


recherchiert von: **Nutzer4 LRAZ** am 01.03.2013

| | | | |
|----------------------------|-----------------------|----------------|---|
| Gericht: | VG München 18. Kammer | Quelle: |  |
| Entscheidungsdatum: | 09.01.2013 | Normen: | § 123 VwGO, § 40 Abs 1a LFGB |
| Aktenzeichen: | M 18 E 12.5834 | | |
| Dokumenttyp: | Beschluss | | |

Sonstiger Orientierungssatz

Einstweilige Anordnung; Veröffentlichung des Verdachts von Gesetzesverstößen im Lebensmittelbereich

Tenor

I. Dem Antragsgegner wird vorläufig untersagt, auf dem Internetportal des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit die mit Schreiben vom sowie vom November 2012 angekündigte Veröffentlichung des Ergebnisses von Kontrollen des Betriebs der Antragstellerin in ..., vorzunehmen.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf EUR 2.500,- festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich im Wege der einstweiligen Anordnung gegen die Veröffentlichung des Ergebnisses einer Betriebskontrolle in ihrer Filiale in ...,
- 2 Die Antragstellerin betreibt unter der Firmierung „...“ ca. 4000 Filialen des Lebensmitteleinzelhandels, darunter auch in Am November 2012 führte der Antragsgegner, vertreten durch das Landratsamt ..., Fachbereich Lebensmittelüberwachung, veranlasst durch eine Verbraucherschwerde in der Filiale in ... eine Kontrolle durch, bei der vierzehn „mittel- und hochgradige“ Mängel im Bereich der Betriebshygiene (u. a. Verschmutzungen, Rost am Gemüseregal, Mängel in der Schädlingsbekämpfung, Mängel bei der Wandverkleidung und beim Bodenbelag, Mängel der Türen und Fenster) festgestellt und fotografisch festgehalten wurden. Dabei wurde seitens des Antragsgegners wegen der festgestellten erheblichen Reinigungsmängel und dem festgestellten Schädlingsbefall eine freiwillige Betriebschließung für eine Grundreinigung empfohlen. Die Antragstellerin erklärte, diese Empfehlung aufzugreifen.
- 3 Am November 2012 stellte der Antragsgegner fest, dass der Laden entgegen der mündlichen Vereinbarung mit der Antragstellerin geöffnet war. Erneut wurden 28 „mittel- und hochgradige“ Mängel in der Betriebshygiene (u. a. Verschmutzungen, Mängel des Bodenbelags, der Deckenverkleidung, des Wandanstrichs, der Türen und Fenster, unzureichende Kühlung von Lebensmitteln, Mängel in der Schädlingsbekämpfung, Mängel bei der Lagerung von Lebensmitteln) festgestellt und fotografisch festgehalten.

4 Am November 2012 nahm der Antragsgegner eine sog. Bußgeldprognose vor. Er stellte dabei auf die bei den Kontrollen vom und November 2012 festgestellten Mängel ab und prognostizierte für diese ein Bußgeld von mindestens 2.100,- Euro.

5 Mit Schreiben vom November 2012 übermittelte der Antragsgegner der Antragstellerin die Ergebnisprotokolle seiner Kontrollen vom und November 2012 und kündigte an, gemäß § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB die Öffentlichkeit auf der Internetseite des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit voraussichtlich in folgender Form zu informieren:

6

| Behörde | Einstelldatum | Produkt | Beanstandung | Betrieb | Art des Verstoßes | Hinweise |
|-----------------|---------------|-------------------------|--|----------------------------------|-------------------|------------------|
| Landratsamt ... | | Lebensmittel-Discounter | Bauliche Mängel; Mängel bei der Betriebshygiene/Schädlingsbekämpfung; Temperaturverstöße | ... Betreiberin: Antragstellerin | Sonstiger Verstoß | Mängel beseitigt |

7 Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, sich bis November 2012 hierzu zu äußern.

8 Am November 2012 fand eine Nachkontrolle des Betriebs statt. In dem Protokoll der Kontrolle wurde festgestellt, dass keine Mängel in der Betriebshygiene feststellbar gewesen seien. Aufgrund der schwierigen baulichen Gegebenheiten (u. a. historische Bausubstanz, ungünstiger Zuschnitt) müsse weiterhin ein besonderes Augenmerk auf die Aufrechterhaltung der Betriebshygiene gelegt werden. Das Protokoll führte die einzelnen Mängel - Mängel eines Kühlregals, Mängel im Belüftungssystem, Mängel der Wandverkleidung bzw. Regalabschlüsse, Mängel im Deckenanstrich, Mängel bei der Schädlingsicherheit des Lager-, Müll- und Anlieferungsbereichs, Mängel beim Bodenbelag, Standort der Karton- und Müllpresse im Lagerbereich, Mängel der Fliesen im WC - auf. Als Gesamtergebnis wurden „gering- und mittelgradigen bauliche Beanstandungen“ festgehalten und eine weitere Nachkontrolle angekündigt.

