

**foodwatch-Stellungnahme zur Novellierung des § 40 LFGB
(im Rahmen des vierten Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und
Futtermittelgesetzbuches)**

Berlin, 26. Mai 2015

Mit dem Entwurf der Bundesregierung für ein „Viertes Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften“ (Stand: 24. April 2015) soll insbesondere auch § 40 LFGB novelliert werden. Der bisherige § 40 Abs. 1a LFGB soll in eine eigenständige Vorschrift § 40a LFGB unter der Überschrift „Information der Öffentlichkeit“ überführt und inhaltlich geändert werden. Der weiter existierende § 40 LFGB wird ebenfalls geändert, er regelt nunmehr die „Warnung der Öffentlichkeit“.

Sofern mit der Schaffung einer eigenständigen Vorschrift in Gestalt von § 40a LFGB größere Rechtsklarheit beabsichtigt ist (vgl. S. 22 der Gesetzesbegründung), ist das grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings lagen die Bedenken in der Vergangenheit weniger in der Gesamtsystematik von § 40 LFGB, sondern vielmehr in der konkreten Ausgestaltung des bisherigen § 40 Abs. 1a LFGB begründet. Entscheidend ist deshalb die Bewertung der beabsichtigten inhaltlichen Änderungen.

Beabsichtigt ist eine Reihe durchaus positiver Regelungsansätze bzw. Klarstellungen. Jedoch werden diese durch die Schaffung neuer und Beibehaltung alter Ausnahme- und Abweichungstatbestände sogleich wieder relativiert, wenn nicht nivelliert. Im Einzelnen:

a) § 40 LFGB neu

Statt der bislang im – wenn auch eingeschränkten – Ermessen der zuständigen Behörde stehenden Information der Öffentlichkeit („soll informieren“) soll nunmehr eine Informationspflicht normiert werden („informiert“). In den Fällen, in denen der hinreichende Verdacht besteht, dass von einem Erzeugnis eine Gefahr für die Gesundheit von Mensch oder Tier ausgeht, soll eine Warnung der Öffentlichkeit künftig obligatorisch erfolgen, ohne dass es zuvor einer Abwägung gegen die Belange des Betroffenen durch die zuständige Behörde bedürfte (§ 40 Abs. 1 S. 1 LFGB). Entsprechendes soll künftig für § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LFGB gelten, also bei einem hinreichenden Verdacht, „dass ein kosmetisches Mittel oder ein Bedarfsgegenstand ein Risiko für die menschliche Gesundheit mit sich bringen kann“.

Das ist seit Langem geboten und folglich zu begrüßen.

Für die übrigen in Absatz 1 Satz 2 genannten Fälle soll die zuständige Behörde allerdings die Möglichkeit haben, „im Einzelfall von einer Veröffentlichung abzusehen, wenn die Belange des betroffenen Unternehmers das Interesse der Öffentlichkeit an der Information wesentlich überwiegen“ (§ 40 Abs. 1 S. 3 LFGB). Der diesbezügliche Hinweis der Gesetzesbegründung, wonach das bloße Interesse des Unternehmers, seinen Namen nicht veröffentlicht zu sehen, „insoweit für sich allein in der Regel nicht ausreichend“ sei (vgl. S. 22 der Gesetzesbegründung), gibt eine Selbstverständlichkeit wieder, darüber hinaus jedoch keine Hinweise für in die Abwägungsentscheidung einzustellende Gesichtspunkte.

Darüber hinaus und vor allem ist nicht nachvollziehbar, warum beispielsweise bei einem hinreichenden Verdacht, „dass gegen Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen dienen, verstoßen wurde“ (§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB), keine ausnahmslose Warnung vorgesehen ist, sondern die Möglichkeit einer Abwägungsentscheidung eröffnet wird. Es findet sich für diese Differenzierung auch nichts in der Gesetzesbegründung.

Ausgehend von der Möglichkeit des Bestehens einer Gesundheitsgefährdung muss mindestens für alle in § 40 Abs. 1 S. 2 LFGB genannten Tatbestände, die auf eine Gesundheitsgefährdung abstellen, eine einer Abwägung nicht zugängliche Informationspflicht gelten. § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB ist entsprechend zu ändern.

