

## **Rudi Lang: Die Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers nach Art. 17**

### **Abs. 1 BasisVO [VO (EG) Nr. 178/2002] unter besonderer Berücksichtigung seiner Pflichten aus Art. 19 BasisVO**

*Der Autor ist Diplom-Verwaltungswirt (FH) und mittlerweile auch wissenschaftlicher Mitarbeiter (Universität Bayreuth) und Diplom-Jurist. Der Beitrag entstand im Rahmen eines studienbegleitenden Seminars bei Prof. Dr. Markus Möstl (Lehrstuhl für Öffentliches Recht II). Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet, sondern die männliche Sprachform gewählt. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten selbstverständlich gleichermaßen für alle Geschlechter.*

#### **A. Einleitung**

„Angesichts des in der Lebensmittelproduktion und im Lebensmittelhandel bei den Normadressaten vorauszusetzenden Fachwissens ist [...] davon auszugehen, daß [sic] die Regelungsinhalte des Lebensmittelrechts verstanden werden und ihnen konkrete Verhaltensanweisungen entnommen werden können.“<sup>1</sup> Das kürzliche 30-jährige „Jubiläum“ dieser Passage einer 1988 datierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt Anlass – vom Standpunkt des heute geltenden Rechts aus – deren juristischen Wahrheitsgehalt zu untersuchen. Können die Normadressaten des häufig als komplex und undurchschaubar betitelten, unionsrechtlich determinierten Lebensmittelrechts wirklich ihre konkreten Verhaltensanweisungen den Regelungsinhalten des Lebensmittelrechts entnehmen? *Wer* sind überhaupt die Normadressaten des Lebensmittelrechts und *welche* Pflichten haben sie zu erfüllen? Diesen Fragen – deren Beantwortung angesichts der zunehmenden Verflechtungen der einzelnen Akteure in der Lebensmittelkette an Bedeutung gewinnt<sup>2</sup> – soll im Verlauf der folgenden Darstellung eingehend nachgegangen werden. Gegenstände der Darstellung sind hierbei die

unionsrechtliche Normierung des Grundsatzes der Verantwortlichkeit der Lebensmittelunternehmer in Art. 17 Abs. 1 BasisVO und die in Art. 19 BasisVO genannten Pflichten des Lebensmittelunternehmers. Über eine Bestimmung des Begriffs des Lebensmittelunternehmers (dazu B.) als Normadressat des Art. 17 Abs. 1 BasisVO werden hierzu zunächst die dogmatische Verortung und der konkrete Regelungsinhalt des Art. 17 Abs. 1 BasisVO beleuchtet. Dabei werden insbesondere die Argumentationsfiguren der Kettenverantwortung bzw. differenzierten Stufenverantwortung unter einem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel entschlüsselt (dazu C.). Im Anschluss werden die wesentlichen Pflichten des Lebensmittelunternehmers mit Schwerpunkt auf Art. 19 BasisVO herausgearbeitet (dazu D.), um abschließend Rekurs auf die eingangs erwähnte These des Bundesverfassungsgerichts zu nehmen und diese kritisch zu bewerten (dazu E.).

#### **B. Begriff des Lebensmittelunternehmers**

Haupt-Normadressat des Lebensmittelrechts ist der explizit in Art. 17 Abs. 1 BasisVO genannte

<sup>1</sup> BVerfG v. 30.6.1988 – 2 BvR 1206/87, LMRR 1988, 39.

<sup>2</sup> Gallus, Britta, Ketten- oder Stufenverantwortung – Ist die Frage EU-weit geklärt?, in: Hagenmeyer,

Moritz/Loosen, Peter (Hrsg.), Festschrift für Michael Welsch, S. 75 (75).

Lebensmittel- bzw. Futtermittelunternehmer.<sup>3</sup> Art. 3 Nr. 3 BasisVO definiert den Begriff des Lebensmittelunternehmers als diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die dafür verantwortlich sind, dass die Anforderungen des Lebensmittelrechts in dem ihrer Kontrolle unterstehenden Lebensmittelunternehmen erfüllt werden.

„Lebensmittelrecht“ im Sinne dieser Vorschrift sind gem. Art. 3 Nr. 1 BasisVO – verkürzt formuliert – alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, die unabhängig von der jeweiligen Produktionsstufe einen Bezug zu Lebensmitteln aufweisen.

Lebensmittelunternehmen nach Art. 3 Nr. 2 BasisVO sind alle Unternehmen, deren Geschäftsgegenstand mit der Produktion, Verarbeitung und dem Vertrieb von Lebensmitteln zusammenhängt. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist dem Wortlaut nach explizit nicht erforderlich. Der Begriff des Lebensmittelunternehmers ist demnach sehr weit gefasst<sup>4</sup> und nur durch den Ausschluss des privaten häuslichen Gebrauchs nach Art. 1 Abs. 3 Satz 2 BasisVO begrenzt.<sup>5</sup> Hinter der weiten Auslegung steht, dass die BasisVO angesichts vergangener Lebensmittelkrisen (BSE, Dioxin etc.) einen ganzheitlichen Ansatz verfolgt, um alle Stufen von der Herstellung bis zum Vertrieb in den Anwendungsbereich einzubeziehen, da all diese Stufen die Qualität

des Endprodukts beeinflussen.<sup>6</sup> Die Vorschriften des Lebensmittelrechts sollen „from stable to table“ Geltung beanspruchen.<sup>7</sup> Die Konsequenz ist, dass die Eigenschaft als Lebensmittelunternehmer i. S. d. Art. 3 Nr. 3 BasisVO bereits bei der Primärproduktion beginnt<sup>8</sup> und sich auf sämtliche Glieder der Lebensmittelkette (Verpacker, Importeur, Versandhändler, Transporteur etc.)<sup>9</sup> erstreckt.<sup>10</sup>

## C. Dogmatische Einordnung und Regelungsinhalt des Art. 17 Abs. 1 BasisVO

### I. Öffentlich-rechtliche, unternehmerische Primärverantwortlichkeit<sup>11</sup>

Dieses weite Verständnis des Lebensmittelunternehmers wird in Art. 17 Abs. 1 der BasisVO als Rahmenregelung des gesamten Lebensmittelrechts (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BasisVO) aufgegriffen und zur Grundlage der lebensmittelrechtlichen Verantwortlichkeit gemacht. Dabei wird durch den Wortlaut der Norm die umfassende Bindung aller Stufen an das Lebensmittelrecht nochmals betont und explizit neben der Erfüllung auch die *Überprüfung* der Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Anforderungen verlangt. Dem Lebensmittelunternehmer wird somit – ungeachtet speziellerer Vorschriften<sup>12</sup> – ausdrücklich aufgegeben, ein Eigenkontrollkonzept zu etablieren.

<sup>3</sup> *Meisterernst, Andreas*, Lebensmittelrecht, 2019, § 5 Rn. 1; in dieser Arbeit wird ausschließlich auf den Lebensmittelunternehmer eingegangen.

<sup>4</sup> *Krell, Karola*, Haftungsverteilung im Lebensmittelrecht, 2005, S. 99, *Weck, Markus*: Lebensmittelrecht, 3. Aufl. 2017, Rn. 38.

<sup>5</sup> *Meisterernst* (Fn. 3), § 5 Rn. 2.

<sup>6</sup> *Dannecker, Gerhard*, Stufenverantwortung – wer haftet wofür? Verantwortlichkeit in der Lebensmittelkette (from farm to fork) – nach der Basisverordnung für Lebensmittelrecht, ZLR 2002, S. 19 (21); *Thomas, Christian*, Lebensmittelrechtliche Anforderungen bei der Herstellung von Fleischerzeugnissen, NVwZ 2016, S. 28 (29).

<sup>7</sup> Statt aller *Baumgartner, Tobias/Uebe, Wesselina*, European Union, in: *Kirchsteiger-Meier/Evelyn/Baumgartner, Tobias* (Hrsg.), Global Food Legislation, 2014, S. 111 (120).

<sup>8</sup> Zu Landwirten *Wiemers, Matthias/Genth, Mario*, Der Landwirt als Lebensmittelunternehmer – eine Überblicksdarstellung, ZLR 2013, S. 270 (270 ff.), vgl. auch Art. 3 Nr. 17 BasisVO.

<sup>9</sup> Beispiele nach *Meisterernst* (Fn. 3), § 5 Rn. 3.

<sup>10</sup> Zur Lebensmittelunternehmereigenschaft von Vertretungsberechtigten und Hilfspersonen *VG Würzburg* v. 22.10.2018 – W 8 K 17.502, LMuR 2019, S. 130 (132).

<sup>11</sup> Angesichts des Vergleichs mit fremdsprachigen Fassungen des Art. 17 Abs. 1 BasisVO als besonderes Element der unionsrechtlichen Wortlautauslegung, vgl. *Zedler, Friederike*, Mehrsprachigkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht, 2015, S. 141, wird im Folgenden von Verantwortlichkeiten statt „Zuständigkeiten“ (so die deutsche Normüberschrift) gesprochen.

<sup>12</sup> Dazu unten D. I.

Das System des Art. 17 BasisVO lässt sich aufgrund des Zusammenspiels von Abs. 1 und 2 treffend als Primär- und Sekundärverantwortlichkeit zwischen Lebensmittelunternehmer und staatlichen Behörden beschreiben.<sup>13</sup> Wie schon in Erwägungsgrund 30 der BasisVO deutlich wird, wollte der Unionsgesetzgeber die *primäre* Verantwortlichkeit für die Gewährleistung und Überprüfung der Lebensmittelsicherheit in die Hände des hierfür – nach Ansicht des Verordnungsgebers – am besten geeigneten Lebensmittelunternehmers legen. Für die Mitgliedstaaten besteht hingegen lediglich eine (*sekundäre*) Kontroll- und Gewährleistungsverantwortung, durch geeignete Systeme zur Lebensmittelüberwachung die sog. Kontrolle der Kontrolle sicherzustellen.<sup>14</sup> Die Mitgliedstaaten schreiten – durch ihre Behörden – nur ein, wenn die Eigenüberprüfung des Lebensmittelunternehmers nicht ausreichend funktioniert.<sup>15</sup> Dieser Ansatz der „regulierten Selbstregulierung“<sup>16</sup> ist somit durch die BasisVO systembildend für das europäische Lebensmittelrecht.

Des Weiteren ist zu klären, wie sich Art. 17 Abs. 1 BasisVO in das Gesamtsystem des Lebensmittelrechts als intradisziplinäre

Querschnittsmaterie im Gefüge des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts<sup>17</sup> einreicht. Art. 17 Abs. 1 BasisVO stellt – schon angesichts der fehlenden Bestimmung einer konkreten Rechtsfolge bei Missachtung der lebensmittelrechtlichen Pflichten – selbst keine Haftungsnorm dar.<sup>18</sup> Die Bestimmung der zivil- und strafrechtlichen Haftung verbleibt somit in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.<sup>19</sup> Bei Art. 17 Abs. 1 BasisVO handelt es sich dementsprechend originär (nur) um eine Regelung zur *öffentlich-rechtlichen* Verantwortlichkeit<sup>20</sup>, mit der Konsequenz, dass auf straf- oder zivilrechtliche Aspekte im Rahmen dieser Arbeit nur am Rande eingegangen wird.