9 Mit Schreiben vom November 2012 übersandte der Antragsgegner das Ergebnisprotokoll der Kontrolle vom November 2012 mit der Bitte, die aufgeführten Mängel bis spätestens Januar 2013 zu beheben. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin Gelegenheit gegeben, zu einer förmlichen Anordnung der Mängelbeseitigung Stellung zu nehmen, die für den Fall der nicht fristgerechten Mängelbehebung in Aussicht gestellt wurde.

10 Ebenfalls mit Schreiben vom November 2012 wandte sich die Antragstellerin an den Antragsgegner und bat unter Übersendung der Kontrollberichte ihres Schädlingsmonitorings, den Punkt „Beanstandung“ in Spalte 4 der geplanten Veröffentlichung wie folgt zu fassen: „Instandhaltungsmängel; Betriebshygienemängel; Temperaturverstöße“. Entsprechend der Kontrollberichte des Schädlingsmonitorings sei kein Schädlingsbefall feststellbar gewesen. Ferner sei der Begriff „bauliche Mängel“ nicht geboten.

11 Mit weiterem Schreiben vom November 2012 an die Antragstellerin kündigte der Antragsgegner an, nach § 40 Abs. 1a des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs (LFGB) am November 2012 die Veröffentlichung folgenden Textes zu veranlassen:

12

| Behörde | Einstelldatum | Produkt | Beanstandung | Betrieb | Art des Verstoßes | Hinweise |
|-----------------|---------------|-------------------------|--|----------------------------------|-------------------|------------------|
| Landratsamt ... |11.2012 | Lebensmittel-Discounter | Bauliche Mängel; Mängel in der Betriebshygiene; Temperaturverstöße | ... Betreiberin: Antragstellerin | Sonstiger Verstoß | Mängel beseitigt |

13 Es wurde ausgeführt, von der Bezeichnung „Mängel in der Schädlingsbekämpfung“ werde ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Abstand genommen. Sinn und Zweck des § 40 Abs. 1a LFGB

und damit auch der neuen Internetplattform sei die Schaffung von Markttransparenz durch die Veröffentlichung bestimmter, herausgehobener Verstöße insbesondere im Bereich des Lebensmittelrechts. Der Antragsgegner sei daher gehalten, für den Verbraucher möglichst leicht verständliche Bezeichnungen der festgestellten Mängel zu verwenden. Der objektive Durchschnittsverbraucher subsumiere nach allgemeiner Lebenserfahrung die vorgefundenen Mängel (z. B. Risse im Deckenbereich, offene Wanddurchbrüche mit Bauschutt) unter „bauliche Mängel“.

- 14 Mit E-Mail vom selben Tag teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ergänzend auch der Grund der Beanstandung bei der Veröffentlichung anzugeben sei. Daher werde ergänzend folgender Text veröffentlicht: „Grund der Beanstandung: Reinigungsmängel, Offene Wanddurchbrüche im Lagerbereich, Decken und Böden schadhaft, Kühlkette bei Anlieferung Tiefkühlware nicht eingehalten“.
- 15 Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin zeigte am November 2012 telefonisch beim Antragsgegner die Vertretung der Antragstellerin an und bat den Antragsgegner, im Hinblick auf die von ihm geplanten gerichtlichen Maßnahmen gegen die Veröffentlichung auf der Internetplattform des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen. Die Entscheidung des Antragsgegners, die Veröffentlichung durchzuführen, sei ein Verwaltungsakt, weil die Entscheidung einen Einzelfall regle, welcher Eingriffscharakter habe und die Antragstellerin schwerwiegend beeinträchtige. Die Bitte um eine Rechtsbehelfsbelehrung wurde mit E-Mail vom November 2012 wiederholt.
- 16 Mit E-Mail vom November 2012 führte der Antragsgegner aus, dass es sich bei der Mitteilung über die bevorstehende Interneteintragung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften nicht um einen Verwaltungsakt handle, da es an der erforderlichen Regelungswirkung fehle. Es handle sich lediglich um eine Mitteilung über ein bevorstehendes tatsächliches Verwaltungshandeln mit Eingriffscharakter. Dagegen könne innerhalb der angekündigten Frist eine einstweilige Anordnung beim zuständigen Verwaltungsgericht beantragt werden. Eine förmliche Rechtsbehelfsbelehrung sei vom Gesetzgeber nicht vorgeschrieben.
- 17 Mit Schriftsatz vom 22. November 2012 wandte sich der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin an das Bayerische Verwaltungsgericht München und beantragte:
- 18 Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, auf dem Internetportal des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit am November 2012 nachstehenden Text zu veröffentlichen:

19

| Behörde | Einstelldatum | Produkt | Beanstandung | Betrieb | Art des Verstoßes | Hinweise |
|-----------------|---------------|-------------------------|--|----------------------------------|-------------------|------------------|
| Landratsamt ... |11.2012 | Lebensmittel-Discounter | Bauliche Mängel; Mängel in der Betriebshygiene; Temperaturverstöße | ... Betreiberin: Antragstellerin | Sonstiger Verstoß | Mängel beseitigt |

20 Gleichzeitig wurde Klage erhoben und beantragt,

21 die Entscheidung des Antragsgegners vom November 2012, Az.: ..., auf der Internetplattform des Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit am November 2012 nachstehenden Text zu veröffentlichen, aufzuheben,

22 hilfsweise, den Antragsgegner zur verpflichten, es zu unterlassen, den nachstehenden Text auf der Internetplattform des Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit zu veröffentlichen.

23

| Behörde | Einstelldatum | Produkt | Beanstandung | Betrieb | Art des Verstoßes | Hinweise |
|-----------------|---------------|-------------------------|--|----------------------|-------------------|------------------|
| Landratsamt ... |11.2012 | Lebensmittel-Discounter | Bauliche Mängel; Mängel in der Betriebshy- | ... Betreiberin: An- | Sonstiger Verstoß | Mängel beseitigt |

| | | | | | | |
|--|--|--|--------------------------------|--------------------|--|--|
| | | | giene; Tempera- turverstöße | tragstel- lerin | | |
|--|--|--|--------------------------------|--------------------|--|--|

- 24 Zur Begründung wurde u. a. ausgeführt, dass die Antragstellerin zwar der Meinung sei, die Entscheidung des Antragsgegners, die streitgegenständliche Veröffentlichung auf der Internetplattform des LGL am November 2012 zu veranlassen, sei ein Verwaltungsakt. Der Antragsgegner gehe jedoch davon aus, dass es sich lediglich um eine Mitteilung über ein bevorstehendes tatsächliches Verwaltungshandeln mit Eingriffscharakter handle. Er erkenne daher die aufschiebende Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage nicht an. Um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, bleibe der Antragstellerin daher kein anderer Weg als der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, um die geplante Veröffentlichung zu verhindern.
- 25 Nachdem der Antragsgegner auf der streitgegenständlichen Veröffentlichung am November 2012 beharre, könne das Ergebnis des Hauptsachverfahrens nicht abgewartet werden, weil dann bereits vollendete Tatsachen eingetreten wären. Dies begründe einen Anordnungsgrund.
- 26 Der Anordnungsanspruch ergebe sich daraus, dass die Entscheidung des Antragsgegners, die streitgegenständliche Veröffentlichung am November 2012 vorzunehmen, rechtswidrig sei und die Antragstellerin in ihren Rechten verletze. Die Entscheidung zur Veröffentlichung werde schon vom Wortlaut des § 40 Abs. 1a LFGB nicht gedeckt, denn dieser ermächtige nur zur Herausgabe sog. Produktwarnungen. Vorliegend solle die Öffentlichkeit aber nicht über ein konkretes Lebensmittel informiert werden, sondern darüber, dass bei der Antragstellerin Mängel bei der Betriebshygiene festgestellt worden seien. Eine weitere Auslegung sei auch der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen.
- 27 Die in § 40 Abs. 1a LFGB vorgesehene Möglichkeit, einzelne Unternehmer durch Eintrag in eine Internetplattform unter bestimmten Umständen in der Öffentlichkeit „an den Pranger“ zu stellen, könne unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zudem nur in den Fällen zulässig sein, in welchen zwingende Gründe des Allgemeinwohls den Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Antragstellerin rechtfertigten. Hierbei sei die schwerwiegende Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs der Antragstellerin durch die Veröffentlichung zu berücksichtigen. Von wesentlicher Bedeutung sei hierbei, dass eine konkrete Gefährdung der Öffentlichkeit durch ein Produkt, welches die Antragstellerin vertreibe, auch nicht ansatzweise bestehe. Laut Ergebnisbericht vom November 2012 seien keine Mängel in der Betriebshygiene festgestellt worden, sondern nur gering- bzw. mittelgradige bauliche Beanstandungen. Soweit bei der Erstkontrolle hygienische Mängel festgestellt worden seien, seien diese bis November 2012 vollständig behoben worden. Für die Behebung der baulichen Mängel sei der Antragstellerin eine Frist bis Januar 2013 eingeräumt worden. Lediglich bauliche Mängel rechtfertigten bereits nach dem Wortlaut von § 40 Abs. 1a LFGB eine Veröffentlichung nicht.
- 28 Mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2012 beantragte der Antragsgegner:
- 29 Der Antrag ist abzulehnen.
- 30 Zur Begründung wurde u. a. ausgeführt, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zwar zulässig, insbesondere statthaft sei, da die erhobene (unzulässige) Anfechtungsklage im Hinblick auf den Streitgegenstand keine aufschiebende Wirkung entfalten könne, er sei jedoch unbegründet. Es fehle an einem Anordnungsanspruch. Die Voraussetzungen für einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch seien nicht gegeben. Der durch die beabsichtigte Veröffentlichung der Mängel möglicherweise hervorgerufene Eingriff in Grundrechte der Antragstellerin sei nicht rechtswidrig. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB lägen vor. § 40 Abs. 1a LFGB befuge zur Nennung von unter Verdacht stehenden Lebensmitteln. Die betroffenen Lebensmittel im Betrieb der Antragstellerin seien der Behördenakte ohne Weiteres zu entnehmen. Der Umstand, dass die Lebensmittel in den beabsichtigten Veröffentlichungen nicht genannt würden, belaste die Antragstellerin nicht. § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB sei dahingehend auszulegen, dass jedenfalls in den Fällen, in denen grundlegende Hygienemängel und Gefährdungen vorlägen, die sich gerade nicht auf die Verunreinigung bestimmter einzelner Lebensmittel beschränkten, sondern eine Vielzahl von Lebensmitteln beträfen, die Veröffentlichung nicht auf ein oder mehrere bestimmte Lebensmittel beschränkt zu werden brauche. Beschränkte man die Veröffentlichungsbefugnis streng auf einzelne Lebensmittel, werde dies weder dem Anliegen der neuen Vorschrift noch der Realität gerecht. Denn in Fällen wie dem vorliegenden, bei dem gerade nicht beispielsweise ein oder zwei Lebensmittel verunreinigt seien, sondern insge-