Für Erzeugnisse, die nicht im Inland hergestellt oder in den Verkehr gebracht worden sind, soll es zudem bei dem eingeschränkten Ermessen („soll informieren“) bleiben, eine Informationspflicht des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit soll es nicht geben (vgl. § 40 Abs. 5 LFGB). Auch diese Differenzierung im Vergleich zu § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB wird nicht begründet. Sie ist zu überprüfen.

b) § 40a LFGB

aa) Verzögerung der Veröffentlichung

Bei der Neufassung des Tatbestands in § 40a Absatz 1 wird durch die Einfügung der Nummern 2 und 3 klargestellt, dass eine Veröffentlichung nicht nur bei Überschreitung von gesetzlichen Grenzwerten, Höchstgehalten oder Höchstmengen, sondern auch bei Unterschreiten von Mindestwerten, Mindestgehalten oder Mindestmengen sowie bei Nachweis eines nicht zulässigen Stoffs (sog. Nulltoleranz) zu erfolgen hat. Das ist zu begrüßen.

In Absatz 1 Satz 3 wird klargestellt, dass über Verstöße gegen hygienerechtliche Bestimmungen ohne eine Bezugnahme auf konkret betroffene Lebensmittel informiert werden kann. Das ist ebenso zu begrüßen wie die Klarstellung in Absatz 1 Satz 5, dass eine Information auch dann zu erfolgen hat, wenn der dem Verstoß zugrundeliegende Mangel bereits vor Veröffentlichung beseitigt worden ist.

Allerdings sollen im Falle von Proben sämtliche Veröffentlichungen nach § 40a Abs. 1 LFGB weiterhin ausschließlich unter der Voraussetzung erfolgen, dass zuvor mindestens zwei unabhängige Untersuchungen durchgeführt worden sind. Der jetzige Gesetzentwurf hinterfragt diese Regelung an keiner Stelle.

Tatsächlich verhält es sich so, dass das untersuchende Labor in jedem Fall eine zusätzliche Untersuchung/Gegenprobe macht, wenn eine Auffälligkeit in der – ersten – Untersuchung festgestellt wird. Dass das Labor mit seinen Methoden zu richtigen Ergebnissen kommt, wird durch regelmäßige "Ringprüfungen" der gleichen Probe durch mehrere Labore sicher gestellt.

Eine zusätzliche Kontrolle einzelner Positivbefunde durch ein zweites Labor dürfte deshalb nicht der Absicherung des Amtes gegen mögliche Klagen, sondern in erster Linie der Verzögerung von Veröffentlichungen dienen. Das widerspricht dem Gesetzeszweck und ist deshalb als Veröffentlichungsvoraussetzung zu streichen.

bb) Verfassungsrechtlich bedenkliche Bagatellschwelle

Es bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der für Veröffentlichungen nach § 40a Abs. 1 Nr. 4 LFGB vorgesehenen Bagatellschwelle mit Art. 20 Abs. 3 GG. Wie bereits die „alte“ Bagatellschwelle des bisherigen § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB ist auch die „neue“ nicht hinreichend bestimmt. Daran vermag auch der jetzige Verweis auf § 41 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten offensichtlich nichts zu ändern, wird doch dadurch allein klargestellt, dass eine Veröffentlichung auch dann zu erfolgen hat, wenn statt eines Bußgeldes von mindestens 350 € die Verhängung einer Strafe zu erwarten ist.

Mit der eigentlichen Problematik der Bagatellschwelle setzt der Gesetzesentwurf sich bezeichnenderweise genauso wenig auseinander wie mit der Bedeutung der Bagatellschwelle im Hinblick auf die Erreichung des Gesetzeszwecks:

Den für die Veröffentlichung zuständigen Behörden obliegt nämlich nicht nur die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „nicht nur unerheblichen Ausmaßes“, sie müssen darüber hinaus auch eine Prognose darüber treffen, ob in einem Bußgeldverfahren ein Bußgeld von 350 Euro oder mehr oder – jetzt - eine Strafe verhängt werden wird.

Die Festlegung einer Bagatellschwelle beinhaltet stets ein willkürliches Element, das durch eine uneinheitliche Verwaltungspraxis in Bezug auf die Handhabung einer solchen Bagatellschwelle noch vergrößert wird. In der Folge ist weder für die Verbraucher noch für die betroffenen Unternehmen vorhersehbar, welche Ergebnisse im Einzelnen veröffentlicht werden und welche nicht.

Hinzu kommt das Folgende: Bei Festlegung einer Bagatellschwelle erfolgt die Unterrichtung der Verbraucher über im Rahmen staatlicher Kontrollen beanstandete Lebensmittel und Futtermittel

nur partiell und nach einer Wertung durch die Verwaltung. Das öffentliche Informationsbedürfnis wird dementsprechend nur teilweise befriedigt.

Auch in der jetzigen Gesetzesbegründung findet sich nichts im Hinblick auf die Veröffentlichungsvoraussetzung der voraussichtlichen „Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro“. Warum statt 350 Euro nicht beispielsweise 200 Euro festgeschrieben worden sind, wie für die Bußgeldschwelle in § 149 Abs. 2 Gewerbeordnung (GewO), wird nicht erläutert. Unabhängig davon war die Bußgeldschwelle des § 149 Abs. 2 GewO seinerzeit hoch umstritten und schließlich Ergebnis eines mühevoll ausgehandelten Kompromisses.

Einen einheitlichen Bußgeldkatalog gibt es nicht. Die Handhabung der Bagatellschwelle impliziert geradezu Rechtsstreitigkeiten. So hält zum Beispiel das *VG Trier* in einem Fall das Vorliegen eines hinreichend begründeten Verdachts, dass ein Bußgeld von mindestens 350 Euro zu erwarten sei, für nicht hinreichend plausibilisiert.¹ Auch das *VG München*² bemängelt, dass aus der Begründung der Behörde nicht deutlich wird, worauf sich die Annahme gründet, dass die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro zu erwarten ist. Das *VG Regensburg*³ kann in dem von ihm zu entscheidenden Fall nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro zu erwarten ist. Dem *VG Würzburg*⁴ zufolge dürfen bei der Feststellung eines nicht nur unerheblichen Ausmaßes eines Verstoßes sowie bei der Prognose eines zu erwartenden Bußgeldes von mindestens 350 Euro nur diejenigen Verstöße gegen das Lebensmittelrecht einfließen, die sich spezifisch auf die zu nennenden Lebensmittel beziehen. Im Hinblick auf die Erwartung der Verhängung einer Strafe gilt nichts anderes.

Eine eindeutige und klare Handlungsvorgabe gibt es offensichtlich nicht. Es bestehen deshalb erhebliche Zweifel, ob die Bagatellschwelle der Erfüllung des aus dem Rechtsstaatsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Bestimmtheitsgebots genügt.

Dass die Festlegung einer – zudem nicht begründeten – Bagatellschwelle keineswegs aus Gründen der Verhältnismäßigkeit notwendig ist, bestätigen zudem Vorschriften über aktive Öffentlichkeitsinformation in anderen Gesetzen (siehe etwa § 10 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 UIG; § 30 Abs. 4 TEHG).

cc) Veröffentlichungen im Internet geboten

Absatz 1 Satz 4 stellt klar, dass die Veröffentlichung weiterhin auch über das Internet erfolgen *kann*. Das genügt nicht. Im Zeitalter elektronischer Medien ist vielmehr, wenn ernsthaft eine

¹ VG Trier, Beschluss vom 29. November 2012 - 1 L 1339/12 TR, zitiert nach juris.

² VG München, Beschluss vom 3. Dezember 2012 - M 18 E 12.5736, zitiert nach juris.

³ VG Regensburg, Beschluss vom 20. Dezember 2012 - RO 5 E 12.1897, zitiert nach juris.

⁴ VG Würzburg, Beschluss vom 12. Dezember 2012 – W 6 E 12.994, zitiert nach juris.

praktikable und verständliche Information der Öffentlichkeit angestrebt wird, die folgende Anforderung, übrigens auch in § 40 LFGB, aufzunehmen:

“Die Veröffentlichung der Informationen erfolgt insbesondere durch elektronische Kommunikationsmittel auf für die Öffentlichkeit leicht auffindbaren Internetseiten, in für die Öffentlichkeit verständlicher Darstellung und leicht zugänglichen Formaten. Die verständliche Darstellung enthält die einzelnen Kontrollergebnisse; sie enthält darüber hinaus eine Zusammenfassung der Kontrollergebnisse unter Verwendung von Piktogrammen und farblichen Hervorhebungen.“

dd) Härtefallklausel als Einfallstor für Informationsbeschränkung

In § 40a Abs. 2 LFGB soll eine so genannte Härtefallklausel eingefügt werden. Demzufolge kann die zuständige Behörde „im Einzelfall von einer Information der Öffentlichkeit nach Absatz 1 absehen, wenn die Information eine unbillige Härte für den betroffenen Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmer begründen würde“. In der Gesetzesbegründung findet sich dazu allein folgende Erläuterung:

„Einer der zentralen Kritikpunkte der Verwaltungsgerichte gegenüber § 40 Abs. 1a – alt – war, dass die bisherige Regelung der zuständigen Behörde nicht erlaubt, in besonderen Fallkonstellationen zur Abwendung einer besonderen Härte von einer Veröffentlichung abzusehen. Durch die Einfügung einer Härtefallklausel in § 40a Abs. 2 – neu – wird dieser Punkt aufgegriffen. Danach kann die zuständige Behörde zur Wahrung des Übermaßverbotes künftig im Einzelfall ausnahmsweise von einer Veröffentlichung absehen, wenn dies zur Vermeidung einer besonderen Härte, wie beispielsweise einer Existenzgefährdung des betroffenen Unternehmens, erforderlich ist.“ (vgl. S. 24 der Gesetzesbegründung)

Warum der Gesetzentwurf diesen Aspekt aufgreift, nicht aber Auslegungsschwierigkeiten und verfassungsrechtliche Zweifel im Hinblick auf die Bagatellschwelle, obwohl tatsächlich das - neben der Frage, ob hygienische Mängel von § 40 Abs. 1a LFGB erfasst waren, sowie die Frage der Notwendigkeit einer Lösungsfrist - die zentrale Rolle in der ergangenen Rechtsprechung zu § 40 Abs. 1a LFGB alt spielte, wird an keiner Stelle begründet. Diese Vorgehensweise ist selektiv.

Und lässt außer Acht, dass es um die Veröffentlichung staatlicher Kontrollergebnisse, nicht aber um Boykottaufrufe o.ä. geht. Sie setzt sich auch an keiner Stelle damit auseinander, ob und inwieweit überhaupt das Grundrecht der Berufsfreiheit oder das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eines Unternehmens/eines Unternehmers durch die Veröffentlichung staatlicher Kontrollergebnisse betroffen sein könnten. Der Gesetzentwurf lässt ferner außer Acht, dass der Unternehmer selbst dafür ursächlich ist, wenn Beanstandungen in seinem Betrieb oder in seinen Produkten festgestellt werden. Er lässt schließlich außer Acht, dass unmittelbar vor der Einfügung der Härtefallklausel in § 40a Abs. 1 S. 5 LFGB ausdrücklich geregelt wird, dass, soweit

der der Veröffentlichung zu Grunde liegende Mangel beseitigt worden ist, in der Veröffentlichung hierauf hinzuweisen ist. Das heißt, es liegt auch insofern in der Sphäre des Unternehmers, durch eine umgehende Beseitigung festgestellter Mängel etwaige Konsequenzen aus der Veröffentlichung abzuwenden. Ebenfalls überhaupt nicht in Erwägung gezogen wird die Möglichkeit, sämtliche Untersuchungsergebnisse zu veröffentlichen, also sowohl positive als auch negative.

In der Praxis wird die beabsichtigte Härtefallklausel samt Begründung das Einfallstor für eine mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbare Einschränkung der Information der Öffentlichkeit sein. Denn die von Veröffentlichungen betroffenen Unternehmen werden sich regelmäßig auf unbillige Härten, bis hin zu Existenzgefährdungen berufen. Und selbst wenn eine Behörde gewillt ist, dem entgegen zu treten, wird sie sich einem umfangreichen Vorbringen des Unternehmens gegenüber sehen, was jedenfalls zu erheblichen Verzögerungen führen wird.

§ 40a Abs. 2 LFGB ist einseitig auf Unternehmensinteressen ausgerichtet, ohne die Auswirkungen auf die Erreichung des Gesetzeszwecks zu berücksichtigen, die Vorschrift ist in dieser Form deshalb zu streichen.

ee) Lösungsfrist von sechs Monaten verfehlt Gesetzeszweck

Mit Absatz 5 wird eine gesetzliche Lösungsfrist ergänzt. Danach müssen Informationen nach Absatz 1 sowie zusätzliche Informationen nach Absatz 4 nunmehr sechs Monate nach der Veröffentlichung wieder entfernt werden. Eine Begründung, warum überhaupt (und im Unterschied zu Informationen nach § 40 LFGB neu) eine Lösungsfrist erforderlich ist, gibt der Gesetzentwurf nicht. Ebenso wenig findet sich eine Auseinandersetzung darüber, warum eine Löschung bereits nach sechs Monaten zur Erreichung des Gesetzeszwecks erforderlich bzw. ausreichend sein soll. Tatsächlich ist das nicht der Fall:

Zwar wird von der Rechtsprechung teils angenommen, § 40 Abs. 1a LFGB sei wegen Fehlens einer Lösungsfrist verfassungswidrig.⁵ Eine Lösungsfrist sei insbesondere notwendig, weil davon ausgegangen werden könne, dass gerügte Mängel kurzfristig behoben würden.⁶ Davon kann aber keineswegs ausgegangen werden, erst recht gibt es keine Belege für diese Annahme. Zudem: Stellte man auf eine kurzfristige Behebung eines Rechtsverstoßes ab, wäre konsequenterweise auch eine Löschung bereits nach wenigen Monaten „zu spät“.

Eine Lösungsfrist wird auch vom Bundesverfassungsgericht nicht generell gefordert. Vielmehr beurteilt das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit der Löschung von Daten in Bezug auf

⁵ Siehe auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 14. Juni 2013 – 13 ME 18/13; OVG Münster, Beschluss vom 24. April 2013 – 13 B 92/13; VGH Kassel, Beschluss vom 23. April 2013 – 8 B 28/13; VGH München, Beschluss vom 18. März 2013 – 9 CE 12.2755 (sämtlich zitiert nach juris), die die Erforderlichkeit mangels Befristung/Lösungsfrist verneinen.

⁶ VGH München, Beschluss vom 18. März 2013 – 9 CE 12.2755, zitiert nach juris.

die konkrete Zweckerreichung. Wörtlich heißt es insoweit im Gentechnik-Urteil des Bundesverfassungsgerichts:⁷

„Der auf ein bestimmtes Vorhaben bezogene und begrenzte Zweck der Erhebung und Verarbeitung von Daten über den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen gebietet ferner die Löschung aller nicht oder nicht mehr zur Zweckerreichung erforderlichen Daten (vgl. BVerfGE 113, 29 <58>).“

Überträgt man diese Erwägungen auf Sinn und Zweck des LFGB und dessen § 40 Abs. 1a LFGB im Besonderen, ist eine Löschung der auf dieser Grundlage veröffentlichten Daten nicht geboten, erst recht nicht bereits nach sechs Monaten.

Denn der Verbraucher ist durchaus in der Lage, die Ergebnisse staatlicher Lebensmittelkontrollen zu verstehen. Das gilt auch im Hinblick auf die Veröffentlichung vergangener Verstöße. Es ist deshalb mitnichten so, dass der Veröffentlichung vergangener Verstöße kein Aussagegehalt zukommt oder hierin lediglich die Anprangerung begangener Rechtsverstöße liegt. Im Gegenteil stellen auch die in der Vergangenheit liegenden Verstöße eine für die Konsumententscheidung des Verbrauchers in Gegenwart und Zukunft wesentliche Tatsache dar.⁸ Es ist für das öffentliche Informationsbedürfnis relevant, ob nur einmal vor mehreren Jahren oder regelmäßig jedes Jahr Beanstandungen bei staatlichen Kontrollen festgestellt wurden bzw. werden. Nach dem LFGB soll es auch insoweit gerade dem Verbraucher überlassen werden, welche Schlüsse er aus Verstößen gegen das LFGB im Hinblick auf seine Kauf- und Verzehrentscheidungen zieht.⁹ Bei einer Löschung bereits nach sechs Monaten kann dieser Gesetzeszweck offensichtlich nicht erfüllt werden.

Die in § 40 Abs. 5 LFGB nun vorgesehene Lösungsfrist ist dementsprechend zu streichen, mindestens aber auf fünf Jahre zu verlängern.

⁷ BVerfG, Urteil vom 24. November 2010 – 1 BvF 2/05, Rn. 201, zitiert nach juris.

⁸ So der Sachverständige *Wollenschläger* in seiner Stellungnahme vom 9. November 2011 zum Referentenentwurf des VIG, Ausschussdrucksache 17 (10) 735 –H; ebenso OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. Januar 2013 – 13 ME 267/12; VG Saarland, Beschluss vom 25. Januar 2013 – 3 L 76/13, zitiert nach juris.

⁹ OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. Januar 2013 – 13 ME 267/12; VG Saarland, Beschluss vom 25. Januar 2013 – 3 L 76/13, zitiert nach juris.