßnahmen ergriffen werden.¹⁰⁹

2. Befugnisnorm

Da der Schutz vor normverstoßunabhängigen Gefahren allein national in § 39 IV Alt. 2 LFGB geregelt ist, stellt sich nur die

⁹⁶ OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.5.2010 – 13 ME 181/09, Rn. 7.

⁹⁷ OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.5.2010 – 13 ME 181/09, Rn. 9.

⁹⁸ Vgl. *Rohnfelder/Freytag* in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 70), LFGB, § 39 Rn. 7.

⁹⁹ Zu § 39 II 1 Var. 4 LFGB a. F. *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 58; *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61 f.).

¹⁰⁰ OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, Rn. 21; Beschluss v. 12.12.2019 – 13 ME 320/19, Rn. 53; VG Stade, Beschluss v. 5.9.2019 – 6 B 735/19, Rn. 47.

¹⁰¹ *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 37; *Streinz* in: Besonderes Verwaltungsrecht (Fn. 1), § 57 Rn. 1.

¹⁰² VGH München, Beschluss v. 27.1.2016 – 20 CS 15.2145, Rn. 35; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 60.

¹⁰³ *Boch* (Fn. 86), § 39 Rn. 10; *Rathke* in: Sosnitza/Meisterernst (Fn. 34), LFGB, § 39 Rn. 23; *Wehlau* (Fn. 69), § 39 Rn. 20.

¹⁰⁴ *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 59; *Scherzberg/Garbe*, Das Recht der Lebensmittelsicherheit – Rechtsgrundlagen - Instrumente – Reformbedarf, ZLR 2018, S. 198 (202).

¹⁰⁵ VO (EU) Nr. 1169/2011.

¹⁰⁶ *Roth* (Fn. 2), S. 251.

¹⁰⁷ *Roth* (Fn. 2), S. 251.

¹⁰⁸ OVG Lüneburg, Beschluss v. 12.12.2019 – 13 ME 320/19, Rn. 51; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 59.

¹⁰⁹ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (62).

Frage nach dessen Unionsrechtskonformität.

Die Norm befindet sich außerhalb des Anwendungsbereichs der KontrollVO.¹¹⁰ Das ergibt sich aus der Betrachtung dazu, wie sich Gefahrenabwehr auch nach deutschem Verständnis verwirklicht, nämlich durch den Schutz vor Gefahren für die Unversehrtheit der Rechtsordnung durch drohende Normverletzungen und den Schutz vor Gefahren für bestimmte Rechtsgüter.¹¹¹ Die KontrollVO erfasst nur die Säule der Gefahrenabwehr durch *Rechtsdurchsetzung*, indem es ihr nur um die Verhinderung von Verstößen gegen die unionsrechtlichen Vorschriften des Lebensmittelrechts geht.¹¹² Das wird an mehreren Stellen der KontrollVO zum Ausdruck gebracht. So verlangen Art. 137 II und Art. 138 I KontrollVO jeweils tatbestandlich einen „Verstoß“ für das Ergreifen von Maßnahmen und der Anwendungsbereich der KontrollVO umfasst nur „Kontrollen, mit denen die *Einhaltung der Vorschriften* überprüft werden soll“ (Art. 1 II KontrollVO).¹¹³ Regelungen für den normverstoßunabhängigen *Rechtsgüterschutz* enthält die KontrollVO dagegen nicht. Diese Säule der Gefahrenabwehr wird nur von § 39 IV Alt. 2 LFGB erfasst.¹¹⁴

Eine Sperrwirkung wäre folglich nur dann gegeben, wenn das EU-Recht diesbezüglich abschließend wäre. Hiergegen spricht Art. 4 II EUV. Nach dessen Satz 3 liegt die nationale Sicherheit in der alleinigen Verantwortung der Mitgliedsstaaten und wird von der EU geachtet (Satz 2).¹¹⁵ So könnte ohne weiteres für den Rechtsgüterschutz auf das nationale Polizeirecht zurückgegriffen oder eine dem § 39 IV Alt. 2 LFGB entsprechende Regelung dort verortet werden. Allein die Regelung im Lebensmittelrecht bewirkt nichts anderes.¹¹⁶ Das Unionsrecht sperrt § 39 IV Alt. 2 LFGB folglich nicht.¹¹⁷