samt massive Hygienemängel vorlägen, die sich potentiell auf einen großen, möglicherweise gar überwiegenden Teil der angebotenen Produkte beziehen könnten, entspreche die Beschränkung auf die Nennung bestimmter Lebensmittel nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Zudem könne die Nennung nur der jeweils betroffenen Lebensmittel jedenfalls in den Fällen des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB schon deshalb nicht die richtige Maßnahme sein, da in der ausschließlichen Nennung eines bestimmten Lebensmittels im Regelfall eine Rechtsverletzung eines Dritten, z. B. des Herstellers, liegen könne. Die Nennung eines Lebensmittels, das bezogen auf seine Herstellung keine Mängel aufweise, sondern nur dadurch mangelbehaftet werde, dass im Betrieb des Verkäufers grundsätzliche (Hygiene-)Mängel bestünden, stelle entgegen des Ziels des Gesetzes nicht Transparenz bezüglich des Verursachers (Verkäufer), sondern bezüglich des Nichtverursachers (Hersteller) her.

- 31 Die Antragstellerin habe in nicht unerheblichem Ausmaß gegen Vorschriften im Anwendungsbereich des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs verstoßen, was sich aus den Protokollen der Kontrollen vom November 2012, November 2012 und November 2012 ergebe. Es sei ohne Weiteres die Verhängung eines Bußgelds von mindestens 350,- Euro zu erwarten. Der Umstand, dass nach der Nachkontrolle nur noch gering- bzw. mittelgradige Verstöße festgestellt worden seien, rechtfertige keine andere Bewertung und werde in der Veröffentlichung dadurch berücksichtigt, dass die Beseitigung der Mängel angegeben werde.
- 32 Es liege auch kein einzelner Verstoß vor. Verstöße hätten sich sowohl bei der Kontrolle am November 2012 als auch bei der Kontrolle am November 2012 ergeben. Es liege daher sowohl ein wiederholter als auch ein erheblicher Verstoß vor.
- 33 Die beabsichtigte Veröffentlichung sei auch nicht unverhältnismäßig. Die Antragstellerin habe zunächst zu erkennen gegeben, mit der beabsichtigten Information der Öffentlichkeit im Wesentlichen einverstanden zu sein.
- 34 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Behördenakte Bezug genommen.

II.