## II. Art. 17 Abs. 1 BasisVO als Verweisungsnorm

Bezüglich des *Regelungsinhalts* des Art. 17 Abs. 1 BasisVO ist zunächst die offene Formulierung der Norm bemerkenswert. Denn dem Wortlaut der Norm lässt sich weder entnehmen, *welche* konkreten Anforderungen der Lebensmittelunternehmer zu erfüllen und zu überprüfen hat<sup>21</sup> noch *wie* er diese erfüllen und überprüfen muss<sup>22</sup>. Art. 17 Abs. 1 BasisVO beschränkt sich darauf, festzulegen, *dass* der Lebensmittelunternehmer primär verant-

<sup>13</sup> *Meisterernst* (Fn. 3), § 5 Rn. 9; *Gundel, Jörg*, in: Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht*, Bd. 5, 2013, § 8 Rn. 60.

<sup>14</sup> *Binnemann, Peter*, Die Verantwortungsgemeinschaft von Staat und Lebensmittelwirtschaft. Schlagwort-Rechtsbegriff-Wirklichkeit? – Aus Sicht der Lebensmittelüberwachung, ZLR 2003, S. 518 (519); *Haunhorst, Eberhard*, Eigenkontrollen versus amtliche Kontrollen – Miteinander oder Gegeneinander?, in: Meyer (Hrsg.), *Lebensmittel heute, Qualität und Recht*, 2010, S. 181 (181).

<sup>15</sup> *Joh, Heinz/Krämer, Klaus/Teufer, Tobias/Unland, Petra-Alina*, Das Ende der Verhältnismäßigkeit? Aktuelles deutsches Lebensmittelrecht zwischen Verbraucherschutz und Populismus, ZLR 2012, S. 420 (423).

<sup>16</sup> Zum Begriff *Thoma, Anselm Christian*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 30 ff.

<sup>17</sup> *Streinz, Rudolf*, 25 Jahre FLMR – Lebensmittelrecht damals und heute, in: Möstl, Markus (Hrsg.), *Europäisierung des Lebensmittelrechts*, 2017, S. 7 (7).

<sup>18</sup> *Krell* (Fn. 4), S. 115; *Simon, Bernhard J.*, Kooperative Risikoverwaltung im neuen Lebensmittelrecht. Eine

Analyse des neuen Lebensmittel- und Hygienerechts am Beispiel der Fleischerzeugung, S. 47, 224.

<sup>19</sup> *Meyer, Alfred Hagen*, in: Meyer, Alfred Hagen/Streinz, Rudolf: LFGB, BasisVO, HCVO, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002, Health Claim VO 1924/2005, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 17 BasisVO Rn. 6; *Simon* (Fn. 18), S. 230 f.

<sup>20</sup> So explizit *Meisterernst* (Fn. 3), § 5 Rn. 8 ff.

<sup>21</sup> *Krell* (Fn. 4), S. 115; *Van der Meulen, Bernd/Gregor, Philipp*, Verantwortung, Macht, Gesetzesqualität. Die Anforderung der Art. 14, 15 und 19 der BasisVO und die Verantwortung der Lebensmittelunternehmen, ZLR 2007, S. 265 (272).

<sup>22</sup> *Kirchsteiger-Meier, Evelyn*, Die Lebensmittelhygiene als primäre Verantwortung des Lebensmittelunternehmers in der EU, der Schweiz und den USA, S. 68; *Steiling, Ronald*, Handlungspflichten von Lebensmittel- und Futtermittelunternehmern nach der EU-Basisverordnung und ihr Einfluss auf die zivilrechtliche Produkthaftung, in: Grenzow, Christian/Grunewald, Barbara/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz*, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, S. 671 (674).

wortlich ist. Konkrete Handlungspflichten sind ausschließlich „extern“ in speziellen lebensmittelrechtlichen Vorschriften statuiert und nicht in Art. 17 Abs. 1 BasisVO selbst.<sup>23</sup> Insofern ist Art. 17 Abs. 1 BasisVO als konkretisierungsbedürftige, lebensmittelrechtliche „Verweisungsnorm“ einzustufen, die wegen der ausschließlichen Vorgabe eines Ziels (umfassende Verantwortlichkeit) unter Offenlassen der Mittel trotz ihres Erlasses als Verordnung eher Richtlinien- als Verordnungscharakter hat.<sup>24</sup>

Die Bedeutung des Art. 17 Abs. 1 BasisVO ist wegen dieses beschränkten Regelungsinhalts differenziert zu bewerten. Für die *deutsche* Rechtslage ergibt sich hinsichtlich der primären Verpflichtung des Lebensmittelunternehmers zur *Erfüllung* lebensmittelrechtlicher Anforderungen durch Art. 17 Abs. 1 BasisVO keine Änderung, da sich die konkreten Verhaltenspflichten weiterhin aus speziellen, primär an den Lebensmittelunternehmer gerichteten lebensmittelrechtlichen Vorschriften ergeben.<sup>25</sup> Insofern ist Art. 17 Abs. 1 BasisVO folglich nur deklaratorisch. Konstitutive Bedeutung für die *deutsche* (öffentlich-rechtliche) Rechtslage erlangt die Vorschrift aber durch die Verpflichtung zur *Überprüfung* lebensmittelrechtlicher Anforderungen unabhängig von einem Schuldvorwurf.

<sup>23</sup> Steiling, FS für von Westphalen (Fn. 22), S. 671 (674); Van der Meulen/Gregor, ZLR 2007, S. 265 (272).

<sup>24</sup> Van der Meulen/Gregor, ZLR 2007, S. 265 (272); kritisch zur gewählten Form der Verordnung wegen des Charakters der BasisVO als Grundsatz- bzw. Rahmenregelung Streinz, Rudolf, Was bleibt vom LMBG? Zu den Vorschlägen der Kommission zu allgemeinen Grundsätzen des Lebensmittelrecht sowie zur Europäischen Lebensmittelbehörde und zur Lebensmittelsicherheit, ZLR 2000, S. 803 (807) und Schroeder, Werner/Kraus, Markus, Das neue Lebensmittelrecht – Europarechtliche Grundlagen und Konsequenzen für das deutsche Recht, EuZW 2005, S. 423 (424).

<sup>25</sup> Rabe, Hans-Jürgen, Grundfragen der EG Lebensmittelverordnung, ZLR 2003, S. 151 (159).

<sup>26</sup> Rathke, Kurt-Dietrich, in: Zipfel, Walter (Begr.)/Rathke, Kurt-Dietrich/Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Loseblatt-Kommentar, 176. EL 2020, Art. 17 BasisVO Rn. 13.

Eine solche Überprüfungspflicht fand zuvor nur im Rahmen des subjektiven Tatbestandes der Straf- und Bußgeldvorschriften Berücksichtigung.<sup>26</sup>

Für die *europäische* Rechtslage ist die Bedeutung des Art. 17 Abs. 1 BasisVO in der Herbeiführung einer Rechtsangleichung zu sehen, da der Grundsatz der primären Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers ausweislich des Erwägungsgrundes 30 der BasisVO in den Mitgliedstaaten teils nicht ausdrücklich festgelegt war und nicht in allen Mitgliedstaaten uneingeschränkt galt.<sup>27</sup>

### III. Kettenverantwortung vs. Differenzierte Stufenverantwortung

Die Frage, ob Art. 17 Abs. 1 BasisVO eine Kettenverantwortung oder nur eine differenzierte Stufenverantwortlichkeit regelt, ist die wohl meistdiskutierte Frage im Kontext des Art. 17 Abs. 1 BasisVO.<sup>28</sup> Das Meinungsspektrum reicht von „das Prinzip der Kettenverantwortung ist obsolet“<sup>29</sup> bis „Deutschland wäre [...] gut beraten, [das Prinzip der Kettenverantwortung] unverändert beizubehalten“<sup>30</sup>.

Kettenverantwortlichkeit bedeutet hierbei nach herkömmlicher Auffassung, dass *jedes* Glied der Lebensmittelkette vom Hersteller bis zum Einzelhändler für den ordnungsgemäßen Zustand der Ware, also deren Übereinstimmung

<sup>27</sup> Sosnitza, Olaf, Die Folgen der BasisVO Nr. 178/2002 für Verträge, Qualitätssicherung und Produkthaftung, ZLR 2004, S. 123 (125); so insbesondere in Osteuropa, Haunhorst, in: Lebensmittel heute (Fn. 14), S. 181 (182).

<sup>28</sup> Siehe etwa die Beiträge von Conte-Salinas, Nicola, Von der Kettenverantwortung zur Stufenverantwortung nach Art. 8 Abs. 3 LMIV?, ZLR 2021, S. 3 ff.; Dannecker, ZLR 2002, S. 19 ff.; Gallus, FS für Welsch (Fn. 2), S. 75 ff.; Holle, Martin, Die öffentlich-rechtliche Verantwortung und Haftung: Vorsorgeprinzip, Rückverfolgbarkeit, Stufenverantwortung, ZLR 2004, S. 307 ff.; Preuß, Axel, Die Kette ist nicht gerissen, Anmerkung zu EuGH – „Lidl“, ZLR 2007, S. 85 ff. und die Monografie von Krell (Fn. 4).

<sup>29</sup> Grube, Markus, Zum Maßstab der Verantwortlichkeit und der Sorgfaltspflichten des Lebensmittelhandels, ZLR 2013, S. 415 (424).

<sup>30</sup> Preuß, ZLR 2007, S. 85 (91).

mit *sämtlichen* lebensmittelrechtlichen Vorschriften verantwortlich ist.<sup>31</sup>

Im Gegensatz hierzu ist von einer differenzierten Stufenverantwortung die Rede, wenn jeder Lebensmittelunternehmer nur für lebensmittelrechtliche Verstöße, die seiner *eigenen Sphäre* entsprungen sind, voll verantwortlich ist, zuzüglich leicht erkenn- und beeinflussbarer Mängel anderer Sphären.<sup>32</sup>

Der Unterschied besteht somit darin, dass die Kettenverantwortlichkeit eine rein objektive, stufen- bzw. *sphärenübergreifende* Verantwortlichkeit vorsieht. Angesichts der regelmäßig nur im straf- und bußgeldrechtlichen Kontext erfolgenden Diskussion der beiden Haftungsprinzipien<sup>33</sup> stellt sich bereits die Frage, inwiefern der Streit um diese beiden Haftungsprinzipien für die hier thematisierte öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der Lebensmittelunternehmer nach Art. 17 Abs. 1 BasisVO von Relevanz ist. Festzuhalten ist zunächst, dass es sich bei beiden Prinzipien nur um schlagwortartige Versuche einer Beschreibung des Verantwortungsumfangs handelt und nicht um Rechtsbegriffe.<sup>34</sup> Deshalb wird losgelöst der Begrifflichkeiten der – praktisch relevanten – Kernfrage nachgegangen: Ist ein Lebensmittelunternehmer vor dem Hintergrund des Art. 17 Abs. 1 BasisVO auch für nicht erkennbare Fehler vorgelagerter Handelsstufen öffentlich-rechtlich verantwortlich?<sup>35</sup> Kann er also von den Behörden hierfür in Anspruch genommen werden? Exemplarisch für die aufgeworfenen Rechtsfragen ist der dem sog. *Pferdefleisch-*

*Beschluss* des *OVG Lüneburg*<sup>36</sup> zugrundeliegende Sachverhalt: Die Antragstellerin als Lebensmittelunternehmerin im Einzelhandel hatte Rindfleisch eines niederländischen Zerlegerbetriebs zu Suppen, Saucen und Fertiggerichten verarbeitet und vertrieben. Dieser niederländische Zerlegerbetrieb war während des „Pferdefleischskandals“ auffällig geworden und hatte gegen Art. 18 Abs. 2 und 3 BasisVO verstoßen, da er seine Lieferanten und Abnehmer nicht lückenlos dokumentieren konnte. Gegenüber der Antragstellerin wurde sodann von der zuständigen Behörde ein Verbot des Inverkehrbringens und ein Rücknahmegebot für mit Fleisch des Zerlegerbetriebs hergestellte eigene Erzeugnisse ausgesprochen. Ein eigener Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften durch die Antragstellerin konnte nicht nachgewiesen werden und es bestand für die Antragstellerin kein Grund zu der Annahme, dass ein Verstoß durch den zuliefernden Zerlegerbetrieb vorlag.

Konnte die Antragstellerin von der Behörde für die Fehler des Zerlegerbetriebs verantwortlich gemacht werden, indem gegen sie selbst das Verbot des Inverkehrbringens und das Rücknahmegebot ausgesprochen wurden?

Dies erscheint bei Zugrundelegung der allgemeinen deutschen Gefahrenabwehrdogmatik bei fehlender Greifbarkeit des „Fehlerverursachers“ unproblematisch. Das Lebensmittelrecht wird traditionell als besonderes Sicherheitsrecht bzw. Gefahrenab-

<sup>31</sup> *Hufen, Friedhelm*, Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen lebensmittelstrafrechtlicher Verantwortung. Zur Bestimmtheit, Differenziertheit und Verhältnismäßigkeit berufsregelnder Risikoverteilung, 1987, S. 34, Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>32</sup> *Hufen, Friedhelm*, Stufenverantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Differenzierte Stufenverantwortung. Die Einführung einer differenzierten Stufenverantwortung im Lebensmittelrecht, 1987, S. 7 (10); *Simon* (Fn. 18), S. 223; Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>33</sup> *Jensen, Nils*, Verantwortung in der Lebensmittelsicherheit. Pflichten des Unternehmers, in:

Martinez, José (Hrsg.), Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht Nr. 02/12, S. 3; im öffentlich-rechtlichen Kontext aber *Gallus*, FS für Welsch (Fn. 2), S. 75 ff.; *Holle*, ZLR 2004, S. 307 ff.

<sup>34</sup> *Rützler, Hanspeter*, in: Streinz, Rudolf/Kraus, Markus, Lebensmittelrechts-Handbuch, 41. EL 2020, Kap. II. Rn. 57e; *Schröder, Christian*, Die strafrechtliche Verantwortung zwischen Grundgesetz, BasisVO und neuem Lebensmittelgesetz, ZLR 2004, S. 265 (277).

<sup>35</sup> Ähnlich *Simon* (Fn. 18), S. 220.

<sup>36</sup> Beschl. v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, NVwZ 2014, S. 798.

wehrrrecht eingestuft<sup>37</sup> und ist daher mit einer am eigenen Fehlverhalten ausgerichteten Zurechnung – im Gegensatz zum Straf- und Zivilrecht – funktionell unvereinbar<sup>38</sup>. Es genügt vielmehr die tatsächliche Gewalt über eine gefahrverursachende Sache („Zustandsstörer“)<sup>39</sup>, um öffentlich-rechtlich in Anspruch genommen werden zu können. Übertragen auf den eingangs geschilderten Sachverhalt ist die Antragstellerin aufgrund ihrer tatsächlichen Sachherrschaft über die von ihr vertriebenen, potenziell gesundheitsschädlichen Lebensmittel zumindest als Zustandsstörerin anzusehen.<sup>40</sup> Dass sie die Mangelhaftigkeit der ihr gelieferten Ware nicht erkennen konnte, ist hierfür aus sicherheitsrechtlicher Perspektive bedeutungslos. Die allgemeine, deutsche öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit ordnet im Ergebnis somit eine umfassende objektive Verantwortlichkeit an, die sich auch auf nicht erkenn- und beeinflussbare Fehler vorgelagerter Handelsstufen erstrecken kann. Die herkömmliche Störerverantwortlichkeit führt damit letztlich zu der sog. Kettenverantwortlichkeit.<sup>41</sup>

Begrenzt nun Art. 17 Abs. 1 BasisVO als *lex specialis* zur allgemeinen Störerverant-

wortlichkeit<sup>42</sup> für die – in der Regel autonom auszulegende<sup>43</sup> – *unionale* Rechtslage die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers auf eigene Fehler bzw. Verstöße?

Für eine solche verantwortlichkeitsbegrenzende Funktion des Art. 17 Abs. 1 BasisVO im Sinne der sog. differenzierten Stufenverantwortung wird von zahlreichen Autoren der *Wortlaut*<sup>44</sup> der Norm angeführt. Danach sind die Lebensmittelunternehmer nur für die Erfüllung der lebensmittelrechtlichen Anforderungen verantwortlich, „die für ihre Tätigkeit gelten“.<sup>45</sup> Andere wiederum sehen in dieser Formulierung keine Einschränkung der Verantwortlichkeit, sondern lediglich die Beschreibung der Tätigkeit des Inverkehrbringens (vgl. Art. 3 Nr. 8 BasisVO), bei der wiederum stufenübergreifend alle Anforderungen des Lebensmittelrechts einzuhalten sind<sup>46</sup> oder betonen die Verantwortlichkeit auf allen Stufen<sup>47</sup>. Überdies wird die *Systematik* des Art. 17 Abs. 1 BasisVO im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 1 und 2 BasisVO<sup>48</sup> von Teilen der Literatur zum Anlass genommen, hieraus eine Beschränkung der Verantwortlichkeit auf die eigenen Einflussmöglichkeiten abzuleiten.<sup>49</sup> Denn in Art. 19 Abs. 1 und 2 BasisVO komme

<sup>37</sup> Holle, Martin, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Normierungskonzepte im Lebensmittelrecht, 2000, S. 47; Ringel, Sabine, Das deutsche und gemeinschaftliche Lebensmittelrecht als Sicherheitsrecht, 1996, passim.

<sup>38</sup> Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. 1986, S. 293; Sokol, Ljuba, Die Bestimmung der Verantwortlichkeit für die Abwehr und Beseitigung von Störungen im öffentlichen und privaten Recht, 2016, S. 141 ff., 216.

<sup>39</sup> Vgl. nur Art. 9 Abs. 2 LStVG für Bayern.

<sup>40</sup> Nach dem *OVG Lüneburg* v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, NVwZ 2014, S. 798 (801) sogar als Verhaltensstörerin.

<sup>41</sup> Hufen, Friedhelm, Die Verantwortung des Nichtverursachers aus der Sicht des Öffentlichen Rechts, ZLR 1989, S. 562 (569); Krell (Fn. 4), S. 32.

<sup>42</sup> Bender, Jennifer, Anmerkung zu VG Würzburg v. 22.10.2018 – W 8 K 17.502, LMuR 2019, S. 135.

<sup>43</sup> Riesenhuber, Karl, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 6; Zedler (Fn. 11), S. 140.

<sup>44</sup> Auch im Unionsrecht bildet der Wortlaut den Ausgangspunkt der Auslegung, Riesenhuber, in: Riesenhuber (Fn. 43), § 10 Rn. 13.

<sup>45</sup> Dannecker, ZLR 2002, S. 19 (28); Hagenmeyer, Moritz/Teufer, Tobias, in: Dausen, Manfred (Begr.)/Ludwigs, Markus (Hrsg.), EU-WirtschaftsR-HdB, 47. EL 2019, C. IV. Rn. 114; Gallus, FS für Welsch (Fn. 2), S. 75 (82); Grube, ZLR 2013, S. 415 (417 f.); Holle, ZLR 2004, S. 307 (322); Krell (Fn. 4), S. 112 ff.; Meyer, Alfred Hagen, Verantwortung auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen, Anmerkung zu EuGH – „Lidl“, ZLR 2007, S. 91 (93); Stollhof, Thekla, Zivilrechtliche Haftung bei Lebensmittelskandalen, 2018, S. 258 f.; Weck (Fn. 4), Ergänzung, Rn. 178; Wehlau, Andreas, Lebensmittel- und Futtermittelgesetz, Kommentar, 2010, Vorb. zu § 58 Rn. 69.

<sup>46</sup> Preuß, ZLR 2007, S. 85 (89).

<sup>47</sup> Rathke, in: Zipfel/Rathke (Fn. 26), Art. 17 BasisVO Rn. 6; Rützel, in: Streinz/Kraus (Fn. 34), II. Rn. 57e.

<sup>48</sup> Näher zur Vorschrift des Art. 19 BasisVO nachfolgend unter D. II.

<sup>49</sup> Conte-Salinas, ZLR 2021, S. 3 (6 f.); Dannecker, ZLR 2002, S. 19 (30); Gorny, Dietrich, Grundlagen des

zum Ausdruck, dass die jeweiligen Verpflichtungen nach dem Grad der Einwirkungsmöglichkeiten auf der jeweiligen Handelsstufe abgestuft sind und der Einzelhandel (Art. 19 Abs. 2 BasisVO) dementsprechend nur einer eingeschränkten Verantwortlichkeit unterliegt.<sup>50</sup> Zuletzt wird der Vertrauensgrundsatz zur Ablehnung der objektiven, stufenübergreifenden Verantwortlichkeit bemüht.<sup>51</sup>

Im Ausgangspunkt ist festzustellen, dass auch das europäische Lebensmittelrecht primär als Gefahrenabwehrrecht ausgestaltet ist<sup>52</sup>, wie schon durch Art. 5 Abs. 1 und Art. 14 BasisVO deutlich wird. Eine Einschränkung der Verantwortlichkeiten in der Lebensmittelkette mag zwar für den rein wirtschaftlichen Verbraucherschutz als zweiten Grundpfeiler des europäischen Lebensmittelrechts gerechtfertigt sein, wie auch Art. 8 LMIV<sup>53</sup> als *lex specialis* zu Art. 17 Abs. 1 BasisVO<sup>54</sup> zeigt.<sup>55</sup>

Gegen eine Einschränkung der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeiten für den gesundheitlichen Verbraucherschutz spricht aber der *Telos* des Art. 17 Abs. 1 BasisVO.<sup>56</sup> Erwägungsgrund 12 der BasisVO beschreibt die Notwendigkeit einer ganzheitlichen Betrachtung der Lebensmittelkette als „Kontinuum“ mit Einfluss auf die Lebensmittelsicherheit. Sinn und Zweck des Art. 17 Abs. 1 BasisVO ist

mithin die Gewährung eines hohen, handelsstufenunabhängigen Schutzniveaus für Verbraucher (so auch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BasisVO) durch die umfassende Verpflichtung aller Glieder der Lebensmittelkette zur Erfüllung und Überprüfung der lebensmittelrechtlichen Anforderungen.<sup>57</sup> Dieser Schutzzweck spricht somit für die Vorzugswürdigkeit einer stufenübergreifenden, objektiven Verantwortlichkeit gegenüber einer individuell-subjektiven.<sup>58</sup> Für die Effektivität der behördlichen Gefahrenabwehr ist es essentiell, erforderlichenfalls auch auf den selbst subjektiv nicht verantwortlichen „Zustandsstörer“ zurückgreifen zu können.<sup>59</sup> Treffend formuliert das OVG Lüneburg im *Pferdefleisch-Beschluss* daher: „Wäre die Behörde auf die Inanspruchnahme des rechtswidrig handelnden – weil unmittelbar gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßenden – Verhaltensstörers beschränkt, würden die Anordnungsbefugnisse bei einer Vielzahl von Akteuren in der Lebensmittelproduktionskette letztlich leerlaufen.“<sup>60</sup>

Der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 BasisVO kann dem nicht entgegengehalten werden, denn die Sicherheit eines Lebensmittels gem. Art. 14 BasisVO ist grundsätzlich für jede Tätigkeit in der Lebensmittelkette eine Anforderung des Lebensmittelrechts.<sup>61</sup> Auch der EuGH hat eine

---

europäischen Lebensmittelrechts, Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 178/2002, 2003, Rn. 348; *Simon* (Fn. 18), S. 228.

<sup>50</sup> *Conte-Salinas*, ZLR 2021, S. 3 (6 f.); *Simon* (Fn. 18), S. 228.

<sup>51</sup> *Dannecker*, ZLR 2002, S. 19 (33); *Grube*, ZLR 2013, S. 415 (421).

<sup>52</sup> *Müller*, Die Bewältigung von Lebensmittelrisiken durch Risikokommunikation, 2010, S. 6 f.; *Zellner, Gerhard*, Das neue Lebensmittelrecht – aus Sicht der Lebensmittelüberwachung vor Ort. Zentralisierung und Rechtsgrundlagen, ZLR 2007, S. 295 (297).

<sup>53</sup> VO (EU) Nr. 1169/2011, im Folgenden nur „LMIV“.

<sup>54</sup> So wohl *OLG Düsseldorf v. 6.8.2015 – I-2 U 11/15*, GRUR-RR 2016, S. 40 (44) Rn. 54; *Wallau, Rochus*, Anmerkung zu VG Minden v. 8.8.2018 – 7 K 366/17, LMuR 2018, S. 260 f.; tendenziell auch *Voit, Wolfgang*, in: Voit, Wolfgang/Grube, Markus,

Lebensmittelinformationsverordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 8 Rn. 51, „abschließende Regelung“.

<sup>55</sup> Dazu ausführlich *Conte-Salinas*, ZLR 2021, S. 3 (9 ff.).

<sup>56</sup> Für dessen Ermittlung können bei Sekundärrechtsakten die Erwägungsgründe als „Richtschnur“ herangezogen werden, *Köndgen*, in: *Riesenhuber* (Fn. 43), § 6 Rn. 51.

<sup>57</sup> *Rützler*, in: *Streinz/Kraus* (Fn. 34), II. Rn. 57e; *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke* (Fn. 26), Art. 17 BasisVO Rn. 7.

<sup>58</sup> Ähnlich *GA Stix-Hackl*, Schlussanträge C-315/05, ECLI:EU:C:2006:553, Rn. 59.

<sup>59</sup> So für das deutsche Sicherheitsrecht *Kugelmann, Dieter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, 8. Kap. Rn. 52. Angesichts der sicherheitsrechtlichen Ausrichtung des europäischen Lebensmittelrechts (s. o.) sind auch hierfür Effektivitätserwägungen maßgebend.

<sup>60</sup> *OVG Lüneburg v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13*, NVwZ 2014, S. 798 (801).

<sup>61</sup> *Busse, Christian*, Das schwierige Zusammenspiel zwischen unionsrechtlichem und deutschem

haftungsbegrenzende Funktion des Art. 17 Abs. 1 BasisVO abgelehnt.<sup>62</sup> Aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 1, 2 BasisVO kann ebenfalls keine öffentlich-rechtliche Haftungsbegrenzung auf Fehler aus der eigenen Sphäre hergeleitet werden. Weder Art. 19 Abs. 1 BasisVO noch Art. 19 Abs. 2 BasisVO setzen nämlich eine eigene Verursachung der Unsicherheit des Lebensmittels voraus<sup>63</sup>, vielmehr begründen sie stufenübergreifende Rücknahmeverpflichtungen<sup>64</sup>. Zudem setzt Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO für die Eigenverpflichtung des Lebensmittelunternehmers zur Rücknahme zwar die Erkennbarkeit der Unsicherheit eines Lebensmittels voraus. Eine öffentlich-rechtliche Inanspruchnahme durch die Behörde nach Art. 138 Abs. 1, Abs. 2 lit. g KontrollVO<sup>65</sup> kann jedoch auch ohne eine solche Erkennbarkeit der Unsicherheit für den Lebensmittelunternehmer erfolgen.<sup>66</sup> Der Vertrauensgrundsatz führt ebenfalls zu keiner abweichenden Beurteilung. Dieser am Straßenverkehrsrecht entwickelte, strafrechtliche Grundsatz beansprucht schon keine Geltung für die verschuldensunabhängige öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit<sup>67</sup> –

ungeachtet der Frage, ob er überhaupt für das Lebensmittelstrafrecht gilt<sup>68</sup>.

Zusammenfassend lässt somit das Unionsrecht – zumindest was das Lebensmittelsicherheitsrecht anbelangt – im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 BasisVO eine Verantwortlichkeit für andere Handelsstufen der Lebensmittelkette ebenso zu wie das deutsche Sicherheitsrecht. Unbilligen Härten im Einzelfall kann auf der Ebene der Ermessensausübung<sup>69</sup> begegnet werden und schuldunangemessene straf- und bußgeldrechtliche Sanktionen für Verstöße anderer werden durch die dortige Fahrlässigkeitsdogmatik vermieden<sup>70</sup>. Vor diesem Hintergrund hat auch das OVG Lüneburg die Verantwortlichkeit der Antragstellerin bejaht, indem es der mangelnden Rückverfolgbarkeit im vorliegenden Fall einen Bezug zur Lebensmittelsicherheit – und damit zum gesundheitlichen Verbraucherschutz – zuschrieb.<sup>71</sup> Da die Rückverfolgbarkeit letztlich nur das Mittel zur Sicherstellung der Rücknahme unsicherer Lebensmittel und damit ein Instrument der Gefahrenabwehr ist<sup>72</sup>, vermag dies auch zu überzeugen.

---

Lebensmittelrecht – Gedanken zum Pferdefleischbeschluss des OVG Lüneburg von 2013, ZLR 2015, S. 302 (315). Zweifelnd zur verantwortlichkeitbegrenzenden Funktion des Wortlauts von Art. 17 Abs. 1 BasisVO auch *Conte-Salinas*, ZLR 2021, S. 3 (6).

<sup>62</sup> *EuGH* v. 23.11.2006 – C 315/05, ECLI:EU:C:2006:736 Rn. 47 ff. – *Lidl*; *EuGH* v. 13.11.2014 – C-443/13, ECLI:EU:C:2014:2370, Rn. 31-36 – *Reindl*.

<sup>63</sup> Zu Abs. 1 *Krell* (Fn. 4), S. 129; *Schröder*, ZLR 2004, S. 265 (279); *Stollhof* (Fn. 45), S. 273; für Abs. 2 kann insofern nichts anderes gelten.

<sup>64</sup> *Rützler*, in: *Streinz/Kraus* (Fn. 34), II. Rn. 56b.

<sup>65</sup> VO (EU) Nr. 2017/625.

<sup>66</sup> *OVG Lüneburg* v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, NVwZ 2014, S. 798 (802) zur Vorgängernorm; ähnlich *Meisterernst* (Fn. 3), § 5 Rn. 8; freilich wird die Erkennbarkeit im Zweifel durch eine vorherige behördliche Anhörung gewährleistet.

<sup>67</sup> Auch *Grube*, ZLR 2013, S. 415 (421) verweist diesbezüglich in den Fußnoten nur auf lebensmittelstrafrechtliche Literatur.

<sup>68</sup> Zweifelnd *Brinkmann, Bernhard*, Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung. Eine Untersuchung am Beispiel des Lebensmittelstrafrechts, 1996, S. 48 f.

<sup>69</sup> Die Ermessensspielräume sind hierbei unionsrechtsautonom zu bestimmen, *Möstl, Markus*, Europäische Befugnisnormen als Herausforderung für die deutsche Verwaltung, in: *Möstl, Markus* (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Lebensmittelrecht, Überwachung und Strafrecht im Fokus, 2018, S. 47 (59 f.).

<sup>70</sup> *Dannecker*, ZLR 2002, S. 19 (33); *Schröder*, ZLR 2004, S. 265 (280).

<sup>71</sup> *OVG Lüneburg* v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, NVwZ 2014, S. 798 (802); kritisch dazu *Weck, Markus*, Vom Pferd erzählt – Mangelnde Rückverfolgbarkeit als Rücknahmegrund, Anmerkung zu *OVG Lüneburg* v. 28.10.2013 – 13 ME 132/13, ZLR 2014, S. 231 (234 f.).

<sup>72</sup> *Scherzberg, Arno/Garbe, Irena*, Das Recht der Lebensmittelsicherheit. Rechtsgrundlagen – Instrumente – Reformbedarf, ZLR 2018, S. 198 (214).



## D. Pflichten des Lebensmittelunternehmers

Nach der Darstellung der Struktur des Art. 17 Abs. 1 BasisVO und der dogmatischen Determinanten der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers soll es im Folgenden um seine konkreten Pflichten gehen. Wie bereits ausgeführt, macht es der Verweisungsnorm-Charakter des Art. 17 Abs. 1 BasisVO hierbei notwendig, eine externe Verortung der konkreten Handlungspflichten in den Blick zu nehmen.

Im Folgenden wird zunächst ein Kurzüberblick gegeben, um im Anschluss vertieft auf die Pflichten aus Art. 19 BasisVO einzugehen und abschließend das Pflichtenprogramm kritisch zu würdigen.

### I. Überblick

Angesichts der Vielzahl an lebensmittelrechtlichen Anforderungen und Gesetzen ist eine Gesamtdarstellung aller Pflichten der Lebensmittelunternehmer nicht der Anspruch dieser Arbeit. Die wesentlichen Pflichten der Lebensmittelunternehmer lassen sich auf Sicherheit (Art. 14 BasisVO), Rückverfolgbarkeit (Art. 18 BasisVO), Prävention, Transparenz, Sofortmaßnahmen und Zusammenarbeit (Art. 19 BasisVO) reduzieren<sup>73</sup>, zuzüglich der Lauterkeit der Information (Art. 16 BasisVO, LMIV) – auf die hier nicht näher eingegangen werden soll. Kern der Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers und Mittelpunkt der BasisVO ist dabei das Inverkehrbringen ausschließlich sicherer Lebensmittel zur

Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus.<sup>74</sup> So ordnet Art. 14 Abs. 1 BasisVO an, dass nicht sichere Lebensmittel nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen<sup>75</sup>, wozu gem. Art. 14 Abs. 2 lit. a und b BasisVO gesundheitsschädliche und zum Verzehr ungeeignete Lebensmittel zählen. Die Überprüfung der Lebensmittelsicherheit obliegt gem. Art. 17 Abs. 1 BasisVO primär dem Lebensmittelunternehmer, der hierfür insbesondere geeignete betriebsinterne – auf einer Risikoanalyse nach Art. 6 BasisVO basierende – Kontrollinstrumente zu installieren hat.<sup>76</sup> Ein zentrales solches Kontrollinstrument ist das sog. HACCP-Konzept. In Art. 5 HygieneVO<sup>77</sup> ist das Erfordernis eines solchen Konzepts für das Lebensmittelhygienerecht normiert. Das Konzept soll dazu dienen, der Entstehung spezifischer Gefahren und nachteiliger Beeinflussungen präventiv entgegenwirken zu können.<sup>78</sup> Die genaue Ausgestaltung gestattet jedoch eine gewisse Flexibilisierung nach den betrieblichen Gegebenheiten, solange nur die sieben Grundsätze des Art. 5 Abs. 2 HygieneVO beachtet werden.<sup>79</sup>

Die Verpflichtung zur Rückverfolgbarkeit in Art. 18 BasisVO verfolgt insbesondere den Zweck, in Krisensituationen Gesundheitsgefahren wirksam bekämpfen zu können.<sup>80</sup> Auch dies erfordert die Einrichtung von Systemen und Verfahren zur betrieblichen Eigenkontrolle (vgl. Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2, Abs. 3 BasisVO). Im Kern muss der jeweilige Lebensmittelunternehmer sicherstellen, dass er seinen unmittelbaren Lieferanten und seinen unmittelbaren Abnehmer benennen kann („one

<sup>73</sup> Meyer, in: Meyer/Streinz (Fn. 19), Art. 17 BasisVO Rn. 4.

<sup>74</sup> Joh/Krämer/Teufer/Unland, ZLR 2012, S. 420 (422); Visser, Marco, Rücknahme, Rückruf und der Sicherheitsbegriff im neuen Lebensmittelrecht, PHi 2006, S. 184 (186).

<sup>75</sup> Vgl. Art. 3 Nr. 8 BasisVO.

<sup>76</sup> Haunhorst, in: Lebensmittel heute (Fn. 14), S. 181 (181); Bertling, in: Streinz/Kraus (Fn. 34), III. Rn. 64.

<sup>77</sup> VO (EG) Nr. 852/2004, im Folgenden nur: „HygieneVO“.

<sup>78</sup> Kobelt, Hartwig/Sanwidi, Andrea, Das neue Lebensmittelhygiene-Recht, Kommentar zur VO (EG) Nr. 852/2004 und zur VO (EG) Nr. 853/2004, 2005, S. 23; Murmann, in: Streinz/Kraus (Fn. 34), V. Rn. 6.

<sup>79</sup> Kobelt/Sanwidi (Fn. 78) S. 24; Lenz, Franz-Christian, „HACCP – Pflicht oder nicht Pflicht?“, in: Behr's Jahrbuch Lebensmittelwirtschaft 2008, S. 63 (65).

<sup>80</sup> Meisterernst (Fn. 3), § 4 Rn. 106.

step up, one step down“).<sup>81</sup> Die konkrete Ausgestaltung des Rückverfolgbarkeitssystems wird jedoch abseits der Sonderregelungen auf Grundlage des Art. 18 Abs. 5 BasisVO nicht vorgegeben, sondern dem Gestaltungsspielraum des Lebensmittelunternehmers überlassen.<sup>82</sup> Transparenz, Sofortmaßnahmen und Zusammenarbeit sind Gegenstand des Art. 19 BasisVO, auf den nachfolgend vertieft eingegangen wird.

## II. Pflichten nach Art. 19 BasisVO

Im Gegensatz zu den präventionsorientierten Hygieneanforderungen (siehe zuvor), regelt Art. 19 BasisVO Reaktionspflichten des Lebensmittelunternehmers bei Erfolglosigkeit der präventiven Eigenkontrolle. Die Pflichten des Art. 19 BasisVO lassen sich kategorisieren in Rücknahme und Rückruf und Unterrichts-/Kooperationspflichten, wobei Art. 19 Abs. 2 BasisVO einige Besonderheiten für bestimmte Lebensmittelunternehmer enthält. Auf die – durchaus problematische<sup>83</sup> – mitgliedstaatliche Erweiterung des Art. 19 BasisVO wird hierbei nicht eingegangen. Ein besonderes Augenmerk wird auf die Pflichten aus Art. 19 Abs. 1 BasisVO gelegt.

### 1. Rücknahme und Rückruf, Art. 19 Abs. 1 BasisVO

Als Fortführung der Verpflichtung zum Inverkehrbringen ausschließlich sicherer Lebensmittel aus Art. 14 BasisVO und der aus Art. 17 Abs. 1 BasisVO folgenden Eigenkontrollverpflichtung der Lebensmittelunternehmer ordnet Art. 19 Abs. 1 BasisVO für den Fall, dass ein von ihm eingeführtes,

erzeugtes, verarbeitetes, hergestelltes oder vertriebenes Lebensmittel nicht den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit entspricht und der Lebensmittelunternehmer dies erkennt oder Grund zu der Annahme der Unsicherheit hat, ein eigenverantwortliches Tätigwerden des Lebensmittelunternehmers in Form von Rücknahme (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO, „stiller Rückruf“) und Rückruf (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO, „öffentlicher Rückruf“) an. Eine Definition der Begriffe Rücknahme und Rückruf findet sich in der BasisVO nicht. Für die Rücknahme kann insoweit auf Art. 2 lit. h der Richtlinie 2001/95/EG zurückgegriffen werden.<sup>84</sup> Danach ist eine Rücknahme jede Maßnahme, mit der verhindert werden soll, dass ein gefährliches Produkt vertrieben, ausgestellt oder dem Verbraucher angeboten wird. Ein Rückruf bezeichnet alle notwendigen Maßnahmen zur Rückkehr von an Verbraucher gelieferten oder angebotenen, nicht sicheren Produkten.<sup>85</sup>

#### a) Gemeinsame Voraussetzungen

Kernvoraussetzung beider Verpflichtungen des Art. 19 Abs. 1 BasisVO ist, dass ein Lebensmittel nicht den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit genügt bzw. Grund zu einer solchen Annahme besteht. Hiermit wird Bezug auf die Voraussetzungen des Art. 14 BasisVO genommen, der die Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit – vollharmonisierend<sup>86</sup> – normiert.<sup>87</sup>

#### b) Voraussetzungen der Rücknahme

Tatbestandliche Voraussetzung für eine *Rücknahme* ist neben dem Grund zu der

<sup>81</sup> Holle, ZLR 2004, S. 307 (319); Riemer, Boris, Diskussionsbeitrag zum Umfang der Rückverfolgbarkeit nach Art. 18 VO (EG) Nr. 178/2002, LMuR 2003, S. 121 (122).

<sup>82</sup> Baumgartner/Uebe (Fn. 7), S. 121; Kirchsteiger-Meier (Fn. 22), S. 80.

<sup>83</sup> Statt vieler Müller (Fn. 52), S. 97 ff.

<sup>84</sup> Visser, PHi 2006, S. 184 (185 f.).

<sup>85</sup> Meyer, in: Meyer/Streinz (Fn. 19), Art. 19 BasisVO Rn. 20.

<sup>86</sup> Vgl. Meisterernst, Andreas, Lebensmittelsicherheit – Ein gemeinschaftsrechtlich vollharmonisierter Bereich?, in: Reese, Ulrich/Hufnagel, Frank-Erich/Lensing-Kramer, Andrea (Hrsg.), Festschrift für Ulf Doepner, S. 245 (247 ff.).

<sup>87</sup> Müller (Fn. 52), S. 91; Simon (Fn. 18), S. 226; Sosnitz, Olaf, Rücknahme und Rückruf nach Art. 14, 19 Basisverordnung, ZLR 2009, S. 299 (301).

Annahme der Unsicherheit, dass sich das Lebensmittel nicht mehr unter der unmittelbaren Kontrolle des ursprünglichen Lebensmittelunternehmers befindet (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO). Denn vor diesem „Kontrollverlust“ hat der ursprüngliche Lebensmittelunternehmer – dem Gedanken der Primär- und Eigenverantwortlichkeit der Lebensmittelunternehmer entsprechend – selbst die Möglichkeit, die Vorschriftsmäßigkeit wieder herzustellen.<sup>88</sup> Das bloße Inverkehrbringen nach Art. 3 Nr. 8 BasisVO kann hierfür insbesondere in den Fällen des bloßen Bereithaltens für Verkaufszwecke nicht genügen, vielmehr ist eine tatsächliche Weitergabe an Dritte erforderlich.<sup>89</sup> Der Begriff des „ursprünglichen Lebensmittelunternehmers“ in Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO wirft indes Auslegungsfragen auf. *Krell* und *Sosnitza* sehen hierin – auch in Abgrenzung zu Abs. 2 – eine normadressatenbezogene Einschränkung des Rücknahmetatbestands auf den Produzenten bzw. Importeur eines Lebensmittels.<sup>90</sup> *Rathke* hingegen erstreckt den Begriff auch auf den Einzelhändler, der in seinem Betrieb die Lebensmittelunsicherheit verursacht hat (etwa durch falsche Lagerung).<sup>91</sup>

Beiden Auffassungen ist entgegenzutreten. Aufschlussreich ist ein Vergleich mit der englischen und spanischen Sprachfassung des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO. Diese nehmen Bezug auf den Lebensmittelunternehmer, der Grund zu der Annahme hat, dass ein von ihm eingeführtes, erzeugtes, verarbeitetes, hergestelltes oder vertriebenes Lebensmittel unsicher ist und verlangen, dass das Lebensmittel nicht mehr unter der unmittelbaren Kontrolle dieses ursprünglichen

Lebensmittelunternehmers steht.<sup>92</sup> Der Begriff des ursprünglichen Lebensmittelunternehmers hat mithin letztlich neben dem „Kontrollverlust“ keinerlei Eingrenzungsfunktion. Vielmehr wird damit nur klargestellt, dass derjenige, der ursprünglich die Kontrolle über ein Lebensmittel hatte, gerade diese Kontrolle wieder eingebüßt haben muss, um rücknahmepflichtig zu sein. Eine solche Auslegung lässt auch die deutsche Textfassung zu. Entgegen den oben genannten Auffassungen kann somit auch der Einzelhändler, der die Lebensmittelunsicherheit nicht verursacht hat, nach Weitergabe an einen anderen Lebensmittelunternehmer als ursprünglicher Lebensmittelunternehmer anzusehen sein.

### c) Voraussetzungen des Rückrufs

Ein *Rückruf* nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO setzt darüber hinaus voraus, dass das Produkt den Verbraucher bereits erreicht haben könnte und ein Rückruf zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus erforderlich ist. Die entscheidende Abgrenzung zwischen Rücknahme und Rückruf stellt somit das (mögliche) Erreichen des Verbrauchers dar. Eine solche Möglichkeit besteht sogar, wenn eine Abgabe an Verbraucher unwahrscheinlich ist, aber nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>93</sup> Ab dem Zeitpunkt des möglichen Erreichens des Verbrauchers beginnt der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO. Damit ist der ausschließliche Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO letztlich auf die Fälle begrenzt, in denen sich ein unsicheres Lebensmittel auf einer nachgelagerten Handelsstufe, aber noch nicht auf dem Weg zum Verbraucher befindet.<sup>94</sup> Freilich bleibt der Lebensmittelunternehmer in

<sup>88</sup> *Sosnitza*, ZLR 2009, S. 299 (302).

<sup>89</sup> *Müller* (Fn. 52), S. 92; *Stollhof* (Fn. 45), S. 272 f.

<sup>90</sup> *Krell* (Fn. 4), S. 129; *Sosnitza*, ZLR 2004, S. 123 (137).

<sup>91</sup> *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke* (Fn. 26), Art. 19 BasisVO Rn. 16.

<sup>92</sup> „The immediate control of *that* initial food business operator“ bzw. „al control inmediato de *ese* explotador inicial“.

<sup>93</sup> *Sosnitza*, ZLR 2009, S. 299 (302); *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke* (Fn. 26), Art. 19 BasisVO Rn. 24.

<sup>94</sup> *Simon* (Fn. 18), S. 227; *Sosnitza*, ZLR 2004, S. 123 (137 f.).

den Fällen des Rückrufs nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO auch zur Rücknahme nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO verpflichtet.<sup>95</sup> Andere, weniger belastende Maßnahmen für den Lebensmittelunternehmer i. S. d. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO a. E. können insbesondere die schlichte Aufforderung der Vernichtung des Lebensmittels<sup>96</sup> oder aber Aushänge und Warnungen – auch behördlicherseits – in den Medien sein<sup>97</sup>. Welche Maßnahmen erforderlich sind, obliegt zunächst – wiederum dem Gedanken regulierter Selbstregulierung entsprechend – einer eigenständigen Bewertung durch den Lebensmittelunternehmer.

#### d) Problemfälle

##### aa) Rückruf in den Fällen des Art. 14 Abs. 2 lit. b BasisVO

Insbesondere *Grube* und *Weyland* verneinen unter Berufung auf den Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 1 BasisVO kategorisch eine Verpflichtung zum Rückruf nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO in Fällen der bloßen Ungeeignetheit zum Verzehr nach Art. 14 Abs. 2 lit. b BasisVO; die Warnfunktion des Rückrufs würde durch die dadurch deutlich höhere Anzahl an Rückrufen verwässert.<sup>98</sup> Nach *Müller* ist ein Rückruf in diesen Fällen zumindest regelmäßig nicht erforderlich<sup>99</sup>, während die Rechtsprechung und ihr folgend einige Autoren lediglich eine „strikte Beachtung des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ fordern<sup>100</sup>. *De jure* führt die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO stets zu einer Einzelfallentscheidung<sup>101</sup>, womit ein kategorischer Ausschluss der Rückrufverpflichtung schon dem Wortlaut der Vorschrift widerspricht. Entscheidend ist somit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung des Lebensmittelunternehmers, deren Unterschied zu einer „strikten“ Verhältnismäßigkeitsprüfung freilich ein rein terminologischer sein dürfte. *De facto* ist *Müller* darin zuzustimmen, dass regelmäßig andere Maßnahmen ausreichen, da Fälle, in denen der Rückruf eines zum Verzehr ungeeigneten Lebensmittels zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus erforderlich ist, eine Rarität darstellen dürften. Die schwierige Abgrenzung von Art. 14 Abs. 2 lit. a und b BasisVO kann somit mitunter in der Praxis für die Rückrufverpflichtung nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BasisVO entscheidend sein.

##### bb) Rücknahme/Rückruf trotz Sicherheit gem. Art. 14 BasisVO

Angesichts des *Dönerspieß-Urteils* des BVerwG vom 14.10.2020<sup>102</sup> verdient noch ein weiterer Aspekt einer Erwähnung. Der häufigste Fall von öffentlichen Lebensmittelwarnungen ist die mikrobiologische Verunreinigung (z. B. Salmonellen- bzw. Listerienbefunde) von Lebensmitteln<sup>103</sup>, was die Relevanz der nachfolgenden Problematik unterstreicht. Art. 7 Abs. 2 Satz 1

<sup>95</sup> *Meyer*, in: Meyer/Streinz (Fn. 19), Art. 19 BasisVO Rn. 19; *Sosniza*, ZLR 2009, S. 299 (303); *Stollhof* (Fn. 45), S. 275. Der von *Visser*, PHi, 2006, S. 184 (187) behauptete Wertungswiderspruch zwischen zwingender Rücknahme und nicht immer zwingendem Rückruf trotz Erreichen des Verbrauchers besteht somit nicht.

<sup>96</sup> *Sosniza*, ZLR 2009, S. 299 (304).

<sup>97</sup> *Meyer*, in: Meyer/Streinz (Fn. 19), Art. 19 BasisVO Rn. 21; *Rathke*, in: Zipfel/Rathke (Fn. 26), Art. 19 BasisVO Rn. 31; siehe hierzu auch lebensmittelwarnung.de.

<sup>98</sup> *Grube*, *Markus*, Melde- und Mitteilungspflichten der Lebensmittelunternehmen nach Basis-VO und LFGB, ZLR 2012, S. 446 (452); *Weyland*, *Gerd*, Die Sicherheitsbewertung von Lebensmitteln im

Zusammenhang mit den mikrobiologischen Richt- und Warnwerten der DGHM, ZLR 2016, S. 558 (559).

<sup>99</sup> *Müller* (Fn. 52), S. 101.

<sup>100</sup> *VGH Mannheim* v. 2.3.2010 – 9 S 171/09, LMRR 2010, S. 11; *Meyer*, in: Meyer/Streinz (Fn. 19), Art. 19 BasisVO Rn. 22; *Rathke*, in: Zipfel/Rathke (Fn. 26), Art. 19 BasisVO Rn. 31a.

<sup>101</sup> *Gorny* (Fn. 49), Rn. 357; *Stollhof* (Fn. 45), S. 276 f.; *Visser*, PHi 2006, S. 184 (186).

<sup>102</sup> BeckRS 2020, 35313.

<sup>103</sup> BVL, Fünf Jahre lebensmittelwarnung.de, S. 2 für die Jahre bis 2016, online abrufbar unter: [https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/01\\_Lebensmittel/Lebensmittelwarnung%20statistik.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/01_Lebensmittel/Lebensmittelwarnung%20statistik.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (abgerufen am 10.11.2020).

MBKVO<sup>104</sup> ordnet nämlich für solche Fälle unbefriedigender Untersuchungsergebnisse anhand der sog. Lebensmittelsicherheitskriterien an, dass das betroffene Lebensmittel gem. Art. 19 BasisVO vom Markt zu nehmen ist. In solchen Fällen können gleichwohl die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO – vor allem der Grund zur Annahme der Unsicherheit – nicht vorliegen<sup>105</sup>, wie auch die genannte Entscheidung des BVerwG zeigt. Dort hatte die Klägerin einen eindeutigen Verzehrhinweis auf ihre an gewerbliche Kunden vertriebene, salmonellenbefallene Dönerspieße<sup>106</sup> angebracht („Vor Verzehr vollständig durchgaren!“). Damit bestand aufgrund von Art. 14 Abs. 3 lit. b BasisVO kein Grund zur Annahme der Unsicherheit i. S. d. Art. 19 Abs. 1 BasisVO. Versteht man Art. 7 Abs. 2 Satz 1 MBKVO nun als Rechtsfolgenverweisung<sup>107</sup>, greift trotz der Sicherheit des Lebensmittels automatisch wegen des Salmonellenbefalls eine Rücknahme-/Rückrufpflicht. Stellt Art. 7 Abs. 2 Satz 1 MBKVO jedoch einen Rechtsgrundverweis<sup>108</sup> dar, so muss der Salmonellenbefall für eine Rücknahme-/Rückrufpflicht auch zu einer Unsicherheit gem. Art. 14 BasisVO führen. Die Unterscheidung zwischen Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung ist eine Frage der Auslegung, weshalb angesichts der vollständig unionsrechtlichen Einbettung (Art. 19 Abs. 1

Satz 1 BasisVO, Art. 7 Abs. 2 Satz 1 MBKVO) jedenfalls eine Vorlage nach Art. 267 AEUV sinnvoll gewesen wäre.<sup>109</sup> Nach Erwägungsgrund 3 der MKBVO soll die MKBVO gerade Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich der Art. 14, 19 BasisVO vorbeugen, womit ein Rücknahme-/Rückrufautomatismus im Sinne einer Rechtsfolgenverweisung dem *Telos* der Vorschrift entsprechen dürfte. Rücknahme und Rückruf setzen somit nicht zwangsläufig eine Unsicherheit nach Art. 14 BasisVO voraus.

## 2. Unterrichts- und Kooperationspflichten

Die Verpflichtungen des Lebensmittelunternehmers aus Art. 19 BasisVO erschöpfen sich nicht in dessen marktbezogenem Tätigwerden. Vielmehr enthält Art. 19 BasisVO auch Anforderungen an den Lebensmittelunternehmer im Verhältnis zu Behörden. Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO geht mit der Rücknahme – und damit auch dem Rückruf, der stets mit einer Rücknahmeverpflichtung verbunden ist<sup>110</sup> – eine Verpflichtung zur Unterrichtung der zuständigen Behörden über die Rücknahme einher.<sup>111</sup> Eine besondere Unterrichtungspflicht enthält insoweit Art. 19 Abs. 3 Sätze 1 und 2 BasisVO. Sofern ein Lebensmittelunternehmer erkennt, dass ein von ihm in Verkehr gebrachtes Lebensmittel möglicherweise gesundheitsschädlich (Art. 14 Abs. 2 lit. a BasisVO) ist,

<sup>104</sup> VO (EG) Nr. 2073/2005, im Folgenden nur „MBKVO“.

<sup>105</sup> Dies verkennt *Meisterernst, Andreas*, Die Bedeutung von Empfehlungen der DGHM im Rahmen der mikrobiologisch-hygienischen Beurteilung von Lebensmitteln, ZLR 2015, S. 324 (326), der behauptet, in Fällen des Art. 7 Abs. 2 MKBVO gelte das Produkt als nicht sicher im Sinne des Art. 14 Abs. 2 lit. a und/oder b BasisVO. Das von ihm zitierte Urteil des *VG Berlin* behandelte jedoch gerade einen Fall, in dem sich mangels eines Verzehrhinweises die Unsicherheit direkt aus Art. 14 Abs. 2, 3 lit. b BasisVO ergab, vgl. *VG Berlin v. 13.6.2012 – 14 K 63/10 – juris Rn. 18*.

<sup>106</sup> Der Salmonellenbefall führt gem. Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Anhang I Kap. 1 MBKVO zu einem „unbefriedigenden Ergebnis“ nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 MBKVO, *Sackreuther, Kai*, in: Graf, Jürgen Peter/Jäger,

Markus/Wittig, Petra (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 5 LMRStrafVO Rn. 1.

<sup>107</sup> So *BVerwG v. 14.10.2020 – 3 C 10.19*, BeckRS 2020, 35313 Rn. 29 und auch die Vorinstanz *BayVGH v. 7.2.2019 – 20 BV 17.1560*, ZLR 2019, S. 447 (458 f.); *Meyer*, in: Meyer/Streinz (Fn. 19), Art. 19 BasisVO Rn. 12.

<sup>108</sup> So *Wallau, Rochus*, „Was ist Wahrheit?“, Anmerkung zu Bay. VGH – „salmonellenbefallene Dönerspieße“, ZLR 2019, S. 460 (461 ff.); *Weyland*, ZLR 2016, S. 558 (561).

<sup>109</sup> Gleichwohl sah sich das *BVerwG* hierzu nicht verpflichtet, da das Auslegungsergebnis „hinreichend klar“ sei, vgl. *BVerwG v. 14.10.2020 – 3 C 10.19*, BeckRS 2020, 35313 Rn. 24.

<sup>110</sup> Siehe D. II. 1. c).

<sup>111</sup> A. A. bezüglich des Rückrufs *Grube*, ZLR 2012, S. 446 (450).

teilt er dies den zuständigen Behörden unverzüglich mit und unterrichtet sie über die zur Risikoverhinderung getroffenen Maßnahmen. Angesichts der strafrechtlichen Konsequenzen des Inverkehrbringens gesundheitsschädlicher Lebensmittel (vgl. § 58 Abs. 2 Nr. 1 LFGB) erscheint eine solche öffentlich-rechtliche Unterrichtungspflicht vor dem Hintergrund der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>112</sup> auf den ersten Blick bedenklich. Die Problematik wird jedoch durch das Beweisverwertungsverbot in § 44 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 LFGB entschärft.<sup>113</sup>

Noch ein zweites Merkmal des Art. 19 Abs. 3 Satz 1 BasisVO verdient Erwähnung. Die Unterrichtungspflicht wird dem Wortlaut nach bereits bei einem bloßen Inverkehrbringen gem. Art. 3 Nr. 8 BasisVO *ohne* „Kontrollverlust“ i. S. d. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO ausgelöst. Hierin besteht der originäre Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 3 Satz 1 BasisVO, denn bei einem Kontrollverlust über ein möglicherweise gesundheitsschädliches Lebensmittel greift bereits die Unterrichtungspflicht nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BasisVO im Zusammenhang mit der Rücknahme.<sup>114</sup>

Art. 19 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 BasisVO regeln Kooperationspflichten im weiteren Sinne. Die Lebensmittelunternehmer sind nach Art. 19 Abs. 4 BasisVO sowohl zur eigenen Zusammenarbeit als auch nach Art. 19 Abs. 3 Satz 2 BasisVO zur Duldung fremder Zusammenarbeit mit den Behörden verpflichtet.

### 3. Verantwortlichkeit des Einzelhandels, Art. 19 Abs. 2 BasisVO

Der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 2 BasisVO erfasst nur solche Lebensmittelunternehmer, die für Tätigkeiten im Bereich des Einzelhandels<sup>115</sup> oder Vertriebs verantwortlich sind, die nicht das Verpacken, das Etikettieren, die Sicherheit oder die Unversehrtheit der Lebensmittel betreffen. Diese sollen nur eine Rücknahme-, Informations- und Mitarbeitspflicht haben (und gerade keine Rückrufpflicht). Die Sicherheit von Lebensmitteln betrifft jedoch gem. Art. 14 Abs. 1 BasisVO grundsätzlich alle Lebensmittelunternehmer, die Lebensmittel in Verkehr bringen und somit auch den Einzelhandel und Vertrieb. Dies lässt den konkreten Anwendungsbereich der Vorschrift unklar erscheinen.<sup>116</sup> Die einzig in Betracht kommende Tätigkeit, die nicht die Sicherheit oder die Unversehrtheit von Lebensmitteln betrifft, scheint der schlichte An- und Verkauf zu sein<sup>117</sup> wobei auch dies aufgrund der sicherheitsrelevanten Lagerungsaufgaben des An- und Verkaufs kritisch gesehen werden kann<sup>118</sup>. Die Vorschrift scheint demnach keinen eigenständigen Anwendungsbereich zu haben, zumal Einzelhändler und der Vertrieb letztlich unter den „vertreibenden Lebensmittelunternehmern“ nach Art. 19 Abs. 1 BasisVO zu verorten sind und somit schon hiernach verpflichtet werden.

Daher wird versucht, den Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 2 BasisVO im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 1 BasisVO im Sinne einer Privilegierungsvorschrift zu bestimmen und Abs. 1 nur auf den Produzenten bzw. Importeur anzuwenden, Abs. 2 auf den gesamten

<sup>112</sup> Die Selbstbelastungsfreiheit gilt (über Art. 48 GRCh) auch im Unionsrecht, *Göttlinger, Elisabeth*, Auskunftsrechte der Kommission im Recht der Europäischen Union, 2013, S. 406.

<sup>113</sup> *Boch, Thomas*, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl. 2018, § 44 Rn. 10; ein Beweisverwertungsverbot statt einem Schweigerecht ist insoweit ausreichend, *Göttlinger* (Fn. 112), S. 40.

<sup>114</sup> *Grube*, ZLR 2012, S. 446 (453); *Krell* (Fn. 4), S. 134.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 3 Nr. 7 BasisVO.

<sup>116</sup> *Müller* (Fn. 52), S. 95; *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke* (Fn. 26), Art. 19 BasisVO Rn. 7.

<sup>117</sup> *Gorny* (Fn. 49), Rn. 359.

<sup>118</sup> *Sosnitzka*, ZLR 2009, S. 299 (306); *Stollhof* (Fn. 45), S. 279.

Einzelhandel und Vertrieb oder zumindest den bloßen An- und Verkauf.<sup>119</sup> Eine Einschränkung des Art. 19 Abs. 1 BasisVO auf den Produzenten bzw. Importeur ist jedoch schon aufgrund des Wortlauts abzulehnen.<sup>120</sup> Die Rücknahme- und Rückrufverpflichtung gilt auch für den Einzelhandel.<sup>121</sup>

Vor diesem Hintergrund verdient der Ansatz von *Rathke* Beachtung, Art. 19 Abs. 2 BasisVO in den Fällen zur Anwendung zu bringen, in denen das nicht sichere Lebensmittel vom Einzelhändler oder Vertrieb nicht selbst in Verkehr gebracht wurde.<sup>122</sup> Für diese Fälle wäre in der Tat der Widerspruch zu Art. 14 Abs. 1 BasisVO aufgelöst, da bei fehlendem eigenem Inverkehrbringen auch keine Verantwortlichkeit für die Lebensmittelsicherheit i. S. d. Art. 19 Abs. 2 BasisVO besteht. Dem wird vor allem entgegengehalten, dass ein Einzelhändler, der keine Lebensmittel in Verkehr bringt, nur schwer vorstellbar sei.<sup>123</sup> Jedoch erscheint dies trotz der entgegengebrachten Bedenken als die einzige wortlautwahrende Auslegungsmöglichkeit, die Art. 19 Abs. 2 BasisVO einen – wenn auch begrenzten – Anwendungsbereich erhält. Die Mithilfe auch an der Lebensmittelunsicherheit Unbeteiligter zur effektiven Gefahrenabwehr entspricht auch dem *Telos* des Art. 19 Abs. 2 BasisVO<sup>124</sup>, womit *Rathke* zuzustimmen ist. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre jedenfalls wünschenswert.

#### 4. Zusammenfassung

Anknüpfend an *Steiling* lassen sich die Handlungsverpflichtungen des Lebensmittelunternehmers nach Art. 19 BasisVO – ungeachtet der Besonderheiten des Art. 19 Abs. 2 BasisVO – zusammenfassend anhand von Gefahrenstufen beschreiben.<sup>125</sup>

Stellt der Lebensmittelunternehmer im Rahmen der von Art. 17 Abs. 1 BasisVO vorgeschriebenen betrieblichen Eigenkontrolle vor der Weitergabe fest oder hat Grund zu der Annahme, dass ein unter seiner Kontrolle unterstehendes Lebensmittel den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nicht entspricht, hat er ein Art. 14 Abs. 1 BasisVO widersprechendes Inverkehrbringen zu verhindern (erste Gefahrenstufe).

Hat er das unsichere – oder die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 MBKVO erfüllende (s. o.) – Lebensmittel bereits *innerhalb* der Lebensmittelkette weitergegeben (zweite Gefahrenstufe), muss er Kontakt mit den Empfängern seiner Lebensmittel aufnehmen, um ein Erreichen von Verbrauchern auszuschließen *und* die zuständigen Behörden unterrichten.

Sofern das Lebensmittel die Verbraucher bereits erreicht haben könnte (dritte Gefahrenstufe), etwa weil es bereits in den Verkaufsregalen eines Supermarkts steht, muss der Lebensmittelunternehmer *zusätzlich* zunächst neben einer effektiven und genauen Unterrichtung der Verbraucher genau prüfen, ob es sich bei dem Lebensmittel um ein gesundheitsschädliches Lebensmittel i. S. d. Art. 14 Abs. 2 lit. a BasisVO oder ein zum Verzehr ungeeignetes Lebensmittel nach Art. 14 Abs. 2 lit. b BasisVO handelt. Vor allem im letzteren Fall hat eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen, ob die Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus nicht auch ohne einen Rückruf erreicht werden könnte. Im Zweifel werden die Lebensmittelunternehmer schon im eigenen

<sup>119</sup> *Krell* (Fn. 4), S. 129, 132; *Sosnitza*, ZLR 2004, S. 123 (137 f.); *Steiling*, FS für von Westphalen (Fn. 22), S. 671 (679 f.); *Stollhof* (Fn. 45), S. 279 ff.

<sup>120</sup> Hierzu bereits oben D. II. 1. b).

<sup>121</sup> So auch *Meyer*, *Alfred Hagen*, Rückrufe und der Einzelhandel – aus gegebenem Anlass!, DLR 2017, S. 141; *Schroeder/Kraus*, EuZW 2005, S. 423 (426).

<sup>122</sup> *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke* (Fn. 26), Art. 19 BasisVO Rn. 7.

<sup>123</sup> *Sosnitza*, ZLR 2009, S. 299 (306); *Steiling*, FS für von Westphalen (Fn. 22), S. 671 (680).

<sup>124</sup> Vgl. *Gorny* (Fn. 49), Rn. 360; *Krell* (Fn. 4), S. 133.

<sup>125</sup> *Steiling*, FS für von Westphalen (Fn. 22), S. 678, dort jedoch mit anderer Stufeneinordnung.

Interesse vorsorglich das Mittel des Rückrufs wählen.<sup>126</sup>

Hat der Lebensmittelunternehmer ein Lebensmittel in Verkehr gebracht und Grund zu der Annahme, dass dieses sogar möglicherweise gesundheitsschädlich ist (vierte Gefahrenstufe), muss er dies unverzüglich den zuständigen Behörden mitteilen und mit diesen bezüglich aller weiteren Schritte kooperieren. Sofern er noch die Kontrolle über das Lebensmittel hat, ist eine Rücknahme nicht erforderlich.

### III. Kritik

Zuletzt soll eine kritische Betrachtung des soeben skizzierten Pflichtenprogramms des Lebensmittelunternehmers erfolgen.

Ungeachtet weiterer Kritikpunkte am durch die BasisVO dem Lebensmittelunternehmer auferlegten Pflichtenprogramm werden schlagwortartig vor allem zwei Aspekte aufgegriffen: Unbestimmtheit und – hiermit zusammenhängend – Risikoverteilung.

Schon die zuvor aufgezeigte, feinsinnige Unterscheidung der einzelnen Gefahrenstufen und das Erfordernis von Einzelfallentscheidungen durch den Lebensmittelunternehmer illustrieren den Kern-Kritikpunkt an der Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers und insbesondere der Pflichten aus Art. 19 BasisVO: Diese seien zu unbestimmt. Eine solche Bewertung der BasisVO in Gänze oder der Art. 17 Abs. 1 und 19 BasisVO nehmen viele Autoren der rechtswissenschaftlichen Literatur vor<sup>127</sup> – ebenso wie Verbraucherkreise<sup>128</sup>. Lediglich programmatische Rechtssätze würden mit

unmittelbaren Handlungsverpflichtungen vermengt.<sup>129</sup>

Dieser Vorwurf der Unbestimmtheit führt zurück zur These des Bundesverfassungsgerichts, dass das Fachwissen der Lebensmittelunternehmer auch ohne konkrete gesetzliche Normen für den Überblick über die konkret verlangten Verhaltensweisen genüge. Schon *Hufen* ist dieser These früh entgegengetreten und äußerte, dass „die Berufung auf das in der Branche vorhandene Fachwissen niemals die notwendige Rechtsgrundlage für klar definierte öffentlich-rechtliche Verkehrspflichten ersetzen [könne]“.<sup>130</sup> Auch *Holle* ist der Auffassung, dass die These des Bundesverfassungsgerichts angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit der Handlungspflichten des europäischen Lebensmittelrechts „weniger denn je“ gelte.<sup>131</sup> Dieser Kritik ist beizupflichten. Die hier beleuchteten Vorschriften der BasisVO (Art. 17 Abs. 1, Art. 19) werfen – wie gezeigt worden ist – zahlreiche Auslegungs- und Abgrenzungsfragen auf, die angesichts des eher programmatischen Wortlauts und unterschiedlichen Sprachfassungen schwer zu beantworten sind.

*De lege lata* mag dies angesichts der in Gänze gesetzgeberisch schwer zu erfassenden gefahrenabwehrrechtlichen Problemlagen noch nicht das Verdikt der Verfassungs- bzw. Unionsrechtswidrigkeit rechtfertigen. Der unzweifelhaft bestehende Konkretisierungsbedarf kann jedoch nicht mit einem schlichten Verweis auf das Fachwissen der Lebensmittelbranche „abgebügelt“ werden. Denn durch autonome Einzelfallentscheidungen wird das Ziel eines

<sup>126</sup> So auch foodwatch Report 2017, Um Rückruf wird gebeten, Warum Lebensmittelwarnungen oft zu spät oder gar nicht kommen, S. 18, online abrufbar unter: [https://www.foodwatch.org/fileadmin/Themen/Rueckrufe/foodwatch\\_Report\\_Um\\_Rueckruf\\_wird\\_gebeten\\_final.pdf](https://www.foodwatch.org/fileadmin/Themen/Rueckrufe/foodwatch_Report_Um_Rueckruf_wird_gebeten_final.pdf) (abgerufen am 10.11.2020).

<sup>127</sup> *Grube, Markus/David, Heiner*, Rückruf und Rücknahme von Lebensmitteln: Theorie und Praxis, Food

& Recht Praxis 2010, S. 13 ff.; *Holle*, ZLR 2004, S. 307 (325 f.); *Steiling*, FS für von Westphalen (Fn. 22), S. 671 (672); *Zellner*, ZLR 2007, S. 295 (297).

<sup>128</sup> foodwatch Report 2017 (Fn. 126), passim.

<sup>129</sup> *Dannecker*, ZLR 2002, S. 19 (30); *Steiling*, FS für von Westphalen (Fn. 22), S. 671 (672).

<sup>130</sup> *Hufen*, ZLR 1989, S. 562 (572).

<sup>131</sup> *Holle*, ZLR 2004, S. 307 (325 f.).



einheitlichen Normvollzugs auf Unionsebene gefährdet.

Vor dem Hintergrund dieser Konkretisierungsbedürftigkeit der Pflichten des Lebensmittelunternehmers ist auch die Risikoverteilung problematisch. Denn die Kombination von Konkretisierungsbedürftigkeit und unmittelbarem Geltungsanspruch durch die Wahl der Verordnung bürdet dem Lebensmittelunternehmer als Normadressaten bei Fehlen oder Verspätung konkretisierender Rechtsakte das Interpretationsrisiko auf.<sup>132</sup> Dass ein solches Interpretationsrisiko trotz Haftungsfolgen die Lebensmittelunternehmer begünstigt<sup>133</sup>, erscheint nicht nachvollziehbar.

Die konkretisierungsbedürftige Verordnung als zunehmend typisches Mittel der europäischen Lebensmittel-Gesetzgebung<sup>134</sup> ist daher zumindest *de lege ferenda* zu hinterfragen.

#### **E. Fazit – Der Lebensmittelunternehmer in der „Verantwortungsgemeinschaft“ für die Lebensmittelsicherheit**

Wie die in dieser Arbeit dargestellte primäre und stufenübergreifende Verantwortlichkeit der Lebensmittelunternehmer für die Sicherheit der Verbraucher – sowohl durch präventive Eigenkontrollmaßnahmen als auch Reaktionspflichten nach Art. 19 BasisVO – zeigt, verlangt das Unionsrecht von den Lebensmittelunternehmern einen umfassenden eigenen Beitrag zur Lebensmittelsicherheit. Mit diesem Regelungskonzept wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die

Lebensmittelsicherheit nicht durch den Staat allein gewährleistet werden kann.<sup>135</sup> Die zuvor dargelegte Kritik und die damit zusammenhängenden Vollzugsprobleme und Umgehungsversuche hinsichtlich Art. 19 BasisVO in der Praxis<sup>136</sup> zeigen jedoch, dass auch eine alleinige Verantwortung der Lebensmittelwirtschaft nicht genügen kann, sondern vielmehr eine Verantwortlichkeit aller Marktbeteiligten vorzuziehen ist<sup>137</sup>.

Hierfür wird in der Literatur der Begriff der Verantwortungsgemeinschaft herangezogen.<sup>138</sup> Lebensmittelwirtschaft, Staat und auch Verbraucher seien jeweils für die Gewährleistung von Lebensmittelsicherheit verantwortlich, wobei die Verantwortlichkeit der einzelnen Akteure nicht gleichartig, sondern im Sinne einer Verantwortungsteilung besteht.<sup>139</sup> Diese Verantwortungsgemeinschaft impliziert schon begrifflich, dass die Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers niemals eine ausschließliche sein kann, sondern durch die staatliche Gewährleistungsverantwortung komplementiert werden muss. Denn schon aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>140</sup> ist der Verzicht auf das staatliche Steuerungsmandat limitiert.<sup>141</sup>

Die hier dargestellte Verantwortlichkeit des Lebensmittelunternehmers kann damit nur ein Teil im Konzept eines Miteinanders von staatlicher und privater Verantwortung sein.

<sup>132</sup> Möstl, Markus, Einige grundsätzliche Bemerkungen am Beispiel der LMIV, ZLR 2015, S. 689 (691 ff.).

<sup>133</sup> So Jensen (Fn. 33), S. 26.

<sup>134</sup> Gundel, in: Ruffert (Fn. 13), § 8 Rn. 40.

<sup>135</sup> Knipschild, Klaus, Lebensmittelsicherheit als Aufgabe des Veterinär- und Lebensmittelrechts, 2003, S. 94.

<sup>136</sup> foodwatch Report 2017 (Fn. 126), S. 18 f.; Haunhorst, in: Lebensmittel heute (Fn. 14), S. 185; Zellner, ZLR 2007, S. 295 (300).

<sup>137</sup> Viell, Burkhard, Lebensmittelsicherheit zwischen „Zurück zur Natur“ und „Designer-Lebensmitteln“, ZLR 2007, S. 365 (373).

<sup>138</sup> Binnemann, ZLR 2003, S. 518 (518); Simon (Fn. 18), S. 231.

<sup>139</sup> Binnemann, ZLR 2003, S. 518 (525); Simon (Fn. 18), S. 233.

<sup>140</sup> Solche sind auch im Unionsverfassungsrecht angelegt, Möstl, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002, S. 621 ff.

<sup>141</sup> Schmidt-Preuß, Matthias, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 (172).