Dessen Anwendung ist dennoch in gewisser Weise einzuschränken. § 39 IV Alt. 2 LFGB, der auch nahezu alle Fälle der anderen Fallgruppen erfasst, darf nicht genutzt werden, um diese zu umgehen. So läge es insbesondere nahe, auf die Feststellung eines Verstoßes zu verzichten und stattdessen direkt auf eine mögliche Gesundheitsverletzung

oder Täuschung abzustellen.¹¹⁸ Es ist daher der allgemeine Grundsatz des Polizeirechts heranzuziehen, wonach das Schutzgut der Unversehrtheit der Rechtsordnung vorrangig vor dem Rechtsgüterschutz zu prüfen ist.¹¹⁹ Die anderen Fallgruppen gehen § 39 IV Alt. 2 LFGB also vor.

Die Behörde hat nach § 39 IV Alt. 2 LFGB sowohl Entschließungs- als auch Auswahlermessen. Für die konkreten Maßnahmen wird auf Art. 138 II KontrollVO entsprechend verwiesen.

3. Beispielsfall

*Fall 4: Erneut zieht die zuständige Überwachungsbehörde Fleisch aus dem Verkehr. Bei diesem handelt es sich um Rindfleisch, für das unklar ist, ob der nach VO (EG) Nr. 999/2001 vorgeschriebene BSE-Test vorgenommen wurde.*¹²⁰

Das Fehlen des Tests auf BSE (Bovine Spongiforme Enzephalopathie) begründet keine Auswirkungen auf das Rindfleisch selbst und macht es nicht unsicher i. S. d. Art. 14 I, II BasisVO. Ein festgestellter Verstoß liegt damit nicht vor. Auch der Verdacht eines Verstoßes scheidet wohl aufgrund der sehr geringen Wahrscheinlichkeit, dass das Fleisch tatsächlich mit BSE belastet ist. Offensichtlich wurde zwar gegen die Testpflicht verstoßen, Maßnahmen wie Rücknahme bzw. Rückruf des Fleisches oder ein Verbot, es in den Verkehr zu bringen, würden den Verstoß aber nicht beenden.¹²¹ Der Verzehr von mit BSE infiziertem Rindfleisch kann beim Menschen zu einer Gehirnschädigung (Creutzfeldt-Jakob-Krankheit) führen,¹²² folglich besteht eine Gefahr für die Gesundheit der Verbraucher. Wegen des drohenden hohen Schadens, sind an dessen Wahrscheinlichkeit nur geringe Anforderungen zu stellen.¹²³ Die Behörde kann also auf § 39 IV Alt. 2 LFGB zurückgreifen, um darauf gestützt Maßnahmen entsprechend Art. 138 II KontrollVO zu ergreifen. Wie in *Fall 1* kommen insbesondere Rücknahme bzw. Rückruf der Steaks und ein Verbot des Inverkehrbringens in Betracht (Art. 138 II Hs. 2 lit. d Var. 1 und lit. g Var. 1 und 2 KontrollVO).

¹¹⁰ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61 f.); – zu Art. 54 KontrollVO (alt) OVG Lüneburg, Beschluss v. 12.12.2019 – 13 ME 320/19, Rn. 50.

¹¹¹ Möstl in: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern (Fn. 90), Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 6 ff.; Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61).

¹¹² Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61).

¹¹³ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61, 61 Fn. 66).

¹¹⁴ Zu § 39 II 1 Var. 4 LFGB a. F. Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61 f.).

¹¹⁵ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (62).

¹¹⁶ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (62).

¹¹⁷ Holle in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 58; Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (61); – zu Art. 54 KontrollVO (alt) OVG Lüneburg, Beschluss v. 12.12.2019 – 13 ME 320/19, Rn. 50.