- 35 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig.
- 36 Insbesondere ist er gemäß § 123 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft. Die Antragstellerin macht einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch geltend, der in der Hauptsache mit der hilfsweise erhobenen Leistungsklage, nicht mit einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt VwGO durchzusetzen ist.
- 37 Die vom Antragsgegner geplante Veröffentlichung ist keine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls im Sinne von Art. 35 S. 1 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) und damit kein (künftiger) Verwaltungsakt. Die Veröffentlichung dient lediglich der Information der Öffentlichkeit (BT-Drs. 17/7374, S. 1 u. 12; vgl. BVerwG v. 17.12.1991, 1 C 5/88), ist aber nicht auf eine unmittelbare und für den Betroffenen verbindliche Festlegung von Rechten und Pflichten oder eines Rechtsstatus gerichtet, d. h. darauf, mit dem Anspruch unmittelbarer Verbindlichkeit und mit der Bestandskraft fähiger Wirkung unmittelbar subjektive Rechte des Betroffenen zu begründen, zu konkretisieren und zu individualisieren (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Auflage 2011, RdNr. 88 zu § 35). Durch die geplante Veröffentlichung werden keine Rechte begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt und die Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung von Rechten wird auch nicht abgelehnt (vgl. BVerwG v. 29.4.1988, 9 C 54/87). Im Übrigen wäre, selbst wenn das Begehren der Antragstellerin auf ein Unterlassen eines (künftigen) Verwaltungsakts gerichtet wäre, statthafte Klageart hierfür die Leistungsklage in Form der (vorbeugenden) Unterlassungsklage (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Auflage 2011, RdNr. 8a zu Vorb § 40).
- 38 Die Ankündigungen des Antragsgegners vom November 2012 und vom November 2012, die in dem Lebensmittelmarkt der Antragstellerin festgestellten Gesetzesverstöße zu veröffentlichen, stellen ebenfalls keine Verwaltungsakte dar. Auch ihnen fehlt die Regelungswirkung in Form des Abzielens auf eine Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung von Rechten oder eine dahingehende Ablehnung. Die Ankündigungen des Antragsgegners sind, wie auch die Ankündigung eines Verwaltungsakts (vgl. BVerwG v. 24.1.1985, 2 C 4/83), vielmehr als sog. schlicht-hoheitliches Verhalten einzuordnen (vgl. auch VG Karlsruhe v.

7.11.2012, 2 K 2430/12; VG Regensburg v. 21.12.2012, RO 5 E 12.1897; VG Frankfurt a. M. v. 19.12.2012, 5 L 4249/12.F). Auch ein solches kann in Rechte eingreifen, ohne dass dies automatisch zur Einordnung als Verwaltungsakt führen würde und nach Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (GG) zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes geboten wäre.

- 39 Damit liegt keine Anfechtungssituation vor, für die im einstweiligen Rechtsschutz der Vorrang der Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO gemäß § 123 Abs. 5 VwGO gelten würde (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Auflage 2011, RdNr. 4 zu § 123). Einschlägige Spezialregelungen für den einstweiligen Rechtsschutz sind ebenfalls nicht ersichtlich.
- 40 Der Antrag ist auch begründet.
- 41 Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die sog. Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die die Antragstellerin vorliegend begehrt, soll der Veränderung eines bestehenden Zustands vorbeugen und den Status quo bewahren. Eine einstweilige Anordnung in Form der Sicherungsanordnung darf nur ergehen, wenn das zu sichernde Recht ohne einstweilige Anordnung aufgrund einer Hauptsacheentscheidung und ihrer etwaigen Vollstreckung nicht mehr durchgesetzt werden könnte oder seine Durchsetzung im Hauptsacheverfahren zwar noch möglich, aber mit wesentlichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder ideellen Nachteilen verbunden wäre. Eine Sicherungsanordnung setzt zudem voraus, dass sowohl das streitige Recht, der sog. Anordnungsanspruch, nach den Vorschriften des materiellen Rechts als auch die dringende Notwendigkeit einer Sicherung dieses Rechts, der sog. Anordnungsgrund, bestehen, wobei die dem Anordnungsanspruch und -grund zugrunde liegenden Tatsachen vom Antragsteller glaubhaft zu machen sind (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO) (vgl. Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, RdNrn. 45 u. 48 zu § 123). Maßgebend sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, RdNr. 45 zu § 123 und RdNr. 45 zu § 113).
- 42 Die Antragstellerin hat Tatsachen glaubhaft gemacht, die einen Anordnungsgrund begründen. Es liegt auf der Hand, dass der Antragstellerin durch die Veröffentlichung der bei den Kontrollen am und November 2012 festgestellten Beanstandungen in dem von ihr betriebenen Lebensmittelmarkt erhebliche Nachteile drohen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützte Veröffentlichung von Verstößen bzw. des Verdachts von Verstößen im Lebens- und Futtermittelbereich erst seit September 2012 gilt und derzeit generell noch eine große Aufmerksamkeit in der Presseberichterstattung genießt. Die Erwähnung des Ergebnisses der Betriebskontrolle im Lebensmittelmarkt der Antragstellerin auf der Internetseite des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) würde einen erheblichen Ansehensverlust zumindest für diesen Betrieb der Antragstellerin bedeuten und könnte u. U. zu ganz erheblichen wirtschaftlichen Einbußen führen. Der sich aus der geplanten Veröffentlichung ergebende Eindruck vom Betrieb der Antragstellerin könnte auch bei einem für sie erfolgreichen Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht mehr grundlegend korrigiert bzw. vollständig beseitigt werden. Ein Zuwarten bis zu einer Klärung der Rechtsfragen im Hauptsacheverfahren ist der Antragstellerin daher nicht zuzumuten; die Entscheidung des Gerichts im einstweiligen Rechtsschutz ist erforderlich, um die irreversible Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern.
- 43 Die Antragstellerin hat auch die einen Anordnungsanspruch begründenden Tatsachen glaubhaft gemacht.
- 44 Unabhängig davon, ob der auf die Bewahrung des Status quo gerichtete öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs analog oder aus der Abwehrfunktion der Grundrechte – hier Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG – abgeleitet wird (BVerwG v. 29.4.1988, 7 C 33/87), setzt er einen rechtswidrigen hoheitlichen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht voraus, der bevorsteht oder noch andauert. Nach dem Ergebnis der gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage hat das Gericht erhebliche Zweifel an der Berechtigung des Antragsgegners zur beabsichtigten Veröffentlichung der bei der Antragstellerin festgestellten lebensmittel- und hygienerechtlichen Verstöße gemäß § 40 Abs. 1a LFGB. Die geplante Veröffentlichung stellt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen rechtswidrigen Eingriff in die Berufsfreiheit, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. jedenfalls die

