

Rechtliche Handlungsmöglichkeiten der amtlichen  
Lebensmittelüberwachung bei Salmonellenfunden auf Eierschalen

Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der  
Fraktion der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands im Bayerischen Landtag

von  
Prof. Dr. Martin Holle

Professor für Lebensmittelrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht  
Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg

November 2015

# Inhaltsverzeichnis

A. Sachstand und Gegenstand des Gutachtens.....	3
B. Rechtsrahmen .....	5
I. Europarechtliche Vorgaben.....	5
1) Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV.....	5
2) VO (EG) Nr. 178/2002 („Basis-VO“).....	6
3) Allgemeine Anforderungen an die Überwachungstätigkeit nach der Kontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift Rahmen-Überwachung (AVV Rüb) .....	8
II. Von behördlichen Maßnahmen betroffene Grundrechtspositionen.....	11
1) Grundrechtliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.....	11
2) Grundrechte der Lebensmittelunternehmer.....	12
3) Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	14
III. Befugnisse der amtlichen Lebensmittelüberwachung.....	14
1) Art. 54 Kontroll-VO und § 39 LFGB .....	14
2) Art. 10 Basis-VO / Art. 7 Kontroll-VO und § 40 LFGB.....	15
C. Lebensmittelrechtliche Bewertung von Salmonellen auf Eierschalen.....	27
D. Anwendung der rechtlichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden im Fall „Bayern-Ei“ .....	30
I. Allgemeine Praxis der Probenahme in Legehennenbetrieben.....	30
II. Behördliche Maßnahmen betreffend die Standorte Ettling und Niederharthausen.....	32
E. Zusammenfassung.....	38

## A. Sachstand und Gegenstand des Gutachtens

Im Juli und August 2014 kam es in Frankreich, Österreich, dem Vereinigten Königreich, Luxemburg und Deutschland zu einem Ausbruch von Salmonellose mit einer erheblichen Anzahl von Erkrankungen und vermutlich zwei Todesfällen<sup>1</sup>. Infektionsquelle waren mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit Eier des Produzenten Bayern-Ei in Niederbayern, deren Schalen mit Salmonellen belastet waren. Eine epidemiologische Verbindung zwischen den Erkrankungsfällen und der Packstelle des Unternehmens wurde auch von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit bestätigt<sup>2</sup>. Von diesem Zusammenhang erfuhr die für die Überwachung der Betriebstätten der Firma Bayern-Ei zuständige Regierung von Niederbayern sowie die ihrem Geschäftsbereich zugehörigen Landratsämter Dingolfing-Landau und Straubing-Bogen im Zuge der über das europäische Schnellwarnsystem RASFF übermittelten Informationen aus Frankreich nach ihren eigenen Angaben erstmalig am 17.07.2014 (für die Betriebsstätte Ettling/Wallersdorf) bzw. am 01.08.2014 (für die Betriebsstätte Aiterhofen/Niederharthausen)<sup>3</sup>. Im Laufe des Monats August ließen sich dann über die Identifizierung des Phagentyps 14b auch Erkrankungen in Österreich, Luxemburg und dem Vereinigten Königreich mit dem Ursprung der Eier in Bayern in Verbindung bringen<sup>4</sup>. Am 22.07.2014 waren Überschreitungen der Salmonellose Ausbruchsschwelle in Niederbayern und der Oberpfalz Gegenstand der sog. Epilag-Telefonkonferenz zwischen dem Robert-Koch-Institut und den Meldestellen der Bundesländer nach dem Infektionsschutzgesetz<sup>5</sup>. Zwar ließ sich hier aufgrund der retrospektiven Befragung der von der Erkrankung Betroffenen kein Zusammenhang mit dem Verzehr von Eiern oder deren Herkunft aus einem bestimmten Betrieb mehr herstellen<sup>6</sup>. Allerdings wurden dem Robert-Koch-Institut von Juni bis Ende August 2014 aus Bayern 17 Fälle von Erkrankungen durch Salmonella Enteritidis vom Phagentyp 14b gemeldet<sup>7</sup>. Da es sich bei dem Phagentyp 14b um eine ungewöhnliche Variante des Erregers handelt, der nur 0,3% aller vorkommenden Varianten von Salmonella Enteritidis ausmacht<sup>8</sup>, erscheint eine Verbindung mit den Erkrankungsfällen im europäischen Ausland zumindest plausibel.

Im Rahmen der amtlichen Lebensmittelkontrolle waren am Standort Ettling der Firma Bayern-Ei am 06.04.2014 auf der Schale von Eiern der Handelsklasse A Erreger von Salmonella Enteritidis nachgewiesen worden. Da das Analyseergebnis der bereits am 18.02.2014 entnommenen Probe erst nach

---

<sup>1</sup> Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags vom 11. August 2015, Gz. WD 5/L 1, 102/15, S. 3 m.w.N.

<sup>2</sup> European Centre for Disease Prevention and Control / European Food Safety Authority, Technical Report - Multi-country outbreak of Salmonella Enteritidis infections associated with consumption of eggs from Germany, EFSA supporting publication 2014:EN-646, S. 1.

<sup>3</sup> Antwort des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz vom 29.06.2015 auf die schriftliche Anfrage der Abgeordneten Rosi Steinberger vom 26.05.2015, Bayerischer Landtag, LT-Drs. 17/7310, S. 7 und vom 30.06.2015 auf die schriftliche Anfrage des Abgeordneten Florian von Brunn vom 21.05.2015, S. 2 f.

<sup>4</sup> Schriftliche Anfrage Steinberger, a.a.O., S. 3.

<sup>5</sup> Schriftliche Anfrage Steinberger, a.a.O., S. 3.

<sup>6</sup> Schriftliche Anfrage Steinberger, a.a.O., S. 7.

<sup>7</sup> Deutsches Ärzteblatt, Online-Artikel vom 27.08.2014, <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/59905/Salmonellen-Ausbrueche-in-mehreren-EU-Laendern-durch-kontaminierte-Eier-aus-Bayern>, zuletzt abgerufen am 22.10.2015.

<sup>8</sup> BfR-Bericht vom 20.12.2005 über eine Pilotstudie zum Vorkommen von Salmonella spp. bei Herden von Legehennen in Deutschland, S. 10, [http://www.bfr.bund.de/de/a-z\\_index/salmonella-4585.html](http://www.bfr.bund.de/de/a-z_index/salmonella-4585.html), zuletzt abgerufen am 22.10.2015.

Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums der Eier vorlag, beschränkten sich die behördlichen Maßnahmen auf die Anordnung von Reinigungsmaßnahmen und die Entnahme einer Verfolgsprobe von 10 Eiern (HKL A) am 11.04.2015<sup>9</sup>. Bei der am gleichen Tag ebenfalls vorgenommenen Kontrolle der Sortieranlage des Betriebs wurden Verunreinigungen festgestellt, deren Beseitigung angeordnet wurde<sup>10</sup>. Am 23.05.2014 erhielt die zuständige Überwachungsbehörde Kenntnis davon, dass die am 11.04.2015 gezogene Verfolgsprobe ebenfalls auf der Schale mit Salmonella Enteritidis belastet war. Da auch hier das Mindesthaltbarkeitsdatum der Eier zu diesem Zeitpunkt wieder abgelaufen war, wurde am 11.06.2014 eine Kotprobe im Stallabteil I entnommen, bei der keine Salmonellen nachgewiesen werden konnten. Weitere Maßnahmen wurden bis zur Ausstallung der Herde in der Zeit vom 26.06.2014 bis 22.07.2014 nicht ergriffen. Basierend auf den behördlichen Feststellungen ist davon auszugehen, dass spätestens seit dem 11.07.2014 nur noch Eier der Handelsklasse B produziert wurden, die nur an gewerbliche Weiterverarbeiter abgegeben werden durften.

Am 10./11. und 17.07.2014 erhielten die zuständigen Überwachungsbehörden Kenntnis von zwei Schnellwarnungen über das RASFF zu zwei Fällen lebensmittelbedingter Ausbrüche von Salmonellenerkrankungen, die auf den Verzehr von aus Rohei hergestellten Lebensmitteln in Frankreich zurückzuführen waren (RASFF-Meldung 2014/938). Diese betrafen Eier der Handelsklasse A aus dem Bayern-Ei-Standort Ettling. Aufgrund der Ausstallung der Herde ab dem 26.06.2014 und dem Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums der Eier bei Bekanntwerden der Schnellwarnung entschlossen sich die Behörden, den Fokus der Überwachung auf eine engmaschige Beprobung der neu eingestellten Herde zu legen<sup>11</sup>. Bei einer am 21.07.2014 am Standort Ettling entnommenen Probe von 50 Eiern der Handelsklasse B wurde am 30.07.2014 Salmonella Kiambu auf der Eischale nachgewiesen. Eine weitere am 04.08.2014 entnommene Probe von 60 Eiern der Handelsklasse A ergab eine Belastung von Eiern aus verschiedenen Stallabteilen, vom Sortiertisch und nach der Sortierung mit Salmonella Enteritidis und Salmonella Kiambu. Nach Vorliegen der Analyseergebnisse am 10.08.2014 wurde gemeinsam mit dem Unternehmen am 12.08.2014 ein umfassender Maßnahmenkatalog für alle Betriebsstätten des Unternehmens erstellt. Am 14.08.2014 ordnete die zuständige Behörde die Rücknahme aller vom Standort Ettling ausgelieferten Eier der Handelsklasse A an. Bayern-Ei verzichtete am gleichen Tag freiwillig auf die Auslieferung von solchen Eiern, bis mindestens zwei negative Analyseergebnisse vorliegen, bei der keine Salmonellen nachgewiesen werden. Am 25.08.2014 wurde dies dann auch behördlicherseits angeordnet, nachdem weitere Proben positiv auf Salmonellen getestet worden waren. Flankierend wurde das Unternehmen angewiesen, umfassende Reinigungs- und Desinfektionsmaßnahmen durchzuführen. Auch in der Folgezeit wurden im Betrieb weiter Salmonellen nachgewiesen, so dass am 16.10.2014 die behördliche Anordnung erging, dass aus dem gesamten Bestand nur noch Eier der Handelsklasse B zur gewerblichen Weiterverarbeitung in dafür zugelassenen Verarbeitungsbetrieben oder zur unschädlichen Beseitigung abgegeben werden durften<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Lfd. Nr. 4 und 5 der Aufstellung der Amtlichen Kontrollen des Standorts Ettling vom 12.12.2012 bis zum 22.09.2014 des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit.

<sup>10</sup> Lfd. Nr. 5 der Aufstellung der Amtlichen Kontrollen des Standorts Ettling vom 12.12.2012 bis zum 22.09.2014 des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit.

<sup>11</sup> Schriftliche Anfrage Steinberger, a.a.O., S. 2.

<sup>12</sup> Übersicht der ergriffenen Maßnahmen in Bayerischer Landtag, LT-Drs. 17/7310, S. 5 f.

Aufgrund von zwei weiteren EU-Schnellwarnungen aus Österreich und Frankreich am 31.07. und 01.08.2014 (RASFF-Meldungen 2014/1063 und 2014/1072) wurde auch der Standort Aiterhofen/Niederharthausen der Firma Bayern-Ei als mögliche Quelle eines Salmonelloseausbruchs identifiziert<sup>13</sup>. Auf der dort am 04.08.2014 gezogenen Probe von 50 Eiern der Handelsklasse A wurde am 10.08.2014 Salmonella Enteritidis auf der Eierschale nachgewiesen. Die am 05.08.2014 ebenfalls entnommenen Kot- und Staubproben waren dagegen unauffällig. Ergänzend zu dem für alle Betriebsstätten am 12.08.2014 vereinbarten Maßnahmenkatalog ordnete die Behörde am 28.08.2014 die Rücknahme der am 04. und 05.08.2014 produzierten Eier der Handelsklasse A an. Nachdem in einer am 26.08.2014 entnommenen Probe am 01.09.2014 erneut Salmonellen nachgewiesen worden waren, wurde durch das Amt am 02.09.2014 die Rücknahme der am 26.08.2014 produzierten Charge angeordnet. Der Betrieb entschied sich aufgrund dieser Sachlage für eine vorzeitige Ausstallung und eine ausschließliche Abgabe von Eiern der Handelsklasse B<sup>14</sup>.

Gegenstand des Gutachtens ist zum einen die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen für das Handeln der Behörden der amtlichen Lebensmittelüberwachung (unter B). Zum anderen soll untersucht werden, inwieweit die Behörden die ihnen zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel in der konkreten Situation ausgeschöpft haben.

## B. Rechtsrahmen

Die im vorliegenden Fall einschlägigen Befugnisse der amtlichen Lebensmittelüberwachung sind in den Europäischen Verordnungen (EG) Nr. 178/2002 („Basis-VO“) und (EG) Nr. 882/2004 („Kontroll-VO“) sowie im deutschen Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) geregelt. Bei der Ausübung dieser Befugnisse müssen die verfassungsrechtlich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleiteten staatlichen Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit seiner Bürger verwirklicht werden. Außerdem ist nach Art. 168 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) beim Vollzug europäischen Rechts ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten. Andererseits sind auch die Grundrechte der von staatlichen Maßnahmen betroffenen Lebensmittelunternehmer, insbesondere aus Art. 12 und Art. 14 GG, sowie der auf dem Rechtsstaatsprinzip gründende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

### I. Europarechtliche Vorgaben

#### *1) Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV*

Die Querschnittsklausel des Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV verpflichtet die Organe der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten, bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -maßnahmen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen. Maßstab hierfür sind einerseits das technische Mögliche und andererseits das wirtschaftlich Zumutbare<sup>15</sup>. Bei der Kollision der Verpflichtung

---

<sup>13</sup> Schriftliche Anfrage Steinberger, a.a.O., S. 2.

<sup>14</sup> Übersicht der ergriffenen Maßnahmen in Bayerischer Landtag, LT-Drs. 17/7310, S. 4.

<sup>15</sup> Schmidt am Busch, Birgit, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 56. Ergänzungslieferung April 2015, Band II, Art. 168 AEUV Rn. 89.

aus Art. 168 Abs. 1 UAbs. AEUV mit anderen Vertragszielen oder Grundrechten hat die Vorschrift den Charakter eines Optimierungsgebots, wonach sich die Belange des Gesundheitsschutzes „so weit wie möglich“ durchsetzen sollen<sup>16</sup>. Zu den Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus gehört auch der Vollzug der Vorschriften über die Lebensmittelsicherheit in der VO (EG) Nr. 178/2002 und über die amtliche Lebensmittelkontrolle in der VO (EG) Nr. 882/2004. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat dabei der Schutz der öffentlichen Gesundheit vorrangige Bedeutung gegenüber wirtschaftlichen Interessen, so dass er selbst beträchtliche negative wirtschaftliche Auswirkungen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen kann<sup>17</sup>. Dabei ist es grundsätzlich Aufgabe der hierfür zuständigen politischen Organe, das Risikoniveau zu bestimmen, das für die Gesellschaft annehmbar oder nicht mehr annehmbar erscheint<sup>18</sup>. Sie sind aber an die aus Art. 168 Abs. 1 AEUV folgende Pflicht zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus gebunden<sup>19</sup>. „Die Bestimmung des für die Gesellschaft unannehmbar erscheinenden Risikoniveaus hängt von der Beurteilung der besonderen Umstände jedes Einzelfalls durch die zuständige öffentliche Stelle ab. Insoweit kann die betreffende Stelle insbesondere die Schwere der Auswirkung, die der Eintritt dieses Risikos auf die öffentliche Gesundheit, die Sicherheit und die Umwelt hat, einschließlich des Umfangs der möglichen nachteiligen Wirkungen, die Dauer, die Reversibilität oder die möglichen Spätfolgen dieser Schäden sowie die mehr oder weniger konkrete Wahrnehmung des Risikos nach dem Stand der verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigen“<sup>20</sup>. Andererseits ist es den Behörden jedoch nicht gestattet, Risiken nur rein hypothetisch zu betrachten oder die Strategie eines „Nullrisikos“ zu verfolgen<sup>21</sup>.

## 2) VO (EG) Nr. 178/2002 („Basis-VO“)

Die Basis-VO soll gemäß Art. 1 Abs. 1 die Grundlage für ein hohes Schutzniveau für die Gesundheit des Menschen und die Verbraucherinteressen bei Lebensmitteln schaffen. Hierzu legt sie die europarechtlichen Anforderungen an die Sicherheit von Lebensmitteln fest und weist Lebensmittelunternehmern und Behörden jeweils spezifische Verantwortlichkeiten zu.

Nach Art. 14 Abs. 1 Basis-VO ist es verboten, nicht sichere Lebensmittel in Verkehr zu bringen. Dabei gelten solche Lebensmittel als nicht sicher, die entweder gesundheitsschädlich oder zum Verzehr ungeeignet sind (Art. 14 Abs. 2 Basis-VO). Bei der Prüfung der Frage, ob ein Lebensmittel nicht sicher ist, sind nach Absatz 3 der Vorschrift folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- a) die normalen Bedingungen seiner Verwendung durch den Verbraucher und auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen

---

<sup>16</sup> Schmidt am Busch, a.a.O., Art. 168 AEUV, Rn. 91, Berg, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 152 EGV Rn. 11.

<sup>17</sup> EuG, Rs. T-257/07 – Frankreich / Kommission, Randnr. 64 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-180/96 – Vereinigtes Königreich / Kommission, Randnr. 93 und EuG, Rs. T-158/03 – Industria Quimicas del Vallés / Kommission, Randnr. 134.

<sup>18</sup> EuG, Rs. T-257/07 – Frankreich / Kommission, Randnr. 78.

<sup>19</sup> EuG, Rs. T-257/07 – Frankreich / Kommission, Randnr. 79.

<sup>20</sup> EuG, Rs. T-257/07 – Frankreich / Kommission, Randnr. 80 unter Verweis auf EuG, Rs. T-13/99, Pfizer Animal Health / Rat, Randnr. 153

<sup>21</sup> EuG, Rs. T-13/99, Pfizer Animal Health / Rat, Randnr. 152; EuG, Rs. T-70/99 – Alpharma, Randnr. 166; EuG, Rs. T-257/07 – Frankreich / Kommission, Randnr. 79.

sowie

b) die dem Verbraucher vermittelten Informationen einschließlich der Angaben auf dem Etikett oder sonstige ihm normalerweise zugängliche Informationen über die Vermeidung bestimmter die Gesundheit beeinträchtigender Wirkungen eines bestimmten Lebensmittels oder einer bestimmten Lebensmittelkategorie.

Die normalen Bedingungen der Verwendung meinen den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Lebensmittels<sup>22</sup>. Sofern dieser bestimmungsgemäße Gebrauch auch die Anwendung bestimmter Behandlungsmethoden wie Garkochen oder Durcherhitzen umfasst, können dabei auch an sich unsichere Lebensmittel wieder sicher werden, soweit durch die Behandlung das Gefahrenpotential beseitigt wird<sup>23</sup>. Allerdings gilt dies nicht, wenn nicht gewährleistet ist, dass die jeweilige Zubereitungsmethode vom Verbraucher auch wirklich immer angewendet wird<sup>24</sup>.

Zubereitungs- oder Warnhinweise auf dem Etikett („nur vollständig durchgegart verzehren“) und allgemein bekannte Informationen über die Behandlung eines Lebensmittels können ebenfalls dazu führen, dass ein grundsätzlich bestehendes Gesundheitsrisiko unter Kontrolle gebracht wird, so dass das Lebensmittel nicht mehr als gesundheitsschädlich bzw. unsicher einzustufen ist.

Im Rahmen der Prüfung der Gesundheitsschädlichkeit eines Lebensmittels sind außerdem

- a) die wahrscheinlichen sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers, sondern auch auf nachfolgende Generationen,
- b) die wahrscheinlichen kumulativen toxischen Auswirkungen,
- c) die besondere gesundheitliche Empfindlichkeit einer bestimmten Verbrauchergruppe, falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist.

zu betrachten (Art. 14 Abs. 4 Basis-VO).

Dabei reicht die bloße Eignung des Lebensmittels zur Gesundheitsschädigung aus. Sie muss aber durch konkret feststellbaren Eigenschaften des Lebensmittels bedingt sein, aus denen sich eine nicht völlig fernliegende Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung ergibt<sup>25</sup>.

Soweit bei einem Lebensmittel eine Belastung mit pathogenen Keimen vorliegt, ist zu prüfen, ob es sich bei der vorgefundenen Keimzahl um einen Indikator für mangelnde Prozesshygiene handelt oder

---

<sup>22</sup> Meyer, Alfred Hagen, in: Meyer/Streinz (Hrsg.), LFGB – BasisVO – HCVO, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 14 Basis-VO, Rn. 7.

<sup>23</sup> Meyer, a.a.O., Art. 14 Basis-VO, Rn. 8.

<sup>24</sup> Meyer, a.a.O., Art. 14 Basis-VO, Rn. 8 unter Verweis auf VG Sigmaringen, LMRR 2003, 44; VG München, DLR 2003, 503.

<sup>25</sup> Meyer, a.a.O., Art. 14 Basis-VO, Rn. 18.

ob tatsächlich ein Gesundheitsrisiko besteht. Die VO (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel unterscheidet deshalb in ihrem Anhang I zwischen Lebensmittelsicherheitskriterien und Prozesshygienekriterien. Nur wenn die als Lebensmittelsicherheitskriterien definierten Keimzahlen überschritten sind, gilt das betroffene Lebensmittel als nicht sicher im Sinne des Art. 14 Abs. 1 und 2 Basis-VO und ist nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2073/2005 vom Markt zu nehmen oder zurückzurufen. Für Verarbeitungserzeugnisse aus Eiern legt der Anhang I der Verordnung in Ziffer 1.14 fest, dass in einer Probe von fünf Produkten in jeweils 25 g Produkt keine Salmonellen nachweisbar sein dürfen. Vergleichbare rechtliche Kriterien existieren für das Vorhandensein von Salmonellen auf oder in ganzen Eiern nicht.

Eine weitere Ausgestaltung der Kriterien für die Beurteilung der Gesundheitsschädlichkeit eines Lebensmittels für die Zwecke der amtlichen Lebensmittelüberwachung enthält die Allgemeine Verwaltungsvorschrift Schnellwarnsystem (AVV SWS)<sup>26</sup>. Nach § 7 Abs. 2 AVV SWS ist ein ernstes unmittelbares oder mittelbares Risiko für die menschliche Gesundheit insbesondere anzunehmen, wenn bei Lebensmitteln Pilze oder Pilztoxine, Bakterien oder von ihnen gebildete Toxine, Algentoxine, Parasiten, Stoffwechselprodukte oder Viren nach Art, Zahl oder Menge nachgewiesen wurden, die geeignet sind, die menschliche Gesundheit zu schädigen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist gemäß § 7 Abs. 1 AVV SWS verpflichtend eine Meldung in das europäische Schnellwarnsystem einzustellen. Nicht erforderlich ist dies nur dann, wenn die betroffenen Lebensmittel nachweislich nicht über einen eng begrenzten regionalen Bereich hinaus in den Verkehr gelangt sind (§ 7 Abs. 6 AVV SWS).

Sofern ein als nicht sicher eingestuftes Lebensmittel zu einer Charge oder einer Lieferung gehört, ist nach der Vermutungsregel des Art. 14 Abs. 6 Basis-VO davon auszugehen, dass auch die übrigen Produkte dieser Charge oder Lieferung ebenfalls nicht sicher sind bis das Gegenteil bewiesen ist.

### *3) Allgemeine Anforderungen an die Überwachungstätigkeit nach der Kontroll-VO (EG) Nr. 882/2004 und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift Rahmen-Überwachung (AVV Rüb)*

#### **a) Art. 3 Kontroll-VO**

Art. 3 Kontroll-VO enthält verbindliche Vorgaben an die Mitgliedstaaten bezüglich der Organisation der amtlichen Kontrollen. Diese müssen geeignet sein, das Ziel der Verordnung, Risiken für Mensch und Tier zu vermeiden, zu beseitigen oder auf ein annehmbares Maß zu senken, zu erreichen und sind regelmäßig, auf Risikobasis, mit angemessener Häufigkeit und in der Regel ohne Vorankündigung durchzuführen.

#### **b) Art. 4 Kontroll-VO**

Art. 4 Abs. 2 Kontroll-VO verpflichtet die mit der Lebensmittelüberwachung befassten Behörden der Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass:

---

<sup>26</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Durchführung des Schnellwarnsystems für Lebensmittel, Lebensmittelbedarfsgegenstände und Futtermittel (AVV Schnellwarnsystem - AVV SWS) vom 20. Dezember 2005 in der Fassung der Änderung vom 28. Januar 2010.

- a) die amtlichen Kontrollen von lebenden Tieren, Futtermitteln und Lebensmitteln auf allen Stufen der Produktion, der Verarbeitung und des Vertriebs von Futtermitteln und Lebensmitteln sowie der Verwendung von Futtermitteln wirksam und angemessen sind;
- b) die Kontrollen von Personen durchgeführt werden, die keinem Interessenkonflikt ausgesetzt sind;
- c) sie über ausreichende Laborkapazitäten für die Untersuchungen sowie über ausreichendes und entsprechend qualifiziertes und erfahrenes Personal verfügen oder Zugang dazu haben, damit die amtlichen Kontrollen und Kontrollaufgaben effizient und wirksam durchgeführt werden können;
- d) sie über geeignete und ordnungsgemäß gewartete Einrichtungen und Ausrüstungen verfügen, damit das Personal die amtlichen Kontrollen effizient und wirksam durchführen kann;
- e) sie über die rechtlichen Befugnisse für die in dieser Verordnung vorgesehenen amtlichen Kontrollen und Maßnahmen verfügen;
- f) sie über Notfallpläne verfügen und in der Lage sind, diese bei Bedarf auszuführen;
- g) die Futtermittel- und Lebensmittelunternehmer verpflichtet werden, sich allen Inspektionen gemäß dieser Verordnung zu unterziehen und das Personal der zuständigen Behörde bei ihrer Arbeit zu unterstützen.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfüllt ein Mitgliedstaat seine Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 Kontroll-VO dann nicht mehr, wenn eine dort geübte, in einem gewissen Grad verfestigte und allgemein verbreitete Verwaltungspraxis die korrekte und wirksame Anwendung der Vorschriften zur Lebensmittelsicherheit gefährdet<sup>27</sup>. Diese Situation ist beispielsweise gegeben, wenn wegen Personalmangels ein Teil der Kontrollen nicht effizient und wirksam durchgeführt werden kann<sup>28</sup>. Vergleichbare Sachverhalte wären eine unzureichende Ausstattung mit Sachmitteln oder Laborkapazitäten. Ein Pflichtverstoß ist in diesen Fällen selbst dann zu bejahen, wenn es im betreffenden Zeitraum der zu beanstandenden Praxis zu keiner Lebensmittelkrise gekommen ist und Tierseuchen erfolgreich bekämpft werden konnten<sup>29</sup>.

Diese Verpflichtungen gelten gemäß Art. 4 Abs. 3 Kontroll-VO auch dann, wenn sich ein Mitgliedstaat für das Konzept des dezentralen Vollzugs auf Länder- oder kommunaler Ebene entscheidet.

---

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-337/07 – Kommission / Griechenland, Randnr. 31 ff.

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-337/07 – Kommission / Griechenland, Randnr. 45.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-337/07 – Kommission / Griechenland, Randnr. 46.

### c) Art. 17 Abs. 2 und 3 Basis-VO und Allgemeine Verwaltungsvorschrift Rahmen-Überwachung

Art. 17 Abs. 2 Basis-VO verpflichtet die Mitgliedstaaten, das Lebensmittelrecht durchzusetzen und die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen durch die Lebensmittelunternehmer zu überwachen. Die amtliche Lebensmittelüberwachung ist deshalb so zu organisieren und auszustatten, dass die Einhaltung und Durchsetzung der Bestimmungen zur Lebensmittelsicherheit effektiv gewährleistet ist<sup>30</sup>. Hierzu sind den Umständen angemessene Maßnahmen durchzuführen, wozu auch die Bekanntgabe von Informationen über die Sicherheit und Risiken von Lebensmitteln gehört. Dabei sind die Überwachungsbehörden nicht auf die Kommunikation von Informationen im Sinne des Art. 10 Basis-VO beschränkt, die sich auf ein gesundheitsschädliches Lebensmittel beziehen. Vielmehr ist gemäß Art. 17 Abs. 2 UAbs. 2 Basis-VO eine Information der Öffentlichkeit durch die Behörden auch schon dann zulässig, wenn keine Gesundheitsgefahr besteht. Allerdings sind dabei ggf. entgegenstehende Geheimhaltungspflichten aus Art. 7 Kontroll-VO zu beachten. Des Weiteren ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten, dass die Hürden für die Rechtfertigung einer Veröffentlichung aus anderen als Gesundheitsschutzgründen umso höher werden, je stärker in die Rechte eines von der Veröffentlichung betroffenen Unternehmens eingegriffen wird. Dem tragen die in § 40 LFGB auf bundesrechtlicher Ebene getroffenen Regelungen zur Information der Öffentlichkeit Rechnung. Allerdings muss die Regelung im Einklang mit den bestehenden europarechtlichen Vorgaben ausgelegt werden.

Art. 17 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 Basis-VO fordert, dass die getroffenen Maßnahmen und Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Daher ist bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme auch die Notwendigkeit einer spezial- und generalpräventiven Wirkung behördlicher Handlungen in die Güterabwägung einzubeziehen.

Näher ausgestaltet ist die Durchführung der amtlichen Lebensmittelüberwachung in Deutschland in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift Rahmen-Überwachung (AVV Rüb)<sup>31</sup>.

Gemäß § 6 AVV Rüb werden die zu kontrollierenden Betriebe zur Durchführung der amtlichen Kontrolle auf der Grundlage eines risikoorientierten Beurteilungssystems zunächst in Risikokategorien eingeteilt und die Kontrollhäufigkeit (Risikoklasse) bestimmt. Für einen Eier erzeugenden Betrieb sind dabei üblicherweise Kontrollintervalle zwischen einmal in fünf Jahren und halbjährlich vorgesehen<sup>32</sup>.

Die amtliche Probenahme erfolgt gemäß § 9 AVV Rüb auf der Grundlage von § 43 LFGB. Zweck der Probenahme, deren Analyse und Begutachtung ist die Verifizierung der gesetzeskonformen Zusammensetzung und Sicherheit der beprobten Lebensmittel<sup>33</sup>. Die Auswahl und Anzahl der amtlichen Proben richtet sich nach den in Artikel 1 Abs. 1 Buchstabe a) und b) der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 genannten Zielen. Dabei ist nach § 8 Abs. 2 AVV Rüb die Primärproduktion risikoorientiert in

---

<sup>30</sup> Meyer, a.a.O., Art. 17 Basis-VO Rn. 47.

<sup>31</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher, weinrechtlicher, futtermittelrechtlicher und tabakrechtlicher Vorschriften vom 3. Juni 2008, zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 14. August 2013 (BAnz AT 20.08.2013 B2).

<sup>32</sup> Niedersächsisches Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Fachbereich Eier und Geflügel, [www.laves.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation\\_id=20123&article\\_id=129757&psmand=23](http://www.laves.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=20123&article_id=129757&psmand=23), zuletzt abgerufen am 01.11.2015.

<sup>33</sup> Meyer, a.a.O., § 39 LFGB Rn. 5.

die amtliche Probenahme einzubeziehen. Die Probenahme selbst erfolgt ebenfalls risikoorientiert in Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden und den amtlichen Prüflaboratorien und, soweit verfügbar, unter Berücksichtigung der Ergebnisse der amtlichen Kontrolle der Betriebe sowie unter Berücksichtigung der landesspezifischen Produktions- und Gewerbestrukturen. Die jährliche Zahl amtlicher Proben beträgt bei Lebensmitteln grundsätzlich fünf amtliche Proben je 1.000 Einwohner. Sofern aufgrund unvorhergesehener Ereignisse in Ausnahmefällen keine ausreichenden Laborkapazitäten bei amtlichen Prüflaboratorien zur Verfügung stehen, kann das zuständige Landesministerium gemäß § 12 Abs. 1 AVV Rüb gestatten, nicht amtliche Prüflaboratorien mit der Durchführung bestimmter Untersuchungen zu beauftragen oder an der Durchführung zu beteiligen.

Nach § 7 Abs. 4 AVV Rüb tragen die zuständigen Behörden dafür Sorge, dass, soweit auf Grund amtlicher Kontrollen trotz festgestellter Mängel keine Maßnahmen ergriffen wurden, dies mit Gründen versehen dokumentiert wird.

## II. Von behördlichen Maßnahmen betroffene Grundrechtspositionen

Bei der Durchführung von Maßnahmen der amtlichen Lebensmittelüberwachung haben die handelnden Behörden sowohl die Grundrechte der Verbraucher als auch die Grundrechte der betroffenen Lebensmittelunternehmer zu berücksichtigen und zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Welcher Grundrechtsposition dabei im konkreten Einzelfall der Vorrang zukommt, entscheidet sich im Rahmen der sog. Verhältnismäßigkeitsprüfung.

### *1) Grundrechtliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG*

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und damit die körperliche Integrität im Sinne einer Freiheit von Verletzungen der körperlichen Gesundheit<sup>34</sup>. Auch Gefährdungen der Gesundheit sind bereits erfasst, sofern sie hinsichtlich ihres Wirkungspotentials mit tatsächlich eingetretenen Verletzungen gleichzusetzen sind<sup>35</sup>. Das Grundrecht ist dabei nicht nur ein Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates sondern konstituiert auch eine Pflicht des Staates, Leben und Gesundheit seiner Bürger zu schützen<sup>36</sup>. Für die Gewährleistung dieses Schutzes spielt es dabei keine Rolle, ob die abzuwehrende Gefahr einer Gesundheitsbeeinträchtigung von staatlicher oder privater Seite herrührt<sup>37</sup>. Deshalb beschränkt sich die schützende Wirkung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht auf Beeinträchtigungen, die ihren Ursprung in staatlicher Tätigkeit haben<sup>38</sup>. Der Staat ist vielmehr verpflichtet, auch Handlungen Dritter, die den Schutzbereich des Grundrechts verletzen, zu verhindern<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II GG, Rn. 33.

<sup>35</sup> Schulze-Fielitz, a.a.O., Rn. 43 unter Verweis auf BVerfGE 49, 89, 141 f.; BVerfGE 51, 324, 346 f.; BVerfGE 66, 39, 58.

<sup>36</sup> BVerfGE 39, 1, 36 ff.; BVerfGE 46, 160, 164 f.; BVerfGE 77, 170, 214; BVerfGE 92, 26, 46; BVerfGE 96, 56, 64; BVerfGE 115, 118, 152; BVerfGE 115, 320, 346 f.

<sup>37</sup> BVerfGE 45, 187, 254 f.; BVerfGE 46, 160, 164; Hermes, Georg, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 191.

<sup>38</sup> Vgl. Gallwas, Hans-Ullrich, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 51 ff.

<sup>39</sup> Murswiek, Dietrich, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 138.

Insoweit führt das Grundrecht anders als bei seiner Funktion als Abwehrrecht nicht zu einer Beschränkung sondern zu einer Verpflichtung von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Verwaltung<sup>40</sup>. Es ist somit Aufgabe des Staates, angemessene Gesetze zum Schutz von Leben und Gesundheit bereitzustellen und diesen Schutz bei Gefahr im Einzelfall wirksam zu gewährleisten<sup>41</sup>. Hierzu gehört neben der Gefahrenabwehr auch die Gefahrenvorsorge<sup>42</sup>. Dabei steht den staatlichen Organen grundsätzlich ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, wie er diese Verpflichtung erfüllt<sup>43</sup>. Sie dürfen aber keine Maßnahmen treffen, die gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind<sup>44</sup>. Auch besonders schwere drohende Beeinträchtigungen können den Gestaltungsspielraum verengen<sup>45</sup>. Des Weiteren ist das sog. Untermaßverbot zu beachten. Die vom Staat getroffenen Vorkehrungen müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen<sup>46</sup>. Fehlt es an einer effektiven Überwachung der gesetzlichen Regelungen zum Gesundheitsschutz, kann diese unzureichende Wahrnehmung der Schutzpflicht durch die staatlichen Organe zu einem Verfassungsverstoß führen<sup>47</sup>. In Anbetracht der eingeschränkten Möglichkeiten von Verbraucherinnen und Verbrauchern, die Sicherheit von Lebensmitteln selbst zu kontrollieren und des hiermit verbundenen Gefährdungspotentials, ist bei Maßnahmen des gesundheitlichen Verbraucherschutzes im Hinblick auf die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht regelmäßig ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen<sup>48</sup>.

## *2) Grundrechte der Lebensmittelunternehmer*

Staatliche Maßnahmen im Bereich der Lebensmittelüberwachung können in die Grundrechte des davon betroffenen Lebensmittelunternehmers aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG bzw. in die entsprechenden Grundrechte aus Art. 15, 16 und 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union eingreifen. Da die Grundrechtsdogmatik des Europäischen Gerichtshofs weniger detailliert ausgearbeitet ist als in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die Grundrechte nach europäischem und nationalem Recht sich aber in ihrem Kern nicht wesentlich unterscheiden, werden ihre Schutzbereiche und Schranken im Folgenden aus Gründen der Übersichtlichkeit auf der Grundlage der verfassungsgerichtlichen Judikatur dargestellt. Möglicherweise in Einzelfragen bestehende inhaltliche Unterschiede haben auf die rechtliche Beurteilung der behördlichen Maßnahmen im Rahmen dieses Gutachtauftrags keinen Einfluss.

---

<sup>40</sup> Isensee, Josef, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Aufl. 2011, § 191, Rn. 3.

<sup>41</sup> Vgl. Isensee, a.a.O., Rn. 7.

<sup>42</sup> BVerfGE 56, 54, 78; BVerfGE 79, 174, 201 f.; Schultze-Fielitz, a.a.O., Rn. 80.

<sup>43</sup> BVerfGE 77, 170, 214.

<sup>44</sup> BVerfGE 77, 170, 215.

<sup>45</sup> Kloepfer, Michael, DVBl. 1988, 305, 307; Stober, Rolf, JZ 1988, 426, 429 f.

<sup>46</sup> So BVerfGE 88, 203, 254 für das vom Gesetzgeber zu gewährleistende Schutzniveau.

<sup>47</sup> Vgl. Di Fabio, Udo, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Band I, Stand: 74. Ergänzungslieferung Mai 2015, Art. 2 Abs. 2 Rn. 93.

<sup>48</sup> Vgl. Empfehlungen des Präsidenten des Bundesrechnungshofs in seinen Empfehlungen zur Stärkung des gesundheitlichen Verbraucherschutzes, Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band 16, 2012, S. 28.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die freie Wahl und Ausübung des Berufs und betrifft insbesondere das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen<sup>49</sup>. Das Grundrecht ist auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht<sup>50</sup>. Grundsätzlich steht es daher jedem Lebensmittelunternehmer frei, Lebensmittel so herzustellen und zu vermarkten, wie er es für richtig hält. Allerdings sichert das Recht auf Berufsfreiheit nur die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen seiner Funktionsbedingungen, nicht aber den dauerhaften Erfolg im Wettbewerb oder künftige Erwerbsmöglichkeiten.

Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit kann durch lebensmittelrechtliche Ge- oder Verbote aber auch durch die behördliche Informationstätigkeit beeinträchtigt werden. Im letztgenannten Fall staatlicher Information über gesundheitsgefährdende oder zum Verzehr ungeeignete Lebensmittel ist dabei zumindest von einem mittelbar-faktischen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG auszugehen<sup>51</sup>. Solche Eingriffe in die Berufsfreiheit bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Da es sich bei den gesetzlichen Eingriffsbefugnissen der amtlichen Lebensmittelüberwachung und den auf ihrer Grundlage ergehenden behördlichen Maßnahmen um Berufsausübungsregelungen handelt, genügt zur Legitimation solcher Eingriffe, dass vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen<sup>52</sup>. Dabei steht dem Gesetzgeber bei der Regulierung der wirtschaftlichen Betätigung ein weiter Gestaltungsspielraum zu<sup>53</sup>. Je empfindlicher allerdings die Berufsausübung beeinträchtigt wird, desto stärker müssen die Gemeinwohlinteressen sein, denen die Beschränkung dienen soll<sup>54</sup>.

Sofern eine staatliche Maßnahme dazu führt, dass ein Lebensmittelunternehmen seinen Betrieb vollständig einstellen muss, kommt darüber hinaus eine Verletzung der Eigentumsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht. Das Grundrecht schützt allerdings nur den Bestand des Eigentums, nicht bloße Umsatz- und Gewinnchancen, Hoffnungen, Erwartungen und Aussichten<sup>55</sup>. Nicht zu diesem Bestand gehört bei einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Aussicht, dass rechtlich mögliches und zulässiges Staatshandeln auch in Zukunft ausbleiben wird<sup>56</sup>. Auch die Begrenzung der Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, für die der Schutz des Art. 14 GG grundsätzlich in Betracht kommt, ist bei einer behördlichen Überwachungsmaßnahme nur eine mittelbare Folge der in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage angelegten Handlungsbeschränkung, die nicht am Maßstab der Eigentumsgarantie zu messen sondern als Berufsausübungsregelung nach Art. 12 Abs. 1 GG zu beurteilen ist<sup>57</sup>.

---

<sup>49</sup> BVerfGE 32, 311, 317; BVerfGE 105, 252, 265.

<sup>50</sup> BVerfGE 50, 290, 363; BVerfGE 105, 252, 265.

<sup>51</sup> Seemann, a.a.O., S. 91.

<sup>52</sup> BVerfGE 7, 377, 405 f.; BVerfGE 13, 237, 240; BVerfGE 46, 120, 145; BVerfGE 53, 135, 144; BVerfGE 71, 183, 196 f.

<sup>53</sup> BVerfGE 46, 246, 257; BVerfGE 53, 135, 145.

<sup>54</sup> BVerfGE 30, 292, 316 f.; BVerfGE 71, 183, 196 f.

<sup>55</sup> BVerfGE 68, 193, 222; BVerfGE 74, 129, 148.

<sup>56</sup> Vgl. BGHZ 45, 83; BVerfGE 62, 224.

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 102, 26, 40.

### *3) Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Sofern eine behördliche Maßnahme europäisches Recht vollzieht, ist diese Maßnahme am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner europarechtlichen Ausprägung zu messen (dazu unten III.2.a). Dies betrifft z.B. Anordnungen auf der Grundlage des Art. 54 Kontroll-VO oder die Information der Öffentlichkeit nach Art. 10 bzw. Art. 17 Abs. 2 Basis-VO. Wird dagegen das Handeln der Behörde auf einfachgesetzliche bundesrechtliche Bestimmungen wie die §§ 39 oder 40 LFGB gestützt, müssen sie dem für den Geltungsbereich des Grundgesetzes vom Bundesverfassungsgericht entwickelten nationalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

Der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass auch bei der Verfolgung anerkannter Gemeinwohlziele jede staatliche Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgt und geeignet, erforderlich und angemessen ist<sup>58</sup>. Geeignet ist eine Maßnahme, wenn durch sie die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass mit ihr der angestrebte Zweck erreicht wird<sup>59</sup>. Erforderlich ist nur das Mittel, das bei gleicher Effektivität zur Zweckerreichung den von der staatlichen Maßnahme Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt<sup>60</sup>. Im Rahmen der Angemessenheit ist schließlich zu prüfen, ob die mit einer Maßnahme einhergehenden Beeinträchtigungen außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen und deshalb für den Betroffenen unzumutbar sind<sup>61</sup>. Im Rahmen einer Güterabwägung sind dabei die miteinander in Konflikt stehenden Rechtsgüter unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu gewichten<sup>62</sup>.

## III. Befugnisse der amtlichen Lebensmittelüberwachung

### *1) Art. 54 Kontroll-VO und § 39 LFGB*

Art. 54 Abs. 1 Kontroll-VO und § 39 Abs. 2 S. 1 LFGB enthalten beide jeweils eine Generalklausel, wonach die Behörden alle erforderlichen bzw. notwendigen Maßnahmen treffen können, um lebensmittelrechtliche Verstöße zu beseitigen. Nach der Formulierung beider Vorschriften besteht dabei eine Verpflichtung der Behörden zum Tätigwerden<sup>63</sup>. Sofern Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen positiv festgestellt wurden, sind die behördlichen Maßnahmen wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ausschließlich auf Art. 54 Kontroll-VO zu stützen<sup>64</sup>. § 39 Abs. 2 S. 1 LFGB erweitert die behördlichen Eingriffsbefugnisse auf Verdachtsfälle, Präventivmaßnahmen sowie generell den Schutz vor Gesundheitsgefahren und Täuschung. Den Überwachungsbehörden steht damit grundsätzlich ein umfangreiches Instrumentarium zur Gewährleistung der Lebensmittelsicherheit zur Verfügung

---

<sup>58</sup> Zur Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus dem Rechtsstaatsprinzip vgl. BVerfGE 23, 127, 133; BVerfGE 86, 288, 346 f.; BVerfGE 90, 145, 173; BVerfGE 120, 274, 318 f.; BVerfGE 120, 378, 401 ff.

<sup>59</sup> BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 33, 171, 187; BVerfGE 67, 157, 173.

<sup>60</sup> BVerfGE 25, 1, 17; BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 33, 171, 187.

<sup>61</sup> BVerfGE 13, 97, 113; BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 67, 157, 178; BVerfGE 78, 77, 85 ff.; BVerfGE 83, 1, 19.

<sup>62</sup> Grabenwarter, Christoph, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Band I, Stand: 74. Ergänzungslieferung Mai 2015, Art. 5 Rn. 145.

<sup>63</sup> OVG Magdeburg, 3 L 149/09, Urteil vom 22.06.2011, Rn. 21; Meyer, a.a.O., § 39 LFGB, Rn. 8; Boch, Thomas, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, 4. Aufl. 2015, § 39 LFGB, Rn. 6.

<sup>64</sup> Rathke, Kurt-Dietrich, in: Zipfel/Rathke (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Stand: 160. Ergänzungslieferung, März 2015, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, § 39 LFGB, Rn. 10; Meyer, a.a.O., § 39 LFGB, Rn. 1.

und das selbst dann, wenn die Schwelle der Gesundheitsgefährdung nicht erreicht ist. Das Gegengewicht zu dieser sehr weitgehenden Eingriffsermächtigung bildet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er in den Begriffen „erforderlich“ und „notwendig“ der beiden Gesetzestatbestände zum Ausdruck kommt. Die Behörden dürfen daher aus der Gesamtheit der ihnen zur Verfügung stehenden Maßnahmen nur diejenigen auswählen, die sich im konkreten Fall als verhältnismäßig erweisen<sup>65</sup>. Des Weiteren ist zu beachten, dass speziellere gesetzliche Regelungen den Generalklauseln vorgehen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der behördlichen Informationstätigkeit, die durch Art. 10 Basis-VO / Art. 7 Kontroll-VO und § 40 LFGB besonders geregelt ist. Die dort niedergelegten Voraussetzungen dürfen nicht durch einen Rückgriff auf Art. 54 Kontroll-VO bzw. § 39 LFGB umgangen werden. Art. 54 Abs. 2 Kontroll-VO und § 39 Abs. 2 S. 2 LFGB erhalten darüber hinaus unter anderem spezielle Befugnisse zur Anordnung von Probenahmen, zur Verhängung von vorläufigen oder endgültigen Verkehrsverboten und zur Überwachung oder Anordnung von Rückrufen.

## *2) Art. 10 Basis-VO / Art. 7 Kontroll-VO und § 40 LFGB*

### **a) Art. 10 Basis-VO / Art. 7 Kontroll-VO**

Artikel 10 Basis-VO enthält eine Informationspflicht für die zuständigen Überwachungsbehörden, bei Vorliegen eines hinreichenden Verdachts eines Gesundheitsrisikos für Mensch oder Tier durch ein Lebens- oder Futtermittel je nach Art, Schwere und Ausmaß des Risikos geeignete Schritte zu unternehmen, um die Öffentlichkeit über die Art des Gesundheitsrisikos aufzuklären<sup>66</sup>. Die Vorschrift verlangt dabei eine „doppelte Wahrscheinlichkeit“ nämlich zum einen im Hinblick auf das Vorliegen der konkreten Tatsachen, die den Verdacht begründen und zum anderen bezüglich des Bestehens einer Gesundheitsgefahr<sup>67</sup>. Außerdem ist im Rahmen einer Prognoseentscheidung eine Relation zwischen dem gefährdeten Rechtsgut auf der einen Seite und der Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts andererseits herzustellen<sup>68</sup>. Je höher der drohende Schaden für das gefährdete Rechtsgut ist, desto niedrigere Anforderungen müssen an die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts gestellt werden<sup>69</sup>.

Ein hinreichender Verdacht besteht, wenn aufgrund von tatsächlichen Anhaltspunkten der Eintritt des Gesundheitsrisikos wahrscheinlich ist<sup>70</sup>. Solche tatsächlichen Anhaltspunkte können sich z.B. aus den anlässlich einer Betriebskontrolle festgestellten Hygienezuständen im Betrieb, aus dem Analyseergebnis einer entnommenen Probe oder bei mit dem Verzehr eines Lebensmittels in Verbindung stehenden

---

<sup>65</sup> Zur Verhältnismäßigkeit s. oben II.3.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-636/11 – Berger, Randnr. 29; ob dabei Art. 10 Basis-VO unmittelbar eine Befugnisnorm darstellt, oder die entsprechenden behördlichen Maßnahmen auf § 40 LFGB zu stützen sind, kann letztlich dahingestellt bleiben, da die Vorgaben des Art. 10 im Rahmen der nationalen Vollzugsmaßnahmen als unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht zwingend zu beachten sind und § 40 Abs. 1 LFGB folgerichtig Art. 10 Basis-VO in Bezug nimmt; so auch Rathke, a.a.O., § 40 LFGB Rn. 4 ff.

<sup>67</sup> Pache, Eckhard/Meyer, Alfred Hagen, in: Meyer/Streinzi (Hrsg.), LFGB – BasisVO – HCVO, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 10 Rn. 19 f.

<sup>68</sup> Boch, a.a.O., § 40 Rn. 5.

<sup>69</sup> Boch, a.a.O., § 40 Rn. 6.

<sup>70</sup> Rathke, Kurt-Dietrich, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 10 ff.; vgl. a. für den Begriff des hinreichenden Tatverdachts gem. § 203 StPO Stuckenberg, Carl-Friedrich, in: Löwe/Rosenberg, Großkommentar zu Strafprozessordnung, 26. Auflage 2008, 5. Band, § 203 Rn. 6.

Krankheitsfällen ergeben. Bloße Mutmaßungen oder rein hypothetische Erwägungen sind dagegen unbeachtlich. Ausreichend ist aber, dass aufgrund der bestehenden Sachlage ein Schaden möglich ist, selbst wenn der Schadensverlauf und die Eintrittswahrscheinlichkeit noch nicht hinreichend sicher beurteilt werden können<sup>71</sup>. So schließt nach der Rechtsprechung selbst die Erfüllung der hygienischen Verpflichtungen nach der VO (EG) Nr. 2073/2005 die Anwendung des Art. 10 Basis-VO nicht aus, wenn in einer behördlich gezogenen Stichprobe trotzdem sicherheitsrelevante Keime nachgewiesen werden<sup>72</sup>.

In Bezug auf das Bestehen eines Gesundheitsrisikos muss die Überwachungsbehörde eine Risikoanalyse gemäß Art. 6 Basis-VO durchführen, um festzustellen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer Gesundheitsgefährdung ist, wenn die dem Verdacht zugrundeliegenden Vermutungen sich tatsächlich als zutreffend erweisen sollten<sup>73</sup>. Dabei sind nach der Rechtsprechung folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- die Schwere der Auswirkung, die der Eintritt des Risikos auf die menschliche Gesundheit hat, einschließlich des Umfangs der möglichen nachteiligen Wirkungen
- die Dauer
- die Reversibilität oder möglichen Spätfolgen der Schäden
- die Wahrnehmung des Risikos nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse<sup>74</sup>.

Die Risikoanalyse ist auf der Basis der verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse unabhängig, objektiv und transparent vorzunehmen (Art. 6 Abs. 2 Basis-VO).

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht den zuständigen Organen bei komplexen Entscheidungen auf der Grundlage wissenschaftlicher Daten ein weites Ermessen zu, dessen Ausübung gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist<sup>75</sup>. Zwar gilt auch hier grundsätzlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Jedoch betrachtet der Europäische Gerichtshof erlassene Maßnahmen nur dann als rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet sind<sup>76</sup>. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich in diesen Fällen darauf, ob die fragliche Maßnahme mit einem offensichtlichen Irrtum oder Ermessensmissbrauch behaftet ist oder ob die zuständige Behörde die Grenzen ihres Ermessensspielraums offensichtlich überschritten hat<sup>77</sup>.

Je sicherer die Erkenntnisse sind, dass ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass auch eine Gesundheitsgefährdung vorliegt. Kommt die Behörde im Rahmen ihrer Risikoanalyse zu dem Ergebnis, dass das Lebensmittel gesundheitsschädlich im Sinne des Art. 14

---

<sup>71</sup> Boch, a.a.O., § 40 Rn. 16.

<sup>72</sup> VGH München, LMRR 2007, 18.

<sup>73</sup> Pache/Meyer, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 21.

<sup>74</sup> EuG, Rs. T-70/99 – Alpharma, Randnr. 167.

<sup>75</sup> S. dazu Holle, Martin, Rechtslage und Regelungsansatz zur Grenzwertfestsetzung nach Unionsrecht, in: Möstl (Hrsg.), Lebensmittelanalytik und Recht, 2015, S. 46 f; Rathke, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 12.

<sup>76</sup> EuG, Rs. T-13/99, a.a.O., Rn. 412; EuGH, Rs. C-189/01, - Jippes, Randnr. 82; Rs. C-331/88, - Fedesa, Randnr. 14.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-601/11 P - Frankreich / Kommission, Randnr. 142; Rs. C-236/01 - Monsanto, Randnr. 135; Rs. C-120/97 - Upjohn, Randnr. 33 f.; Rs. C-405/92, - Mondiet, Randnr. 32, jeweils m.w.N.

Basis-VO sein kann, muss sie die geeigneten Schritte unternehmen, um die Öffentlichkeit über die Art des Gesundheitsrisikos aufzuklären. Die Bereitstellung der Information orientiert sich dabei an Art, Schwere und Ausmaß der Gefährdung und soll so umfassend wie möglich erfolgen (Art. 10 Abs. 1 Basis-VO). Dabei steht der Behörde in Anbetracht des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift kein Entschließungsermessen dahingehend zu, ob die Behörde die Öffentlichkeit informiert<sup>78</sup>. Die zum Teil im Schrifttum unter Verweis auf das im nationalen Verfassungsrecht verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip vertretene gegenteilige Auffassung<sup>79</sup> verkennt, dass der in Art. 9 und 10 Basis-VO zum Ausdruck kommende Grundsatz der Transparenz ein zentrales Element der Lebensmittelsicherheit ist und dass deshalb die Nicht-Veröffentlichung sicherheitsrelevanter Informationen die Ausnahme sein soll. Dies bestätigt auch Art. 7 Abs. 1 der Kontroll-VO für die Tätigkeit der amtlichen Lebensmittelüberwachung:

„(1) Die zuständigen Behörden gewährleisten, dass sie ihre Tätigkeiten mit einem hohen Maß an Transparenz ausüben. Zu diesem Zweck machen sie die ihnen vorliegenden Informationen der Öffentlichkeit so rasch wie möglich zugänglich.

Generell hat die Öffentlichkeit Zugang zu:

- a) Informationen über die Kontrolltätigkeiten der zuständigen Behörden und ihre Wirksamkeit und
- b) Informationen gemäß Artikel 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002.“

Beschränkt werden die Behörden durch die in Art. 7 Abs. 2 und 3 Kontroll-VO und in Art. 4 der VO (EG) Nr. 1049/2001 statuierten Geheimhaltungspflichten bezüglich:

- Voruntersuchungen und laufenden rechtlichen Verfahren
- personenbezogenen Daten
- des Schutzes öffentlicher Interessen im Hinblick auf:
  - die öffentliche Sicherheit,
  - die Verteidigung und militärische Belange,
  - die internationalen Beziehungen,
  - die Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft oder eines Mitgliedstaats;
- des Schutzes der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen, insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über den Schutz personenbezogener Daten.
- nach nationalem oder europäischem Recht besonders geschützten Informationen in Bezug auf Geheimhaltungspflichten, die Vertraulichkeit von Beratungen, internationale Beziehungen und die Landesverteidigung.

Weiter bestimmt Art. 4 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1049/2001, dass zwar grundsätzlich der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums, der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung sowie der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten durch entsprechende Geheimhaltungspflichten gewährleistet werden muss, im Falle eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Verbreitung aber dennoch eine Veröffentlichung derartiger Informationen erfolgen darf. Darüber hinaus besteht

---

<sup>78</sup> So auch Pache/Meyer, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 23 ff.; a.A. Rathke, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 19; BayVGH, 19 BV 11.1068, Beschluss vom 30.08.2011, Ziff. 2.2.1.

<sup>79</sup> Rathke, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 19.

ein legitimes Geheimhaltungsinteresse des Lebensmittelunternehmers im Wesentlichen nur dann, wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich zu machen und damit die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig beeinflusst wird<sup>80</sup>. Für Untersuchungsergebnisse, die Rechtsverstöße offenbaren, besteht eine solche Gefahr in der Regel nicht, so dass in diesen Fällen grundsätzlich nicht von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens ausgegangen werden kann<sup>81</sup>.

Ausdrücklich ausgenommen von der Geheimhaltung sind gemäß Art. 7 Abs. 2 Kontroll-VO solche Informationen, die von den Behörden zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus Art. 10 Basis-VO veröffentlicht werden. Sofern also ein hinreichender Verdacht eines Gesundheitsrisikos festgestellt wurde, stehen folglich selbst die dargestellten Geheimhaltungsinteressen einer Information der Öffentlichkeit grundsätzlich nicht entgegen<sup>82</sup>. Der Gemeinschaftsgesetzgeber räumt somit der Transparenz im Bereich der Lebensmittelsicherheit einen höheren Stellenwert ein als den geschäftlichen Interessen des betroffenen Unternehmers. Damit trägt er dem Umstand Rechnung, dass bei bestehenden Gesundheitsrisiken ökonomische Interessen in der Regel zurückzutreten haben. Zudem handelt es sich bei der Tatsache, dass ein Unternehmen nicht sichere, möglicherweise gesundheitsschädliche Lebensmittel im Markt hat, nicht um ein schützenswertes Betriebsgeheimnis. Die wirtschaftlich nachteiligen Folgen, die mit dem Bekanntwerden dieser Tatsache verbunden sind, haben außerdem letztlich ihre Ursache nicht in der Veröffentlichung sondern im vorangegangenen Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen. Ein generell schützenswertes Interesse am Nichtbekanntwerden von Verstößen ist aber nicht anzuerkennen.

Bei den dargestellten Regelungen aus EU-Verordnungen handelt es sich gemäß Art. 288 AEUV um verbindliches, unmittelbar geltendes Recht. Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts gilt dieser Anwendungsvorrang auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht<sup>83</sup> und seinem nationalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Ausgestaltung durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>84</sup>. Letzterer kann folglich nicht zur einschränkenden Auslegung des Art. 10 Basis-VO dahingehend herangezogen werden, dass entgegen dem Wortlaut der Vorschrift ein Entschließungsermessen der Behörden bestehen soll. Einschränkungen der Verpflichtung der Behörden, die Öffentlichkeit zu informieren, können sich allenfalls aus dem in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union kodifizierten europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben, da die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte und die daraus abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze gebunden sind<sup>85</sup>. Allerdings ist der europäische Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dem nationalen nicht vollständig deckungsgleich<sup>86</sup>. Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bestimmt:

---

<sup>80</sup> BVerwG, NVwZ 2009, 1114; BVerwG, NVwZ 2009, 1113; OVG Münster, LMuR 2014, 175, 185.

<sup>81</sup> OVG Münster, LMuR 2014, 175, 185; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung vgl. Schoch, Friedrich, NJW 2009, 2987, 2992; Wollenschläger, Ferdinand, VerwArch 2011, 20, 36.

<sup>82</sup> vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, ZLR 2013, 493, 494 f.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. 106/77 – Simmenthal II; BVerfGE 73, 339, 387; BVerfGE 102, 162 f.

<sup>84</sup> vgl. BVerfGE 73, 339, 380 – 383.

<sup>85</sup> Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Wollenschläger, Ferdinand, DöV 2013, 7, 17.

<sup>86</sup> Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265 ff.,

„Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann die Ausübung von Grundrechten Beschränkungen unterworfen werden, wenn diese tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zwecken der Union entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der diese Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet<sup>87</sup>. Dabei prüft der Gerichtshof in der Regel nur die Geeignetheit und Erforderlichkeit der grundrechtsbeschränkenden Maßnahme<sup>88</sup>. Erwägungen zur Angemessenheit stellt er dagegen nur in Fällen an, in denen die Beeinträchtigung des Grundrechtsträgers so umfassend ist, dass sie „grundlegende Bestandteile des Grundrechts völlig missachtet und demnach dessen Wesensgehalt berührt“<sup>89</sup>. Für die betroffenen Grundrechtsträger heißt dies, dass sie im Rahmen des Vollzugs europarechtlicher Vorschriften Eingriffe in ihre Grundrechte in stärkerem Maße zu dulden haben, als dies nach nationalem Verfassungsrecht für den Vollzug nationaler Rechtsvorschriften der Fall ist. Das ist mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber vereinbar, da sie für den europäischen Grundrechtsschutz nicht ein identisches sondern nur ein dem nationalen Verfassungsrecht im Wesentlichen vergleichbares Schutzniveau fordert<sup>90</sup>.

Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Information der Öffentlichkeit nach Art. 10 Basis-VO kommt somit lediglich in Fällen in Betracht, in denen eine solche Maßnahme zur Erreichung des verfolgten Ziels gänzlich ungeeignet ist, die Behörde rechtsmissbräuchlich handelt oder dem betroffenen Lebensmittelunternehmer seine berufliche Tätigkeit schlechthin unmöglich gemacht wird. Dies wäre beispielsweise gegeben, wenn von dem vermutlich gesundheitsschädlichen Lebensmittel nachweislich keinerlei Bestände bei Hersteller, Handel oder Verbrauchern mehr vorhanden sind (z.B. weil das Verbrauchsdatum des Produkts bereits abgelaufen ist). Dagegen ist der drohende Grad der Gesundheitsgefährdung oder deren Wahrscheinlichkeit kein Kriterium, das ein Abweichen vom Regelfall der Informationspflicht rechtfertigen würde. Die Behörde darf deshalb nicht auf eine Information der Öffentlichkeit verzichten, nur weil die zu erwartenden Gesundheitsschäden möglicherweise gering sind oder die Realisierung des Risikos nicht besonders wahrscheinlich erscheint. Auch bei in tatsächlicher Hinsicht noch nicht endgültig erwiesenen Sachverhalten darf die Behörde die Öffentlichkeit z.B. über be-

---

<sup>87</sup> EuGH, Rs. 5/88 – Hubert Wachauf; EuGH, Rs. C-280/93 – Bananenmarktordnung; Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265, 279 mit umfangreichen Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung.

<sup>88</sup> so schon EuGH, Rs. C-413/99 – Baumbast und R, Randnr. 91; s. zuletzt EuGH, Rs. C-168/14 – Itevelesa, Randnr. 82-84.

<sup>89</sup> Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265, 280 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-408/03 – Kommission / Belgien, Randnr. 68.

<sup>90</sup> BVerfGE 73, 339; BVerfGE 102, 147.

stehende Verbraucherrisiken informieren, wenn ein öffentliches Interesse an dieser Information besteht und auf die noch bestehenden Unsicherheiten hingewiesen wird<sup>91</sup>. Voraussetzung dafür ist, dass die Behörde zuvor den Sachverhalt sorgfältig geprüft und soweit wie möglich aufgeklärt hat und die noch bestehenden Ungewissheiten ebenfalls an die Öffentlichkeit kommuniziert werden<sup>92</sup>.

Seit der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs im „Berger“-Fall ist außerdem gemeinschaftsrechtlich geklärt, dass die Überwachungsbehörden auf der Grundlage des Art. 17 Abs. 2 Basis-VO auch unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr berechtigt sind, die Öffentlichkeit unter Nennung des Namens des verantwortlichen Lebensmittelunternehmers über zum Verzehr ungeeignete Produkte zu informieren, sofern die Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 Kontroll-VO eingehalten werden<sup>93</sup>. Eine Rechtspflicht zur Information besteht aber im Gegensatz zu den Fällen des Art. 10 Basis-VO nicht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass bei Vorliegen eines hinreichenden Verdachts eines von einem Lebensmittel ausgehenden Gesundheitsrisikos eine Verpflichtung der zuständigen Überwachungsbehörden besteht, die Öffentlichkeit zu informieren. Ein Entschließungsermessen dahingehend, **ob informiert wird oder nicht**, ist der Behörde im Regelfall nicht eingeräumt. Ausnahmen hiervon kommen nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit der Informationsmaßnahme zur Wiederherstellung der Lebensmittelsicherheit, im Fall des Rechtsmissbrauchs oder bei Verletzung des Wesensgehalts der betroffenen Grundrechte in Betracht. Geheimhaltungspflichten aus Gründen des Schutzes der geschäftlichen Interessen des betroffenen Unternehmens stehen der Information dagegen gemäß Art. 7 Abs. 2 Kontroll-VO nicht entgegen.

Bei der Frage, **in welcher Form** konkret die Information der Öffentlichkeit zu erfolgen hat, besteht ein Auswahlermessen der Behörde. Dies folgt daraus, dass nach Art. 10 Basis-VO die Art, die Schwere und das Ausmaß des Gesundheitsrisikos zu berücksichtigen und zur Information geeignete Maßnahmen zu treffen sind. Je nach Gefährdungsgrad kommen hierfür aufklärende Hinweise, Empfehlungen oder Warnungen in verschiedenen Konkretisierungsgraden in Betracht<sup>94</sup>. Gleichzeitig ist es bei der Wahl von Kommunikationsform und –inhalt geboten, nur solche Maßnahmen in Betracht zu ziehen, die geeignet sind, das mit der Vorschrift verfolgte Ziel der Gewährleistung der Lebensmittelsicherheit zu erreichen.

Das mildeste Mittel staatlichen Informationshandelns sind die allgemeine Berichterstattung über die behördliche Tätigkeit, allgemeine Hinweise oder themenbezogene Mitteilungen, bei denen keine Lebensmittelunternehmer oder Produkte namentlich genannt werden<sup>95</sup>. Die staatlichen Organe werden hier sachlich informierend tätig, ohne Handlungsempfehlungen abzugeben und verhalten sich dementsprechend in Bezug auf den dargestellten Problembereich oder Themenkomplex neutral<sup>96</sup>. Aufgrund ihrer allgemeinen Natur tangieren behördliche Hinweise wenn überhaupt die Grundrechte der Lebensmittelunternehmer oder der Verbraucher allenfalls minimal. Aus dem gleichen Grund sind sie

---

<sup>91</sup> BVerfGE 105, 252, 272; Schoch, a.a.O., S. 2848.

<sup>92</sup> BVerfGE 105, 252, 272.

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-363/11 – Berger, Randnr. 36.

<sup>94</sup> Seemann, Jan, Behördliche Produktinformation im europäischen und deutschen Lebensmittelrecht, 2008, S. 73; Pache/Meyer, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 23 ff.

<sup>95</sup> Tremml, Bernd/Luber, Michael, NJW 2005, 1745, 1746.

<sup>96</sup> Schoch, Friedrich, NJW 2012, 2844, 2845; Seemann, a.a.O., S. 75; Tremml/Luber, a.a.O., S. 1746.

aber auch wenig geeignet, das Verhalten der Bevölkerung zu beeinflussen<sup>97</sup>. Demgegenüber wird mit behördlichen Empfehlungen eine Präferenz für eine von mehreren Handlungsoptionen zum Ausdruck gebracht mit dem Ziel, auf die Verbraucher einzuwirken und sie zu dem staatlicherseits präferierten Verhalten zu veranlassen<sup>98</sup>. Je nach dem Konkretisierungsgrad der Empfehlung können die Grundrechte der von der Empfehlung Betroffenen mehr oder weniger stark berührt sein. Sofern Produkte oder Betriebe namentlich genannt und in einen negativen Gesamtzusammenhang gestellt werden, kann diese Beeinträchtigung den Wirkungen einer öffentlichen Warnung nahekommen<sup>99</sup>. Gleiches gilt für die behördliche Aufklärung und Unterrichtung über bestimmte Sachverhalte unter Nennung der beteiligten Unternehmen<sup>100</sup>. Das schärfste Mittel staatlichen Informationshandelns ist die behördliche Warnung. Sie ist eine Maßnahme der Gefahrenabwehr mit dem Ziel, die Verbraucher auf bestehende konkrete Gefahren für Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit wie Leben und Gesundheit aufmerksam zu machen und dadurch ein bestimmtes Verhalten der Bevölkerung herbeizuführen<sup>101</sup> (z.B. Verzicht auf den Verzehr, Rückgabe an Hersteller oder Handel). Sofern dabei der Name oder das Produkt eines Lebensmittelunternehmens konkret genannt werden, liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in dessen Berufsausübungsfreiheit vor<sup>102</sup>, da die Absatzmöglichkeiten und der Ruf des Betriebs beeinträchtigt werden.

Die handelnde Behörde muss jeweils von Fall zu Fall entscheiden, welche Informationsstrategie in Anbetracht der bestehenden Gefährdungslage angemessen ist. Liegt ein als hoch einzuschätzendes Risiko für eine große Zahl von Verbrauchern vor, muss sie unter Nennung der konkreten Gefährdung sowie der Namen von Hersteller und Produkt an die Öffentlichkeit gehen und eine entsprechende Warnung aussprechen<sup>103</sup>. Besteht dagegen nur ein geringes Risiko für eine spezifische Verbrauchergruppe, kann eine Information dieser Gruppe ausreichend sein<sup>104</sup>. Ebenso kann in Fällen mit geringem Gefährdungspotential eine allgemeinere Form der Information ohne Nennung des Betriebs, der Marke und/oder des spezifischen Produkts das Mittel der Wahl sein<sup>105</sup>.

#### b) § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB

Soweit die zuständige Behörde nach § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB bei gesundheitsschädlichen Lebensmitteln gemäß Art. 10 Basis-VO die Öffentlichkeit informieren soll, wiederholt die Vorschrift lediglich die bereits in Art. 10 Basis-VO begründete behördliche Informationspflicht<sup>106</sup>. Besteht bei einem Lebensmittel der hinreichende Verdacht eines Gesundheitsrisikos, ist damit grundsätzlich die Öffentlichkeit immer zu informieren. Ein Entschließungsermessen, ob die Behörde überhaupt tätig wird, besteht wegen der zwingenden Vorgaben des Art. 10 Basis-VO in der Regel nicht<sup>107</sup>. Möglichen Grundrechtsbeein-

---

<sup>97</sup> Seemann, a.a.O., S. 75.

<sup>98</sup> Seemann, a.a.O., S. 74.

<sup>99</sup> Seemann, a.a.O., S. 75.

<sup>100</sup> Schoch, a.a.O., S. 2845.

<sup>101</sup> Vgl. von Danwitz, Thomas, Verfassungsfragen staatlicher Produktempfehlungen, 2003, S. 20.

<sup>102</sup> S. unten b).

<sup>103</sup> Pache/Meyer, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 38.

<sup>104</sup> Pache/Meyer, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 38.

<sup>105</sup> Pache/Meyer, a.a.O., Art. 10 Basis-VO, Rn. 38

<sup>106</sup> Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 4.

<sup>107</sup> So auch Schoch, a.a.O., S. 2847; zu den Ausnahmen s. oben a).

trüchtigungen der Lebensmittelunternehmer ist im Rahmen der Ausübung des Auswahlermessens bezüglich der zu wählenden Informationsmaßnahme Rechnung zu tragen. Insoweit gilt das oben zu Art. 10 Basis-VO Gesagte.

#### c) § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB

§ 40 Abs. 1 S. 2 und Abs. 1a LFGB erweitern die Informationsbefugnisse der deutschen Behörden auf Fälle, die nicht schon von Art. 10 Basis-VO erfasst sind und zum Teil unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr liegen. Der deutsche Gesetzgeber erkennt damit ein legitimes Informationsbedürfnis der Verbraucher bei ernstzunehmenden, nicht unerheblichen Missständen auch in diesen Fällen an<sup>108</sup>. Diese Ausdehnung der behördlichen Befugnisse über die Vorgaben des Art. 10 Basis-VO hinaus ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da die Vorschrift lediglich einen Mindeststandard festschreibt und darüber hinausgehende Informationsmaßnahmen nicht ausschließt<sup>109</sup>. Allerdings ist bei nicht durch europarechtliche Vorgaben determinierten bundesrechtlichen Bestimmungen zu beachten, dass diese selbst und die auf ihrer Grundlage ergriffenen Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in seiner durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Ausprägung genügen müssen. § 40 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a sowie die Absätze 2-4 LFGB enthalten deshalb auch weitere Voraussetzungen und Beschränkungen für die Information der Öffentlichkeit, als dies bei Art. 10 Basis-VO / § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB der Fall ist.

§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB sieht die Information der Öffentlichkeit vor, wenn der hinreichende Verdacht besteht, dass gegen Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen dienen, verstoßen wurde. Auch hier handelt es sich um eine „Soll“-Vorschrift, so dass die Behörde von einer Information der Öffentlichkeit nur dann absehen kann, wenn ein atypischer Sachverhalt vorliegt oder das mit der Information erfolgte Ziel durch die Veröffentlichung nicht (mehr) erreicht werden kann. Ebenso wie bei Art. 10 Basis-VO bedeutet „hinreichender Verdacht“ auch hier, dass tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen müssen, die einen Verstoß wahrscheinlich erscheinen lassen<sup>110</sup>. Ausreichend ist dabei, dass gegen Vorschriften verstoßen wird, die (zumindest auch) dem Gesundheitsschutz dienen. Eine mögliche Gesundheitsgefahr muss mit dem konkreten Verstoß nicht verbunden sein<sup>111</sup>. Deshalb sind auch solche Vorschriften in den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB einbezogen, die präventiven Zwecken dienen, wie Höchstmengen für Pflanzenschutzmittelrückstände oder Hygienebestimmungen<sup>112</sup>. Hierzu gehören Vorschriften wie § 3 S. 1 Lebensmittelhygieneverordnung (LMHV), wonach Lebensmittel nur so hergestellt, behandelt oder in den Verkehr gebracht werden dürfen, dass sie bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt keiner Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung (beispielsweise durch Mikroorganismen) ausgesetzt sind oder die allgemeine Verpflichtung der Lebensmittelunternehmer aus Art. 3 VO (EG) Nr. 825/2004 über Lebensmittelhygiene, im Betrieb die einschlägigen Hygienevorschriften nach dieser Verordnung zu erfüllen.

---

<sup>108</sup> VG München, M 22 E 12.4275, Beschluss vom 13.9.2012, Rn. 85.

<sup>109</sup> EuGH, Rs. C-636/11 – Berger, Randnr. 37; ebenso schon VG München, M 22 E 12.4275, Beschluss vom 13.09.2012, Rn. 89 f.

<sup>110</sup> Siehe oben a); Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 10 f.

<sup>111</sup> Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 10.

<sup>112</sup> Boch, a.a.O., § 40 Rn. 15; Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 12.

Aber auch tierseuchenrechtliche Regelungen können dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen und ein Verstoß gegen sie damit Gegenstand öffentlicher Information nach § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB sein. Gemäß Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2160/2003 zur Bekämpfung von Salmonellen und bestimmten anderen durch Lebensmittel übertragbaren Zoonoseerregern soll die Verordnung „gewährleisten, dass angemessene und wirksame Maßnahmen zur Feststellung und Bekämpfung von Salmonellen und anderen Zoonoseerregern auf allen relevanten Herstellungs-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen, insbesondere auf der Ebene der Primärproduktion, auch in Futtermitteln, getroffen werden, um die Prävalenz dieser Erreger und das von ihnen ausgehende Risiko für die öffentliche Gesundheit zu senken“. Die zur Durchführung der VO (EG) Nr. 2160/2003 ergangene Verordnung (EU) Nr. 517/2011 bestätigt dies in ihrem Erwägungsgrund 3 wie folgt:

„Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 2160/2003 bezieht sich auf alle Salmonella-Serotypen, die bei Herden von Legehennen der Spezies Gallus gallus vorkommen und von Belang für die Gesundheit der Bevölkerung sind. Diese Legehennen können über ihre Eier eine Salmonelleninfektion auf die Verbraucher übertragen. Daher trägt eine Senkung der Prävalenz von Salmonella in Legehennenherden zur Bekämpfung dieses gesundheitsgefährdenden Zoonoseerregers bei Eiern bei.“

Gleiches trifft für die zu ihrer Durchführung durch den Bund erlassene Geflügel-Salmonellen-Verordnung (GeflSalmoV) zu. Zweck der Vorschriften ist folglich nicht nur der Tierschutz sondern in erheblichem Maße der Schutz der Verbraucher vor Salmonelleninfektionen, die durch Geflügelprodukte hervorgerufen werden können. Dies steht im Einklang mit dem ganzheitlichen Ansatz des europäischen Lebensmittelsicherheitsrechts, das die ganze Kette von der Urproduktion bis zum Endverbraucher in seinen Schutzbereich einbezieht<sup>113</sup>.

Ein Verstoß liegt immer dann vor, wenn ein Vorgang nicht mit den einschlägigen lebensmittelrechtlichen Vorschriften im Einklang steht, ohne dass es auf dessen Ahndbarkeit im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren ankäme<sup>114</sup>. Auf die Erheblichkeit des Verstoßes kommt es nicht an. Selbst bei geringfügigen Verstößen besteht somit grundsätzlich eine Befugnis der Behörden, die Öffentlichkeit in angemessener Weise zu informieren. Dabei sind jedoch die weiteren Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 und Abs. 3 LFGB (dazu unten f) sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

#### d) § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 LFGB

§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 LFGB gestattet die Verbraucherinformation auch in Fällen, in denen zwar noch kein hinreichender Verdacht eines Gesundheitsrisikos besteht, aber zumindest Anhaltspunkte für eine mögliche Gesundheitsgefahr vorhanden sind<sup>115</sup>. Dies ist oft der Fall, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse eine potentielle Gesundheitsgefahr indizieren (z.B. aus toxikologischen Studien), die Forschung aber noch nicht so weit fortgeschritten ist, dass hierzu schon verbindliche Aussagen gemacht werden können (wie z.B. in den Fällen von Acrylamid oder Bisphenol A geschehen). Darüber hinaus erlaubt die Vorschrift eine Veröffentlichung auch dann, wenn die mögliche Gefährdung von zwar nicht

---

<sup>113</sup> Art. 1 Abs. 3 Basis-VO.

<sup>114</sup> BayVGH, G 09.1, Beschluss vom 22.12.2009.

<sup>115</sup> Boch, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 16; Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 14.

gesundheitsschädlichen, aber für den Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln ausgeht<sup>116</sup>. Die verbleibende Unsicherheit bei der Beurteilung des Sachverhalts muss sich dabei auf die Frage der Gefährdung beziehen; die tatsächlichen Anhaltspunkte müssen dagegen gesichert sein<sup>117</sup>.

Ebenso wie bei § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB muss die Behörde auch im Fall der Nr. 3 den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten, den Lebensmittelunternehmer vor der Veröffentlichung anhören und ihm ggf. vorab Gelegenheit geben, die Öffentlichkeit selbst zu informieren. Zusätzlich verlangt § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB, die Belange des Unternehmens mit dem Interesse der Öffentlichkeit an der Information abzuwägen. Dabei ist das Gesetz im Hinblick auf die Gewichtung der Belange insoweit neutral, als es a priori weder ein über das normale Maß hinausgehendes erhöhtes Interesse der Öffentlichkeit an der Information für die Zulässigkeit der Veröffentlichung verlangt, noch ein solches besonderes Interesse des Unternehmers für das Absehen von der Veröffentlichung<sup>118</sup>. Vielmehr ist für jeden Einzelfall zu prüfen, welchem Interesse der Vorrang zukommen soll. Auch hier kommt es für die Abwägung darauf an, wie hoch die noch bestehende Unsicherheit in Bezug auf die mögliche Gesundheitsgefährdung ist und in welchem Maße wirtschaftliche Interessen des Unternehmens durch die gewählte Form der Kommunikation beeinträchtigt werden können.

#### e) § 40 Abs. 1a LFGB

§ 40 Abs. 1a LFGB begründet eine zwingende Pflicht der Behörden, ungefragt von sich aus über Verstöße gegen hygienische Anforderungen von erheblicher Relevanz zu informieren, die sich auf ein konkretes Lebensmittel beziehen<sup>119</sup>. Der mit einer Veröffentlichung solcher Informationen drohende Imageschaden und damit verbundene Absatzeinbußen sind eine vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommene Folge der durch die Verbraucherinformation hergestellten Markttransparenz, die Verbraucher in die Lage versetzt, ihre marktgestaltende Funktion wahrzunehmen<sup>120</sup>.

Gegen die Vereinbarkeit des § 40 Abs. 1a LFGB mit Europa- und Verfassungsrecht sind von der Rechtsprechung Bedenken erhoben worden<sup>121</sup>. Sofern diese die mögliche Sperrwirkung des Art. 10 Basis-VO gegenüber behördlichen Informationen unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr betrafen, sind diese seit der „Berger“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ausgeräumt<sup>122</sup>. Soweit die Einwände die fehlende Verhältnismäßigkeit der Regelung beanstanden, beziehen sich diese zum einen auf die Problematik der Information über bereits behobene Mängel, auf das fehlende Entschließungsermessen der Behörde und auf das Fehlen einer Lösungsfrist<sup>123</sup>. Des Weiteren wird zum Teil die

---

<sup>116</sup> Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 14.

<sup>117</sup> Boch, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 17.

<sup>118</sup> Vgl. Rathke, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 13; die abweichende Ansicht von Pache/Meyer, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 48, ist in Anbetracht der bewusst vorgenommenen Streichung des Begriffs des „besonderen Interesses“ aus dem Gesetzestext durch das Änderungsgesetz vom 29.06.2009 (BGBl. I 2009, S. 1659) wohl nicht mehr haltbar.

<sup>119</sup> VG München, M 22 E 12.4275, Beschluss vom 13.9.2012, Rn. 85; OVG Münster, 13 B 192/13, Beschluss vom 24.04.2013; ebenso in einem obiter dictum OVG Koblenz, NVwZ 2013, 1020, 1022 f.

<sup>120</sup> OVG Münster, LMuR 2014, 175, 185.

<sup>121</sup> BayVGh, 19 BV 11.1068, Beschluss vom 30.08.2011, Ziff. 2.2.3.; VGh Mannheim, NVwZ 2013, 1022; OVG Münster, 13 B 192/13, Beschluss vom 24.04.2013; VG München, M 18 E 12.5870, Beschluss vom 17.01.2013.

<sup>122</sup> EuGH, C-636/11 – Berger.

<sup>123</sup> BayVGh, 19 BV 11.1068, Beschluss vom 30.08.2011, Ziff. 2.2.3.; VGh Mannheim, NVwZ 2013, 1022; OVG Münster, 13 B 192/13, Beschluss vom 24.04.2013.

fehlende Bestimmtheit der Vorschrift im Hinblick auf den in Bezug genommenen Bußgeldtatbestand gerügt<sup>124</sup>. Dabei hat vor allem der Bayerische Verwaltungsgerichtshof eine besonders kritische Haltung zur Verfassungsmäßigkeit des § 40 Abs. 1a LFGB eingenommen<sup>125</sup>. Ob und wann es zu einer verfassungsgerichtlichen Klärung der von den Verwaltungsgerichten aufgeworfenen Fragen kommen wird, lässt sich nicht sicher vorhersagen zumal der Bundesgesetzgeber inzwischen den Entwurf einer Neufassung des § 40 Abs. 1a LFGB vorgelegt hat, der den geäußerten Bedenken Rechnung tragen soll<sup>126</sup>. Festzuhalten bleibt, dass zum Zeitpunkt der Vorgänge um die Firma Bayern-Ei im Jahr 2014 eine große Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1a LFGB bestand.

#### f) Weitere Voraussetzungen für die Information der Öffentlichkeit in § 40 Abs. 2 und Abs. 3 LFGB

Aufgrund der erheblichen Beeinträchtigung des öffentlichen Ansehens eines Unternehmens und des daraus folgenden ideellen und ökonomischen Schadens, stellt eine öffentliche Warnung unter Nennung des Namens von Produkt und/oder Unternehmen durch die Behörde stets die ultima ratio dar. Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stets den Einsatz des mildesten, wirksamen Mittels gebietet, ist darum immer zunächst dem Unternehmen die Möglichkeit zu geben, selbst die Öffentlichkeit zu informieren<sup>127</sup>. Dem trägt die Vorschrift des § 40 Abs. 2 LFGB Rechnung, nach der eine Information der Öffentlichkeit durch die Behörde nur zulässig ist, wenn keine ebenso wirksamen, weniger einschneidende Maßnahmen, wie z.B. die Information der Öffentlichkeit durch den Lebensmittelunternehmer selbst, zur Verfügung stehen. Dadurch sollen die dem Lebensmittelunternehmer durch die Veröffentlichung drohenden Rufschäden und deren Konsequenzen abgemildert werden, indem ihm die Möglichkeit gegeben wird, selbst aktiv zu werden. Weigert sich das Unternehmen, die Öffentlichkeit zu informieren oder tut dies nur in einer Art und Weise, die das bestehende Risiko für die Verbraucher nicht hinreichend deutlich macht, sind die Behörden zu eigenen Informationsmaßnahmen berechtigt.

Gemäß § 40 Abs. 3 LFGB ist der betroffene Lebensmittelunternehmer vor der Veröffentlichung anzuhören. Damit soll ihm Gelegenheit gegeben werden, sich zu Inhalt und Form der Information sowie den ihr zugrundeliegenden Tatsachen zu äußern und damit Einfluss auf die behördlicherseits vorgesehene Kommunikationsmaßnahme nehmen zu können<sup>128</sup>. Die Behörde ist verpflichtet, eine solche Stellungnahme in ihre Abwägung einzubeziehen<sup>129</sup>.

#### g) Zusammenfassung

§ 40 LFGB gestattet es den Lebensmittelüberwachungsbehörden, bei hinreichendem Verdacht von Verstößen gegen gesundheitsschützende Vorschriften die Öffentlichkeit zu informieren. „Hinreichender Verdacht“ meint dabei das Vorhandensein von tatsächlichen Anhaltspunkten, wie sie sich z.B. aus

---

<sup>124</sup> BayVGH, 19 BV 11.1068, Beschluss vom 30.08.2011, Ziff. 2.2.4; a.A. OVG Münster, 13 B 192/13, Beschluss vom 24.04.2013.

<sup>125</sup> BayVGH, 19 BV 11.1068, Beschluss vom 30.08.2011.

<sup>126</sup> Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs sowie anderer Vorschriften, [https://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/SichereLebensmittel/KontrolleRisikomanagement/\\_Texte/DossierKontrolleUndRisikomanagement.html?nn=373498&notFirst=false&docId=6166380](https://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/SichereLebensmittel/KontrolleRisikomanagement/_Texte/DossierKontrolleUndRisikomanagement.html?nn=373498&notFirst=false&docId=6166380), zuletzt abgerufen am 09.11.2015.

<sup>127</sup> Porsch, Winfried, ZLR 2003, 175, 178.

<sup>128</sup> OVG Münster, NVwZ 1987, 607.

<sup>129</sup> OVG Lüneburg, DVBl. 1973, 506; BVerfG, NVwZ-RR 2002, 802; Pache/Meyer, a.a.O., § 40 LFGB, Rn. 54 ff.

den anlässlich einer Kontrolle vorgefundenen betrieblichen Hygienezuständen oder aus Analyseergebnissen entnommener Proben ergeben<sup>130</sup>. Sofern mit dem Verstoß eine mögliche Gesundheitsgefahr für Verbraucher verbunden ist, besteht aufgrund der Vorgaben des Art. 10 Basis-VO auch gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB eine Pflicht der Behörde, informierend tätig zu werden, sofern dem nicht die oben genannten gemeinschaftsrechtlichen Beschränkungen entgegenstehen. Eine Informationspflicht kann aber gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 LFGB auch dann bestehen, wenn noch nicht hinreichend geklärt ist, ob überhaupt eine Gesundheitsgefahr bestehen kann oder wenn gegen gesundheitsschützende Vorschriften verstoßen wurde, ohne dass eine Gesundheitsgefahr vorliegt. Allerdings kommt in diesen Fällen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Schutz der geschäftlichen Interessen des Lebensmittelunternehmers umso stärker zum Tragen, je geringfügiger die den Verbrauchern drohende Beeinträchtigung ist. In allen Fällen des § 40 LFGB ist der Lebensmittelunternehmer vor einer Veröffentlichung anzuhören und ihm die Gelegenheit zu geben, vorrangig selbst die Öffentlichkeit zu informieren.

Die unten stehende Tabelle fasst noch einmal die den Behörden in der amtlichen Lebensmittelüberwachung zur Verfügung stehenden Rechtsgrundlagen zur Information der Öffentlichkeit sowie deren Voraussetzungen und Grenzen zusammen. Im Hinblick auf § 40 Abs. 1a LFGB ist zu beachten, dass die Verwaltungsgerichtbarkeit aufgrund begründeter Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung behördliche Informationsmaßnahmen, die sich auf diese Vorschrift stützten, vielfach als rechtswidrig bewertet haben (s. oben Fn. 121). Dessen Anwendung stellte somit im hier betrachteten Zeitraum der Vorgänge um die Firma Bayern-Ei von Februar bis Oktober 2014 für die bayerischen Behörden keine realistische Handlungsoption dar.

Rechtsgrundlage	Ermessen, <b>ob</b> gehandelt wird	Ermessen, <b>wie</b> gehandelt wird	Voraussetzungen für Information	Beschränkungen
Art. 10 Basis-VO / § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB	NEIN	JA	Hinreichender Verdacht eines Gesundheitsrisikos	Maßnahme offensichtlich ungeeignet, Irrtum, Missbrauch, Ermessensüberschreitung, Wesensgehalt der Grundrechte verletzt,
Art. 17 Abs. 2 Basis-VO	JA	JA	Relevanz für Lebensmittelsicherheit	Maßnahme offensichtlich ungeeignet, Irrtum, Missbrauch, Ermessensüberschreitung, Wesensgehalt der Grundrechte verletzt, Geheimhaltungspflichten
§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB	NEIN	JA	Hinreichender Verdacht eines Verstoßes gegen gesundheitsschützende Vorschriften	Anhörung Unternehmer, Vorrang der Information durch den Unternehmer, Verhältnismäßigkeit

<sup>130</sup> S. oben unter a).

§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 LFGB	NEIN	JA	Hinreichende Anhaltspunkte für eine Gefährdung von Sicherheit und Gesundheit bei verbleibenden Ungewissheiten	Anhörung Unternehmer, Vorrang der Information durch den Unternehmer, Interessenabwägung, Verhältnismäßigkeit
§ 40 Abs. 1a LFGB	NEIN	JA	Durch Tatsachen hinreichend begründeter Verdacht: - einer Grenzwertüberschreitung oder - eines Verstoßes gegen Vorschriften zum Schutz vor Gesundheitsgefährdungen, vor Täuschung oder zur Einhaltung hygienischer Anforderungen, für den ein Bußgeld von mindestens 350 Euro zu erwarten ist	Bei Proben: mindestens zwei unabhängige Untersuchungen, Anhörung Unternehmer, Verhältnismäßigkeit

Tab. 1: Überblick über die behördlichen Befugnisse zur Information der Öffentlichkeit

### C. Lebensmittelrechtliche Bewertung von Salmonellen auf Eierschalen

Bei Salmonellen handelt es sich um eine Gruppe von pathogenen Bakterien, von denen einige beim Menschen akute Darmerkrankungen (Salmonellose) auslösen können. Hierzu gehören die bei der Firma Bayern-Ei nachgewiesenen Serotypen Salmonella Enteritidis und Salmonella Kiambu. Bei empfindlichen Bevölkerungsgruppen wie Kindern, immungeschwächten oder älteren Menschen kann eine Salmonellose neben Erbrechen und Durchfall mit schwereren Krankheitsbildern wie Fieber, massiven Flüssigkeitsverlusten und rascher Gewichtsabnahme einhergehen. Im Einzelfall können diese systemischen Effekte zum Tod führen<sup>131</sup>. Bei Salmonellosen handelt es sich um meldepflichtige Krankheiten gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 Infektionsschutzgesetz.

Ein wesentlicher Infektionsweg ist die Übertragung durch den Umgang mit oder den Verzehr von belasteten Lebensmitteln tierischer Herkunft. Eine wesentliche Kontaminationsquelle ist die interne oder externe Kontamination von Eiern<sup>132</sup>. Die Kontamination von Eierschalen mit Salmonellen erfolgt dabei außer in den Ställen selbst vor allem über die Packstellen<sup>133</sup>. Die Verwendung solcher Eier in der Küche

<sup>131</sup> zu Erregern, Infektionswegen und Krankheitsbild der Salmonellose s. ausführlich den Ratgeber für Ärzte des Robert-Koch-Instituts (RKI-Ratgeber), [http://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber\\_Salmonellose.html#doc2374560bodyText2](http://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Salmonellose.html#doc2374560bodyText2), zuletzt abgerufen am 7.11.2015.

<sup>132</sup> EFSA, Scientific Opinion on a quantitative estimation of the public health impact of setting a new target for the reduction of Salmonella in laying hens, EFSA Journal 2010; 8(4): 1546, S. 2.

<sup>133</sup> EFSA, a.a.O., S. 40.

oder in der Gastronomie kann dann insbesondere bei der Zubereitung von Speisen, die nicht erhitzt werden, zu einer Kreuzkontamination dieser Speisen führen. Solche Kreuzkontaminationen sind in Literatur als Quellen von Salmonellose-Ausbrüchen dokumentiert<sup>134</sup>. Allerdings reicht die vorhandene Datenlage nicht aus, um das Risiko salmonellenbelasteter Eierschalen für die öffentliche Gesundheit insgesamt zuverlässig abschätzen zu können; es ist allerdings geringer einzuschätzen, als bei einer Salmonellenkontaminationen des Ei-Inhalts<sup>135</sup>.

Konkrete rechtliche Vorgaben für die Bewertung von Salmonellen in Lebensmitteln enthält die Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel. Dort sind allerdings in Bezug auf Eier nur für deren Verarbeitungserzeugnisse Kriterien festgelegt (oben B.I.2). Eier selbst sind dagegen nicht erfasst. Mangels spezialgesetzlicher Regelung ist die Sicherheit von Eiern, deren Schale mit Salmonellen belastet ist, anhand von Art. 14 Basis-VO zu beurteilen. Wie bereits oben dargestellt, ist dabei ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten. Gemäß Art. 14 Abs. 3 und 4 Basis-VO sind bei der Bewertung die Auswirkungen des Lebensmittels auf die Gesundheit, insbesondere auch von empfindlichen Verbrauchergruppen<sup>136</sup>, aber auch die normalen Bedingungen seiner Verwendung und die den Verbrauchern zugängliche Information zu berücksichtigen. Ergänzend bestimmt § 7 Abs. 2 AVV SWS, dass ein ernstes Risiko für die menschliche Gesundheit anzunehmen ist, wenn bei Lebensmitteln Bakterien nach einer Art, Zahl oder Menge nachgewiesen wurden, die geeignet sind, die menschliche Gesundheit zu schädigen.

Die Infektionsdosis für den erwachsenen Menschen liegt nach Angaben des Robert-Koch-Instituts bei  $10^4$  bis  $10^6$  Keimen. Befinden sich Salmonellen in stark fetthaltigen Lebensmitteln (Käse, Schokolade, Salami), in Gewürzen oder besteht eine besondere Disposition, z.B. Abwehrschwäche (Säuglinge, Kleinkinder, alte Menschen), sind Erkrankungen bereits bei Infektionsdosen unter 100 Keimen beobachtet worden<sup>137</sup>. Da für die Salmonellenbelastung in den von den zuständigen Behörden in den verschiedenen Betriebsstätten der Firma Bayern-Ei genommenen Proben lediglich ein qualitativer aber kein quantitativer Nachweis berichtet wird, kann über die ursprünglich auf den Eierschalen vorhandene Keimzahl keine Aussage getroffen werden. Da aber davon auszugehen ist, dass sich die vorhandenen Keime, insbesondere bei einer Lagerung bei Raumtemperatur<sup>138</sup> und in der warmen Jahreszeit mit zunehmender Lagerungsdauer weiter vermehrt haben, spricht einiges dafür, dass die Keimzahlen die kritische Menge von über 100 Keimen für empfindliche Verbrauchergruppen bzw. von über 10.000 Keimen für einen gesunden, erwachsenen Verbraucher während der Haltbarkeitsdauer der Eier ohne weiteres erreicht haben können. Die Möglichkeit einer Gesundheitsgefahr bestand somit grundsätzlich.

Zu prüfen ist weiter, ob diese Gesundheitsgefahr durch die normale Verwendung der Eier und die dem Verbraucher hierzu zur Verfügung stehenden Informationen beseitigt werden kann. Hierzu ist zunächst

---

<sup>134</sup> EFSA, a.a.O., S. 40.

<sup>135</sup> EFSA, a.a.O., S. 40

<sup>136</sup> Zwar waren die von der Firma Bayern-Ei in Verkehr gebrachten Eier nicht gezielt nur für empfindliche Verbrauchergruppen bestimmt. Doch wurden diese Verbraucher als Zielgruppe auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Nach allgemeiner Lebenserfahrung war somit davon auszugehen, dass die Produkte des Unternehmens auch von besonders empfindlichen Verbrauchern verzehrt werden.

<sup>137</sup> RKI-Ratgeber für Ärzte, a.a.O.

<sup>138</sup> Eine Lagerung bei Raumtemperatur ist in den ersten 18 Tagen nach dem Legen zulässig. Eine Kühlpflicht gilt gemäß § Tier-LMHV danach auch nur für den gewerblichen Bereich; oft wird aber auf der Verpackung von Eiern die Kühlung ab dem 18. Tag nach dem Legedatum empfohlen.

anzumerken, dass bei Eiern anders als beispielsweise bei Geflügelfleisch oder Tee üblicherweise kein Hinweis auf der Verpackung angebracht ist, wie die von einer möglichen Salmonellenkontamination der Eierschale herrührende Gefährdung beseitigt werden kann (z.B. durch Erhitzung). Vielmehr wird davon ausgegangen, dass die Tatsache, dass sich auf Eierschalen Salmonellen befinden können, allgemein bekannt ist<sup>139</sup>. Diese Annahme mag in der Vergangenheit zutreffend gewesen sein, kann aber in Anbetracht der dramatisch abnehmenden Kenntnisse der Verbraucher über den Umgang mit Lebensmitteln heute so nicht mehr vorausgesetzt werden. Hierfür spricht unter anderem die Tatsache, dass jedes Jahr zur Osterzeit von einer Vielzahl von Landesbehörden sowie vom Bundesinstitut für Risikobewertung Informationen über die potentiellen Gesundheitsrisiken beim Ausblasen von rohen Eiern veröffentlicht werden<sup>140</sup>. Des Weiteren haben die über das EU-Schnellwarnsystem kommunizierten Fälle von Salmonellose gezeigt, dass die mit Salmonellen auf Eierschalen verbundenen Risiken nicht überall in der Bevölkerung bekannt sind und dass es hierdurch tatsächlich zu Gesundheitsschäden kommen kann. Die Risiken werden zwar dadurch reduziert, dass der weit überwiegende Teil der im Verkehr befindlichen Eier gekocht oder in anderer Weise durcherhitzt verzehrt wird und tendenziell immer weniger Speisen frisch zu Hause zubereitet werden. Dennoch verbleibt gerade bei weniger im Umgang mit Lebensmitteln geübten Verbrauchern immer die Möglichkeit einer Kreuzkontamination in der Küche, z.B. bei der Zubereitung von Salaten. Auch besondere Anlässe wie Ostern oder Weihnachten, zu denen öfter aufwendiger herzustellende Speisen frisch zubereitet oder eben auch Eier ausgeblasen werden, stellen Zeiten mit erhöhtem Risikopotential dar.

Insgesamt ist somit festzustellen, dass von Salmonellen auf Eierschalen potentiell Gesundheitsgefahren ausgehen. Es besteht außerdem eine nicht zu vernachlässigende Wahrscheinlichkeit, dass sich diese Gefahren realisieren. Aus diesem Grund hat sich auch das Land Bayern nach Auskunft des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz vom 29.06.2015 dazu entschieden, das Vorhandensein von Salmonellen auf Eierschalen wegen der bestehenden Gefahr einer Kreuzkontamination als gesundheitsschädlich und damit nicht sicher gemäß Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 a) Basis-VO zu klassifizieren<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> So auch der Präsident des Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, Prof. Dr. Andreas Zapf, in der 33. Sitzung des Ausschusses für Umwelt und Verbraucherschutz des Bayerischen Landtags am 01.07.2015, S. 15.

<sup>140</sup> s. z.B. „Ostereier: Auspusten und bemalen - aber richtig! BfR weist auf Gesundheitsrisiken durch Umgang mit rohen Eiern hin“, BfR-Pressemitteilung Nr. 14/2012 vom 30.03.2012, [http://www.bfr.bund.de/de/presseinformation/2012/14/ostereier\\_\\_auspusten\\_und\\_bemalen\\_\\_\\_aber\\_richtig\\_-129318.html](http://www.bfr.bund.de/de/presseinformation/2012/14/ostereier__auspusten_und_bemalen___aber_richtig_-129318.html); „Vorsicht beim Auspusten von Ostereiern“, Pressemitteilung des Landesamts Gesundheit und Soziales Mecklenburg-Vorpommern vom 15.03.2012, [http://www.lagus.mv-regierung.de/cms2/LAGuS\\_prod/LAGuS/de/ges/\\_Service/Meldungen/index.jsp?&pid=34325](http://www.lagus.mv-regierung.de/cms2/LAGuS_prod/LAGuS/de/ges/_Service/Meldungen/index.jsp?&pid=34325); jeweils zuletzt abgerufen am 06.11.2015.

<sup>141</sup> Bayerischer Landtag, LT-DRs. 17/7310 vom 14.08.2015, S. 7.

## D. Anwendung der rechtlichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden im Fall „Bayern-Ei“

Die im Sachstand dargestellten Vorgänge um die Firma Bayern-Ei waren Gegenstand behördlicher Maßnahmen<sup>142</sup>. In der folgenden Analyse soll geprüft werden, inwieweit die jeweils zuständigen Behörden ihre rechtlichen Befugnisse in der konkreten Situation zum damaligen Zeitpunkt ausgeschöpft haben. Schwerpunkt ist dabei insbesondere die Frage ob und ggf. wann die rechtlichen Voraussetzungen für eine Information der Öffentlichkeit vorgelegen haben. Hierzu wird zunächst die allgemeine Praxis der amtlichen Probenahme in Legehennenbetrieben untersucht (I.). Danach erfolgen eine Prüfung der jeweils auf die betroffenen Bayern-Ei-Standorte bezogenen behördlichen Maßnahmen (II.) sowie eine abschließende Stellungnahme (III.).

### I. Allgemeine Praxis der Probenahme in Legehennenbetrieben

Die allgemeine Probenahmepraxis der amtlichen Lebensmittelüberwachung in Bayern in Legehennenbetrieben lässt sich einer Aufstellung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit über die in den Bayern-Ei-Betriebstätten Aitershofen, Ettling und Niederharthausen vorgenommenen Kontrollen entnehmen<sup>143</sup>. Danach erfolgten lebensmittelrechtliche Routinekontrollen mindestens jährlich, zum Teil auch in deutlich kürzeren Abständen. Solche Kontrollintervalle sind in Anbetracht der für einen derartigen Betrieb typischen Risikosituation angemessen und entsprechen auch der Vorgehensweise in anderen Bundesländern<sup>144</sup>. Es fällt allerdings auf, dass bei der Regelkontrolle offenbar eine Stichprobe von lediglich zehn Eiern genommen wird. Ein sicherer Ausschluss einer Salmonellenbelastung ist bei dieser Probengröße nicht möglich. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission und des Bundesinstituts für Risikobewertung besteht bei der typischerweise bei Routinekontrollen durchgeführten Zwei-Klassen-Prüfung auf Anwesenheit oder Abwesenheit eines pathogenen Erregers wie Salmonellen bei einer Stichprobengröße von  $n=5$  immerhin noch eine 59%ige Chance, dass trotz fehlendem Nachweis des Erregers in der Probe bis zu 10% der gesamten Charge mit Salmonellen belastet ist<sup>145</sup>. Zwar sinkt diese Wahrscheinlichkeit mit steigendem Stichprobenumfang. Es ist aber eine Stichprobe von mindestens  $n=60$  erforderlich, um eine Salmonellenbelastung der beprobten Partie mit 99%iger Sicherheit ausschließen zu können<sup>146</sup>. Die Analyse einer so hohen Stichprobenzahl erscheint im Rahmen der Routinekontrolle bereits aus Kostengründen nur schwer realisierbar. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Durchführung der amtlichen Probenahme gestatten deshalb ausdrücklich für Zwecke des Monitoring und der allgemeinen Marktüberwachung auch die Entnahme von Einzelproben<sup>147</sup>. Sofern für die entsprechende Lebensmittelkategorie im Rahmen der

---

<sup>142</sup> Für einen Gesamtüberblick über die getroffenen Maßnahmen s. Bayerischer Landtag, LT-Drs. 17/7310 vom 14.08.2015 und Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/5491 vom 08.07.2015.

<sup>143</sup> Auszugsweise wiedergegeben in Bayerischer Landtag, LT-DRs. 17/7310 vom 14.08.2015, S. 9 ff.

<sup>144</sup> Mündliche Auskunft der Hessischen Verbraucherministerin in der 51. Sitzung des Hessischen Landtags vom 21.07.2015, Plenarprotokoll 19/51, S. 3442.

<sup>145</sup> European Commission, Guidance Document on official controls, under Regulation (EC) No. 882/2004, concerning microbiological sampling and testing of foodstuffs, S. 11; Bundesinstitut für Risikobewertung, Positionspapier „Nulltoleranzen in Lebens- und Futtermitteln“ vom 12.03.2007, S. 12.

<sup>146</sup> Bundesinstitut für Risikobewertung, a.a.O., S. 12.

<sup>147</sup> European Commission, a.a.O., S. 11.

VO (EG) Nr. 2073/2005 Sicherheitskriterien definiert sind, sollen die dort festgelegten Stichprobengrößen zur Anwendung kommen<sup>148</sup>. Wie bereits angesprochen, enthält der Anhang dieser Verordnung nur Vorgaben für Verarbeitungserzeugnisse aus Eiern, bei denen in einer Probe von fünf Produkten in jeweils 25 g Produkt keine Salmonellen nachweisbar sein dürfen. Auch wenn man diese rechtlichen Vorgaben auf Eier als solche entsprechend anwenden würde, ist folglich eine Stichprobe von n=10 bei einer Routinekontrolle nicht zu beanstanden.

Es fällt allerdings auf, dass die Analyseergebnisse für die im Rahmen der Regelkontrollen entnommenen Proben jeweils erst mindestens sechs Wochen später vorlagen<sup>149</sup>, obwohl aus technischer Sicht die Durchführung und Bewertung einer derartigen Analyse innerhalb von einer Woche ohne weiteres möglich ist<sup>150</sup>. Da gemäß Anhang III Abschnitt X Kapitel I Ziff. 3 der VO (EG) Nr. 853/2004 Eier innerhalb von 21 Tagen nach dem Legen an den Verbraucher abgegeben werden müssen und das Mindesthaltbarkeitsdatum maximal auf 28 Tage nach dem Legen festgesetzt werden darf<sup>151</sup>, ist eine solche Verwaltungspraxis nicht geeignet, das europarechtlich geforderte hohe Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Denn ob eine mögliche Gefährdung bestand, stellt sich erst heraus, nachdem sämtliche Eier bereits verzehrt oder wegen Verderbs entsorgt worden sind. Auch die nach Art. 17 Abs. 2 und 3 Basis-VO sowie Art. 4 Abs. 2 Kontroll-VO gebotene Wirksamkeit und Effektivität der amtlichen Kontrolltätigkeit wird nicht erreicht, da der betroffene Lebensmittelunternehmer bei Verstößen wegen des bereits erfolgten vollständigen Abverkaufs der Ware keinerlei wirtschaftliches Risiko bezüglich eventueller Rückruf- oder Vernichtungsaktionen zu gewärtigen hat. Die ebenfalls mit der amtlichen Kontrolle bezweckte spezial- und generalpräventive Wirkung tritt ebenfalls nicht ein.

Sofern die lange Dauer der Analyse und Bewertung auf unzureichende Laborkapazitäten beim Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit zurückzuführen sein sollte, ist diese Situation nicht mit den Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 Buchst. c) Kontroll-VO in Einklang. Selbst wenn es trotz dieser unzureichenden Analysepraxis nicht zu salmonellenbedingten Ausbrüchen gekommen sein sollte, ändert dies nichts an dem Vorliegen eines Verstoßes, da es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht darauf ankommt, dass bisher alles gut gegangen ist. Die Vorgänge im Sommer 2014 haben zudem gezeigt, dass die bis dahin geübte Analysepraxis gerade nicht ausreichte, um eine effektive Kontrolle zu gewährleisten. Sofern die in der langen Bearbeitungsdauer zum Ausdruck kommende unzureichende Laborkapazität nur im hier betrachteten Zeitraum von Februar bis Juli 2014 aufgrund einer besonderen Belastungsspitze wegen unvorhergesehener Ereignisse bestanden haben sollte, hätte diese Überlastung durch die Beauftragung von privaten Prüflaboratorien gemäß § 12 Abs. 1 AVV Rüb ausgeglichen werden können.

---

<sup>148</sup> European Commission, a.a.O., S. 11.

<sup>149</sup> Die Ergebnisse der Probenahme am Standort Ettling vom 18.02.2014 am 06.04.2014, die Ergebnisse der Probenahme am gleichen Standort vom 11.04.2014 am 23.05.2014.

<sup>150</sup> s. hierfür exemplarisch die Probenahmen vom 04.08.2014 an den Standorten Ettling und Niederharthausen, für die Ergebnisse bereits am 10.08.2014 vorlagen, Bayerischer Landtag, LT-Drs. 17/7310, S. 4 f.

<sup>151</sup> Art. 13 VO (EG) Nr. 589/2008.

## II. Behördliche Maßnahmen betreffend die Standorte Ettling und Niederharthausen

Die erste Auffälligkeit einer öffentlich dokumentierten Probenahme im hier betrachteten Zeitraum zeigte sich bei einer im Bayern-Ei-Standort Ettling am 18.02.2014 gezogenen Probe von zehn Eiern der Handelsklasse A, bei denen ausweislich des Gutachtens vom 06.04.2014 Salmonella Enteritidis auf der Eierschale nachgewiesen wurde. Die behördliche Reaktion hierauf waren die Anordnung von Reinigungsmaßnahmen sowie eine Entnahme von Verfolgsproben, die am 11.04.2014 erfolgte. In Anbetracht der Tatsache, dass das Mindesthaltbarkeitsdatum der beprobten Eier bei Bekanntwerden des Analyseergebnisses schon mehrere Wochen abgelaufen war, bestand zu diesem Zeitpunkt für weitergehende behördliche Maßnahmen keine rechtliche Grundlage. Ein Rückruf oder andere Arten der Information der Öffentlichkeit wären in Anbetracht des vollständigen Verbrauchs der betroffenen Eier offensichtlich ungeeignet gewesen, da sie in Bezug auf den Verzehr der konkreten Produkte keinen Erfolg mehr herbeiführen konnten und allenfalls zu Verunsicherung bei Verbrauchern über die Sicherheit von Eiern allgemein geführt hätten. Die Anordnung eines vorläufigen Verkehrsverbots für alle im Standort Ettling produzierten Eier bis zum Abschluss der Analyse der Verfolgsprobe gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 LFGB wäre gleichermaßen unverhältnismäßig gewesen, da bei einem einzelnen Analyseergebnis stets das Risiko eines falsch positiven Resultats besteht und für einen systemischen Befall des Legehennenbestands noch keine Anhaltspunkte bestanden. Die Voraussetzungen für eine Beschränkung der Abgabe von Eiern aus dem Betrieb auf Eier der Handelsklasse B gemäß § 23 S. 1 Nr. 2 b) GeflSalmoV lagen ebenfalls nicht vor, da eine amtliche Untersuchung des Betriebs nach § 22 GeflSalmoV noch nicht stattgefunden hatte.

Zu beanstanden ist jedoch, dass von der zuständigen Behörde in Anbetracht der vorgefundenen Salmonellenbelastung bei der Verfolgsprobe nicht auf eine schnellere Analyse durch das Untersuchungsamt hingewirkt wurde. Aufgrund dieses Versäumnisses war letztlich absehbar, dass das Analyseergebnis wiederum erst vorliegen würde, wenn sämtliche Eier der beprobten Charge bereits entweder verzehrt oder verdorben waren. Auch hierin ist wieder ein Verstoß gegen das Gebot der effektiven Kontrolle nach Art. 17 Abs. 2 und 3 Basis-VO sowie Art. 4 Abs. 2 Kontroll-VO zu sehen. An dieser Beurteilung ändert sich auch dadurch nichts, dass die Behörde am 11.04.2014 aufgrund der festgestellten Verunreinigung der Sortieranlage an der Packstelle den Betrieb zur Durchführung einer Nassreinigung und Desinfektion sowie zur Erstellung von Arbeitsanweisungen für die dort Beschäftigten verpflichtet hat. Diese Maßnahmen konnten sich nämlich erst auf die Chargen auswirken, die nach dem 11.04.2014 produziert wurden.

Nachdem in der Probe vom 11.04.2014 am 23.05.2014 erneut Salmonella Enteritidis auf der Schale der beprobten Eier nachgewiesen wurde, entschloss sich die Behörde zur amtlichen Entnahme von Kotproben, die am 11.06.2014 stattfand. Auf weitere Maßnahmen wurde offenbar deshalb verzichtet, weil die zuvor belastete Packstelle bei einer Nachkontrolle am 02.05.2014 unauffällig gewesen war. Wie bereits im Fall der ersten Probe ist auch hier wieder festzustellen, dass zu diesem Zeitpunkt die rechtlichen Voraussetzungen für umfassendere Maßnahmen wie die Information der Öffentlichkeit oder ein vorläufiges Abgabeverbot nicht gegeben waren. Es hätte aber nahe gelegen und guter fachlicher Praxis entsprochen, erneut eine Verfolgsprobe der produzierten Eier mit einer erhöhten Stichprobenzahl zu nehmen und diese beschleunigt untersuchen zu lassen, um zu verifizieren, dass die vorgenommenen Reinigungsmaßnahmen auch im Hinblick auf das Endprodukt effektiv waren und nicht

etwa von Kontaminationen an anderer Stelle im Betrieb als der Packstelle weiterhin die Gefahr einer Salmonellenbelastung der Eier ausging. Zu einer solchen Vorgehensweise wäre die Behörde gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 und § 43 LFGB berechtigt gewesen, selbst wenn sich der zuvor bestehende Verdacht einer Salmonellenkontamination (zunächst) nicht bestätigt hatte, da derartige Maßnahmen auch präventiv zur Verhütung zukünftiger Verstöße ergriffen werden können.

Der Verzicht auf zusätzliche Maßnahmen nach dem 11.06.2014 bis zur Ausstallung der Herde am Standort Ettling ab 26.06.2014 ist aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, da sowohl die am 11.06.2014 genommene Kotprobe als auch die Kontrolle bei der Ausstallung am 01.07.2014 keinen Nachweis von Salmonellen ergab. Dass auch in dieser Zeit offenbar noch eine Salmonellenbelastung von Eiern gegeben war, wurde erst nachträglich durch die am 11.07.2014 kommunizierten Schnellwarnungen aus Frankreich bekannt. Diese betrafen Eier aus dem Standort Ettling mit den Mindesthaltbarkeitsdaten 07.07.2014 und 12.07.2014, woraus sich der 09.06.2014 und der 14.06.2014 als Legedatum ergeben. Ob eine umgehende erneute Probenahme und zügige Analyse nach dem positiven Befund vom 23.05.2014 das Inverkehrbringen dieser Eier möglicherweise verhindert hätte, lässt sich nachträglich nicht mehr sagen, da aus den oben unter 1. dargestellten Gründen die in der behördlichen Praxis genommene Stichprobe selbst bei fehlendem Nachweis von Salmonellen die Kontamination einer Charge nicht mit Sicherheit ausschließen kann.

Die ersten beiden RASFF-Meldungen über Salmonellose-Erkrankungen in Frankreich, die mit Eiern aus dem Bayern-Ei-Standort Ettling in Verbindung standen, erreichten die Regierung von Niederbayern und das zuständige Landratsamt Dingolfing-Landau am 11.07.2014. Zu diesem Zeitpunkt war bei einer der betroffenen Chargen das Mindesthaltbarkeitsdatum bereits abgelaufen (07.07.2014), bei der anderen stand der Ablauf unmittelbar bevor (12.07.2014). Wegen der vom 26.06.2014 bis 22.07.2014 durchgeführten Ausstallung der alten Herde und Einnistung der Junghennen wurden in diesem Zeitraum am Standort Ettling keine Eier der Handelsklasse A produziert, die an Endverbraucher oder die Gastronomie hätten abgegeben werden können. Dies bestätigt auch die amtliche Probenahme vom 11.07.2014. Die Behörde entschied sich aufgrund dieser Sachlage dafür, keine weiteren Maßnahmen in Bezug auf die Altherde und eventuell noch in Verkehr befindliche Restbestände an Eiern aus anderen Produktionschargen zu ergreifen. Mangels noch in Verkehr befindlicher Ware der betroffenen Chargen und aufgrund fehlender Produktion von Eiern der Handelsklasse A wäre die Anordnung eines Verkaufsverbots hier auch nicht rechtmäßig gewesen, da sie faktisch ins Leere gelaufen wäre. Die Voraussetzungen für eine Information der Öffentlichkeit oder eines Rückrufs bezüglich der übrigen, von der Schnellwarnung nicht betroffenen Chargen aus den letzten Produktionswochen lagen ebenfalls nicht vor, weil es bezüglich dieser Ware an einem hinreichenden Verdacht auf eine mögliche Gefährdung der Lebensmittelsicherheit oder der menschlichen Gesundheit fehlte. Zum einen lagen zu diesen Chargen keine Proben oder Analyseergebnisse vor. Zum anderen ließen sich bei den in Frankreich beprobten Chargen auf den übrig gebliebenen Eiern nur in einem Fall Salmonellen nachweisen. Ein solcher einzelner Befund ist nicht ausreichend, um eine den Lebensmittelunternehmer in erheblichem Maße belastende Maßnahme wie einen Rückruf sämtlicher in Verkehr gebrachter Produkte oder eine öffentliche Information über die Produkte des Herstellers zu rechtfertigen. Die Entscheidung des Landratsamts, sich bei seinen Maßnahmen auf die Beprobung der neu eingestellten Herde zu konzentrieren ist somit nachvollziehbar. In Anbetracht der Tatsache, dass für den Regierungsbezirk Niederbayern das

Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit wegen der dortigen Überschreitung der Ausbruchssignalschwelle für Salmonellose schon am 16.07.2014 die Typisierung aller bei Erkrankungsfällen aufgetretenen Salmonella Enteritidis-Arten empfohlen hatte, hätte man allerdings aufgrund der Häufung der Erkrankungen die Verbreitung allgemeiner Informationen über den korrekten Umgang mit rohen Eiern in Erwägung ziehen können. Eine solche Information hätte auf Art. 17 Abs. 2 Basis-VO gestützt werden können und wäre ohne Beeinträchtigung der Grundrechte der Firma Bayern-Ei möglich gewesen. Ob damit eine signifikante präventive Wirkung erreicht worden wäre, ist aber wohl fraglich.

Nachdem aufgrund weiterer Schnellwarnungen aus Österreich und Frankreich am 31.07.2014 und am 31.08.2014 bekannt wurde, dass mit der Betriebsstätte Niederharthausen ein weiterer Bayern-Ei-Standort als Quelle salmonellenbelasteter Eier in Betracht kommt, kam es am 04. und 05.08. 2014 zu einer umfassenden Beprobung der beiden Betriebsstätten. Dabei wurden jeweils mindestens 50 Eier der Handelsklasse A, sämtliche Stallabteile sowie die Sortier- und Packanlagen beprobt und auf den Eiern aus beiden Betriebsstätten Bakterien der Spezies Salmonella Enterica (S. Enteritidis und S. Kiambu) nachgewiesen. Während die Kot- und Staubproben aus dem Standort Niederharthausen unauffällig waren, wurden für den Standort Ettling auch hier Salmonella Enteritidis und Salmonella Kiambu nachgewiesen. Die entsprechenden Ergebnisse lagen am 10. bzw. 11.08.2014 vor.

Als Reaktion auf die Befunde wurde im Rahmen einer koordinierten Besprechung zwischen dem Betriebsinhaber, der Regierung von Niederbayern, Vertretern der für die einzelnen Betriebsstätten zuständigen Landratsämter und des Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit am 12.08.2014 folgender Maßnahmenkatalog vereinbart:

Standort Ettling:

- Rücknahme aller bereits als HKL A ausgelieferten Eier aus dem Bestand (behördliche Anordnung vom 14.08.2014)
- umfassende Reinigungs- und Desinfektionsmaßnahmen der Eierpackstelle (Sortierung), räumliche Trennung der Stall-Abteile I/II von den Stall-Abteilen III/IV (behördliche Anordnung vom 19.08.2014)
- Produktion und Abgabe von Eiern HKL B bis zum Abschluss der Reinigungs- und Desinfektionsmaßnahmen, danach Möglichkeit zur Produktion von Eiern HKL A (Stall-Abteile I/II) und HKL B (Stall-Abteile III/IV)
- freiwilliger Verzicht des Betriebs auf die Auslieferung von Eiern der HKL A bis zum Vorliegen des Ergebnisses der amtlichen Beprobung

Standort Niederharthausen:

- Reinigung und Desinfektion sowie Begasung der Eierpackstelle durch eine externe Spezialfirma am 13.08.2014
- Rücknahme der am 04.08.2014/ 05.08.2014 produzierten Eier HKL A (behördliche Anordnung vom 28.08.2014)
- Planung regelmäßiger, amtlicher Stufenkontrollen (Eier)

Zu diesem Zeitpunkt stellte sich die Rechtslage wie folgt dar:

Für die am Standort Ettling produzierten Eier bestand aufgrund der positiven Salmonellenbefunde auf den beprobten Eiern sowie im Betrieb selbst ein hinreichender Verdacht, dass sie zur Gesundheitsschädigung geeignet und damit nicht sicher im Sinne von Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 a) Basis-VO sind. Bei einem Mindesthaltbarkeitsdatum von 28 Tagen ab Legedatum war am 12.08.2014 davon auszugehen, dass sich Eier der betroffenen Produktion noch in Verkehr befanden. Auch der mögliche Zusammenhang zwischen von Bayern-Ei in Ettling und Niederharthausen produzierten Eiern und aus anderen Mitgliedstaaten berichteten Salmonellose-Ausbrüchen war seit Anfang August 2014 bekannt<sup>152</sup>. Haben nicht sichere Lebensmittel die Verbraucher bereits erreicht, muss der Lebensmittelunternehmer gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 Basis-VO unverzüglich Verfahren einleiten, um das Produkt vom Markt zu nehmen. Sobald das Lebensmittel den Verbraucher über den Einzelhandel oder anderweitig bereits erreicht haben kann, muss der Unternehmer die Verbraucher über die Rücknahme informieren, sofern andere Maßnahmen nicht ausreichen, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu erreichen. Von Letzterem ist nur auszugehen, wenn die alternativ getroffenen Maßnahmen das gleiche Schutzniveau erreichen wie ein öffentlicher Rückruf (z.B. durch Aushänge im Einzelhandel, Schreiben an Kunden o.ä.)<sup>153</sup>. § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 LFGB bezeichnet die Rücknahme von Lebensmitteln, die den Verbraucher bereits erreicht haben könnten, als Rückruf.

Bei der im Rahmen der Koordinierungsbesprechung am 12.08.2014 vereinbarten Rücknahme der bereits ausgelieferten Eier handelte es sich um eine Rücknahme in Form eines sog. „stillen Rückrufs“. Die Eier wurden somit aus dem Handel zurückgeholt, ohne dass die Verbraucher hierüber informiert wurden. Ob diese Vorgehensweise zusammen mit den übrigen bei der Besprechung vereinbarten Maßnahmen ausreichend war, um das lebensmittelrechtlich geforderte Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten, erscheint zweifelhaft. Dagegen spricht bereits, dass bei Proben von Eiern aus dem Standort Ettling, die nach Durchführung der umfassenden Reinigungs- und Desinfektionsmaßnahmen am 14., 21., 22. und 27.08.2014 genommen wurden, erneut Salmonellen nachgewiesen wurden. Noch schwerer wiegt jedoch, dass es im europäischen Ausland und vermutlich auch in Bayern bereits zu Fällen von Salmonellose durch kontaminierte Eier gekommen war. In Anbetracht der für den August 2014 berichteten Tageshöchsttemperaturen in Bayern von 25°C und mehr konnte nicht davon ausgegangen werden, dass eine Vermehrung der auf der Eierschale befindlichen Salmonellen bei Kreuzkontaminationen ein geringes Risiko darstellen. Es ist nicht ersichtlich, wie Verbraucher von diesem von den salmonellenbelasteten Eiern ausgehenden Risiko anders als durch einen öffentlichen Rückruf oder eine entsprechende Information der Öffentlichkeit hätten Kenntnis erlangen können. Daher wäre es auf Basis des Art. 19 Abs. 1 Basis-VO sowie des Art. 54 Abs. 2 lit. c) Kontroll-VO / § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 LFGB geboten gewesen, die Firma Bayern-Ei zu einem öffentlichen Rückruf der Eier aus dem Standort Ettling aufzufordern. Falls sich das Unternehmen hierzu auch nach Anhörung nicht bereit erklärt hätte, hätte das zuständige Landratsamt entweder den Rückruf gemäß Art. 54 Abs. 2 lit. c) Kontroll-VO / § 39 Abs. 2 S. 2 LFGB anordnen oder selbst gemäß Art. 10 Basis-VO / § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB die Öffentlichkeit informieren müssen. Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Maßnahme offensichtlich ungeeignet bzw.

---

<sup>152</sup> Schriftliche Anfrage Steinberger, a.a.O., S. 2.

<sup>153</sup> Pache/Meyer, a.a.O., Art. 19 Basis-VO, Rn. 13 f.; vgl. Rathke, a.a.O., Art. 19 Basis-VO, Rn. 30 f.

rechtsmissbräuchlich wäre oder die Grundrechte auf freie Berufsausübung und Eigentum in ihrem Wesensgehalt antasten würde, sind nicht gegeben. Zwar ist anzuerkennen, dass die Bekanntgabe der Salmonellenbelastung und der Rückruf zu erheblichen wirtschaftlichen Einbußen des Unternehmens geführt hätten. Dem steht jedoch gegenüber, dass dem Betrieb die grundsätzliche Problematik bereits seit der Bekanntgabe des ersten positiven Befundes am 06.04.2014 bekannt war und spätestens nach den Schnellwarnungen aus dem europäischen Ausland deutlich geworden war, dass die Ursachen der Kontamination nicht beseitigt waren. Diese Situation bestand nach Einstellung der neuen Herde fort, da auch dort bereits am 30.07.2014 auf Eiern der Handelsklasse B erneut Salmonellen nachgewiesen worden waren. In Anbetracht dieser Vorgeschichte ist das öffentliche Interesse an einer dauerhaften und wirksamen Beseitigung der von der Produktion des Unternehmens ausgehenden potentiellen Gesundheitsgefahren für Verbraucher höher zu bewerten als das Interesse des Unternehmens, keinen wirtschaftlichen Nachteilen ausgesetzt zu sein. Auch aus Gründen der Gewährleistung einer effektiven, wirksamen Lebensmittelüberwachung war die Veröffentlichung angezeigt, da die zuvor getroffenen Maßnahmen sich als unwirksam erwiesen hatten.

Sonstige besondere Gründe, weshalb die Interessen der Verbraucher an einer Information vor einer potentiellen Gesundheitsgefahr, die sich in einigen Fällen auch schon tatsächlich manifestiert hatte, gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens hätten zurücktreten müssten, sind nicht ersichtlich, zumal im betroffenen Betrieb zuvor schon mehrfach Verstöße festgestellt worden waren. Es bleibt daher in diesem Fall beim durch die europäische Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, dass dem Schutz der öffentlichen Gesundheit in der Regel vorrangige Bedeutung gegenüber wirtschaftlichen Interessen zukommt, selbst wenn damit beträchtliche wirtschaftliche Auswirkungen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer verbunden sind<sup>154</sup>.

Das Risiko, sich durch eine solche Vorgehensweise einem Amtshaftungsanspruch ausgesetzt zu sehen, ist seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Wildfleisch Berger“ als äußerst gering einzustufen, da der Gerichtshof in diesem Fall eine Befugnis der Behörden zur Warnung der Öffentlichkeit selbst dann anerkannt hat, wenn es sich nicht um gesundheitsschädliche sondern lediglich zum Verzehr ungeeignete Lebensmittel handelt<sup>155</sup>. Und auch in der nationalen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist eine allgemeine Befugnis der Regierung anerkannt, durch rechtzeitige öffentliche Information „neuen, oft kurzfristig auftretenden Herausforderungen entgegenzutreten und auf Krisen und auf Besorgnisse der Bürger schnell und sachgerecht zu reagieren sowie diesen zu Orientierungen zu verhelfen“<sup>156</sup>.

Die gleiche rechtliche Ausgangssituation bestand für die am Standort Niederharthausen getroffenen Maßnahmen. Wie oben bereits dargestellt, sind mit Salmonellen auf der Schale kontaminierte Eier nicht sichere Lebensmittel i.S.v. Art. 14 Abs.1 und 2 a) Basis-VO. Dies sieht auch das Bayerische Ministerium für Umwelt und Gesundheit so<sup>157</sup>. Zwar handelte es sich in dieser Betriebsstätte formal um den ersten Fall eines positiven Befundes. Außerdem bestand zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung am 12.08.2014 aufgrund des negativen Befunds der Kot- und Staubproben vom 05.08.2014 keine

---

<sup>154</sup> Siehe oben II.1.a).

<sup>155</sup> EuGH, Rs. C-636/11 – Berger.

<sup>156</sup> BVerfGE 105, 252, 269; BVerfGE 105, 279, 302.

<sup>157</sup> Rathke, a.a.O., Art. 19 Basis-VO, Rn. 31.

rechtliche Handhabe aufgrund § 23 GeflSalmoV, den Betrieb auf die Abgabe von Eiern der Handelsklasse B zu beschränken. Da aber bereits Anfang August 2014 durch die österreichischen und französischen Schnellwarnungen<sup>158</sup> auch die Betriebsstätte Niederharthausen als mögliche Quelle von Salmonellose-Ausbrüchen angesehen wurde, konnte bei dem Positivbefund nicht ohne weiteres von einem isolierten „Ausreißer“ ausgegangen werden. Auf der Grundlage des positiven Befunds auf den beprobten Eierschalen in Verbindung mit den über das Schnellwarnsystem berichteten Erkrankungsfällen bestand auch hier ein hinreichender Verdacht, dass ein potentiell gesundheitsschädliches, nicht sicheres Lebensmittel in Verkehr gebracht wird. Damit stand der zuständigen Behörde grundsätzlich das gesamte Instrumentarium der Art. 10 Basis-VO, Art. 54 Kontroll-VO sowie der §§ 39 und 40 LFGB zur Verfügung. In Bezug auf die positiv getesteten Chargen bedeutet dies, dass sie als nicht sichere Lebensmittel in gleicher Weise wie am Standort Ettling zurückgerufen werden konnten. Auch eine Information der Öffentlichkeit war in der gleichen Weise zulässig. Zweifel an der Zulässigkeit dieser Maßnahmen könnten sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit aus der Tatsache ergeben, dass am Standort Niederharthausen eine Salmonellenbelastung von Eierschalen am 04.08.2014 erstmalig festgestellt wurde und die Kot- und Staubproben vom 05.08.2014 unauffällig waren. Die vorliegenden Daten waren somit weniger abgesichert als im Fall des Standorts Ettling mit einer Historie vorangegangener Verstöße. Eine ungewisse Datenlage kann grundsätzlich dazu führen, dass aufgrund der bei einem Lebensmittelunternehmer durch einen Rückruf drohenden Rufschädigung und der damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen die Durchführung eines Rückrufs unverhältnismäßig sein kann und deshalb unterbleiben muss. Diese Situation lag aber bei der Betriebsstätte Niederharthausen nicht vor. Die positive Probe vom 04.08.2014 war nicht isoliert zu betrachten sondern fügte sich in das Bild, das bereits durch die Schnellwarnungen vom 31.07. und 01.08.2014 gezeichnet worden war und nach dem hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden waren, dass aus dem Betrieb mit Salmonellen belastete Eier in Verkehr gebracht worden waren. Darüber hinaus ist bei der Abwägung auch zu berücksichtigen, dass die Firma Bayern-Ei ohnehin zu einem Rückruf von Eiern aus dem Standort Ettling verpflichtet war. Die für das Unternehmen mit der Ausdehnung dieses Rückrufs auf Produkte aus einer weiteren Betriebsstätte verbundene zusätzliche Grundrechtsbeeinträchtigung ist daher als gering anzusehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Rückruf zeitgleich in derselben Erklärung erfolgt.

Des Weiteren fällt bei den für den Standort Niederharthausen getroffenen Maßnahmen auf, dass bei den am 04., 05. und 26.08.2014 beprobten Eiern der Handelsklasse A die Rücknahmeanordnung auf die jeweiligen Tageschargen beschränkt wurde. Erst am 01.09.2014 wurde die Vermarktung von Eiern der Handelsklasse A allgemein untersagt, bis zwei unmittelbar aufeinanderfolgende amtliche Untersuchungen ein negatives Ergebnis auf Salmonellen ergeben haben. Sofern nicht in der Zeit vom 06.08. bis zum 25.08. und vom 27.08. bis 31.08.2014 keine Produktion am Standort Niederharthausen stattfand, ist zu fragen weshalb hier eine andere Vorgehensweise als beim Standort Ettling gewählt wurde. Zwar gilt gemäß Art. 14 Abs. 6 Basis-VO bei einem festgestellten Salmonellenbefall in einem Lebensmittel nur die konkrete Charge, zu der das Lebensmittel gehört, als nicht sicher, nicht aber die Produktion anderer Chargen davor oder danach. Salmonellen in einem Legehennenbetrieb deuten aber auf eine Infektion der Herde oder zumindest Hygienemängel im Betrieb hin. Dass diese nur aufgrund der Vereinbarung eines Maßnahmenkatalogs und einer einmaligen Reinigung, Desinfektion und Begasung

---

<sup>158</sup> Siehe die Übersicht in BT-Drs. 18/5491, Anlage 2, S. 17 ff.

ausschließlich der Packstelle über Nacht im gesamten Betrieb vollständig beseitigt sind, erscheint wenig wahrscheinlich. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass auch bei den vom 06.08. bis zum 25.08. und vom 27.08. bis 31.08.2014 produzierten Chargen die Möglichkeit einer Salmonellenkontamination bestand. Die bloße abstrakte Möglichkeit einer solchen Kontamination reicht aber für die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines lebensmittelrechtlichen Verstoßes nicht aus. Die Voraussetzungen für eine Rücknahme- bzw. Rückrufverpflichtung der Firma Bayern-Ei nach Art. 19 Abs. 1 Basis-VO waren somit nicht gegeben. Aus den gleichen Gründen hätte die Rücknahme bzw. der Rückruf dieser Chargen von der zuständigen Behörde nicht nach Art. 54 Abs. 2 lit. c) Kontroll-VO / § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 LFGB angeordnet werden können. In Betracht gekommen wäre jedoch die Anordnung einer Beprobung auf Salmonellen für jede produzierte Charge nach § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 LFGB, verbunden mit einem vorläufigen Verbot gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 LFGB, die Eier bis zum Vorliegen eines negativen Analyseergebnisses als Handelsklasse A zu verkaufen. Die mit einer solchen Anordnung verbundenen Beeinträchtigungen des Unternehmens wären auch nicht unverhältnismäßig gewesen. Zwar ist zu berücksichtigen, dass Eier der Handelsklasse A nur bis zu 21 Tage nach dem Legen an Verbraucher abgegeben werden dürfen. Dem steht allerdings gegenüber, dass die Analyse in einem amtlichen Labor in einer Arbeitswoche abzuschließen ist. Kommerziell in Handelslaboren verfügbare Schnelltests auf Salmonellen liefern sogar bereits in weniger als 24 Stunden ein Ergebnis<sup>159</sup>. Vor dem Hintergrund dieser sehr kurzen Wartezeit von einem Tag beschränkt sich die Beeinträchtigung des Unternehmens durch die Anordnung einer Analysepflicht im Wesentlichen auf die Kosten der Analytik. Diese sind im Hinblick auf die erhebliche Tagesproduktion der Firma Bayern-Ei als vertretbar anzusehen. Des Weiteren ist das Unternehmen während der Dauer der Anordnung ja auch nicht gehindert, Eier der Handelsklasse B an industrielle Verarbeiter abzugeben, wobei hier der deutliche Preisabschlag stärker ins Gewicht fallen würde und es sich letztlich nur um eine Maßnahme zur Schadensminderung handeln würde. Insgesamt bleibt aber festzuhalten, dass die Anordnung einer Beprobungspflicht mit vorläufigem Verbot der Abgabe als Eier der Handelsklasse A für die vom 06.08. bis zum 25.08. und vom 27.08. bis 31.08.2014 produzierten Chargen rechtlich möglich gewesen wäre. Diese Maßnahme wurde dann letztendlich von der zuständigen Behörde am 02.09.2014 für die ab 01.09.2014 hergestellten Eier ja auch getroffen.

## E. Zusammenfassung

Die amtliche Lebensmittelüberwachung hat ein hohes Gesundheitsschutzniveau beim Verkehr mit Lebensmitteln zu gewährleisten. Dabei muss sie die Grundrechte der Verbraucher auf Leben und Gesundheit mit den Grundrechten der Lebensmittelunternehmer auf freie wirtschaftliche Betätigung in einen angemessenen Ausgleich bringen. Hierzu steht den Überwachungsbehörden rechtlich ein umfangreiches Instrumentarium zur Verfügung, um alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen zu können, die zum Gesundheitsschutz und zur Gewährleistung der Lebensmittelsicherheit erforderlich sind. Hierzu gehört neben der Anordnung von Verkehrsverboten, Rückrufen oder Probenahmepflichten auch die Information der Öffentlichkeit. Die Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen ist immer am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen. Daher sind die Behörden immer verpflichtet, das mildeste aber

---

<sup>159</sup> Siehe z.B. <http://www.eurofins.de/lebensmittel/informationen/food-testing-newsletter/food-newsletter-32/nachweis-von-salmonellen.aspx>, zuletzt abgerufen am 07.11.2015.

wirksame zur Verfügung stehende Mittel zur Beseitigung einer Gefahr zu wählen. Je größer die Wahrscheinlichkeit einer Gesundheitsgefahr und je gesicherter die zugrundeliegenden Tatsachen sind, desto stärker kann dabei in die Rechte der betroffenen Unternehmen eingegriffen werden. Nach der Rechtsprechung ist es deshalb zulässig, die Öffentlichkeit selbst dann unter Nennung der Produkte und des Namens des Unternehmens zu informieren, wenn die Schwelle der Gesundheitsgefahr noch nicht überschritten ist oder die zugrundeliegenden Tatsachen noch nicht vollständig gesichert sind. Allerdings ist es hierfür erforderlich, dass das zum Zeitpunkt der Information mit ihr verfolgte Ziel noch erreicht werden kann. Bei den Vorgängen um die Betriebsstätten Ettling und Niederharthausen der Firma Bayern-Ei war diese Voraussetzung in vielen Fällen nicht mehr gegeben, da bei Bekanntwerden der Salmonellenbelastung die gesamte Ware bereits abverkauft und das Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen war. Soweit dieser Sachverhalt auf die lange Dauer der Analyseverfahren beim amtlichen Untersuchungslabor zurückzuführen ist, liegt hierin ein Verstoß gegen das Gebot der effektiven und wirksamen Überwachung aus Art. 17 Abs. 2 Basis-VO und Art. 4 Abs. 2 Kontroll-VO.

Eine Information der Öffentlichkeit oder ein öffentlicher Rückruf wären dagegen nach den positiven Salmonellenbefunden in beiden Bayern-Ei-Standorten am 10./11.08.2014 rechtlich zulässig und auch geboten gewesen. Es bestanden zu diesem Zeitpunkt gerade auch aufgrund der aus dem europäischen Ausland übermittelten Schnellwarnungen hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte, dass von den mit Salmonellen auf der Schale belasteten Eiern eine potentielle Gesundheitsgefahr ausging. In Anbetracht der bereits in den Vormonaten festgestellten Verstöße handelte es sich auch nicht um einen Erstbefund. Der behördlicherseits angeordnete „stille Rückruf“ war nicht geeignet, diese Gesundheitsgefahr vollständig zu beseitigen, da hiervon die bereits bei den Verbrauchern befindlichen Eier nicht erfasst wurden. Soweit am Standort Niederharthausen nur jeweils die Chargen der konkret beprobten Tagesproduktion zurückgeholt wurden, erscheint auch diese Maßnahme nicht ausreichend, um das europarechtlich gebotene hohe Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten, da davon auszugehen war, dass Salmonellen in einem Legehennenbetrieb nicht isoliert in einer einzelnen Produktion auftreten sondern ein Indikator entweder für eine Infektion der Herde oder für Hygienemängel sind. Dass diese bei den Produktionen vor und nach den beprobten Tageschargen nicht (mehr) bestanden, ist eher fernliegend. Vor diesem Hintergrund wäre es daher angezeigt gewesen, auch am Standort Niederharthausen sämtliche ausgelieferten Eier der Handelsklasse A zurückzurufen. Dies wäre auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden gewesen, da die Eier aus dem anderen Bayern-Ei-Standort Ettling ohnehin zurückgerufen werden mussten, so dass bei zeitgleicher Durchführung des Rückrufs eine zusätzliche Rufschädigung nicht zu befürchten war. Des Weiteren hätte die Beeinträchtigung des Unternehmens dadurch verringert werden können, dass dieses von sich aus den öffentlichen Rückruf initiiert hätte. Die wirtschaftlichen Konsequenzen des Rückrufs wären zudem dadurch gemindert worden, dass die zurückgerufenen Eier noch als Handelsklasse B für die industrielle Weiterverarbeitung hätten vermarktet werden können.

Selbst wenn man aufgrund der negativen Staub- und Kotproben am Standort Niederharthausen vom 05.08.2014 zunächst von einem öffentlichen Rückruf abgesehen hätte, wäre zumindest die Anordnung einer Beprobungspflicht für alle zukünftig produzierten Chargen, verbunden mit einem vorläufigen Verkehrsverbot bis zum Vorliegen eines negativen Analyseergebnisses in Betracht zu ziehen gewesen. Eine solche Anordnung wurde am 02.09.2014 von der zuständigen Behörde letztlich ja auch getroffen.

Hamburg, den 16.11.2015

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'M' followed by a long horizontal stroke that ends in a small loop.

Prof. Dr. iur. Martin Holle

Professor für Lebensmittelrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht  
Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Fakultät Life Sciences  
Ulmenliet 20, 21033 Hamburg