¹¹⁸ So in VG Münster, Urteil v. 1.3.2017 – 5 K 1276/16, Rn. 7; kritisch auch OVG Lüneburg, Beschluss v. 10.5.2010 – 13 ME 181/09, Rn. 8.

¹¹⁹ Statt aller Möstl in: BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern (Fn. 90), Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 12.

¹²⁰ In Anlehnung an OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13.

¹²¹ Holle in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 61.

¹²² Scherzberg/Garbe, ZLR 2018, S. 198 (198).

¹²³ OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, Rn. 21 f.

V. Verstoß gegen rein nationales Recht

Der Verstoß gegen rein nationales Recht stellt keine eigenständige Fallgruppe dar. Es soll in diesem Punkt untersucht werden, was sich für die erörterten Fallgruppen ändert, wenn nur ein Verstoß gegen nationales Recht in Betracht kommt.

1. Regelung

Selbstverständlich wird der Verstoß von allen Befugnisnormen in § 39 LFGB erfasst. Anders sieht das für Art. 137 f. KontrollVO aus. Nach der Legaldefinition des Verstoßes in Art. 2 Nr. 10 KontrollVO (alt) wurde die Nichteinhaltung nationalen Lebensmittelrechts noch erfasst.¹²⁴ Die neue KontrollVO verzichtet auf eine Definition; deren Anwendungsbereich erfasst nach Art. 1 II KontrollVO nur noch amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften die „auf Unionsebene oder von den Mitgliedsstaaten zur Anwendung von Unionsrecht“ erlassen wurden. Der Verstoß gegen rein nationales Recht, das nicht der Umsetzung des EU-Rechts dient, fällt folglich nicht unter die KontrollVO.¹²⁵ Dies entspricht auch dem Prinzip der Subsidiarität des Unionsrechts (Art. 5 III UA 1 EUV), da kein Interesse der EU ersichtlich ist, die Durchsetzung rein nationalen Lebensmittelrechts auf Unionsebene zu regeln.¹²⁶

Allerdings verweist § 39 I LFGB für Maßnahmen zur Durchsetzung der Vorschriften des LFGB („dieses Gesetzes“) und der darauf gestützten nationalen Rechtsverordnungen auf die Art. 137 f. KontrollVO. Davon erfasst sind auch rein nationale Vorschriften. Insofern führt die Entwurfsbegründung aus: „Abs. 1 n. F. dient der Klarstellung, dass sich die Maßnahmen der zuständigen Behörden auch zur Durchsetzung von rein nationalem Recht insbesondere nach den Artikeln 137 und 138“ KontrollVO richten.¹²⁷ Ungenau ist die Bezeichnung als „Klarstellung“. Anders als in den übrigen Fällen des Abs. 1,¹²⁸ ist der Verweis bei einem Verstoß gegen rein nationales Recht – wie gerade beschrieben – nicht deklaratorisch.

Im Ergebnis sind deshalb die gleichen Befugnisregelungen heranzuziehen wie bei Verstößen gegen EU-Vorschriften oder Vorschriften zur Anwendung von Unionsrecht. Die Vorschriften der KontrollVO entfalten aber keine

Sperrwirkung für die nationalen Regelungen. Da die EU-Normen nur qua Verweis herangezogen werden, beruht deren Anwendung auf dem Willen des nationalen und nicht des europäischen Gesetzgebers. Die für die einzelnen Fallgruppen beschriebenen Einschränkungen durch die Sperrwirkung sind daher nicht zu übertragen. Für die zulässigen Maßnahmen der Behörden gilt das zu den jeweiligen Fallgruppen gesagte.

2. Beispielsfall

*Fall 5: Wie in Fall 1 nimmt die zuständige Lebensmittelüberwachungsbehörde Proben von Steaks aus dem Werksverkauf. Diesmal sind die Proben unauffällig. Allerdings bemerkt die Behörde erhebliche Schmutzansammlungen im Verkaufsraum und der Verkaufstheke sowie Schimmel an der Decke.*¹²⁹

Die Steaks selbst sind – wie die Proben zeigen – nicht beeinträchtigt, ein Verstoß gegen Art. 14 I BasisVO liegt also nicht vor. Die Umgebung des Fleisches ist aber aufgrund von Schmutz und Schimmel ekelhaft. Damit liegt ein Verstoß gegen § 12 LFGB vor.¹³⁰ Für diesen gibt es keine Entsprechung im EU-Recht, er ist eine rein nationale Vorschrift.¹³¹ Dessen Unionsrechtskonformität unterstellt,¹³² muss die Behörde aufgrund von § 39 I LFGB i. V. m. Art. 138 I 1 lit. b Alt. 1 KontrollVO tätig werden. Als Maßnahmen stehen ihr die gleichen wie in *Fall 1* zu Verfügung, namentlich Rückruf bzw. Rücknahme der Steaks und ein Verbot des Inverkehrbringens (Art. 138 II Hs. 2 lit. d Var. 1 und lit. g Var. 1 und 2 KontrollVO).

E. Praktische Entschärfung des Konflikts

Die Auswahl der richtigen Befugnisnorm erweist sich zusammenfassend als äußerst komplex. Die Behörden sehen sich der Gefahr ausgesetzt, dass bei Wahl der falschen Befugnisregelung die angeordneten Maßnahmen rechtswidrig sind. Die Problematik wird aber dadurch entschärft, dass nach der Rechtsprechung die Heranziehung einer falschen Rechtsgrundlage dann nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führt, wenn die Voraussetzungen einer tauglichen Rechtsgrundlage vorliegen und der Spruch des Ausgangsbescheides durch den Wechsel nicht wesentlich

¹²⁴ Rathke in: Sosniza/Meisterernst (Fn. 34), LFGB, § 39 Rn. 21; Joh/Krämer/Teufer, ZLR 2010, S. 243 (248 f.).

¹²⁵ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (63).

¹²⁶ Möstl in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (63).

¹²⁷ BT-Drucks. 19/25319, S. 54.

¹²⁸ Siehe D. I. 2.

¹²⁹ In Anlehnung an VG Ansbach, Beschluss v. 18.11.2021 – AN 14 E 21.00581.

¹³⁰ VG Ansbach, Beschluss v. 18.11.2021 – AN 14 E 21.00581, Rn. 76 ff.

¹³¹ Zur wortlautgleichen Vorgängervorschrift § 11 II Nr. 1 LFGB a. F. Meisterernst in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 11 Rn. 50.

¹³² Siehe hierzu Boch (Fn. 86), § 11 Rn. 42 ff.

geändert wird.¹³³ Zwischen den Rechtsgrundlagen aus Art. 54 KontrollVO (alt) und Art. 137 f. KontrollVO einerseits und § 39 LFGB a. F. andererseits wurde ein solcher Wechsel wegen der inhaltlichen und strukturellen Parallele der beiden Vorschriften für möglich gehalten.¹³⁴ Die Wahl der falschen Befugnisnorm hat damit bislang keine praktischen Auswirkungen.¹³⁵

Da seit der Neuregelung des § 39 LFGB nebeneinander bestehende nationale und europäische Befugnisnormen nur noch für die Fallgruppen des Verdachts eines Verstoßes und die Verhütung künftiger Verstöße bestehen, ist nur hier noch die Wahl der falschen Befugnisnorm möglich. Ein nachträglicher Austausch dürfte wegen der weiterhin bestehenden Parallele auch künftig möglich sein.

F. Fazit

Es lässt sich zusammenfassend festhalten: Erstens darf die EU Befugnisnormen erlassen und, wenn die Behörden auf deren Grundlage tätig werden können, müssen sie diese auch heranziehen. Zweitens sperren die EU-Befugnisnormen daneben bestehende nationale Regelungen grundsätzlich nur innerhalb ihres tatbestandlichen Anwendungsbereichs; und auch nur dann, wenn die nationale Norm ihren unionsrechtlichen Geltungsgrund nicht offenlegt, dessen Wirksamkeit beeinträchtigt oder dessen Rahmen verlässt.

Daraus ergibt sich für die Wahl der richtigen Befugnisnorm im Verhältnis von Art. 137 f. KontrollVO und § 39 LFGB, dass, soweit der Anwendungsbereich der KontrollVO eröffnet ist, § 39 LFGB als alleinige Befugnisnorm nur für die *Verhütung künftiger erstmaliger Verstöße* (Abs. 4 Alt. 1) und die *normverstoßunabhängige Gefahrenabwehr* (Abs. 4 Alt. 2) maßgeblich ist. Bei *festgestellten Verstößen* ist Art. 138 I 1 lit. a, lit. b Alt. 1 KontrollVO einschlägig. Für die *Verhütung künftiger erneuter Verstöße* gilt Art. 138 I 1 lit. b Alt. 2

KontrollVO. Die EU-Normen sind jeweils i. V. m. § 39 I LFGB anzugeben. In der Fallgruppe des *Verdachts eines Verstoßes* kann bei hinreichendem Verdacht § 39 II Nr. 1 LFGB, nicht aber Nr. 2, i. V. m. Art. 137 II KontrollVO herangezogen werden. Die übrigen Verdachtsfälle richten sich nach Art. 137 II (ggf. i. V. m. III) KontrollVO i. V. m. § 39 I LFGB. Endgültige Gefahrenabwehrmaßnahmen bei bloßem Verdacht eines Verstoßes sind nur nach § 39 IV Alt. 2 LFGB möglich. Bei *Verstößen gegen rein nationales Recht* kann uneingeschränkt auf § 39 LFGB zurückgegriffen werden.

Die speziellen Maßnahmen sind, außer beim Verdacht eines Verstoßes, immer in Art. 138 II KontrollVO (entsprechend) aufgeführt.

Für die Neufassung des § 39 LFGB lässt sich damit bilanzieren, dass diese ihr Ziel der Anpassung an die KontrollVO nur zum Teil erreicht.¹³⁶ Positiv zu bewerten ist der umfassende Verweis auf die Art. 137 f. KontrollVO in § 39 I LFGB. Hierdurch wurde das Zusammenspiel der Normen in der Fallgruppe der festgestellten Verstößen vereinfacht und die Notwendigkeit umfassender Regelungen für Verstöße gegen rein nationales Recht behoben. Auch der weitgehende Verweis auf die Durchführungsmaßnahmen des Art. 138 II KontrollVO verhindert überflüssige Doppellungen. Mit § 39 II Nr. 2 LFGB wurde allerdings eine Regelung geschaffen, die im Anwendungsbereich der KontrollVO unionsrechtswidrig ist. In der Fallgruppe der Verhütung künftiger Verstöße wird die alte Regelung nahezu identisch übernommen. Der Gesetzgeber versäumte es, deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass national nur noch die Verhinderung künftig *erstmaliger* Verstöße erfasst ist.

Die Neufassung zeigt sich aber jedenfalls deutlich sensibilisierter dafür, dass nunmehr auch der Bereich der verwaltungsrechtlichen Rechtsdurchsetzung im Lebensmittelrecht stark unionsrechtlich geprägt ist.

¹³³ BVerwG, Urteil v. 19.8.1988 – 8 C 29/87, Rn. 13; Urteil v. 31.3.2010 – 8 C 12/09, Rn. 16; Urteil v. 10.12.2015 – 3 C 7.14, Rn. 15.

¹³⁴ Zu Art. 54 KontrollVO (alt) BVerwG, Urteil v. 10.12.2015 – 3 C 7.14, Rn. 15; VGH Mannheim, Urteil v. 16.6.2014 – 9 S 1273/13, Rn. 29 ff.; – zu Art. 137 f. KontrollVO VG Hannover, Urteil v. 15.1.2020 – 15 A 819/18, Rn. 29; *Holle* in: Streinz/Meisterernst (Fn. 13), LFGB, § 39 Rn. 6.

¹³⁵ *Möstl* in: Maßnahmen und Sanktionen (Fn. 13), S. 49 (51 f.); *Zechmeister*, ZLR 2018, S. 624 (631).

¹³⁶ BT-Drucks. 19/25319, S. 40 f.