allgemeine Handlungsfreiheit der Antragstellerin dar, der unmittelbar bevorsteht und gegen den ihr ein Unterlassungsanspruch zusteht.

- 45 Nach § 40 Abs. 1a LFGB informiert die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebens- oder Futtermittels sowie unter Nennung des Lebens- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebens- oder Futtermittel hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, wenn der durch Tatsachen, im Fall von Proben nach § 39 Abs. 1 Satz 2 auf der Grundlage mindestens zweier unabhängiger Untersuchungen von Stellen nach Art. 12 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 hinreichend begründete Verdacht besteht, dass
- 46 1. in Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegte zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen überschritten wurden oder
- 47 2. gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt verstoßen worden ist und die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens dreihundertfünfzig Euro zu erwarten ist.
- 48 Mit dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/7374, S. 20) klarstellen, dass unabhängig von den sonstigen Voraussetzungen des § 40 LFGB „bestimmte herausgehobene Rechtsverstöße [...] zu veröffentlichen sind“. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Veröffentlichung – auch unabhängig von einer bestehenden Gesundheitsgefahr – bei Vorliegen der in der Vorschrift genannten Voraussetzungen nunmehr zwingend erfolgen, wobei die Schwelle für eine Eingriff in die Grundrechte des betroffenen Lebens- bzw. Futtermittelunternehmers im Fall des Verdachts von Grenzwertüberschreitungen niedriger angesetzt wurde als in den Fällen des Verdachts der Gesundheitsgefährdung, der Täuschung und des Verstoßes gegen Hygieneanforderungen (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20).
- 49 Dass bei den Kontrollen vom und November 2012 Verstöße gegen hygienerechtliche Anforderungen gegeben waren, ist zwischen den Beteiligten unstreitig und wird auch durch die Fotos dokumentiert.
- 50 Das Gericht hat jedoch erhebliche Zweifel daran, ob die beabsichtigte Veröffentlichung und – falls ja – in welchem Umfang und mit welchem Inhalt rechtmäßig auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützt werden kann.
- 51 Bedenken bestehen bereits hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschrift mit höherrangigem Recht. Die Information der Öffentlichkeit zum Zwecke der Transparenz für den Verbraucher (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 1 u. 2) ist in Art. 10 der 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 ff.) (VO (EG) Nr. 178/2002) geregelt. Demnach unternehmen, wenn ein hinreichender Verdacht besteht, dass ein Lebensmittel oder Futtermittel ein Risiko für die Gesundheit von Mensch und Tier mit sich bringen kann, die Behörden, unbeschadet der geltenden nationalen oder Gemeinschaftsbestimmungen über den Zugang von Dokumenten, je nach Art, Schwere und Ausmaß des Risikos geeignete Schritte, um die Öffentlichkeit über die Art des Gesundheitsrisikos aufzuklären; dabei sind möglichst umfassend das Lebensmittel oder Futtermittel oder die Art des Lebensmittels oder Futtermittels, das möglicherweise damit verbundene Risiko und die Maßnahmen anzugeben, die getroffen wurden oder werden, um dem Risiko vorzubeugen, es zu begrenzen oder auszuschalten.
- 52 Es ist umstritten, ob diese Regelung des Gemeinschaftsrechts eine abschließende Regelung im Sinne einer Vollharmonisierung der Regelungen zur Information der Öffentlichkeit über Beanstandungen von Lebens- und Futtermitteln darstellt, über die nationales Recht nicht hinausgehen darf, oder ob nur Mindestvorgaben für die Information der Öffentlichkeit gemacht werden, die durch nationale Regelungen auch erweitert werden können (so VG Regensburg v. 23.10.2012, RO 5 E 12.1580 unter Verweis auf die Entscheidung des VG München v. 13.9.2012, M 22 E 12.4275, in einem presserechtlichen Verfahren).

