

Info-Brief vom 25. August 2020

Prof. Dr. Joachim Suerbaum/David Retzmann, LL.M. (Edinburgh)

Die Veröffentlichung von Unternehmensdaten im Internet auf Grundlage des § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB

Nach § 40 Abs. 1a S. 1 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB) sind die zuständigen Behörden verpflichtet, die Öffentlichkeit über Verstöße eines Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens gegen gesetzliche Vorschriften im Umgang mit Lebens- oder Futtermitteln unter Nennung des betreffenden Unternehmens zu informieren. Diese Veröffentlichung erfolgt in aller Regel auf einer Internetpräsenz, im Freistaat Bayern beispielsweise unter https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/index.htm (zuletzt aufgerufen: 18. August 2020). Aufgrund der mit einer solchen Veröffentlichung einhergehenden sog. Prangerwirkung ist § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB keineswegs unumstritten und hat vielmehr bereits eine durchaus bewegte Entwicklung hinter sich. Zuletzt war die Vorschrift vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21. März 2018¹ wegen Verletzung der in Art. 12 Abs. 1 GG verankerten Berufsfreiheit für teilweise verfassungswidrig erklärt worden, da es zunächst an einer Lösungsfrist für die Information fehlte, die nunmehr mit einer Länge von sechs Monaten seit dem 30. April 2019 in § 40 Abs. 4a LFGB statuiert ist. Die Norm bleibt indes fortwährend Quell verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten, weshalb sie auch hier nochmals in den Fokus gerückt werden soll.

I. Betroffene: Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmen

Potentiell betroffen von § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB sind alle Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmen. Nach § 3 Nr. 6 LFGB sind Lebensmittelunternehmen solche „im Sinne des Artikels 3 Nummer 2 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002“. Hiernach wiederum sind Lebensmittelunternehmen „alle Unternehmen, gleichgültig, ob sie auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind oder nicht und ob sie öffentlich oder privat sind, die eine mit der Produktion, der Verarbeitung und dem Vertrieb von Lebensmitteln zusammenhängende Tätigkeit ausführen“. Aufgrund dieser weiten Definition fallen auch Gastronomiebetriebe hierunter, selbst in Form von Imbissbuden oder in nicht stationärer Vertriebsform.²

Entsprechendes gilt für Futtermittelunternehmen, worunter nach § 3 Nr. 11 LFGB in Verbindung mit Art. 3 Nr. 5 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 „alle Unternehmen, gleichgültig, ob sie auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind oder nicht und ob sie öffentlich oder privat sind, die an der Erzeugung, Herstellung, Verarbeitung, Lagerung, Beförderung oder dem Vertrieb von Futtermitteln beteiligt sind, einschließlich Erzeuger, die Futtermittel zur Verfütterung in ihrem eigenen Betrieb erzeugen, verarbeiten oder lagern“ fallen, „auch „soweit sich deren Tätigkeit auf Futtermittel bezieht, die zur oralen Tierfütterung von nicht der Lebensmittelgewinnung dienenden Tieren bestimmt sind“.

¹ BVerfGE 150, 1 ff. = NVwZ 2018, 1703 ff.

² Siehe etwa *Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Werkstand: 175. EL November 2019, EG-Lebensmittel-Basisverordnung, Art. 3 Rn. 13.

II. Grund der Veröffentlichung

Die Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB kann auf im Wesentlichen zwei unterschiedliche Arten ausgelöst werden.

§ 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 1 und 2 LFGB knüpfen speziell an Verstöße gegen bestimmte Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB an, betreffend die Einhaltung von Grenzwerten, Höchstgehalten oder Höchstmengen (Nr. 1) bzw. das Vorhandensein nicht zugelassener oder verbotener Stoffe in dem Lebensmittel oder Futtermittel (Nr. 2). Als eine Art Auffangtatbestand erfasst Nr. 3 sodann alle sonstigen Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen. Gegen diese muss „in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt verstoßen worden“ und „die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens dreihundertfünfzig Euro zu erwarten“ sein. Ausgenommen hiervon sind nach § 40 Abs. 1a S. 2 LFGB Verstöße gegen bauliche Anforderungen, die keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln bewirken, sowie Aufzeichnungs- oder Mitteilungspflichten, die keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln bewirken.

Bei alledem genügt der durch Tatsachen (respektive im Falle von Proben nach § 39 Abs. 1 S. 2 LFGB auf der Grundlage von mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle nach Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004) hinreichend begründete Verdacht eines Verstoßes.

III. Inhalt der Veröffentlichung

Die Veröffentlichung beinhaltet im Einklang mit § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB sowie § 40 Abs. 4 S. 2 LFGB in aller Regel folgende Daten:³

- Datum der Feststellung des Verstoßes;
- ggf. Datum der Beseitigung des Verstoßes;
- Name und Anschrift des betreffenden Unternehmens;
- Art des Verstoßes (z.B. „Mängel bei der Betriebshygiene/Reinigungsmängel; Mängel bei der Personalhygiene; Inverkehrbringen von unter unhygienischen Zuständen/Bedingungen hergestellten/behandelten Lebensmitteln“);
- betroffenes Produkt.

Es muss sich dabei freilich um zutreffende Informationen handeln.

IV. Verfassungsrechtliche Aspekte

Wie eingangs angedeutet ist die Vorschrift des § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB verfassungsrechtlich nicht unumstritten. Dies betrifft zum einen die vorerwähnte Lösungsfrist, diesbezüglich der Gesetzgeber bereits nachjustieren musste. Der zweite große Problemkreis ergibt sich aus der recht vagen Formulierung des § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB.

1. Bestimmtheitsgebot

Hinsichtlich letzterem entspringen die verfassungsrechtlichen Bedenken der unbestimmten Begrifflichkeit des Verstoßes „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ sowie der Anknüpfung an die Höhe eines zu erwartenden Bußgeldes. Denn es fehlt auch weiterhin an einem einheitlichen Bußgeldkatalog; es existiert lediglich eine im Gesetzgebungsverfahren getroffene EntschlieÙung, schnellstmöglich mit

³ Vgl. <https://www.lgl.bayern.de/lebensmittel/ueberwachung/informationen_40_1a/verstoss.php> (zuletzt aufgerufen: 17. August 2020).

den Ländern im Rahmen der gemeinsamen Bund-Länder-Arbeitsgruppe einen bundesweit einheitlichen Bußgeldkatalog zu schaffen.⁴ Aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere des Art. 20 Abs. 3 GG, folgt jedoch, dass das eingreifende Gesetz hinreichend bestimmt sein muss, d.h. es muss erkennbar sein, welche Eingriffe durch das Gesetz zugelassen oder vorgenommen werden.⁵ Die überwiegende Rechtsprechung, insbesondere das Bundesverfassungsgericht, sieht diesen Grundsatz § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3 LFGB betreffend aber als gewahrt an. Bei dem „Verstoß von nicht unerheblichem Ausmaß“ handle es sich um einen typischen unbestimmten Rechtsbegriff, der von den jeweils zuständigen Behörden bzw. den Gerichten „anhand von quantitativen und qualitativen Kriterien“ konkretisierungsfähig sei; es sei insofern verfassungsrechtlich unbedenklich, dass der Gesetzgeber die Konkretisierung nicht selbst vorgenommen habe.⁶ Auch hinsichtlich der Prognose der Höhe des zu erwartenden Bußgeldes sei der dem Gesetzgeber einzuräumende Beurteilungs- und Prognosespielraum zu beachten.⁷ Zudem handle es sich lediglich um eine von zwei kumulativen Voraussetzungen. Folglich sei für den betroffenen Bürger, der schwerwiegend oder mehrfach gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt, jedenfalls ein Mindestmaß an Erkennbarkeit bezüglich der Eingriffsschwelle vorhanden.⁸

Dieser Auffassung ist auch nach hiesiger Einschätzung zu folgen. Aus der Auslegungsbedürftigkeit einer Norm folgt nicht zugleich deren Unbestimmtheit.⁹ Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot zwingt den Gesetzgeber nicht dazu, den Tatbestand einer Norm stets mit genau erfassbaren Merkmalen zu umschreiben. Die Regelungen müssen „nur so bestimmt zu sein, wie dies nach der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“¹⁰. Speziell bei der Bekämpfung von Hygienemängeln ist zu beachten, dass diese sich aufgrund der Vielfältigkeit ihrer möglichen Erscheinungsformen und ihres Zusammenwirkens nur schwer eindeutig klassifizieren lassen. Bereits im Lichte des staatlichen Auftrages zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Bürger (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) kann dem Gesetzgeber aber nicht versagt werden, überhaupt eine Regelung zu treffen.

2. Löschungsfrist

Die Frage der Löschungsfrist betrifft insbesondere die Vereinbarkeit der Veröffentlichung mit der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. Aufgrund der „Prangerwirkung“¹¹ sowie des Umstandes, dass das Internet „nicht vergisst“, geht mit der Veröffentlichung einerseits eine grundsätzlich erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigung einher.¹² Andererseits fördert sie Transparenz auf dem Lebens- und Futtermittelmarkt und bewirkt im Sinne einer Generalprävention eine zusätzliche Motivation für die Unternehmen, Verstöße gegen Hygienevorschriften und damit Gesundheitsgefährdungen zu vermeiden.¹³ Die Veröffentlichung dient damit dem Verbraucherschutz und damit auch der Verwirklichung des soeben erwähnten staatlichen Schutzauftrages aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.¹⁴

⁴ Vgl. <<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw11-de-lebensmittelgesetzbuch-628426>> (zuletzt aufgerufen: 17. August 2020).

⁵ BVerfGE 150, 1 (98 Rn. 196) = NVwZ 2018, 1703 (1711 Rn. 196 m.w.N.).

⁶ BVerfGE 148, 40 (59 f. Rn. 54 f.) = NJW 2018, 2109 (2113 Rn. 54 f.).

⁷ Vgl. OVG NRW, LMRR 2013, 64; OVG NRW, NVwZ-RR 2013, 627 (628); allgemein BVerfGE 128, 1 (51) = NVwZ 2011, 94 (102 Rn. 183). Ausweislich der Gesetzesbegründung hatte sich die Grenze von 350 € insoweit als sachgerechte Abgrenzung erwiesen, siehe BT-Drs. 17/7374, S. 20; kritisch *Schoch*, NVwZ 2012, 1497 (1502).

⁸ Vgl. im Ergebnis BVerfGE 148, 40 (58 ff. Rn. 50 ff.) = NJW 2018, 2109 (2113 Rn. 50 ff., v.a. Rn. 53: „verfassungsrechtlich zweifelsfrei hinreichend bestimmt“); siehe auch bereits OVG NRW, NVwZ-RR 2013, 627 (628); OVG NRW, LMRR 2013, 64; siehe ferner *Wrase*, JuS 2015, 926 (930 f.).

⁹ BVerfGE 84, 133 (149) = NJW 1991, 1667 (1668); vgl. auch BVerfGE 131, 88 (118) = BeckRS 2012, 208425 Rn. 91.

¹⁰ Zum Vorstehenden insgesamt BVerfGE 84, 133 (149) = NJW 1991, 1667 (1668); vgl. auch BVerfGE 131, 88 (118) = BeckRS 2012, 208425 Rn. 91.

¹¹ *Wrase*, JuS 2015, 926 (931).

¹² Vgl. VGH BW, NVwZ 2013, 1022 (1025).

¹³ Vgl. BT-Drs. 17/12299, S. 7; BVerfGE 148, 40 (52 Rn. 32) = NJW 2018, 2109 (2111 Rn. 32).

¹⁴ BVerfGE 148, 40 (52 f. Rn. 33) = NJW 2018, 2109 (2111 Rn. 33).

Zwischen diesem Eingriffsgewicht der Regelung und dem prospektiven Nutzen zur Erreichung des mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Ziels ist ein angemessener Ausgleich herzustellen.¹⁵ Die Schwere einer Grundrechtsbeschränkung darf bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe stehen.¹⁶ Je weiter aber „der Verstoß zeitlich entfernt ist, desto geringer ist auf der einen Seite noch der objektive Informationswert seiner Verbreitung, weil sich vom Verstoß in der Vergangenheit objektiv immer weniger auf die aktuelle Situation des betroffenen Unternehmens schließen lässt. Je länger eine für das Unternehmen negative Information in der Öffentlichkeit verbreitet wird, desto größer ist auf der anderen Seite dessen Belastung, weil umso mehr Verbraucherinnen und Verbraucher im Laufe der Zeit von dieser Information zuungunsten des Unternehmens beeinflusst werden können“¹⁷. Deshalb bedarf es jedenfalls einer Lösungsfrist, die zudem von angemessener Dauer sein muss. Der Bundesgesetzgeber hat sich für eine Frist von sechs Monaten entschieden. Dies beruht insbesondere auf den Erfahrungen der Verwaltungspraxis, die überwiegend eine Frist von drei bis zwölf Monaten vorsah,¹⁸ und bringt nach gesetzgeberischer Auffassung die widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich.¹⁹ Diese Ansicht ist aber keineswegs unumstritten; so wird sowohl teilweise eine kürzere²⁰ als auch zum Teil eine (deutlich) längere Frist gefordert.²¹

Auch unseres Erachtens erscheint eine Frist von sechs Monaten jedenfalls nicht als unangemessen, da die Veröffentlichung hierdurch sowohl in einer Zeitdauer zur Verfügung steht, die erforderlich ist, um die aufgezeigte Präventivwirkung entfalten und dem Informationsbedürfnis der Verbraucher gerecht werden zu können, als auch hinreichend zeitnah gelöscht wird, sodass keine übermäßige Beeinträchtigung der Berufsfreiheit bewirkt wird.

V. Rechtsschutz

Den betroffenen Unternehmen steht der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO offen, um sich gegen eine Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB zu wehren. Statthaft sind insoweit mangels Verwaltungsaktqualität der Veröffentlichung die gegen behördliches Realhandeln gerichteten Klage- bzw. Antragsarten. Je nach Fallkonstellationen kommen so in Betracht:

- allgemeine Leistungsklage bei einem auf Löschung gerichteten Rechtsschutzziel.
- Feststellungsklage nach behördlicher Löschung (insbesondere nach Ablauf der Lösungsfrist) gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung.
- vorbeugende Unterlassungsklage zur Verhinderung der Veröffentlichung,
- in aller Regel verbunden mit einem gleichgerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (Kombination von vorbeugendem und vorläufigem Rechtsschutz).

Als möglicherweise verletztes subjektives Recht kommt primär Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Als Anspruchsgrundlage ist entsprechend auf den allgemein anerkannten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch abzustellen.

¹⁵ BVerfGE 148, 40 (57 f. Rn. 49) = NJW 2018, 2109 (2113 Rn. 49), st. Rspr.

¹⁶ BVerfGE 148, 40 (57 f. Rn. 49) = NJW 2018, 2109 (2113 Rn. 49), st. Rspr.

¹⁷ BVerfGE 148, 40 (61 Rn. 58) = NJW 2018, 2109 (2114 Rn. 58).

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 19/8349, S. 10.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/8349, S. 10.

²⁰ Für eine Frist von max. einem Monat, DEHOGA Bundesverband, Standpunkt: Lebensmittelkontrollen, Internetpranger – Veröffentlichung der Ergebnisse nach § 40 Abs. 1a LFGB, Stand: September 2018, S. 2, abrufbar unter <https://www.dehoga-bundesverband.de/fileadmin/Startseite/05_Themen/99_DEHOGA-Standpunkte_2018/Lebensmittelkontrollen_Internetpranger___40_Abs_1a_LFGB.pdf> (zuletzt aufgerufen: 17. August 2020).

²¹ Siehe etwa den entsprechenden Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE (24 Monate), BT-Drs. 19/4830, S. 2; ferner den Änderungstrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (12 Monate), BT-Drs. 19/7435, S. 2; ebenso für eine Frist von 12 Monaten der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Ausschuss-Drs. 19(10)121-F.

VI. Aktuelles

Derzeit ist ein Viertes Gesetz zur Änderung des LFGB in Arbeit, um insbesondere auch Kohärenz zu der seit 14. Dezember 2019 unmittelbar anwendbaren Verordnung (EU) Nr. 625/2017 über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung namentlich der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts herzustellen.²² Mit dem Verhältnis der beiden Regelungsregime war die Rechtsprechung bereits befasst. So wurde aktuell die Frage aufgeworfen, ob Unternehmen einen Anspruch darauf haben, der Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB eine eigene Bemerkung hinzuzufügen. Dies ist in Art. 8 Abs. 5 lit. b) der Verordnung (EU) Nr. 625/2017 dem Grunde nach vorgesehen: „(5) Die Verschwiegenheitspflichten gemäß diesem Artikel hindern die zuständigen Behörden nicht daran, Informationen über das Ergebnis amtlicher Kontrollen, die einzelne Unternehmer betreffen, unbeschadet der Fälle, in denen die Verbreitung nach Unions- oder nationalem Recht erforderlich ist, unter folgenden Bedingungen zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit auf anderem Weg zugänglich zu machen: [...] b) die veröffentlichten oder der Öffentlichkeit auf anderem Weg zugänglich gemachten Informationen berücksichtigen die Bemerkungen des betroffenen Unternehmers oder werden mit diesen zusammen veröffentlicht oder freigegeben“. Nachdem speziell der Bayerische Verwaltungsgerichtshof Ende 2019 noch von der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch auf die Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB ausgegangen war, hat er diese Auffassung jüngst in einem Beschluss vom 4. August 2020 explizit wieder aufgegeben. Derartige Veröffentlichungen unterlägen „von vornherein nicht den durch Art. 8 Abs. 5 VO (EU) 2017/625 geschaffenen Kautelen zum Schutz des Geheimhaltungsinteresses der betroffenen Unternehmer“²³. Es handele sich nämlich aufgrund der Veröffentlichungsverpflichtung der Behörden um eine nach nationalem Recht erforderliche Maßnahme.²⁴

VII. Fazit

Die Veröffentlichungspflicht des § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB wird auch weiterhin im Fokus stehen. Namentlich für Gastronomiebetriebe stellt die Vorschrift aufgrund der „Prangerwirkung“ und der Eigenarten des Internets eine regelmäßig mit erheblichen Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit einhergehende Ermächtigung für die zuständigen Behörden dar. Grundsätzlich wird die mit dem Verbraucherschutz einen ebenso gewichtigen Zweck verfolgende Norm den sich daraus ergebenden, keineswegs geringen, verfassungsrechtlichen Anforderungen aber gerecht. Bei der Anwendung im Einzelfall ist dabei stets zu beachten, dass nur zutreffende Informationen veröffentlicht und auch über die etwaig erfolgte Mängelbeseitigung informiert wird. Wie das Beispiel der Beifügung einer Bemerkung durch das Unternehmen zeigt, ergeben sich indes fortwährend neue Frage hinsichtlich dieser sich ganz besonders im Spannungsverhältnis von Verbraucherschutz und – grundrechtlich geschützter – Unternehmensinteressen bewegenden Thematik.

²² Vgl. BT-Drs. 19/18454, S. 3.

²³ BayVGH, BeckRS 2020, 18716 Rn. 9 m.w.N.

²⁴ BayVGH, BeckRS 2020, 18716 Rn. 9; so auch *Rathke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Werkstand: 175. EL November 2019, Art. 8 VO (EU) 2017/625 Rn. 23.