

## Vorfahrt für Europa

– zum Vorrang von Art. 54 Kontroll-Verordnung  
vor § 39 LFGB<sup>1</sup>

Heinz Joh, Klaus Krämer, Dr. Tobias Teufer, LL.M. (UCL), Hamburg

### 1. Einleitung

„Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“, auf dieser Grundlage erfolgte die amtliche Überwachung nach dem traditionellen Verständnis des deutschen Lebensmittelrechts. Erst im Zuge der verstärkten europäischen Harmonisierung ist dieses Verständnis durch eine neue Ausrichtung des Verhältnisses zwischen Lebensmittelunternehmer und Staat abgelöst worden. Mit den Artikeln 14, 17 und 19 der Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002<sup>2</sup> hat der europäische Gesetzgeber den Lebensmittelunternehmen die Verantwortung für die Lebensmittelsicherheit zugeteilt; sie soll in Eigenkontrolle wahrgenommen werden<sup>3</sup>. Heute vertraut der Staat dem Lebensmittelunternehmer also die Kontrolle der eigenen Handlungen an und überwacht deren Funktionieren. Amtliche Kontrolle ist im gemeinschaftlichen Lebensmittelrecht demnach die staatliche Überwachung privater Eigenkontrolle.

### 2. Ermächtigungsgrundlagen für Maßnahmen der Lebensmittelüberwachung

Ausdruck findet das auch in der Ermächtigungsgrundlage des § 39 LFGB<sup>4</sup>, die von deutschen Behörden regelmäßig für Maßnahmen der Lebensmittelüberwachung angeführt wird<sup>5</sup>. Dort spricht der Gesetzgeber einleitend in Absatz 1 von der „Über-

1 Der Beitrag knüpft an Stellungnahmen der WGL Fachgruppe Nord zu kontroversen Themen des Lebensmittelrechts an (z. B. *Cardona/Hermle/Joh/Krämer/Lippert/Madlung*, ZLR 1996, 115; *Joh/Krämer/Madlung/Unland*, ZLR 2002, 130).

2 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 (ABl. L 188 vom 18.7.2009, S. 14).

3 Vgl. *Gorny*, Grundlagen des europäischen Lebensmittelrechts, Kapitel II Rn. 318 ff.

4 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Juli 2009 (BGBl. I S. 2205), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 3. August 2009 (BGBl. I S. 2630).

5 Den Verfassern ist aus der Praxis keine behördliche Verfügung bekannt, die auf der Grundlage von Art. 54 Verordnung (EG) Nr. 882/2004 erlassen worden ist. Dasselbe gilt offenbar in Österreich, wo § 39 LMSVG Grundlage behördlicher Maßnahmen ist, vgl. *Natterer*, Lebensmittelrecht, Rn. 102.

wachung der Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes“ sowie der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Die Behörden werden also tätig, wenn sie trotz der Eigenkontrollen der Lebensmittelunternehmer Gesetzesverstöße feststellen<sup>6</sup>. Wie jedes hoheitliche Handeln muss selbstverständlich auch die Überwachungstätigkeit im Bereich des Lebensmittelrechts auf der Grundlage einer ausreichenden Eingriffsnorm erfolgen<sup>7</sup>. Dazu enthält § 39 LFGB detaillierte Bestimmungen, darunter einen beispielhaften Maßnahmenkatalog im zweiten Absatz der Vorschrift.

Grundlagen der amtlichen Kontrolle im Bereich des Lebensmittelrechts beschreibt jedoch auch die sogenannte Kontroll-Verordnung (EG) Nr. 882/2004<sup>8</sup>. Sie setzt die Vorgaben aus Art. 17 und 19 Basis-Verordnung als konkrete Handlungsanweisungen an die Organisation der Lebensmittelüberwachung in den Mitgliedstaaten um. Wie die Basis-Verordnung steht die Kontroll-Verordnung exemplarisch für eine straffere Regelungspraxis des europäischen Gesetzgebers. War das gemeinschaftliche Lebensmittelrecht vor einigen Jahren noch durch Richtlinien geprägt, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen waren, so normiert die EU zentrale Bereiche des Lebensmittelrechts immer häufiger durch Verordnungen<sup>9</sup>. Damit nimmt sie die Mitgliedstaaten „an die kurze Leine“, denn Verordnungen gelten ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar in der gesamten EU.

Für Maßnahmen der amtlichen Lebensmittelkontrolle enthält Art. 54 der Kontroll-Verordnung umfassende Vorgaben. In seinem Absatz 1 ist zunächst vorgesehen, dass die zuständige Behörde bei Verstößen Maßnahmen ergreift, um sicherzustellen, dass der Lebensmittelunternehmer Abhilfe schafft. Art. 54 Abs. 2 Kontroll-Verordnung enthält einen beispielhaften Maßnahmenkatalog. In den Absätzen 3, 4 und 5 sind dann Grundsätze zur Unterrichtung der betroffenen Unternehmer und der zuständigen Behörde des versendenden Mitgliedstaats sowie zur Kostentragung geregelt. Es gab also schon mit Inkrafttreten der Kontroll-Verordnung im Jahr 2004 gemeinschaftsweit unmittelbar geltende Grundlagen für Maßnahmen der amtlichen Lebensmittelüberwachung in den Mitgliedstaaten der EU.

6 Vgl. *Schroeder*, ZLR 2009, 531, 536.

7 Siehe *Jestaedt* in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 10 Rn. 1 ff.; *Schoch* in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 2. Kap. Rn. 52 ff.; speziell zum Lebensmittelrecht etwa *Wehlau*, LFGB-Kommentar, 2010, § 39 Rn. 17 ff.

8 Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz (ABl. L 191 vom 28.5.2004, S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 (ABl. L 188 vom 18.7.2009, S. 14).

9 Dazu schon *Teufer* in: Sosnitzer (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Lebensmittelrecht, S. 10.

### 3. Die Ergänzung des Wortlauts in § 39 Abs. 2 LFGB

Der deutsche Gesetzgeber wollte seinen eigenen Regelungsspielraum im Lebensmittelrecht jedoch offensichtlich nicht kampflos aufgeben. Nur so lässt sich erklären, dass trotz Inkrafttreten der Basis-Verordnung im Jahr 2002 und der Kontroll-Verordnung im Jahr 2004 noch im September 2005 das Lebensmittel-, Futtermittel- und Bedarfsgegenstände Gesetzbuch (LFGB) verabschiedet wurde – nach langen Diskussionen um Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern<sup>10</sup>. Damit trat § 39 LFGB erst nach Inkrafttreten von Art. 54 Kontroll-Verordnung an dessen Seite. Der umfassende Regelungsanspruch des LFGB ist bereits vielfach kritisiert worden<sup>11</sup>. Unabhängig von der inhaltlichen Kritik hat sich der deutsche Gesetzgeber mit dem LFGB auf ein gemeinschaftsrechtliches Minenfeld begeben. Denn unmittelbar geltendes europäisches Verwaltungsrecht hat nach der Rechtsprechung des EuGH stets Anwendungsvorrang vor entgegenstehendem nationalen Recht. Der EuGH ist sogar noch weiter gegangen und hat festgelegt, dass Vorschriften aus EU-Verordnungen im nationalen Recht auch nicht wiederholt werden dürfen – es besteht insoweit ein „Zitierverbot“<sup>12</sup>. Zwangsläufige Folge dieser Zwickmühle, in die sich der deutsche Gesetzgeber manövriert hat, sind umständliche Bezugnahmen des LFGB auf vorrangige Regelungen vor allem der Basis-Verordnung und überflüssige Normen, die in der Praxis leerlaufen<sup>13</sup>.

In diesem Zusammenhang hat der deutsche Gesetzgeber im Laufe der Zeit ganz offensichtlich auch Schwierigkeiten bei der Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage in § 39 LFGB mit Art. 54 Kontroll-Verordnung gesehen. Denn weitgehend unbemerkt und wenig diskutiert erhielt § 39 LFGB für die Maßnahmen der amtlichen Lebensmittelkontrolle im Sommer 2009 eine Klarstellung<sup>14</sup>, mit der die nationale Regelung offenbar vor dem Vorwurf eines Verstoßes gegen EU-Recht bewahrt werden soll. Dazu ist § 39 Abs. 2 LFGB durch folgenden Satz 3 ergänzt worden:

*„Artikel 54 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz (Abl. L 165 vom 30.4.2004, S. 1, L 191 vom 28.5.2004, S. 1, L 204 vom 4.8.2007, S. 29), die zuletzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1029/2008 (Abl. L 278 vom 21.10.2008, S. 6) geändert worden ist, über Maßnahmen im Fall eines Verstoßes bleibt unberührt.“*

<sup>10</sup> Vgl. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 102, Vorb. LFGB, Rn. 2 ff.

<sup>11</sup> Siehe nur *Girnau*, ZLR 2003, 677 und *Meyer*, ZLR 2004, 21.

<sup>12</sup> Mit Rechtsprechungsnachweisen *König* in: Schulze/Zuleeg, Handbuch Europarecht, § 2 Rdnr. 29 (FN 75); vgl. auch *Schroeder* in: Streinz, Kommentar EUV/EGV, München 2003, Art. 249 EGV Rdnr. 58.

<sup>13</sup> So auch *Meyer*, NJW 2005, 3321.

<sup>14</sup> Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs vom 29.6.2009 (BGBl. I S. 1659).

Die Bedeutung dieser Ergänzung in § 39 Abs. 2 LFGB für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift ergibt sich aus der Gesetzesbegründung<sup>15</sup>, in der es heißt:

*„Nach Artikel 54 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 (...) trifft die zuständige Behörde, wenn sie einen Verstoß feststellt, die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der Unternehmer Abhilfe schafft. Sie berücksichtigt dabei die Art des Verstoßes und das bisherige Verhalten des betreffenden Unternehmers mit Blick auf Verstöße.*

*Nach Absatz 2 dieser Regelung können dazu gegebenenfalls folgende Maßnahmen gehören: (...)*

*Diese Regelungen sind als unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht von den zuständigen Behörden vorrangig anzuwenden. Dem trägt der Hinweis auf diese Regelungen in § 39 Abs. 2 Satz 3 – neu – Rechnung.“*

Auf den Punkt gebracht hat der deutsche Gesetzgeber schlicht folgendes festgeschrieben: Stellt die Überwachungsbehörde Verstöße gegen das Lebensmittel- und Futtermittelrecht fest, erlässt sie Maßnahmen auf der Grundlage von Art. 54 Kontroll-Verordnung. Ermächtigungsgrundlage für behördliche Maßnahmen zur Überwachung des Lebensmittel- und Futtermittelrechts ist demnach Art. 54 Kontroll-Verordnung und nicht etwa § 39 LFGB.

#### 4. Vorrang der Ermächtigungsgrundlage in Art. 54 Kontroll-Verordnung und Überwachungspraxis

Dieses durch den Wortlaut von § 39 LFGB und die Gesetzesbegründung nun auch ausdrücklich bestätigte Verständnis hat sich soweit ersichtlich in der deutschen Überwachungspraxis bisher nicht durchgesetzt. Die Anwendbarkeit von Art. 54 Kontroll-Verordnung als Ermächtigungsgrundlage für behördliche Maßnahmen wurde vor allem mit dem Argument abgelehnt, dass sich die Regelungen der Kontroll-Verordnung lediglich an die Mitgliedstaaten richten, nicht jedoch unmittelbar an deren Behörden. Weit verbreitet scheint auch die Auffassung, der Vollzug des Lebensmittelrechts durch die Behörden der Mitgliedstaaten unterliege nationalem Recht. Beide Argumentationsansätze sind jedoch wenig überzeugend.

Aus dem Wortlaut der Kontroll-Verordnung ergibt sich jedoch keine Beschränkung auf Organisationsanweisungen an die Mitgliedstaaten. In Art. 54 Abs. 1 Satz 1 Kontroll-Verordnung heißt es ausdrücklich: *„Stellt die zuständige Behörde einen Verstoß fest ...“*. Demgegenüber ist z.B. Art. 55 Kontroll-Verordnung ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtet, die deshalb auch unmittelbar angesprochen werden.

<sup>15</sup> BT-Drucks 16/8100, 20 (Nr. 27).

Überschrieben ist das Kapitel I der Verordnung zudem mit „*Nationale Durchsetzungsmaßnahmen*“. Anders als etwa in Art. 3 Kontroll-Verordnung, der einen allgemeinen Rahmen für amtliche Kontrollen beschreibt und sich ausdrücklich nur an die Mitgliedstaaten richtet, hat der europäische Gesetzgeber in Art. 54 Abs. 2 Kontroll-Verordnung einen konkreten Maßnahmenkatalog vorgesehen. Diese doppelte Zielsetzung unmittelbarer Vorgaben an die Behörden und leitender Rahmenregelungen für die Mitgliedstaaten ergibt sich auch aus den Erwägungsgründen 41, 42 und 43 der Kontroll-Verordnung. Maßnahmen zur Unterbindung von Rechtsverstößen werden „*in der gesamten Gemeinschaft*“ vorgegeben; das Verfahren, nach dem die Verwaltungsbehörden in den Mitgliedstaaten handeln, bleibt hingegen national geregelt, wobei die Bestimmungen der Kontroll-Verordnung den Rahmen vorgeben.

Hätte der gemeinschaftliche Gesetzgeber mit der Kontroll-Verordnung insgesamt lediglich Rahmenregelungen als Leitfaden für die Mitgliedstaaten treffen wollen, wäre im Übrigen eine Richtlinie das naheliegende Instrument gewesen. Es ist hingegen europarechtlich lange etabliert, dass Verordnungen unmittelbare und allgemeine Geltung beanspruchen<sup>16</sup>; die Kontroll-Verordnung richtet sich also schon formal auch unmittelbar an deutsche Überwachungsbehörden und steht damit als Eingriffsnorm zur Verfügung. Der Vollzug von EU-Recht durch nationale Behörden auf gemeinschaftsrechtlicher Rechtsgrundlage ist auch keineswegs ungewöhnlich<sup>17</sup>. Als Beispiel seien nur Maßnahmen nationaler Kartellbehörden nach Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 genannt. Art. 54 Kontroll-Verordnung ist somit formal und materiell eine unmittelbar geltende Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen der Lebensmittelüberwachung in den Mitgliedstaaten.

Vor diesem Hintergrund bleibt unklar, was der deutsche Gesetzgeber in seiner Begründung der Ergänzung von § 39 Abs. 2 LFGB mit einer „vorrangigen“ Anwendbarkeit von Art. 54 Kontroll-Verordnung meint. Der EuGH geht zwar in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen im Konfliktfall den nationalen Regelungen vorgehen<sup>18</sup>. Zugleich hat der Gerichtshof aber festgestellt, dass unmittelbar geltende Vorschriften des EU-Rechts im Recht der Mitgliedstaaten nicht wiederholt werden dürfen – es gilt das sogenannte Zitierverbot<sup>19</sup>. Dann hätte der deutsche Gesetzgeber § 39 LFGB jedenfalls für Lebensmittel und Futtermittel konsequent streichen müssen. Wenn jedoch Art. 54 Kontroll-Verordnung lediglich „vorrangig“ bei Verstößen gegen das Lebensmittel- und Futtermittelrecht anwendbar ist, soll auf diesem Gebiet offenbar „nachrangig“ weiterhin Platz für die Anwendung von § 39 LFGB sein<sup>20</sup>. Damit kann eigentlich nur gemeint sein, dass

16 Siehe nur *Streinz* in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB BasisVO, 2007, Einf. Rn. 73.

17 Vgl. *Schroeder*, ZLR 2009, 531.

18 Vgl. *Streinz* in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB BasisVO, 2007, Einf. Rn. 51.

19 S. o. Fn. 11.

20 Ohne nähere Begründung geht davon offenbar auch aus *Wehlau*, LFGB-Kommentar, 2010, § 39 Rn. 12.

Art. 54 Kontroll-Verordnung – trotz der grundlegenden Bestimmungen und unmittelbaren Anwendbarkeit – aus Sicht des deutschen Gesetzgebers keine abschließende Regelung für behördliche Maßnahmen bei Verstößen gegen das Lebensmittelrecht trifft. Es müssten also Sachverhalte denkbar sein, die von Art. 54 Kontroll-Verordnung nicht erfasst werden und für die der gemeinschaftliche Gesetzgeber den Mitgliedstaaten die Regelungsgewalt überlassen wollte.

## 5. Vergleich des Regelungsgehalts von § 39 LFGB und Art. 54 Kontroll-Verordnung

Den Regelungsgehalt von § 39 Abs. 1 und 2 LFGB decken Art. 54 Abs. 1 und 2 Kontroll-Verordnung vollständig ab. Sowohl die Inhalte der Generalklauseln in den Absätzen 1 als auch die Maßnahmenkataloge in Abs. 2 der jeweiligen Vorschrift sind weitgehend übereinstimmend. Da es sich in beiden Fällen lediglich um beispielhafte Aufzählungen der zur Verfügung stehenden Verwaltungsmaßnahmen handelt, kommt es auch gar nicht darauf an, ob die Regelungen im Wortlaut identisch sind. Aus der Kombination der beispielhaften Aufzählung und der Generalklausel folgt, dass den zuständigen Behörden jeweils umfassende Befugnisse für die Lebensmittelüberwachung zur Verfügung stehen<sup>21</sup>.

Aufwerfen kann man allerdings die Frage, ob § 39 Abs. 2 LFGB weiter gefasst ist als Art. 54 Abs. 2 Kontroll-Verordnung, weil in der nationalen Regelung auch vom „hinreichenden Verdacht eines Verstoßes“ die Rede ist. Dagegen bezieht sich Art. 54 Kontroll-Verordnung nach seinem Wortlaut allein auf das Feststellen eines Verstoßes. Liegt der verbleibende Anwendungsbereich von § 39 LFGB also als Vorfeldregelung bei (in der Praxis seltenen) Verdachtsfällen? Der Begriff des Verstoßes ist jedoch in Art. 2 Nr. 10 Kontroll-Verordnung definiert als jedes Nichteinhalten des Lebensmittel- und Futtermittelrechts. Noch deutlicher wird die englische Sprachfassung von Art. 54 Abs. 2 Kontroll-Verordnung, in der für „Verstoß“ das Wort „non-compliance“ verwendet wird. „Non-compliance“ oder „Nichtbeachtung“ setzt aber keinen vollendeten Verstoß voraus, sondern erfasst ohne weiteres auch den Verdacht lebensmittel- oder futtermittelrechtlicher Verstöße. Gestützt wird diese Interpretation durch Erwägungsgrund 13 der Kontroll-Verordnung; dort spricht der gemeinschaftliche Gesetzgeber ausdrücklich auch von Verdachtsfällen. Demnach hat § 39 LFGB auch als Vorfeldregelung zu Art. 54 Kontroll-Verordnung keinen eigenständigen Anwendungsbereich.

Mit ihrer Bezugnahme auf das gesamte Lebensmittel- und Futtermittelrecht verdeutlicht die bereits angesprochene Definition des Begriffs „Verstoß“ in Art. 2 Nr. 10 Kon-

<sup>21</sup> Vgl. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 102, § 39 LFGB, Rn. 16 ff.

troll-Verordnung zudem, dass Art. 54 Kontroll-Verordnung nach dem Willen des EU-Gesetzgebers auch im nicht-harmonisierten Bereich des Lebensmittelrechts vorrangig anzuwenden ist. Die Überwachungsbehörden können sich auf die Regelung der Kontroll-Verordnung also sowohl bei Verstößen gegen das gemeinschaftliche als auch bei Verstößen gegen rein nationales Lebensmittelrecht stützen. Die Tatsache, dass bestimmte materielle Rechtsbereiche von der EU nicht abschließend geregelt werden, hindert den gemeinschaftlichen Gesetzgeber nicht daran, verfahrensbezogene Grundsätze der Lebensmittelüberwachung auf EU-Ebene zu normieren. Die Kompetenzen der EU reichen zwar nicht in Bereiche wie z.B. das Sanktionenrecht, dort hat der nationale Gesetzgeber die alleinige Regelungskompetenz<sup>22</sup>. Die verfahrensbezogenen Vorschriften der Kontroll-Verordnung berühren jedoch das Festsetzen von Sanktionen durch die Mitgliedstaaten nicht. Das zeigt die Abgrenzung in der Kontroll-Verordnung zwischen der unmittelbar geltenden Rechtsgrundlage in Art. 54 und der bloßen Rahmenvorschrift in Art. 55, die von den Mitgliedstaaten nur überhaupt ein Sanktionensystem verlangt, dessen Ausgestaltung im einzelnen aber ausdrücklich in der Hand des nationalen Gesetzgebers belässt.

## 6. Anwendungsfall Rücknahmeanordnung

Der Vorrang von Art. 54 Kontroll-Verordnung besteht auch den Praxistest. Betrachtet man z.B. die rechtlich schwierigen Fälle einer behördlichen Rücknahmeanordnung bei Kennzeichnungsmängeln<sup>23</sup>, bietet Art. 54 Abs. 2 Kontroll-Verordnung ausreichenden Handlungsspielraum. In Art. 54 Abs. 2 Buchst. c) wird der Überwachungsbehörde zunächst die Kompetenz eingeräumt, eine Rücknahme von Lebensmitteln aus dem Markt bei jedem Verstoß gegen das Lebensmittelrecht anzuordnen, also ggf. auch bei bloßen Kennzeichnungsmängeln. Die Behörde ist dabei nach dem Wortlaut in Art. 54 Abs. 2 Buchst. c) Kontroll-Verordnung nicht etwa auf Fälle beschränkt, in denen die Lebensmittelsicherheit unmittelbar betroffen ist. Anders als Art. 19 Abs. 1 Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002 macht die Kontroll-Verordnung insoweit keine beschränkenden Vorgaben. Auch einen Sofortvollzug der Rücknahme kann die Behörde ohne weiteres auf der Grundlage von § 80 VwGO anordnen, einer gesetzlichen Anordnung bedarf es dafür nicht.

Die rechtlich zwingende Überlegung, ob derartige Maßnahmen bei Kennzeichnungsmängeln auch verhältnismäßig sind<sup>24</sup>, wird von Art. 54 Abs. 2 Kontroll-Verordnung im Übrigen deutlich besser aufgenommen als von § 39 Abs. 2 LFGB. Denn in der Aufangbefugnis in Art. 54 Abs. 2 Buchst. h) Kontroll-Verordnung hat der EU-Gesetz-

<sup>22</sup> Vgl. *Streinz* in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB BasisVO, 2007, Einf. Rn. 74.

<sup>23</sup> So etwa OVG Nordrhein-Westfalen, ZLR 2008, 738 m. Anm. *Weck*.

<sup>24</sup> Vgl. *Weck*, ZLR 2008, 749, 752.

geber das Erfordernis der Angemessenheit behördlicher Maßnahmen ausdrücklich geregelt. Dazu findet sich in § 39 LFGB kein Wort. Selbstverständlich muss die Überwachung auch nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts angemessene Maßnahmen ergreifen. Die in jüngerer Vergangenheit obergerichtlich bestätigte Rücknahmeanordnung wegen vergleichsweise einfacher Kennzeichnungsmängel hat aber gezeigt, dass derartige Erwägungen bei manchen Behörden und Gerichten offenbar nicht immer ausreichend Gehör finden<sup>25</sup>.

## 7. Was bleibt von § 39 LFGB?

Wird der Anwendungsvorrang von Art. 54 Kontroll-Verordnung konsequent beachtet, bleibt für eigenständige Regelungen in § 39 Abs. 1 und 2 LFGB demnach nicht mehr viel Raum. Anders als § 39 LFGB beansprucht die Kontroll-Verordnung keine Geltung für kosmetische Mittel und Bedarfsgegenstände. Bei diesen Erzeugnissen ist die nationale Vorschrift also im Grundsatz weiter anwendbar. Es spricht allerdings vieles dafür, dass dieser Restgehalt der Norm kaum in das Regelungsgefüge des LFGB passt. Sinnvoller wäre insoweit eine spezialgesetzliche Regelung für kosmetische Mittel und Bedarfsgegenstände, die eigene Rechtsgrundlagen für die amtliche Überwachung mit umfasst. In Spezialvorschriften wie das BJagdG passen auch Regelungen wie aktuell in § 39 Abs. 8 LFGB vorgesehen deutlich besser. Die weiteren lebensmittel- und futtermittelrechtlichen Inhalte in den verschiedenen Absätzen von § 39 LFGB lassen sich ohne Bedeutungsverlust auch in der AVV RÜb<sup>26</sup> verankern. Dort stünden sie den Überwachungsbeamten zudem viel anwendungsnäher zur Verfügung. In § 39 LFGB bleiben sie letztlich Fremdkörper.

Mut zur Lücke hat der deutsche Gesetzgeber im Übrigen schon bei der Herausnahme der Tabakvorschriften aus den lebensmittelrechtlichen Regelungen gezeigt. Denn das „Rest-LMBG“ in seiner derzeitigen Gestalt als vorläufiges Tabakgesetz<sup>27</sup> enthält überhaupt keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für behördliche Maßnahmen. Dort kann wie immer, wenn spezialgesetzliche Regelungen nicht vorhanden sind, die allgemeine polizeirechtliche Generalklausel von den Überwachungsbehörden herangezogen werden<sup>28</sup>. Vermeintliche Lücken in Art. 54 Kontroll-Verordnung ließen sich also auch mit diesem Instrument ausreichend füllen. Das gilt z. B. für einen Verzicht auf die spezielle Regelung der mit Lebensmitteln verwechselbaren Gegenstände in § 39 Abs. 4 LFGB. Klassisches Beispiel ist ein Radiergummi, das wie eine

25 S. o. Fn. 22.

26 Allgemeine Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher, weinrechtlicher und tabakrechtlicher Vorschriften (AVV Rahmen-Überwachung- AVV RÜb) vom 3. Juni 2008.

27 Vorläufiges Tabakgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1997 (BGBl. I S. 2296), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3365).

28 Vgl. *Schoch* in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 2. Kap. Rn. 52 ff.



Süßigkeit geformt ist<sup>29</sup>. Soweit die Kontroll-Verordnung darauf nicht anwendbar ist, weil eben keine Lebens- oder Futtermittel betroffen sind, können behördliche Maßnahmen ohne weiteres auf der Grundlage der Polizeigesetze der Länder ergriffen werden (s. o.).

Schließlich erscheint auch die gesetzliche Anordnung des Sofortvollzugs in den Fällen des § 39 Abs. 7 LFGB verzichtbar. Die sofortige Vollziehung von Maßnahmen können die Überwachungsbehörden mit vertretbarem Aufwand im Einzelfall gesondert anordnen. In Eilfällen darf die schriftliche Begründung des Sofortvollzugs auch nachgereicht werden<sup>30</sup>. Letztlich sind es aus praktischer Sicht nur seltene Maßnahmen in besonders sensiblen Bereichen wie dem Seuchenrecht, die einen Sofortvollzug ohne die Notwendigkeit einer eigenständigen Begründung rechtfertigen. Solche Fälle sind im Infektionsschutzgesetz ausreichend geregelt. In allen gewöhnlichen lebensmittelrechtlichen Fällen ist es hingegen gerade das Erfordernis, den Sofortvollzug besonders zu begründen, das zu einer wünschenswerten Auseinandersetzung vor allem mit Fragen der Verhältnismäßigkeit herausfordert. Ebenso überflüssig ist dann die Strafvorschrift des § 58 Abs. 1 Nr. 17 LFGB, die sich auf die Missachtung des gesetzlich angeordneten Sofortvollzugs von Maßnahmen nach § 39 Abs. 2 Satz 1 LFGB bezieht. Denn Verstöße gegen die so erfassten gesundheitsrelevanten Vorschriften des Lebensmittelrechts sind meist schon aus der materiellen Norm heraus mit strafrechtlichen Sanktionen belegt; so kann z. B. der Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 Basis-Verordnung nach § 58 Abs. 2 Nr. 1 LFGB bestraft werden. Zudem eignen sich zur Durchsetzung eines Sofortvollzugs verwaltungsrechtliche Zwangsmaßnahmen regelmäßig besser als spätere Strafen. Es bleibt dem nationalen Gesetzgeber nach den Vorgaben der Kontroll-Verordnung gleichwohl unbenommen, bei bestimmten Sachverhalten einen gesetzlichen Sofortvollzug vorzusehen. Das kann dann aber auch außerhalb von § 39 LFGB, z. B. bei den entsprechenden materiell-rechtlichen Regelungen erfolgen.

## 8. Fazit

Nach allem ist § 39 LFGB überflüssig. Seine Aufhebung wäre ein Beitrag zur Rechtsklarheit. Denn so könnten Irritationen bei der Auswahl der richtigen Eingriffsgrundlage für lebensmittelrechtliche Ordnungsverfügungen vermieden werden.

<sup>29</sup> Vgl. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, C 102, § 3 LFGB, Rn. 38.

<sup>30</sup> Dazu im Einzelnen *Kopp/Schenke*, VwGO-Kommentar, 16. Aufl. 2009, § 80 Rn. 84.