- 53 Im ersten Fall wäre eine Information der Öffentlichkeit nur bei hinreichendem Verdacht eines Risikos für die Gesundheit von Mensch und Tier zulässig. § 40 Abs. 1a LFGB sieht jedoch eine Information der Öffentlichkeit auch unterhalb dieser Schwelle, nämlich auch beim Verdacht einer Täuschung oder eines Hygieneverstoßes in nicht unerheblichem Ausmaß bzw. im Fall der Wiederholung vor. § 40 Abs. 1a LFGB geht damit auch über die in § 40 Abs. 1 LFGB vorgesehene Information der Öffentlichkeit hinaus, die auch im Fall eines Gesundheitsrisikos im (allerdings gebundenen) Ermessen der Behörde steht.
- 54 Wenngleich nach Auffassung des Gerichts viel dafür spricht, dass die Verordnung (EG) Nr. 178/2002 nur allgemeine Ziele und Grundsätze vorgibt und Spielraum für nationale Regelungen belässt, ist andererseits die Vorlage des Landgerichts München vom 5. Dezember 2011 (Az.: 15 O 9353/09) an den Europäischen Gerichtshof zu beachten. Das Landgericht München hat die Frage zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt, ob Art. 10 VO (EG) Nr. 178/2002 einer nationalen Regelung entgegensteht, durch die eine Information der Öffentlichkeit über ein Lebens- bzw. Futtermittel und das Lebens- bzw. Futtermittelunternehmen, unter dessen Namen oder Firma das Lebens- bzw. Futtermittel hergestellt, behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, ermöglicht wird, wenn die Information nicht ein gesundheitsschädliches, sondern lediglich ein zum Verzehr ungeeignetes, insbesondere ekelerregendes Lebensmittel betrifft. Zwar erfolgte das Vorabentscheidungsersuchen nicht zur streitgegenständlichen Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB, sondern zu § 40 Abs. 1 Nr. 4 LFGB, jedoch stellt sich die Problematik der Information der Öffentlichkeit ohne Vorliegen eines Gesundheitsrisikos auch hier.
- 55 Eine selbständige Vorlage an den Europäischen Gerichtshof bezüglich der Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB durch das Gericht ist im vorliegenden Verfahren nicht angezeigt. Das Abwarten einer Vorabentscheidung widerspricht dem Ziel des Verfahrens nach § 123 VwGO (Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, RdNr. 58 zu § 123), zumal das Gericht nicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage verpflichtet ist und zudem die Möglichkeit hat, im Eilverfahren eine Entscheidung zu treffen, die seinen Bedenken Rechnung trägt.
- 56 Weiter ist vorliegend nicht hinreichend deutlich, worauf sich die Annahme des Antragsgegners gründet, dass die Verhängung eines Bußgelds vom mindestens EUR 350,- (ohne Weiteres) zu erwarten ist. Unabhängig davon, ob die Vorschrift an sich hinreichend bestimmt ist, ist aus der knappen Stellungnahme des Antragsgegners vom November 2012, die pauschal pro Beanstandung ein Bußgeld von 50,- Euro ansetzt, nicht nachvollziehbar, worauf sich deren Einschätzung gründet (vgl. VG Regensburg v. 21.12.2012, RO 5 E 12.1897). Es ist z. B. unklar, ob beim Antragsgegner ein Bußgeldkatalog für den Bereich des Lebensmittelrechts existiert und wie ggf. die festgestellten Verstöße in diesen einzuordnen sind. Im Bereich von Ordnungswidrigkeiten- und Strafverfahren hängt die Höhe der Geldbuße neben den festgestellten Mängeln, die den objektiven Tatbestand erfüllen, erheblich von subjektiven Aspekten wie Vorsatz, Häufigkeit der Verstöße, Erstmaligkeit der Verstöße, Einsichtsfähigkeit und weiteren Kriterien ab (vgl. hierzu auch Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284 (298f.)). Auch zwischen den einzelnen Behörden dürften erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Festsetzung eines Bußgelds bestehen.
- 57 Schließlich steht nach Auffassung des Gerichts trotz des Wortlauts von § 40 Abs. 1a LFGB den zuständigen Behörden bei der Veröffentlichung ein Spielraum zu, der vorliegend vom Antragsgegner erkennbar nicht ausgeschöpft wurde. Dieser beruht auf der gesetzlichen Formulierung, wonach „in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt“ gegen Vorschriften verstoßen worden sein muss (§ 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB). Bei der Auslegung und Anwendung des Tatbestandsmerkmals „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ ist beispielsweise auch die Beseitigung der festgestellten Verstöße zu berücksichtigen und mit dem Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher abzuwägen. Dies geht auch aus den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Gesundheit zu § 40 Abs. 1a LFGB vom August 2012 hervor, wonach nach Ziffer 2.5 die Bewertung, ob ein nicht nur unerheblicher Verstoß vorliegt, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Betriebs bei der Kontrolle vorgenommen werden muss und bei mittelgradigen Mängeln zur Feststellung eines Verstoßes von nicht unerheblichem Ausmaß eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Auch das Tatbestandsmerkmal „wiederholt“ ist nicht in jedem Fall eines zumindest zum zweiten Mal festgestellten Verstoßes als erfüllt anzusehen. So gehen die Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Gesundheit in Ziffer 2.6 davon aus, dass Bagatelverstöße außer Betracht bleiben, denn in diesen Fällen wird auch durch die Wiederholung keine Erheblichkeit des Verstoßes begründet. Insofern sind umso

mehr Wiederholungen erforderlich, je geringer die jeweils festgestellten Verstöße sind. Eine eine Abwägung gebietende Auslegung von Art. 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB erscheint gerade im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Grundrechte der Lebens- und Futtermittelunternehmer, die von einer Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB betroffen werden, zwingend erforderlich (vgl. Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284 (306)), insbesondere auch um atypischen, vom Normzweck nicht erfassten Ausnahmefällen gerecht werden zu können. So erscheint es z. B. überlegenswert, ob ein Mangel noch als erheblich anzusehen ist, wenn er unverzüglich nach Feststellung beseitigt worden ist. Sofern kein eine Erheblichkeit des Verstoßes begründender Wiederholungsfall vorliegt, dürfte in einem solchen Fall, jedenfalls wenn der einmalige und sofort beseitigte Verstoß nicht ganz gravierend ist und keine Gesundheitsgefahr fortbesteht, das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Lebens- bzw. Futtermittelunternehmers gegenüber dem Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher schwer ins Gewicht fallen. In einem solchen Fall käme einer Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB tatsächlich überwiegend Strafcharakter mit einer erheblichen spezialpräventiven Komponente zu. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob dieser Zweck mit § 40 Abs. 1a LFGB verfolgt werden soll, zumal die Norm bereits an den hinreichend begründeten Verdacht eines Verstoßes anknüpft. Eine Sanktion des Verdachts eines Verstoßes scheint mit der Unschuldsvermutung kaum vereinbar zu sein.

- 58 Zudem hat das Gericht erhebliche Bedenken, ob § 40 Abs. 1a LFGB zu einer Veröffentlichung in der vom Antragsgegner beabsichtigten Form ermächtigt. Die Zusammenfassung der von ihm im Rahmen der Betriebskontrollen vom und November 2012 festgestellten Gesetzesverstöße unter die von ihm gewählten Oberbegriffe (z. B. Mängel in der Betriebshygiene; bauliche Mängel) lässt viel Raum für Interpretation und stellt daher nur eine sehr pauschale Information der Öffentlichkeit dar. Ob derartige Formulierungen dem Ziel einer verbesserten Transparenz für den Verbraucher und einem „Mehr“ an Information der Öffentlichkeit (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 1) zur Ermöglichung eigenverantwortlicher Entscheidungen der Verbraucher am Markt (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 2) gerecht werden, erscheint sehr fraglich. Die Möglichkeit zu tatsächlich eigenverantwortlichen Entscheidungen setzt voraus, dass sie auf der Basis eines zutreffenden Sachverhalts erfolgen können. Die Darstellung tatsächlicher Gegebenheiten mittels Pauschalierungen birgt jedoch die Gefahr der Verfälschung des Sachverhalts.
- 59 Eine genaue Klärung der Auslegung von § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB würde jedoch den Rahmen eines Eilverfahrens sprengen, so dass insoweit auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen ist.
- 60 In Anbetracht der offenen Fragen zu § 40 Abs. 1a LFGB ist dem Begehren der Antragstellerin stattzugeben; die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützten Veröffentlichung überwiegen bei Weitem das Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher. Einer möglicherweise von den im Betrieb der Antragstellerin vertriebenen Lebensmitteln ausgehenden Gesundheitsgefahr, könnte, sofern sie bestünde, wie nach der Rechtslage bis 1. September 2012 wirksam durch den Erlass entsprechender hygienerechtlicher Anordnungen über die Beseitigung derartiger Zustände begegnet werden. Der Antragsgegner bedarf hierzu nicht der Information der Öffentlichkeit gemäß § 40 Abs. 1a LFGB. Für die Umsetzung der hygienerechtlichen Anordnungen könnte eine kurze Frist in Verbindung mit der Androhung von Zwangsmitteln gesetzt werden. Sofern dies nicht für ausreichend erachtet wird, kann auch eine Betriebsschließung bis zur Beseitigung der Mängel verfügt werden. § 40 Abs. 1a LFGB verdrängt die bestehenden Instrumente zur Durchsetzung lebensmittel- und hygienerechtlicher Anforderungen in keinsten Weise.
- 61 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
- 62 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes i. V. m. Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs.