

Lebensmittelrechtliche Verstöße und ihre Konsequenzen – neue Koordinaten für die Lebensmittelwirtschaft

Rechtsanwälte *Andreas Meisterernst*, München und *Dr. Raphael Vergho*, Eichstätt

Verstärkter Verbraucherschutz und das in den letzten Jahren in den Vordergrund getretene Ziel einer effektiveren Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität (Stichwort: „Diesel-Gate“) bringen auch für die Lebensmittelwirtschaft schwerwiegende Änderungen des für sie geltenden rechtlichen Koordinatensystems mit sich. Auf nationaler Ebene wurden z. B. mit Meldepflichten für Labore gemäß § 44 Abs. 4a LFGB oder der Information der Öffentlichkeit gemäß § 40 Abs. 1a LFGB (Stichwort: „Internetpranger“) Regelungen zur erleichterten Feststellung von Verstößen und zu deren Sanktionierung eingeführt. Auf unionsrechtlicher Ebene zielt die neue Kontrollverordnung ausdrücklich auf eine schärfere Überwachung ab und enthält hierzu Regelungen zur Transparenz, zur Sanktionierung und dem Schutz von Whistleblowern (Stichwort: „Food Fraud“). Allgemeine Vorschriften zur zwingenden Vermögensabschöpfung im Strafverfahren und zur Musterfeststellungsklage verschärfen parallel die potenziellen Konsequenzen von lebensmittelrechtlichen Verstößen in ganz erheblichem Ausmaß. Diese Verschiebung des rechtlichen Koordinatensystems muss zwingend in der Unternehmenspraxis berücksichtigt werden.

I. Einleitung

Lebensmittelrecht ist eine interdisziplinäre Materie, die sowohl öffentliches Recht, als auch Zivilrecht und Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht vereint.¹ Dieser Beitrag liefert einen Überblick über aktuelle Entwicklungen in verschiedenen Bereichen des für die Lebensmittelwirtschaft geltenden Rechtsrahmens. Diese können sowohl auf gesetzlichen Neuregelungen als auch auf neuerer Rechtsprechung beruhen. Angesichts der Fülle einschlägiger Regelungen kann der Beitrag keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, sondern fokussiert sich auf einige ausgewählte Probleme, die aus Sicht der Autoren von besonderer Praxisrelevanz sind.

Zunächst werden unter II. kurz aktuelle Entwicklungen hinsichtlich der Feststellung von Verstößen dargestellt. Hierzu zählen zum einen die schon ältere Vorschrift zur Mitteilungspflicht von Laboren gemäß § 44 Abs. 4a LFGB, die durch eine neuere Entscheidung des VG Aachen aus ihrem „Dornröschen-Schlaf“² geweckt wurde,

¹ Siehe hierzu *Streinz*, ZLR 2016, 572.

² So *Meisterernst/Eberlein*, LMuR 2018, 137.

zum anderen Vorschriften der KontrollVONeu (Verordnung (EU) 2017/625).³ Beleuchtet werden aus dieser Verordnung einige für die hiesige Thematik interessante Aspekte, wie z.B. Transparenzvorschriften und Regelungen zu Whistleblowern. Einen Schwerpunkt der Darstellung bilden die nach Einschätzung der Autoren in der Lebensmittelwirtschaft noch wenig bekannten Neuregelungen zur Vermögensabschöpfung im Strafverfahren sowie im Bußgeldverfahren unter III. Hieran anschließend wird unter IV. das neue Instrument der Musterfeststellungsklage und deren Auswirkungen auf die Lebensmittelwirtschaft beschrieben. Schlussendlich wird unter V. die aufgrund eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts⁴ wiederbelebte Regelung des § 40 Abs. 1a LFGB und einige praxisrelevante offene Rechtsfragen bei der Anwendung der Vorschrift dargestellt. Wie üblich endet der Beitrag unter VI. mit einem Fazit.

II. Feststellung von Verstößen

Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften können auf mannigfaltige Weise festgestellt werden. Beispiele sind z.B. Eigenkontrollen von Lebensmittelunternehmen, ggf. auch in der Lieferkette, eigenen Auditierungen und Zertifizierungen von Lieferanten und/oder aufgrund privater Standards (z.B. IFS Food), Überwachungstätigkeit oder Abmahnung von Wettbewerbern, Verbraucherbeschwerden, Nachforschungen von NGOs oder der Presse. Im Rahmen dieser Darstellung sollen zwei Aspekte angesprochen werden, nämlich die Meldepflicht von Laboren gemäß § 44 Abs. 4a LFGB sowie einige Regelungen der KontrollVONeu.

1. Meldepflicht von Laboren

Gemäß § 44 Abs. 4a LFGB hat „der Verantwortliche eines Labors, das Analysen bei Lebensmitteln durchführt“, wenn er „aufgrund einer von dem Labor erstellten Analyse einer im Inland von einem Lebensmittel gezogenen Probe Grund zu der Annahme“ hat, dass das Lebensmittel nicht sicher im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (BasisVO) ist und „einem Verkehrsverbot unterliegen würde“, dies mit weiteren Angaben der zuständigen Behörde zu melden. Diese im Jahr 2011 eingeführte Vorschrift sollte zu einer verbesserten Überwachung durch Einbezug eines Personenkreises „in die Meldepflichten“ führen, „der per se an der Herstellung, dem Behandeln oder dem Vertrieb des untersuchten Lebensmittels nicht beteiligt ist und auch keinerlei eigene wirtschaftliche Interessen in diesem Zusammenhang verfolgt“.⁵ In der Praxis wurde die Vorschrift weitgehend nicht umgesetzt. Grund hierfür war zum einen die massive Kritik aus der Literatur,⁶ zum anderen die erhebli-

³ Siehe hierzu auch *Groß*, ZLR 2018, 763.

⁴ BVerfG B. v. 21.3.2018, Az. I BvF/1/13, NVWZ 2018, 1056 = ZLR 2018, 523 mit Anmerkung *Hufen*.

⁵ Vgl. BR-Drs. 52/11, S. 53 f.; siehe hierzu auch *Bialonski*, ZLR 2011, 261.

⁶ Siehe *Sperlich*, ZLR 2010, 59; *Grube*, ZLR 2012, 446; *Meyer*, in: Meyer/Streinzi, LFGB-BasisVO-HCVO, § 44 LFGB, Rn. 35.

chen praktischen Umsetzungsprobleme. Insbesondere sahen sich die Normadressaten nicht in der Lage, zu beurteilen, ob aufgrund einer analytischen Bewertung einer Probe das betreffende Lebensmittel tatsächlich als nicht sicher im Sinne des Art. 14 Abs. 1 BasisVO anzusehen war, da regelmäßig weitere Informationen über Herkunft, Verwendung, weitere Verarbeitung etc. fehlten. So konnte z. B. die Frage, ob die Verwendung eines bestimmten Lebensmittels als Zutat bei der Herstellung eines zusammengesetzten Lebensmittels zur fehlenden Sicherheit des Enderzeugnisses führte, seitens der Labore regelmäßig nicht beurteilt werden. Auftraggeber deklarierten auch Proben vorsichtshalber als Warenmuster, die nicht in Verkehr gebracht werden sollten.

Vor diesem Hintergrund war der zwischenzeitlich vom VG Aachen⁷ entschiedene Fall typisch. Dort hatte ein Handelslabor im Auftrag eines Lebensmittelherstellers Fertigpackungen von Mandelkernen aus der laufenden Produktion zur Eigenkontrolle analytisch untersucht. Ein positiver Befund auf Salmonellen wurde dem Hersteller und Auftraggeber zeitnah mitgeteilt. Dieser bestätigte daraufhin gegenüber dem Labor, „dass die betroffene Lebensmittelcharge nicht in den Verkehr gebracht worden sei und sich noch vollständig im Zugriff des Auftraggebers befinde“.⁸ Dementsprechend sah das Labor keinerlei Veranlassung, eine Meldung bei der zuständigen Behörde durchzuführen. Bei einer späteren Kontrolle des Labors wurden die entsprechenden Prüfberichte aufgefunden und gegen den verantwortlichen Laborleiter ein Bußgeld verhängt. Deswegen wurde seitens des betroffenen Labors eine Feststellungsklage zum VG erhoben, die allerdings erfolglos blieb.

Das VG Aachen hielt in diesem Verfahren die Argumentation des Labors, dass es die Sicherheit des Erzeugnisses nicht habe beurteilen können und es ja auch nicht in Verkehr gebracht worden sei, für nicht schlüssig. Es vertrat nämlich die Auffassung, dass eine Meldung bereits immer dann erfolgen müsse, wenn Grund zu der Annahme im Sinne eines bloßen Verdachtes auf Inverkehrbringen eines nicht sicheren Lebensmittels bestünde. Der Laborleiter dürfe insbesondere nicht auf die Angaben des Auftraggebers vertrauen. Denn mit der Regelung solle erreicht werden, dass unabhängig von der Absichtserklärung des Auftraggebers die Möglichkeit einer behördlichen Überprüfung des Sachverhalts eröffnet werde. Im Ergebnis wurde somit die bis dato übliche Argumentation, dass der Normadressat die Sicherheit des Lebensmittels nicht abschließend beurteilen könne, sondern nur der beauftragende Lebensmittelunternehmer, ins Gegenteil verkehrt: Gerade weil er die Sicherheit nicht beurteilen kann, muss der Normadressat nach Auffassung des VG Aachen melden!

Ob die Entscheidung rechtlich überzeugend ist, kann an dieser Stelle dahingestellt⁹ bleiben, auch wenn die unionsrechtlichen Einwände im Hinblick auf die abschließenden Regelungen von Meldepflichten hinsichtlich nicht sicherer Lebensmittel ge-

⁷ VG Aachen, Urt.v. 8.12.2017, LMuR 2018, 165.

⁸ VG Aachen, Urt.v. 8.12.2017, LMuR 2018, 165, 166.

⁹ Siehe hierzu *Meisterernst/Eberlein*, LMuR 2018, 137.

mäß Art. 19 Abs. 1, 3 und 20 Abs. 1, 3 BasisVO beachtlich sind. Falls das OVG Münster die Auffassung des VG Aachen in der Sache bestätigt, müssen Lebensmittelunternehmer damit rechnen, dass bei der Vergabe von Aufträgen an externe Labore alle potenziellen Verstöße gegen Art. 14 Abs. 1 BasisVO an die zuständigen Behörden gemeldet werden.

2. Einige Anmerkungen zur KontrollVONeu

a) Neue Ansätze

Die KontrollVONeu gilt im Grundsatz ab dem 14.12.2019. Ein Fokus der Neuregelung liegt auf der aufgrund des Pferdefleischskandals in der öffentlichen Wahrnehmung notwendigen Bekämpfung von „Food Fraud“. Ungeachtet der Begrifflichkeiten¹⁰ wird an verschiedener Stelle in der Verordnung ausgedrückt, dass „betrügerische oder irreführende Praktiken“ gesondert bekämpft werden sollen.¹¹ Das allgemeine Programm legt insoweit Art. 9 Abs. 2 KontrollVONeu wie folgt fest:

„Die zuständigen Behörden führen regelmäßig in angemessenen zeitlichen Abständen, die risikobasiert festgelegt werden, amtliche Kontrollen durch, um etwaige, durch betrügerische oder irreführende Praktiken vorsätzlich begangene Verstöße gegen die Vorschriften gemäß Artikel 1 Absatz 2 aufzudecken und sie berücksichtigen dabei die über die Amtshilfemechanismen gemäß den Artikeln 102 bis 108 ausgetauschten Informationen über derartige Verstöße und alle anderen Informationen, die auf solche Verstöße hindeuten.“

Die KontrollVONeu zielt somit klar auf eine strengere Überwachung und Verfolgung von lebensmittelrechtlichen Verstößen ab, die primär nicht die Lebensmittelsicherheit betreffen. Es wird im Einzelnen noch zu diskutieren sein, was alles unter „betrügerische und irreführende Praktiken“ zu fassen ist.¹² Jedenfalls muss es sich nicht um Betrug im Sinne des § 263 StGB handeln. Hinsichtlich der Irreführung wird man primär auf Art. 7 Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV) abstellen können. Klar ist aber, dass sich die allgemeine Betrachtungsweise von dem Ansatz eines hinnehmbaren Ausnutzens von regulatorischen Spielräumen in gewissen Unschärfebereichen verabschiedet und hin zur Einstufung als klassische Wirtschaftskriminalität verschiebt.¹³

10 Siehe zur Frage, ob es sich dabei um Betrug handelt Groß, ZLR 2018, 763, 774 ff.; Wallau/Roffael, LMuR 2018, 8 ff.

11 Siehe Erwägungsgründe 22, 32, 73, 74, 88 und 90, im Verordnungstext siehe Art. 1 Abs. 4 Buchst. a), Art. 9 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2 Buchst. e), Art. 65 Abs. 4, Art. 73 Abs. 2 Buchst. a), Art. 89 Abs. 2, Art. 97 Abs. 1, Art. 97 Abs. 3 Buchst. b), Art. 98 Buchst. a), Art. 98 Buchst. d), Art. 102 Abs. 4 Buchst. b), Art. 121 Buchst. h), Art. 138 Abs. 5, Art. 139 Abs. 2 KontrollVONeu.

12 Siehe hierzu auch Wallau/Roffael, LMuR 2018, 8 ff.

13 Siehe z. B. auch zur gebotenen Einstufung von Verstößen gegen Tierschutzbestimmungen in der Massentierhaltung als Wirtschaftskriminalität Bülte, NJW 2019, 19.

b) Transparenzvorschriften

Die bisherige Vorschrift des Art. 7 KontrollVOAlt (Verordnung (EG) Nr. 882/2004) befasste sich trotz der Überschrift mit „Transparenz und Vertraulichkeit“ eigentlich nur in ihrem Absatz 1 mit transparenter Behördenarbeit. Die weiteren nachfolgenden Vorschriften der Absätze 2 und 3 beschäftigten sich hingegen mit Geheimhaltungspflichten, also mit Einschränkungen von Transparenz. Art. 7 Abs. 1 KontrollVOAlt sieht allgemeine Informationen über die Kontrolltätigkeiten der zuständigen Behörden und ihre Wirksamkeit vor und gewährt den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen gemäß Art. 10 BasisVO.

Dementgegen sieht nun Art. 11 KontrollVONeu mit der Überschrift „Transparenz der amtlichen Kontrollen“ allgemeine Berichtspflichten in Absatz 1 vor. Gemäß Abs. 3 der Vorschrift werden Angaben „über die Einstufung einzelner Unternehmer aufgrund der Ergebnisse einer oder mehrerer amtlichen Kontrollen“ und deren Veröffentlichung erlaubt, soweit die weiter dort genannten Bedingungen erfüllt sind, nämlich dass die Einstufungskriterien „objektiv, transparent und öffentlich verfügbar“ sind und geeignete Regelungen gewährleisten, „dass der Einstufungsprozess fair, schlüssig und transparent ist“. Dabei müssen aber alle Ungenauigkeiten in Veröffentlichungen gemäß Art. 11 Abs. 2 KontrollVONeu „entsprechend korrigiert werden“.

„Die Verschwiegenheitspflicht der zuständigen Behörden“ ist die Überschrift des neuen Art. 8 KontrollVONeu, der in Abs. 1 bis 4 grundsätzlich bei der Weitergabe von Informationen an Dritte eine Interessenabwägung vorsieht. Als übergreifende Ausnahme sieht allerdings Art. 8 Abs. 5 KontrollVONeu vor, dass diese Verschwiegenheitspflichten „die zuständigen Behörden nicht daran hindern, Informationen über das Ergebnis amtlicher Kontrollen, die einzelne Unternehmen betreffen“ zu veröffentlichen, wenn die weiter dort genannten Bedingungen eingehalten werden. Diese bestehen lediglich darin, dass gemäß Art. 8 Abs. 5 Buchst. a) KontrollVONeu der betreffende Unternehmer vorab angehört wird und gemäß Art. 8 Abs. 5 Buchst. b) KontrollVONeu die „Bemerkungen des betroffenen Unternehmers“ berücksichtigt oder mit der amtlichen Information „zusammen veröffentlicht oder freigegeben“ werden. Die Vorschrift des Art. 8 Abs. 5 KontrollVONeu beschränkt somit den Rechtsrahmen bei der Veröffentlichung amtlicher Kontrollergebnisse bezüglich einzelner Unternehmen, Art. 11 Abs. 3 KontrollVONeu erlaubt Transparenzsysteme wie z.B. Smileys oder das früher in NRW geplante Hygienebarometer.¹⁴ Beide Vorschriften konkretisieren ebenso wie Art. 11 Abs. 2 KontrollVONeu die Vorgabe des Art. 17 Abs. 2 UAbs. 2 BasisVO, gemäß dem die Mitgliedstaaten „andere den Umständen angemessene Maßnahmen“ durchführen. Sie entfalten demnach eine entsprechende Vorwirkung auch vor Geltung der KontrollVONeu. Als Konkretisierung des Art. 17 Abs. 2 BasisVO sind die Regelungen in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen. Deut-

14 Siehe hierzu *Meisterernst/Eberlein*, ZLR 2016, 451.

sche Transparenzvorschriften oder Vorschriften zur Information der Öffentlichkeit müssen aufgrund dieser Vorgaben nunmehr auch unionsrechtlich begründet, aber auch gerechtfertigt werden.

c) Whistleblower und Sanktionspflichten

Art. 140 KontrollVONeu enthält nunmehr eine gesonderte Regelung für Meldungen von Verstößen an Behörden und den Schutz von Whistleblowern. Hinzu kommt der zurzeit diskutierte Vorschlag für eine europäische Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.¹⁵

Hinsichtlich der von den Mitgliedstaaten festzulegenden Sanktionen enthält die KontrollVONeu konkrete Festlegungen über das allgemeine Gebot gemäß Art. 17 Abs. 2 UAbs. 3 BasisVO hinaus. Art. 17 Abs. 2 UAbs. 3 BasisVO sieht bereits vor, dass die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Maßnahmen und Sanktionen bei Verstößen gegen das Lebensmittelrecht festlegen müssen. In Konkretisierung dieser Vorschrift legt Art. 139 KontrollVONeu fest, dass die betreffenden Regelungen der Kommission mitzuteilen sind (Art. 139 Abs. 1 S. 1 KontrollVONeu).

Nicht überzeugend ist die Auffassung von *Schneiderhan*¹⁶, dass mit dieser Vorschrift die Mitgliedstaaten angeblich verpflichtet worden seien, Amtsträgerstrafbarkeiten für Tätigkeitsdelikte zu schaffen. Dies soll sich angeblich aus der Vorschrift des Art. 139 Abs. 1 S. 1 KontrollVONeu ergeben, weil es dort heißt, dass Sanktionen „bei Verstößen gegen diese Verordnung“ von den Mitgliedstaaten geregelt werden müssen sowie dem Umstand, dass die KontrollVONeu angeblich keine Verpflichtungen von Lebensmittelunternehmern festlegt. Verstöße gegen diese Verordnung könnten somit nur Verstöße von Amtsträgern bei der Umsetzung der KontrollVONeu sein. Innerhalb der KontrollVONeu gibt es aber keinerlei Anzeichen dafür, dass eine Amtsträgerstrafbarkeit geschaffen werden sollte. So nennen auch Erwägungsgründe 32, 41, 38, 43, 73, 88 und 91 nur Verstöße betroffener Unternehmer. Auch Erwägungsgrund 91 bringt klar zum Ausdruck, dass die zuständigen Behörden Sanktionen verhängen und nicht Adressat von Sanktionen sind.

Die Vorschrift des Art. 139 KontrollVONeu bezieht sich somit auf Sanktionen gegen Unternehmer, wie sich unschwer bereits aus der Vorschrift des Art. 139 Abs. 2 KontrollVONeu ergibt, die die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils beim Unternehmer regelt. Dementsprechend befindet sich diese Regelung auch im Titel 7 mit der Überschrift „Durchsetzung“ und dort wiederum in Kapitel I unter der Überschrift „Maßnahmen der zuständigen Behörden und Sanktionen“.

¹⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, COM(2018) 218 final vom 23.4.2018.

¹⁶ *Schneiderhahn*, ZLR 2018, 336.

Auch aus der Überschrift des Art. 137 „Allgemeine Pflichten der zuständigen Behörden im Zusammenhang mit der Durchsetzung“ und des Art. 138 KontrollVONeu mit der Überschrift „Maßnahmen im Fall eines festgestellten Verstoßes“, die beide eindeutig behördliche Maßnahmen und das Vorgehen gegenüber Lebensmittelunternehmen festlegen, ergibt sich systematisch, dass Art. 139 KontrollVONeu Maßnahmen gegenüber Lebensmittelunternehmen betrifft. In Art. 139 Abs. 1 S. 1 KontrollVONeu werden somit Verstöße von Unternehmen gegen die Verpflichtungen aus der Verordnung im Sinne des Art. 137 Abs. 2, 138 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 KontrollVONeu einbezogen. Diese Vorschriften verstehen unter einem Verstoß das Nichteinhalten der Vorschriften des Art. 1 Abs. 2 KontrollVONeu durch den Lebensmittelunternehmer.

Im Übrigen stellt Art. 139 Abs. 1 KontrollVONeu neben der dort genannten Notifizierungspflicht eine bloße Wiederholung von Art. 17 Abs. 2 UAbs. 3 BasisVO dar. Der eigentliche Regelungsgehalt von Art. 139 KontrollVONeu liegt demnach in der dortigen Vorschrift des Absatzes 2, der nunmehr vorsieht, dass zwingend wirtschaftliche Vorteile des Lebensmittelunternehmers abgeschöpft werden müssen und dies ggf. auch als Prozentsatz des Umsatzes erfolgen kann.

3. Zwischenfazit

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass das Risiko der Feststellung von lebensmittelrechtlichen Verstößen steigt. Die Überwachungsichte nimmt ebenso zu wie der Verfolgungsdruck. Lebensmittelunternehmen müssen mit Mitteilungen vermeintlich interner Vorgänge sowohl durch Beauftragte als auch durch eigene Mitarbeiter rechnen. Die Veröffentlichung amtlicher Ergebnisse einzelfallbezogener Kontrollen wird, wie auch die Einrichtung von Einstufungssystemen, unionsrechtlich ausdrücklich erlaubt.

III. Das neue Recht der Vermögensabschöpfung und die Auswirkungen auf die Lebensmittelwirtschaft

1. Vermögensabschöpfung im Strafrecht

Erheblichen Zündstoff für die Lebensmittelwirtschaft birgt das am 1.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Der Vermögensabschöpfung im Strafrecht liegt der Grundgedanke zugrunde, dass sich Straftaten nicht lohnen sollen.¹⁷ Das bisherige Recht wurde diesbezüglich häufig als zahnloser Tiger empfunden. Es sei zu kompliziert und deshalb in hohem Maße fehleranfällig.¹⁸ Das neue Gesetz hat nunmehr die materiell-rechtlichen und strafprozessualen Eingriffsbefugnisse der Justiz erheblich ausgeweitet. Die Frage der Einziehung von Taterträgen wird zukünftig eine erhebliche Praxisrelevanz haben, da die

¹⁷ Bittmann NZWiSt 2018, 209.

¹⁸ BT-Drs. 18/9525, S. 1f.

Vorschriften, anders als nach früherer Rechtslage keine Möglichkeiten bieten, sie nicht anzuwenden. Hinzukommt, dass die Anordnung der Einziehung von Taterträgen für Einzelpersonen und/oder Lebensmittelunternehmen viel weitreichendere Konsequenzen haben können als die gegen einen Täter zu verhängende Strafe. Was ist schon beispielsweise eine Geldstrafe im Vergleich zur Einziehung von Jahresumsätzen, bei denen noch nicht einmal die Produktionskosten abgezogen werden können, weil sie für die Tatbegehung aufgewandt wurden? Sehr schnell kann es im Zusammenhang mit der Vermögensabschöpfung deshalb um existenzielle Fragen eines Lebensmittelunternehmens gehen.

a) Allgemeines zur Vermögensabschöpfung

Die Einziehung von Taterträgen ist in den §§ 73 ff. StGB geregelt. Durch die Einziehung soll das, was der Täter oder Teilnehmer einer rechtswidrigen Tat erlangt hat, abgeschöpft werden. Dies erfolgt entweder gem. § 73 Abs. 1 StGB durch Einziehung des erlangten Gegenstandes selbst (bzw. der Nutzungen und Surrogate, § 73 Abs. 2 und 3 StGB) oder gem. § 73c StGB durch die Einziehung eines Geldbetrages, der dem Wert des ursprünglich erlangten Gegenstandes entspricht. Letzteres wird dann gemacht, wenn die Einziehung aufgrund der Beschaffenheit des Erlangten oder eines anderen Grundes nicht möglich ist. Ein Geldbetrag kann auch dann eingezogen werden, wenn der erlangte Gegenstand an Wert verloren hat.

Die Vermögensabschöpfung soll (anders als die Einziehung von Gegenständen gem. § 61 LFGB bzw. §§ 74 ff. StGB, die zur Begehung der Tat benutzt werden und/oder mit der Tat in Beziehung stehen¹⁹) nach allgemeiner Auffassung keine Strafe darstellen oder Strafcharakter haben.²⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) geht es darum, das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts zu stärken. Dieses würde Schaden nehmen, falls Straftäter rechtswidrig erlangte Vermögenswerte dauerhaft behalten dürften. Die Vermögensabschöpfung sei ein geeignetes Mittel und verfassungsrechtlich legitimes Ziel, dies zu verhindern.²¹

b) Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

Bemerkenswert an den neuen Vorschriften der §§ 73 ff. StGB ist zunächst, dass der Begriff des Verfalls verschwunden ist. Es wird nur noch von der „Einziehung“ von Taterträgen gesprochen. Diese sprachliche Änderung lehnt das deutsche Recht an die im Recht der Europäischen Union gebräuchliche Begrifflichkeit („confiscation“)

19 *Fischer*, Kommentar zum StGB, 66. Auflage 2019, § 74 Rdnr. 3; *Köhler*, NZWiSt 2018, 226.

20 *Fischer*, Kommentar zum StGB, 66. Auflage 2019, § 73 Rdnr. 5 ff.; mangels Strafcharakter kann die Vermögensabschöpfung nicht im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Betroffenen strafmildernd berücksichtigt werden. Allerdings kann sie im Besteuerungsverfahren dafür als Ausgabe geltend gemacht werden. Die Einziehung unterliegt steuerlich nicht der Regelung des § 12 Nr. 4 EStG.

21 BVerfGE 110, 1 Rdnr. 103.

an.²² Durch diese Namensvereinheitlichung hat der Gesetzgeber jedoch das Ziel, das Recht der Vermögensabschöpfung zu vereinfachen, nicht erreicht. Vielmehr bleibt auch das neue Recht der Vermögensabschöpfung komplex und in Detailfragen schwierig. Es würde den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes sprengen, die Reform umfassend abzuhandeln. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich deshalb nur auf die aus Sicht der Autoren wichtigsten Neuerungen.

aa) Abschaffung des Opferentschädigungsmodells/Rückgewinnungshilfe

Kernstück der Neuregelung ist die Abschaffung des „Opferentschädigungsmodells“ bzw. der sogenannten „Rückgewinnungshilfe“. Nach früherer Rechtslage war gem. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F. eine Vermögensabschöpfung dann ausgeschlossen, wenn Ansprüche des Verletzten aus der Tat bestanden. In diesem Fall wollte man über die Vermögensabschöpfung diese Ansprüche des Verletzten nicht vereiteln und eine doppelte Inanspruchnahme des Täters verhindern.²³ Diese Privilegierung des Verletzten führte regelmäßig zur Nichtanordnung eines Verfalls, da Ansprüche eines Verletzten insbesondere bei Eigentums- und Vermögensdelikten regelmäßig im Raum standen.²⁴ Die Strafverfolgungsbehörden sicherten zwar auch nach alter Rechtslage Vermögenswerte, allerdings nicht für den Verfall, sondern für den Verletzten und leisteten so „Rückgewinnungshilfe“. Der Verfall hatte deshalb in der Vergangenheit keine allzu große Praxisrelevanz. Das neue Recht sieht nunmehr einen Ausschluss der Einziehung bei Ansprüchen des Verletzten nicht mehr vor. Die Entschädigung des Verletzten findet nicht mehr im Erkenntnisverfahren, sondern im Vollstreckungsverfahren statt.²⁵ Dies soll einerseits dazu führen, dass alle Geschädigten gleich behandelt werden. Andererseits ist eine Entschädigung im Rahmen der Vollstreckung erst nach Abschluss des Strafverfahrens möglich. Das „Schlupfloch“, den Vorschriften des Verfalls mit Verweis auf Ansprüche Dritter zu entkommen, wurde jedenfalls gestopft. Die Anordnung der Einziehung von Taterträgen ist zwingendes Recht. Ein Absehen von der Einziehung ist im Erkenntnisverfahren gar nicht möglich, allenfalls im Vollstreckungsverfahren.²⁶

bb) Abschöpfung bei Dritten

Im Wirtschaftsstrafrecht, zu dem auch das Lebensmittelstrafrecht zählt,²⁷ ist es typisch, dass der Vermögensvorteil nicht beim Täter, sondern bei einem Dritten, beispielsweise dem Lebensmittelunternehmen eintritt. Auch in diesen Fällen ist die Einziehung möglich.²⁸

22 BT-Drs. 18/9525, S. 2.

23 Korte, wistra 2018, 1.

24 Trüg, NJW 2017, 1913, 1914 m. w. N.; Köllner/Mück, NZI 2017, 593.

25 Korte, wistra 2018, 1, 2.

26 Korte, NZWiSt 2018, 231, 232.

27 Hering/Hering, ZLR 2014, 540, 542.

28 Vgl. zu den Abschöpfungsmöglichkeiten bei Dritten ausführlich: Bittmann, NZWiSt 2018, 209 ff.

Gemäß § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB kann die Anordnung der Einziehung auch gegen denjenigen angeordnet werden, der nicht Täter oder Teilnehmer ist, wenn er durch die Tat etwas erlangt hat und der Täter oder Teilnehmer für ihn gehandelt hat. Somit kann beispielsweise gegen ein Lebensmittelunternehmen die Einziehung angeordnet werden, wenn ein Mitarbeiter eines Unternehmens im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für das Unternehmen eine lebensmittelrechtliche Straftat begeht.

Darüber hinaus kann über § 73b Abs. 1 Nr. 2 StGB auch bei demjenigen abgeschöpft werden, auf den das Erlangte „verschoben“ wurde. Das Verschaffen der tatsächlichen Verfügungsmacht ist hierbei ausreichend.²⁹ Der Drittbegünstigte muss die Taterträge jedoch in einer ununterbrochenen Bereicherungskette vom Tatbeteiligten erlangt haben. Es muss ein Bereicherungszusammenhang bestehen.³⁰ Über § 73b Abs. 1 Nr. 3 StGB kann schließlich im Fall des Todes des Täters oder Teilnehmers einer Straftat eine Vermögensabschöpfung auch bei Erben, Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmern erfolgen.

Die Möglichkeit der Abschöpfung beim Drittbegünstigten war in den Vertretungs- und Verschiebungsfällen zwar auch schon nach dem bislang geltenden Recht möglich. Aufgrund der steigenden Praxisrelevanz der Vermögensabschöpfung kommt ihr nunmehr aber eine größere Bedeutung zu. Dies führt dazu, dass Lebensmittelunternehmen zukünftig noch mehr auf die Etablierung eines funktionierenden Qualitätsmanagementsystems und eine hinreichende Compliance achten müssen. Dies umso mehr, weil es auf die Frage, ob das Lebensmittelunternehmen bzw. deren vertretungsberechtigten Personen selbst „bösgläubig“ sind oder nicht, grundsätzlich nicht ankommt.³¹ Ein Lebensmittelunternehmer kann theoretisch von der Vermögensabschöpfung betroffen sein, obwohl ihm kein Vorwurf gemacht werden kann. Er kann sich gemäß § 73e Abs. 2 StGB jedoch auf Entreichung berufen, wenn er gutgläubig war. Ansonsten unterscheidet sich die Einziehung beim Dritten nicht von der Einziehung beim Täter oder Teilnehmer einer Straftat. Der Dritte wird am Strafverfahren gem. § 424 Abs. 1 StPO als Einziehungsbeteiligter beteiligt, wenn eine Anordnung gegen ihn erfolgen soll.³²

cc) Präzisierung des Bruttoprinzips

Auch bereits nach bisherigem Recht galt im Recht der Vermögensabschöpfung das sogenannte „Bruttoprinzip“. Abgeschöpft wird „brutto“, d.h. Abzüge für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Straftat bleiben grundsätzlich außer Betracht. Maßgeblich ist beispielsweise der Umsatz und nicht der Gewinn im Hinblick auf die Abschöpfung von Werterträgen. § 73d StGB präzisiert diesbezüglich das Bruttoprinzip.

²⁹ Korte, NZWiSt 2018, 231, 233.

³⁰ OLG Celle, wistra 2018, 440.

³¹ Korte, NZWiSt 2018, 231, 233; Korte, wistra 2018, 1, 5; nur im Verschiebungsfall im Sinne des § 73b Abs. 1 Nr. 2b StGB spielt die „Bösgläubigkeit“ eine Rolle; vgl. hierzu Köhler/Burkard, NSZ 2017, 665.

³² Köhler, NSZ 2017, 497, 501 f.

Dies war erforderlich, da die einzelnen Strafsenate des Bundesgerichtshofes das Bruttoprinzip unterschiedlich interpretierten.³³

Die Bestimmung des Erlangten ist zukünftig in einer zweistufigen Prüfung vorzunehmen: Zunächst ist immer nach einer rein tatsächlichen Betrachtungsweise zu bestimmen, was das Erlangte nach § 73 Abs. 1 StGB ist. Abgeschöpft werden soll – soweit möglich – in „natura“.³⁴ Auf eine unmittelbare Kausalbeziehung zwischen Tat und Bereicherung soll es nicht ankommen. Soll der Wert des Tatertrages nach § 73c StGB abgeschöpft werden, wird in einem zweiten Schritt über § 73d Abs. 1 StGB normativ bestimmt, welche Aufwendungen und Gegenleistungen berücksichtigt werden können.³⁵ Hierbei soll der Rechtsgedanke des § 817 Satz 2 BGB berücksichtigt werden. Das, was in Verbotenes investiert wird, soll unwiederbringlich verloren sein.³⁶

§ 73d Abs. 1 Satz 1 StGB folgt hierbei dem Grundsatz, dass vom Wert des Erlangten Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Erwerbgeschehen abzugsfähig sind. Allerdings sieht § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB hiervon eine entscheidende Ausnahme vor. Nicht abzugsfähig ist, was für die Begehung der Tat oder ihre Vorbereitung aufgewandt oder eingesetzt worden ist. Das sind beispielsweise Produktionskosten für die Lebensmittelherstellung. Vom Abzugsverbot erfasst sein soll jedoch nur dasjenige, was der Tatbeteiligte willentlich und bewusst,³⁷ also vorsätzlich aufwendet und einsetzt. Für fahrlässige Taten gilt das Abzugsverbot nicht.

§ 73d Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz StGB bildet für Austauschverträge eine Rückausnahme vom Abzugsverbot. Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Straftat sind nicht vom Abzugsverbot betroffen. Dies kann in Betrugsfällen relevant werden.

Beispiel:

Maschinenbauer A liefert an Lebensmittelunternehmer L eine Produktionsmaschine für 100.000,00 € und behauptet sie sei nagelneu. Tatsächlich wurde sie jedoch bereits zwei Jahre benutzt und hat einen Zeitwert von 80.000,00 €. L will den Kaufvertrag nicht rückabwickeln, weil er auch eine gebrauchte Maschine gut findet. Er fühlt sich jedoch um 20.000,00 € betrogen. Ohne die Rückausnahme aus § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB müssten bei A die gesamten 100.000,00 € abgeschöpft werden, obwohl die strafrechtswidrige Vermögenslage nur bei 20.000,00 € liegt und A das Eigentum an der Maschine verloren hat. Ein solches Ergebnis hätte Strafcharakter, weshalb insofern eine Ausnahme bei Austauschverträgen vom Abzugsverbot bei Tataufwendungen gelten soll.³⁸

33 Vgl. BGHSt 52, 227; BGH wistra 2014, 305 auf der einen Seite und BGHSt 47, 260; BGH wistra 2010, 142; BGHSt 57, 79 auf der anderen Seite.

34 Köhler, NStZ 2017, 497, 503.

35 Trüg, NJW 2017, 1913, 1914.

36 BT-Drs. 18/9525, S. 55 und 67; Köhler, NStZ 2017, 497, 504 m. w. N.

37 BT-Drs. 18/0525, S. 55.

38 Köhler, NStZ 2017, 497, 509 f.

dd) Schaffung eines selbständigen Anordnungsverfahrens und „erweiterte Einziehung“

Grundsätzlich werden die Einziehung und der Wertersatz im Rahmen des Strafverfahrens im Urteil angeordnet. Die Anordnung kann aber auch im selbstständigen Verfahren nach §§ 435 oder 436 StPO ergehen. Neu ist, dass über § 422 StPO die Möglichkeit besteht, das Einziehungsverfahren vom Strafverfahren abzutrennen und über die Schuldfrage vorab zu entscheiden.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Verjährung der Einziehung nicht mehr an die strafrechtliche Verfolgungsverjährung gekoppelt ist, sondern gem. § 76b Abs. 1 StGB einer 30jährigen Verjährungsfrist ab Beendigung der Tat unterliegt.³⁹ Theoretisch kann deshalb zukünftig selbst bei verjährten Straftaten noch eine Einziehung angeordnet werden.⁴⁰

Sofern ein Strafverfahren durchgeführt wurde, ist jedoch eine nachträgliche Einziehung über ein selbständiges Einziehungsverfahren nur dann möglich, wenn sich das Gericht oder die anordnende Behörde der Möglichkeit einer Einziehung nicht bewusst war und die Einziehung somit schlicht „vergessen“ hat oder es ausdrücklich oder stillschweigend nach § 421 StPO von einer Einziehung abgesehen hat.⁴¹ Es bleibt abzuwarten, ob die Staatsanwaltschaften von der jetzt gegebenen Möglichkeit der nachträglichen Einziehung Gebrauch machen. Der Antrag, eine selbständige Einziehung anzuordnen, steht gem. § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO im Ermessen der Staatsanwaltschaft.⁴²

Über §§ 76a und 73a StGB sind schließlich im Erkenntnisverfahren auch Gegenstände einziehungsfähig, obwohl eine Erwerbstat selbst konkret nicht nachgewiesen sein muss. Es genügt, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass der betreffende Gegenstand durch irgendeine rechtswidrige Tat erlangt worden ist (§ 73a StGB) oder aus einer rechtswidrigen Erwerbstat herrührt (§ 76a Abs. 4 StGB). Man spricht insofern von einer „erweiterten Einziehung“ bzw. „selbständigen Einziehung“.⁴³

ee) Keine Härtefallprüfung im Erkenntnisverfahren

§ 73c StGB a.F. sah vor, dass ein Verfall nicht angeordnet wird, sofern er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Dies wurde ersatzlos gestrichen. Es gibt deshalb nunmehr im Erkenntnisverfahren keine Härtefallklausel mehr. Allerdings sieht

39 Köhler, NStZ 2017, 497, 500.

40 Köhler, NStZ 2017, 497, 499 m. w. N.

41 Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Schmidt, NStZ 2018, 631 ff.; Korte, wistra 2018, 1, 7.

42 Vgl. Korte, wistra 1, 8 f., der die Befürchtung, dass Strafverfolgungsbehörden jetzt bis zu 30 Jahre alte Akten zu Verfahren, bei denen eine Einziehung „vergessen“ wurde, aus dem Keller holen als unbegründet ansieht, weil eine selbständige Anordnung bei verjährten Straftaten in der Regel nur in Betracht käme, wenn sich ein öffentliches Interesse an der Abschöpfung aufdrängt; ähnlich Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665, 673; zur Problematik der rückwirkenden Geltung der neuen Vorschriften der Einziehung Henneke, NZWiSt 2018, 121 ff.

43 Köhler, NStZ 2017, 497, 499.

§ 459g Abs. 5 Satz 1 StPO im Rahmen der Vollstreckung vor, dass diese zu unterbleiben hat, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre. Allerdings kann nach § 459g Abs. 5 Satz 2 StPO die Vollstreckung wieder aufgenommen werden, wenn nachträglich Umstände bekannt werden oder eintreten, die beispielsweise der Unverhältnismäßigkeit entgegenstehen. Aus Unbilligkeitsgründen kann somit nach neuer Rechtslage eine Einziehung nicht vollstreckt werden. Dies aber nur solange wie die Unbilligkeitsgründe auch vorliegen. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum bisherigen Recht.⁴⁴

ff) Erweiterte Sicherstellungsmöglichkeiten

Die §§ 111b ff. StPO sehen bereits im Ermittlungsverfahren Sicherstellungsmöglichkeiten vor, um zu verhindern, dass ein in einem späteren Urteil angeordnete Einziehung ins Leere läuft, weil der Tatertrag im Laufe eines möglicherweise langwierigen Strafverfahrens beiseitegeschafft wird.⁴⁵ Geht es um die Sicherung des erlangten Etwas, wird dieses Etwas gem. §§ 111b bis 111d StPO beschlagnahmt. Geht es um die Einziehung von Wertersatz, erfolgt die Sicherung durch Vermögensarrest gem. §§ 111e bis 111g StPO. Da die Vorschriften als „kann“-Regelungen ausgestaltet sind, soll bereits ein Anfangsverdacht als schwächster strafprozessualer Verdachtsgrad für Sicherungsmaßnahmen ausreichen. Bei Vorliegen dringender Gründe „soll“ die Beschlagnahme bzw. der Vermögensarrest angeordnet werden. Das Erfordernis eines Arrestgrundes ist nicht mehr gesetzlich normiert. Die Neufassung verzichtet auf eine Verweisung auf § 917 ZPO.⁴⁶

Die vorläufigen Sicherungsmaßnahmen können ganz gravierende Folgen haben. Durch sie können vollendete Tatsachen geschaffen werden, indem Betroffene wirtschaftlich handlungsunfähig gemacht werden.⁴⁷ Allerdings ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass die Gesetzesbegründung ausdrücklich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bezug nimmt, aus dem sich dann auch das Erfordernis eines Sicherungsgrundes ergeben soll.⁴⁸ Gerade in Wirtschaftsstrafsachen sei das Sicherungsbedürfnis einer Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gegen drittbegünstigte Unternehmen besonders sorgfältig zu prüfen.⁴⁹ Hier wird zukünftig ein Einfallstor der Verteidigung liegen.

c) Praxisrelevante Problemkreise

Die umfassenden Änderungen der gesetzlichen Vorgaben zur Vermögensabschöpfung beeinflusst den Umgang mit lebensmittelstrafrechtlichen Sachverhalten maßgeblich.

44 Korte, 2018, 1, 9.

45 Köhler, NStZ 2017, 497, 501.

46 Trüg, NJW 2017, 1913, 1916.

47 Vgl. zu dieser Problematik auch Köllner/Mück, NZI 2017, 593.

48 Köllner/Mück, NZI 2017, 593, 596; so auch OLG Stuttgart, NJW 2017, 3731 m. Anm. Gubitz, das im Hinblick auf das Erfordernis eines Arrestgrundes keine Änderungen zur alten Rechtslage sieht.

49 BT-Drs. 18/9525, 76.

Dies in erster Linie natürlich was das Verteidigungsverhalten anbetrifft. Darüber hinaus aber auch insgesamt im Hinblick auf zivilrechtliche Schadensersatzfragen und Ansprüche von durch Straftaten geschädigte Lebensmittelunternehmer. Einige Problemkreise werden nachfolgend angerissen.

aa) Was ist im Lebensmittelstrafrecht das erlangte Etwas?

Den bislang zwischen den einzelnen Strafsenaten des BGH geführten Streit, was bei Austauschverträgen die erlangten Vermögenswerte sind,⁵⁰ hat der Reformgesetzgeber dahingehend entschieden, dass kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen rechtswidriger Tat und dem erlangten Etwas bestehen muss. Abzuschöpfen ist alles „durch“ die Tat erlangte.⁵¹ Dies bedeutet, dass es im Hinblick auf die Frage des erlangten Vermögensvorteils gerade nicht mehr auf die Genehmigungsfähigkeit eines Produktes ankommen kann.⁵²

Erlangt im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB sind im Lebensmittelstrafrecht primär Einnahmen, die durch den Vertrieb eines nicht den Vorschriften des Lebensmittelrechts entsprechenden Lebensmittels entstehen. Dies können zum Beispiel Umsätze aus dem Vertrieb gesundheitsschädlicher Lebensmittel sein, aber auch Einnahmen beim Vertrieb eines zulassungspflichtigen Produktes ohne Zulassung wie beispielsweise bei Novel Food. Auf die Zulassungsfähigkeit des Produktes kommt es für die Frage der Vermögensabschöpfung nicht mehr an.

Wie sieht es aber bei Kennzeichnungsverstößen aus? Kann ein solcher zur Abschöpfung des mit dem Vertrieb des Lebensmittels erzielten Umsatzes führen? Auch nach neuer Rechtslage muss nach der hier vertretenen Auffassung diesbezüglich differenziert werden, inwieweit die fehlerhafte Kennzeichnung Einfluss auf die Kaufentscheidung eines Verbrauchers hat.⁵³ Die Bestimmung des erlangten Etwas im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB erfolgt nach einer rein tatsächlichen Betrachtungsweise. Der rein tatsächliche Zusammenhang ist gegeben, wenn die Begehung der rechtswidrigen Tat nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Bereicherung entfiel.⁵⁴ Eine Kennzeichnungsverletzung, die keinen Einfluss auf die Entscheidung des Verbrauchers hat, kann hinweggedacht werden, ohne dass die Bereicherung entfiel. Der Verbraucher kauft das Lebensmittel in diesem Fall nicht wegen der Kennzeichnungsverletzung, sondern aus anderen Gründen. Ein kleiner Kennzeichnungsfehler wie beispielsweise eine zu kleine Schrift auf dem Lebensmittel oder das Fehlen einer unbedeutenden Pflichtkennzeichnung kann deshalb im Rahmen der Vermögensabschöpfung keine Relevanz besitzen. Die Auslobung eines Produktes als Bio-Produkt, obwohl es nicht den Vorgaben der Bio-Verordnung entspricht, kann dagegen zur

50 Vgl. BGHSt 52, 227; BGH, wistra 2014, 305 auf der einen Seite und BGHSt 47, 260; BGH, wistra 2010, 142; BGHSt 57, 79 auf der anderen Seite.

51 Das Tatbestandsmerkmal „aus“ wurde ersetzt.

52 Nach der alten Rechtslage diesbezüglich noch differenzierend *Hering/Hering*, ZLR 2014, 540, 546 f.

53 So zur alten Rechtslage schon *Hering/Hering*, ZLR 2014, 540, 547.

54 *Köhler*, NStZ 2017, 497, 503.

Einziehung der mit dem Produkt erzielten Einnahmen führen. Abschöpfungsrechtlich problematisch können auch irreführende Claims und Verstöße gegen die Health-Claims-Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 sein. Dies gerade auch in Grenzfällen.

Beispiel:

Der Verwaltungsgerichtshof München sieht in einer aktuellen Entscheidung die Produktbezeichnung „Arthro Aktiv Kapseln“ für ein Lebensmittel als unzulässige gesundheitsbezogene Angabe an, die gegen Art. 10 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1924/2006 verstößt und bestätigt eine zu dem Claim ergangene behördliche Untersagungsverfügung. Zwar handele es sich bei dem Begriff „Arthro Aktiv“ um keinen besonders stark auf eine Verbesserung des Gesundheitszustandes hindeutende Angabe. Sie nehme jedoch für den durchschnittlich verständigen Verbraucher ohne weiteres Bezug auf das Krankheitsbild der Arthrose und impliziere jedenfalls zusammen mit der Verwendung des positiv konnotierten Begriffs „aktiv“ einen positiven Zusammenhang zwischen der Einnahme des Lebensmittels und dem Krankheitsbild der Arthrose.⁵⁵

Unterstellt man, dass das Inverkehrbringen des Produktes unter der Bezeichnung „Athro Aktiv Kapseln“ auch eine rechtswidrige Tat gem. § 59 Abs. 2 Nr. 3 LFGB i.Vm. Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 darstellt, wären zwingend die mit dem Vertrieb des Produktes erzielten Einnahmen strafrechtlich abzuschöpfen. Als in irgendeiner Form kausal für die Kaufentscheidung der Verbraucher muss man die Bezeichnung „Arthro Aktiv“ wohl ansehen. Diese gerade auch bei Grenzfällen durch das Abschöpfungsrecht möglichen drastischen Konsequenzen zeigen einmal mehr das Problem des Lebensmittelstrafrechts, insbesondere bei den Irreführungstatbeständen auf. Es werden „flächendeckend“ mit allen Konsequenzen sämtliche lebensmittelrechtliche Verstöße straf- oder zumindest bußgeldrechtlich sanktioniert, ohne dass es darauf ankäme, ob den Straftatbeständen ein hinreichend bestimmtes Rechtsgut zugeordnet werden kann.⁵⁶ Die Dispositionsfreiheit allein ist kein strafrechtlich relevantes Rechtsgut, da ihr der Bezugspunkt wie beispielsweise das Vermögen fehlt.⁵⁷ Die lebensmittelstrafrechtlichen Irreführungstatbestände schützen jedoch nur die Dispositionsfreiheit, was sie zumindest kriminalpolitisch angreifbar macht.⁵⁸

55 VGH München, Beschluss vom 17.9.2018, Az.: 20 ZB 17.2073.

56 Vergho, Der Maßstab der Verbrauchererwartung, 2009, S. 237 ff.; kritisch zu dieser Situation schon Freund, ZLR 1994, 261, 281 ff.

57 MüKoStGB/Hefendehl, 3. Aufl. 2019, StGB § 263 Rdnr. 4; Vergho, wistra 2010, 86, 88.

58 Vergho, Der Maßstab der Verbrauchererwartung, 2009, S. 251 ff.

bb) Risiko Geständnis?

Ein Geständnis hat grundsätzlich strafmildernde Wirkung.⁵⁹ Bei einer Verteidigung im Hinblick auf die Strafzumessung kann es deshalb empfehlenswert sein, dass man „reinen Tisch macht“ und die berühmte „Lebensbeichte“ ablegt. Dieses Verteidigungsverhalten muss im Lichte der Neuregelungen zur Vermögensabschöpfung genau überdacht werden. Eine Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB ist zwingend anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für die Einziehung erfüllt sind. Es gibt kein Ermessen des Gerichts. Ein Täter, der um Bonuspunkte bei der Strafzumessung zu sammeln, „überschießend“ gesteht, indem er beispielsweise einräumt, die strafbare Handlung schon länger zu begehen, muss damit rechnen, dass sich die Vermögensabschöpfung auf alle von ihm eingeräumten Taten beziehen wird. Dies umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass die Einziehung gem. § 76b Abs. 1 StGB einer 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegt. Möglicherweise erhält ein so gestehender Täter eine geringe Strafe, ist wirtschaftlich aber ruiniert. Dies kann gerade auch im Lebensmittelstrafrecht eine Rolle spielen und muss in der Beratungspraxis berücksichtigt werden. Spannend ist in diesem Zusammenhang auch die Frage, inwieweit für einen Beschuldigten in Bezug auf die Einziehungsproblematik Belehrungspflichten gem. § 136 StPO auf Seiten der Ermittlungsbehörden bestehen, wenn die Einziehung für den Beschuldigten schwerwiegendere Konsequenzen nach sich ziehen kann als die eigentliche Strafe.⁶⁰

cc) Zunehmende Bedeutung der Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

Es gibt im Lebensmittelstrafrecht etliche Straftatbestände, die fahrlässiges Verhalten unter Strafe stellen. Verwiesen sei diesbezüglich nur auf § 58 Abs. 6 LFGB, der beispielsweise auch das fahrlässige Inverkehrbringen gesundheitsschädlicher Lebensmittel gem. § 58 Abs. 2 Nr. 1 LFGB unter Strafe stellt. Fragen der Vermögensabschöpfung stellen sich bei solchen Straftatbeständen in gleicher Weise. Die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist dennoch beim neuen Recht der Vermögensabschöpfung wichtig, da bei fahrlässigen Verhaltensweisen das Abzugsverbot aus § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB für Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Straftat getätigt werden, nicht gilt. Produktionskosten für das fahrlässig in Verkehr gebrachte, vorschriftswidrige Lebensmittel können dann von den Einnahmen abgezogen werden.

59 *Fischer*, Kommentar zum StGB, 66. Auflage 2019, § 46 Rdnr. 50.

60 Vgl. zur geschwächten Position des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren *Köllner/Mück*, NZI 2017, 593, 598 f.

dd) Abfindungsvergleich, Entreichungseinwand und die Bedeutung
des Zivilrechts

Die Einziehung ist gem. § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen, soweit der Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist, erloschen ist. Diese Regelung wird flankiert von der in § 459g Abs. 4 StPO. Demgemäß wird der Ausschluss der Vollstreckung der Einziehung nach §§ 73 bis 73c StGB angeordnet, soweit der Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist, erloschen ist.

Wann ein Anspruch erloschen ist, unterliegt einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise. Das Zivilrecht ermöglicht somit strafrechtliche Verteidigungsansätze. So kann beispielsweise über einen Abfindungsvergleich mit dem Geschädigten die Anordnung der Einziehung ausgeschlossen werden. Dies kann nicht nur für den Täter, sondern auch für den Verletzten Vorteile haben. Über einen Vergleich kann er unter Umständen schneller an sein Geld kommen. Eingezogene Vermögenswerte werden nämlich erst im Rahmen der Vollstreckung nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens an die Verletzten verteilt. Dies kann bei wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren Jahre dauern. § 73e Abs. 1 StGB ist somit Einfallstor für zivilrechtliche und konsensuale Lösungen, die zukünftig in wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren eine erhebliche Bedeutung haben werden.⁶¹

Gleiches gilt für den Entreichungseinwand des Drittbeteiligten aus § 73e Abs. 2 StGB. Demzufolge ist die Einziehung bei einem Dritten ausgeschlossen, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist, es sei denn dem Betroffenen waren die Umstände bekannt oder infolge von Leichtfertigkeit unbekannt, welche die Anordnung der Einziehung gegen den Täter oder Teilnehmer ansonsten zugelassen hätte. Auch diesbezüglich ist im Hinblick auf die Frage, auf welchen Zeitpunkt es für die Beurteilung einer etwaigen Entreichung ankommt, auf die zivilrechtlichen Bereicherungsgrundsätze aus den §§ 818ff. BGB zurückzugreifen.⁶² Dies gilt auch für die Beurteilung der Bösgläubigkeit.

Zivilrechtliche Fragestellungen können schließlich bei der Bestimmung der Schätzungsgrundlagen für den Umfang des Wertersatzes gem. § 73d Abs. 2 StGB eine zentrale Rolle spielen. Wie bisher kann der Wert des Erlangten auch geschätzt werden (vgl. § 73b StGB a.F.). Um eine Schätzung vornehmen zu können, bedarf es einer Schätzungsgrundlage. Für die Verteidigung oder den Drittbeteiligten besteht hier die Möglichkeit, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die eine für den Betroffenen günstige Schätzung ermöglichen. Inzident stellen sich im Rahmen der Schätzung dann auch die oben bereits behandelten zivilrechtlichen Problemkreise.

61 Köllner/Mück, NZI 2017, 593, 595 sprechen von einer Zentralnorm der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.

62 Köhler/Burkhard, NSTZ 2017, 665, 674.

ee) Verhältnismäßigkeit

Wie oben beschrieben hat der Gesetzgeber die Härtefallprüfung im Strafverfahren abgeschafft. Lediglich im Rahmen der Vollstreckung sollen Billigkeitsgesichtspunkte Berücksichtigung finden. Dies bedeutet aber nicht, dass im neuen Recht der Vermögensabschöpfung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundsatz nicht mehr gilt. Vielmehr ist die Verhältnismäßigkeit bei jeder Maßnahme der Vermögensabschöpfung, insbesondere bei vorläufig vermögenssichernden Maßnahmen zu beachten.⁶³ Dementsprechend prüft das OLG Stuttgart im Rahmen einer Anordnung eines Vermögensarrestes gem. §§ 111e StPO, 73, 73c StGB zu Recht unter Bezugnahme auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl das Vorliegen eines Arrestgrundes, also die Besorgnis einer Erschwerung oder wesentlichen Vereitelung der Forderungsvollstreckung, als auch die Notwendigkeit eines besonderen Sicherungsbedürfnisses.⁶⁴ Die Frage der Verhältnismäßigkeit bleibt deshalb ein Verteidigungsansatz gegen die Anordnung der Einziehung.

ff) Opferperspektive

Fragen zum neuen Recht der Vermögensabschöpfung können sich für die Lebensmittelwirtschaft nicht nur aus der Perspektive als Betroffener oder Drittbeteiligter stellen, sondern auch aus der Perspektive des Geschädigten. Zu denken ist beispielsweise nur an Handelsketten und zivilrechtliche Ansprüche zwischen Lieferant und Händler.

Lohnt sich die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche und Titulierung noch, wenn über das Strafverfahren zur Vermeidung eines „Windhundrennens“ die Verletzten bzw. Geschädigten einer Lebensmittelstraftat sowieso alle gleich gestellt sind⁶⁵ und die Verteilung abgeschöpfter Taterträge ausschließlich über das Vollstreckungsverfahren läuft? Oder sollen zivilrechtliche Ansprüche aus lebensmittelstrafrechtlichen Verfahren zukünftig in einem sogenannten Adhäsionsverfahren gem. §§ 403 ff. StPO im Rahmen des laufenden Strafverfahrens geltend gemacht werden? Geht das überhaupt? Ist für einen Geschädigten möglicherweise eine Strafanzeige der schnellste und sicherste Weg, um über die Vermögensabschöpfung an Geld zu kommen?

Diese Fragen können nicht pauschal abgehandelt werden, sondern bedürfen jeweils einer Einzelfallbetrachtung. Prinzipiell ist aber festzuhalten, dass nach Vollziehung von Arrestmaßnahmen im Rahmen eines Strafverfahrens die flankierende Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in einem isolierten Zivilverfahren genau überdacht werden sollte, da ein zivilrechtlicher Titel wegen § 111h Abs. 2 Satz 1 StPO nicht mehr vollstreckt werden kann. Um dieser Problematik zu entkommen, kann es ratsam

⁶³ Rettke, wistra 2017, 417, 420.

⁶⁴ OLG Stuttgart, NJW 2017, 3731 m. Anm. Gubitzi.

⁶⁵ Zum „Windhundrennen“: Korte, wistra 2018, 1, 2.

sein, mit dem Täter einen Vergleich zu schließen, der auch gem. § 405 StPO im Adhäsionsverfahren möglich ist. Hierdurch kann die Einziehung ausgeschlossen werden (§ 73e StGB), was wiederum im Rahmen der Vollstreckung gem. § 459g Abs. 4 StPO zu berücksichtigen wäre. Dies kann Vorteile für den Geschädigten haben, da er schneller an sein Geld kommt. Außerdem ist oft im Rahmen eines Strafverfahrens der Druck für den Täter größer, was ebenfalls für den Geschädigten günstig sein kann. Das neue Recht der Vermögensabschöpfung hat insofern auch erheblichen Einfluss auf die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Geschädigten.

2. Vermögensabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht

Auch das Ordnungswidrigkeitenrecht sieht im selben oder jedenfalls im vergleichbaren Umfang Abschöpfungsmöglichkeiten wie das Strafrecht vor.⁶⁶ Die zentrale Vorschrift der Vermögensabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht ist § 29a Abs. 1 und 3 OWiG. Dieser soll vor allem auf Tatbestände des Wirtschaftsrechts, insbesondere auch des Lebensmittelrechts Anwendung finden.⁶⁷ Im Rahmen der Reform der Vermögensabschöpfung wurde die Norm an die strafrechtliche Rechtslage angepasst. Der Bezeichnung „Verfall“ wurde auch im Recht der Ordnungswidrigkeiten durch die Begrifflichkeit „Einziehung des Wertes von Taterträgen“ ersetzt.⁶⁸ Im Wesentlichen kann im Hinblick auf die Vermögensabschöpfung bei Ordnungswidrigkeiten auf die obigen Ausführungen zum Strafrecht verwiesen werden.

a) Unterschiede zur strafrechtlichen Rechtslage

Es gibt jedoch dennoch ein paar wichtige Unterschiede im Vergleich zur Vermögensabschöpfung bei Straftaten, die nachfolgend kurz skizziert werden.

aa) Geltung des Opportunitätsgrundsatzes

Während im Strafrecht die Anordnung der Einziehung von Taterträgen verpflichtend ist, steht sie im Bereich der Ordnungswidrigkeiten im Ermessen der anordnenden Behörde. Es gilt auch im Rahmen der Vermögensabschöpfung im Recht der Ordnungswidrigkeiten das Opportunitätsprinzip. Sowohl das „ob“ der Anordnung als auch die „Höhe“ der Anordnung stehen im Ermessen des Anordnenden. Die Ausübung des Ermessens erfolgt nach den allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen. Hierbei können auch unbillige Härten für den Betroffenen eine Rolle spielen. Dies insbesondere auch im Hinblick auf wirtschaftliche Konsequenzen.⁶⁹

66 *Bittmann*, NZWiSt 2018, 209.

67 BeckOK OWiG/*Meyberg*, OWiG § 29a Rdnr. 5.

68 Skeptisch im Hinblick auf den Sinn der Bezeichnungsänderung KK-OWiG/*Mitsch*, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rdnr. 1.

69 BeckOK OWiG/*Meyberg*, OWiG § 29a Rdnr. 77 ff.; *Krenberger/Krumm*, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rdnr. 10.

bb) Ausschließlich Wertersatzeinziehung

Während im Strafrecht sich die Einziehung primär auf einen Gegenstand – das erlangte Etwas – bezieht, wird im Ordnungswidrigkeitenrecht stets ein Geldbetrag abgeschöpft.⁷⁰ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 29a Abs. 1 OWiG, der ausdrücklich von der Einziehung eines Geldbetrages spricht. Als Vorfrage kommt es dennoch auch im Ordnungswidrigkeitenrecht auf das erlangte Etwas an, um überhaupt den Wert des Geldbetrages bestimmen zu können. Die Bestimmung des Wertes der Taterträge läuft dann wie im Strafrecht ab. Es gilt insbesondere bei § 29a Abs. 3 OWiG auch das Bruttoprinzip.⁷¹

cc) Vorrang der Gewinnabschöpfungsfunktion der Geldbuße (§ 17 Abs. 4 OWiG)

Die Einziehungsanordnung ist im Ordnungswidrigkeitenrecht nach § 29a OWiG nur zulässig, wenn eine Geldbuße nicht festgesetzt wird.⁷² Wird eine Geldbuße festgesetzt, werden die Vermögensvorteile ausschließlich über die Gewinnabschöpfungsfunktion der Geldbuße gem. § 17 Abs. 4 OWiG vorgenommen.⁷³ Im Bußgeldbescheid soll dann zwischen der eigentlichen Geldbuße und dem Abschöpfungsbetrag unterschieden werden.⁷⁴ Über die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils kann gem. § 17 Abs. 4 Satz 2 OWiG auch das gesetzliche Höchstmaß überschritten werden, so dass sehr hohe Geldbußen denkbar sind.

Anders als bei § 29a Abs. 3 OWiG ist der Abschöpfungsteil bei § 17 Abs. 4 OWiG nicht über das Bruttoprinzip zu bestimmen, sondern es gilt das Nettoprinzip. Als wirtschaftlicher Vorteil ist nur der Gewinn aus der konkreten Tat abzuschöpfen. Die im Zusammenhang mit der Tat stehenden Aufwendungen sind abzuziehen.⁷⁵ Im Lebensmittelrecht können insbesondere die Produktionskosten für die Herstellung eines nicht dem Lebensmittelrecht entsprechenden Lebensmittels abgezogen werden.

Obwohl bei § 17 Abs. 4 OWiG das Nettoprinzip gilt, muss der Weg über § 17 Abs. 4 OWiG dennoch nicht immer zwingend günstiger für den Betroffenen sein. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Abschöpfungsteil nur die Untergrenze der Geldbuße darstellt, zu dem noch ein Ahndungsteil hinzukommen kann.⁷⁶ Letzterer fällt bei einer Einziehung über § 29a OWiG weg. Der Ahndungsteil kann insbesondere bei wirtschaftlich gut situierten Betroffenen nicht unerheblich sein. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen sind für die Bemessung der Bußgeldhöhe gem. § 17

70 KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rdnr. 1; BeckOK OWiG/Meyberg, OWiG § 29a Rdnr. 3a.

71 Krenberger/Krumm, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rdnr. 4.

72 Keine Geldbuße wird beispielsweise festgesetzt bei einer Einstellung des Verfahrens wegen Verfahrenshindernissen oder aus Opportunitätsgründen (§ 47 Abs. 1 und 2 OWiG) oder auch bei einem Freispruch. Dann richtet sich die Vermögensabschöpfung nach § 29a OWiG.

73 Krenberger/Krumm, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rdnr. 8; KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 29a Rdnr. 5.

74 Krenberger/Krumm, 5. Aufl. 2018, OWiG § 17 Rdnr. 31.

75 BeckOK OWiG/Sackreuther, OWiG § 17 Rdnr. 125.

76 BeckOK OWiG/Meyberg, OWiG § 29a Rdnr. 4.

Abs. 3 OWiG ein wichtiges Kriterium. Ferner wird die Einziehung von Taterträgen bei § 29a OWiG nicht in das Gewerbezentralregister eingetragen.⁷⁷ Bei einer Geldbuße findet dagegen gem. § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO eine Eintragung statt, wenn die Geldbuße über 200 Euro beträgt. Dies kann bei zukünftigen Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren negative Auswirkungen haben.

b) Praxisrelevante Auswirkungen

Die oben dargestellten Unterschiede zur strafrechtlichen Rechtslage eröffnen im Ordnungswidrigkeitenrecht zusätzliche Verteidigungsmöglichkeiten und haben praxisrelevante Auswirkungen.

aa) Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG) als Chance?

Bisher hat man in der Verteidigungspraxis im Interesse des Lebensmittelunternehmens meistens versucht, die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße⁷⁸ so gut es ging zu vermeiden. Leitende Personen, die als Täter für eine Bezugstat einer Vermögensgeldbuße gem. § 30 Abs. 1 OWiG in Betracht kamen, sollten möglichst aus dem Fokus der Ermittlungen herausgehalten werden. Diese Verteidigungsstrategie wird sicher auch zukünftig weiter eine Option sein. Bei einem weitreichenden Fehlverhalten in einem Lebensmittelunternehmen kann es demgegenüber allerdings auch im Einzelfall ratsam sein, im Interesse des Unternehmens auf die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße hinzuwirken. § 17 Abs. 4 OWiG ist auch bei Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen gem. § 30 Abs. 3 OWiG anzuwenden. Hieraus folgt, dass auch bei der Bemessung einer Unternehmensgeldbuße das Nettoprinzip gilt.⁷⁹ Dieses Prinzip kann die Existenz eines Unternehmens sichern.

Beispielsweise wurde wegen des Dieselskandals gegen die Audi AG von der Staatsanwaltschaft München II mit Bescheid vom 16.10.2018 eine Unternehmensgeldbuße in Höhe von 800 Millionen Euro verhängt. Hierbei entfielen fünf Millionen Euro auf den Ahndungsteil und 795 Millionen Euro auf den Abschöpfungsteil.⁸⁰ Sicherlich sind 800 Millionen Euro viel Geld. Berücksichtigt man aber, dass die Staatsanwaltschaft München II davon ausging, dass die Manipulationen 4,992 Millionen Fahrzeuge betrafen,⁸¹ ist die Geldbuße fast schon ein „Schnäppchen“. Ohne die Geltung des Nettoprinzips und der hierdurch ermöglichten Berücksichtigung von Produktionskosten, von Kosten für die Umrüstung betroffener Fahrzeuge und von in den USA im

77 BeckOK OWiG/Meyberg, OWiG § 29a Rdnr. 9; Köllner/Cyrus, NZI 2016, 17, 19 sehen in diesem Zusammenhang § 29a auch als mögliche Verteidigungsstrategie gegen eine Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG an.

78 Vgl. allgemein zu Unternehmenssanktionen und Änderungsbestrebungen des Gesetzgebers Hartwig/Memmler, ZLR 2014, 396 ff.

79 Korte, NZWiSt 2018, 231, 235.

80 Vgl. Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft München II vom 16.10.2018 unter <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-2/presse/2018/13.php>.

81 Vgl. Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft München II vom 16.10.2018 unter <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-2/presse/2018/13.php>.

Rahmen der Diesel-Affäre bezahlten Straf- und Vergleichskosten, wäre der abzuschöpfende wirtschaftliche Vorteil um ein Vielfaches höher ausgefallen.

Ein weiterer großer Vorteil ist, dass über die Bezahlung einer Unternehmensgeldbuße die Angelegenheit für das Unternehmen – auch im Hinblick auf die strafrechtliche Vermögensabschöpfung – endgültig abgeschlossen werden kann. Sobald eine Unternehmensgeldbuße festgesetzt wird, ist nämlich die zusätzliche Anordnung einer Einziehung nach § 29a OWiG und auch nach §§ 73 ff. StGB wegen § 30 Abs. 5 OWiG ausgeschlossen. Das betroffene Unternehmen kann sich dann wieder auf sein Geschäft konzentrieren und hat Planungssicherheit.

bb) Zunehmende Bedeutung der Unterscheidung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit

Auch wenn das Ordnungswidrigkeitenrecht in ähnlichem Ausmaß wie das Strafrecht Abschöpfungsmöglichkeiten vorsieht, ist es doch aus den oben genannten Gründen in vielerlei Hinsicht günstiger für den Betroffenen. Allein die Tatsache, dass der Opportunitätsgrundsatz gilt, macht den Umgang mit der Vermögensabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht einfacher. Während Billigkeitsgesichtspunkte im Strafrecht nach neuer Rechtslage im Erkenntnisverfahren gar keine Berücksichtigung finden, sind diese bei einer Ermessensentscheidung im Ordnungswidrigkeitenrecht zwingend zu beachten. Dass Ordnungswidrigkeiten qualitativ vom Unrechtsgehalt geringer einzustufen sind als Straftaten,⁸² spiegelt sich deshalb auch im Abschöpfungsrecht wieder. Dies hat zur Folge, dass die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat auch im Hinblick auf die Vermögensabschöpfung zunimmt. Gerade die subjektive Tatseite wird deshalb im Lebensmittelrecht mehr Beachtung finden, weil bei den Mischtatbeständen aus §§ 59, 60 Abs. 1 LFGB die Qualifikation einer Handlung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit davon abhängt, ob vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln vorliegt.

IV. Musterfeststellungsklage

1. Grundzüge der Regelung

Am 1.11.2018 ist das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage in Kraft getreten.⁸³ Damit wurde im Sinne des Verbraucherschutzes die Möglichkeit geschaffen, gegen das rationale Desinteresse bei Streuschäden vorzugehen. Hierzu heißt es im Gesetzentwurf der Bundesregierung:

„Gerade wenn der erlittene Nachteil im Einzelfall gering ist, werden Schadensersatz- oder Erstattungsansprüche oft nicht individuell verfolgt, da der erforder-

⁸² Vgl. hierzu Kühne, ZLR 1996, 369, 371.

⁸³ Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12. Juni 2018, Bundesgesetzblatt 2018 Teil I Nr. 26 vom 17. Juli 2018.

liche Aufwand aus Sicht des Geschädigten unverhältnismäßig erscheint („rationales Desinteresse“). Kommt eine Einigung der Parteien – etwa im Rahmen der außergerichtlichen Streitschlichtung – nicht zustande und sehen die Betroffenen von einer Klage ab, verbleibt der unrechtmäßig erlangte Gewinn bei dem Anbieter, der hierdurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber rechtstreuen Wettbewerbern erzielt.“⁸⁴

Hinzu kam der unter dem Eindruck von „Diesel-Gate“ im politischen Feld gewonnene Eindruck, dass hartgesottene Industrieunternehmen Ansprüche von Verbrauchern hierzulande abwettern, während sie im Ausland, insbesondere in den USA, großzügig Schadensersatz leisten. Insofern verfolgt die Musterfeststellungsklage nicht nur die Durchsetzung von geringen Streuschäden, sondern auch von Massenschäden.⁸⁵ Dabei handelt es sich aber nicht um eine „class action“⁸⁶ im Sinne des US-amerikanischen Rechtssystems. Die Interessenwahrnehmung wird vielmehr berechtigten qualifizierten Einrichtungen im Sinne des § 606 Abs. 1 ZPO überantwortet. Im Rahmen dieser Darstellung werden nur einige Grundzüge der Musterfeststellungsklage sowie deren Konsequenzen für die Lebensmittelwirtschaft dargestellt. Hinsichtlich der Details wird auf die weiterführende Literatur verwiesen.⁸⁷

Wie bereits ausgeführt, können Musterfeststellungsklagen nur von qualifizierten Einrichtungen eingereicht werden, für die die Voraussetzungen des § 606 Abs. 1 ZPO vorliegen. Hierzu gehören die in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Unterlassungsklagengesetz bezeichneten Stellen, die gewisse weitere Voraussetzungen erfüllen müssen.⁸⁸ Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, sind stets klagebefugt. Zu den klageberechtigten qualifizierten Einrichtungen dürften aber auch in der Lebensmittelwirtschaft bekannte Einrichtungen wie z. B. Foodwatch e. V. gehören, die mittels dieses neuen Instruments ihre Kampagnenfähigkeit unter Beweis stellen können.

Gegenstand der Musterfeststellungsklage ist „die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Festsetzungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer“ (§ 606 Abs. 1 S. 1 ZPO). Sowohl Rechts- als auch Tatsachenfragen können demnach Gegenstand der Feststellung sein. Der Begriff des Verbrauchers wird für die Zwecke der Musterfeststellungsklage eigens in § 29c Abs. 2 ZPO definiert. Für die Musterfeststellungsklage ist ausschließlich das Oberlandesgericht zuständig, bei dem der Beklagte seinen allgemeinen Ge-

84 BT-Drs. 19/2439.

85 So zutreffend *Waclawik*, NJW 2018, 2921.

86 Siehe hierzu *Schneider*, BB 2018, 1986.

87 Instrukтив *Waclawik*, NJW 2018, 2921 und *Schneider*, BB 2018, 1986; siehe auch *Thierry/Schlingmann*, DB 2018, 2550; *Voll*, MDR 2018, 497; *Waßmuth/Asmus*, ZIP 2018, 657; *Deiß/Graf/Salger*, BB 2018, 2883.

88 Zur ersten Ablehnung einer öffentlichen Bekanntmachung einer Musterfeststellungsklage mangels Nachweises des Vorliegens der Voraussetzungen des § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO siehe OLG Braunschweig, B. v. 12.12.2018, 4 MK 2/18; zur Zulassung und teilweise öffentlichen Bekanntmachung siehe OLG Braunschweig, B. v. 23.11.2018, 4 MK 1/18.

richtsstand hat (§ 32c ZPO). Feststellungsfähig sind alle Rechtsverhältnisse, bei denen Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von mindestens zehn Verbrauchern abhängen (§ 606 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO) und sich innerhalb von zwei Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung mindestens 50 Verbraucher durch Eintragung in das Klageregister der Musterfeststellungsklage anschließen (§ 606 Abs. 3 Ziff. 3 ZPO). Diese Voraussetzungen sind für zahlreiche Verbände bereits aus der eigenen Mitgliedschaft ohne weiteres zu generieren.

Die Musterfeststellungsklage wird vom OLG bekannt gemacht. Danach können sich betroffene Verbraucher ohne Zuhilfenahme eines Anwalts durch Anmeldung von Ansprüchen dem Verfahren bis zur ersten mündlichen Verhandlung anschließen (§ 608 ZPO). Das Verfahren kann durch Urteil oder einen Vergleich beendet werden, der ggf. der Genehmigung des Gerichts gemäß § 611 Abs. 3 ZPO bedarf. Verbraucher, die ihre Ansprüche angemeldet haben, können durch eine „opt out“-Erklärung die Geltung des Vergleichs für sich ablehnen (§ 611 Abs. 4 ZPO). Erklären weniger als 30 % der angemeldeten Verbraucher ihren Austritt aus dem Vergleich, wird der gerichtlich genehmigte Vergleich wirksam (§ 611 Abs. 5 S. 1 ZPO). Eine Bindungswirkung tritt nur insoweit ein, wie die Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft (§ 613 Abs. 1 ZPO). Ggf. muss der betroffene Verbraucher auf der Grundlage der Entscheidung in der Musterfeststellungsklage seine Ansprüche individuell geltend machen. Allerdings bindet das Ergebnis der Musterfeststellungsklage insoweit das zur Durchsetzung der Ansprüche berufene Gericht (§ 613 Abs. 1 ZPO). Gegen alle Entscheidungen über eine Musterfeststellungsklage ist gemäß § 614 ZPO die Revision zum Bundesgerichtshof statthaft.

2. Praktische Konsequenzen

Die einschlägigen Verbände erhoffen sich von dem neuen Instrument viel. Es wundert daher wenig, dass z.B. die Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV) in ihrem Newsletter vom 9.5.2018 die Musterfeststellungsklage als Meilenstein für den Verbraucherschutz begrüßt. Die Deutsche Umwelthilfe (DUH) fordert in einer Pressemitteilung vom 7.6.2018 hingegen die Ausdehnung auf alle Umwelt- und Verbraucherschutzverbände ohne die Voraussetzungen des § 606 Abs. 1 ZPO. Auch Mietervereine begrüßten die Musterfeststellungsklage.

Im Bereich des Lebensmittelrechts wird das Betreiben von Musterfeststellungsklagen für klageberechtigte qualifizierte Einrichtungen insbesondere im Rahmen verbandspolitischer Kampagnen von Interesse sein. Die betreffenden Verfahren werden durch die vorgesehene Veröffentlichung allgemein bekannt und versprechen eine hohe Publizität. Im Rahmen der Auseinandersetzungen können regelmäßig tatbestandliche Voraussetzungen von Gewährleistungsansprüchen von Verbrauchern geltend gemacht werden, die diese wegen des bereits angeführten „rationalen Desinteresses“ gerade bei geringwertigen Gütern des täglichen Bedarfs nicht selber geltend machen würden.

Nur zur Erinnerung in diesem Zusammenhang ein kurzer Ausflug in das Kaufrecht. Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Sache nur dann mangelfrei, wenn sie der vertraglichen Beschaffenheit genügt. Wenn kein vertraglich vorausgesetzter Gebrauch feststellbar ist, kommt es gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 BGB darauf an, ob sich die Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer der Sache nach erwarten kann. Diese sog. „Normalbeschaffenheit“ bestimmt sich auch nach dem öffentlich-rechtlichen Rechtsrahmen. Auch sind bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit Äußerungen von Lebensmittelunternehmen „insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung“ gemäß § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zu berücksichtigen.

3. Zwischenfazit

Über das Vehikel der Musterfeststellungsklage können gegenüber Lebensmittelunternehmen Ansprüche auf einer rechtlichen Ebene geltend gemacht werden, die bislang nicht im Fokus der Wahrnehmung standen. Insbesondere können qualifizierte Einrichtungen damit lebensmittelrechtliche Verstöße von unhygienischer Herstellung bis hin zu irreführender Kennzeichnung oder Werbung zum Gegenstand einer Musterfeststellungsklage machen.

V. Information der Öffentlichkeit

Unter staatlichem Informationshandeln versteht man jede Information der Öffentlichkeit bzw. jede an die Bevölkerung gerichtete Erklärung durch den Staat oder eine Behörde, die sich auf einen bestimmten Sachverhalt und ein bestimmtes Unternehmen, eine bestimmte Person oder auf ein Produkt bezieht.⁸⁹ Hierbei ist grundsätzlich zwischen anlassbezogenen Informationen der Öffentlichkeit (= Warnungen),⁹⁰ die der Gefahrenabwehr dienen, und einer zwingenden Information der Öffentlichkeit, die den generalpräventiven Zweck hat, Lebensmittelunternehmer zur Einhaltung der einschlägigen Vorschriften anzuhalten, zu unterscheiden.⁹¹ Regelungen zur anlassbezogenen Information der Öffentlichkeit finden sich in Art. 10 BasisVO sowie § 40 Abs. 1 LFGB. Im Rahmen dieses Beitrags geht es um die zwingende Information der Öffentlichkeit gemäß § 40 Abs. 1a LFGB unter den weiteren dort genannten tatbestandlichen Voraussetzungen.

1. Historie

Die Vorschrift des § 40 Abs. 1a LFGB wurde durch das Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation vom 15.3.2012 in das LFGB eingefügt. Danach

⁸⁹ Siehe *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, § 15, Rdnr. 8.

⁹⁰ Siehe hierzu BVerfG, B. v. 26.9.2002 – „Glycol-Wein“; EuGH, Rs. C-636/11, ZLR 2013, 294 – „Berger Wild“.

⁹¹ Siehe zu den Begriffen *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 4, Rn. 91 ff.

muss die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels sowie unter Nennung des Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel oder Futtermittel hergestellt oder in den Verkehr gelangt ist, in bestimmten weiter definierten Fällen informieren. In der Praxis erfolgt dies durch Bekanntmachung im Internet. Voraussetzung ist, dass ein eindeutig belegter, hinreichend begründeter Verdacht besteht, dass entweder „in Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegte zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen überschritten wurden“ (§ 40 Abs. 1a Ziff. 1 LFGB) oder gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB, die dem Gesundheitsschutz, dem Täuschungsschutz oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, verstoßen wurde. Im Falle von Proben nach § 39 Abs. 1 S. 2 LFGB ist für die Annahme eines hinreichend begründeten Verdachts das Vorliegen zweier unabhängiger Untersuchungen von amtlichen Laboren notwendig. In der Alternative des § 40 Abs. 1a Ziff. 2 LFGB ist weiterhin notwendig, dass gegen die dort genannten Vorschriften entweder „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ oder „wiederholt“ verstoßen worden ist und zusätzlich die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro zu erwarten ist.

Unmittelbar nach Beginn der Anwendung der Vorschrift hatten sich die Verwaltungsgerichte in verschiedenen Eilverfahren mit der Anwendung der Vorschrift und deren Rechtmäßigkeit zu befassen. Dabei wurde von der Verwaltungsgerichtsbarkeit in weiten Teilen die Auffassung vertreten, dass § 40 Abs. 1a LFGB grundgesetzwidrig sei.⁹² In Folge dieser oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wurde die Vollziehung der Vorschrift des § 40 Abs. 1a LFGB ausgesetzt, das Land Niedersachsen betrieb ein abstraktes Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vorschrift. Mit Entscheidung des BVerfG vom 21.3.2018⁹³ wurde die Regelung in den Grundzügen gehalten.

2. Der Beschluss des BVerfG

Der Beschluss des BVerfG wurde in der Rechtsliteratur bereits umfassend analysiert und teilweise auch wiederum sehr kritisch rezipiert.⁹⁴ An dieser Stelle soll weder das Urteil nochmals umfassend analysiert werden noch eine weitere Urteilsschelte erfolgen. Den Autoren liegt vielmehr daran, einige aus ihrer Sicht wesentliche Gesichtspunkte der Entscheidung herauszustellen.

Eine zwingende Information der Öffentlichkeit ohne entsprechendes behördliches Ermessen dient als modernes Vollzugsinstrument der Durchsetzung des Lebensmittelrechts.⁹⁵ Diese Vorschrift dient janusköpfig einerseits der Verbraucherinformation

92 Siehe z. B. VGH Baden-Württemberg, ZLR 2013, 212; BayVGH, B. v. 18.3.2013, 9 CE 13.80; OVG Münster, ZLR 2013, 493.

93 BVerfG, B. v. 21.3.2018, NVWZ 2018, 1056.

94 Siehe z. B. *Becker*, NVWZ 2018, 1032; *Hamm*, NJW 2018, 2099.

95 Siehe hierzu *Meisterernst*, Lebensmittelrecht, § 7 Rdnr. 58 ff.

und allgemeinen Transparenz, andererseits wegen ihrer Prangerwirkung der Durchsetzung des Lebensmittelrechts. Da den geschützten Grundrechtspositionen der betroffenen Unternehmer eigentlich keine direkten Grundrechtspositionen der Verbraucherschaft oder der Öffentlichkeit⁹⁶ gegenüberstehen, bestanden gegen diese Zielsetzungen im Rahmen der Güterabwägung erhebliche Bedenken. Die Ausgestaltung als zwingende Information beruhte dabei erkennbar auf dem Bestreben, Amtshaftungsansprüche gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu erschweren.⁹⁷ Die juristisch entscheidende Frage war demnach, wie das Bundesverfassungsgericht dieses Spannungsverhältnis auflösen würde.

Ungeachtet aller Bedenken kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass mit der Regelung legitime Zwecke verfolgt werden.⁹⁸ Auch die potenziell hohe Grundrechtsbeeinträchtigung der betroffenen Unternehmen ändere nichts daran, dass der Regelungszweck gerechtfertigt sei. Sowohl der Aspekt einer hinreichenden Grundlage für eigenverantwortliche Konsumententscheidung der Verbraucher als auch die Bedrohung des Lebensmittelunternehmers mit der Informationsverbreitung und der damit ausgeübte Zwang zur Einhaltung der Bestimmung des LFGB sei legitim. Soweit die Vorschrift dem Schutz vor Gesundheitsgefahren diene, könne sie auch auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gestützt werden, hinsichtlich der Verbraucher werde deren Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) gestärkt. Davon unabhängig könne der Gesetzgeber in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG auch zugunsten solcher Ziele eingreifen, „die zu verfolgen er nicht bereits durch das Grundgesetz gehalten ist“.⁹⁹ Auch die Veröffentlichung bereits beseitigter Verstöße sei zur Zweckerreichung geeignet, dies im Hinblick auf das legitime Ziel der Generalprävention.¹⁰⁰

Insgesamt kann demnach festgehalten werden, dass nach Auffassung des BVerfG die Vorschrift das legitime Ziel verfolgt, als vorbeugende Maßnahme zur Verhinderung erstmaliger oder weiterer lebensmittelrechtlicher Verstöße beizutragen. Diese generalpräventive Öffentlichkeitsinformation ist als sog. Verwaltungssanktion mit strafähnlichem Charakter anzusehen.¹⁰¹ Hinsichtlich der weiteren Erfordernisse zieht das BVerfG die Hürde ein, dass eine Lösungsfrist festgesetzt werden muss, sowie dass die betroffenen Verstöße nahezu zweifelsfrei seitens der Behörde festgestellt werden müssen.¹⁰² Hinzu kommen muss zudem, dass der Verstoß „von nicht nur unerheblichem Ausmaß“ war. Diesem weiteren Kriterium kommt nach Auffassung des BVerfG „für die verfassungskonforme Anwendung der Regelung entscheidende Be-

96 Siehe hierzu auch *Meisterernst/Eberlein*, ZLR 2016, 51; weiterhin kritisch *Becker*, NVWZ 2018, 1032 und *Hamm*, NJW 2018, 2099; siehe auch *Wiemers*, ZLR 2009, 413; *Becker*, ZLR 2011, 391; *Abbé*, Verbraucherschutz durch Transparenz?, Dissertation, besprochen von *Meisterernst*, StoffR 2017, 60.

97 Als „leading case“ sei hier das Urteil des OLG Stuttgart vom 21.3.1990, 1 U 132/89 in Sachen „Birkel“ genannt.

98 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 30.

99 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 33.

100 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 38.

101 Siehe hierzu *Wallau*, LMuR 2018, 186, 187; *Dannecker*, JZ 2013, 924 ff.; *Schwarze*, EuZW 2003, 261 ff.

102 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 44.

deutung zu“.¹⁰³ Dabei sei der unbestimmte Rechtsbegriff „durch die zuständigen Behörden, im Klagefall auch durch die Verwaltungsgerichte, anhand von quantitativen und qualitativen Kriterien zu konkretisieren“.¹⁰⁴ Zudem „können nur solche Verstöße als erheblich gelten, die von hinreichendem Gewicht sind, um für die betroffenen Unternehmer potenziell gravierende Folgen zu rechtfertigen“.¹⁰⁵

3. Anwendungsfragen

Etliche Anwendungsfragen wurden bereits in Erlassen verschiedener Länderministerien angesprochen, auf die an dieser Stelle verwiesen wird.¹⁰⁶ Viele Fragen sind allerdings auch offen geblieben. Diese wurden bereits teilweise in der Literatur angesprochen.¹⁰⁷ Einige Gedanken seien dennoch an dieser Stelle aufgegriffen bzw. vorgestellt.

- Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es im Hinblick auf Art. 50 der Grundrechte-Charta nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, für einen Verstoß zugleich mit einer Verwaltungssanktion und einer strafrechtlichen Sanktion bedacht zu werden. Eine der Voraussetzungen dafür, dass dies gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 1 der Grundrechte-Charta gerechtfertigt werden kann, ist, dass die betreffende nationale Regelung „klare und präzise Regeln aufstellen muss“, die es den Bürgern ermöglichen, vorherzusehen, für welche Handlungen und Unterlassungen eine solche Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen in Frage kommt.¹⁰⁸ Fraglich ist, wie dies in der Anwendung des § 40 Abs. 1a LFGB beachtet werden kann. Einen einheitlichen Bußgeldkatalog für lebensmittelrechtliche Verstöße gibt es bekanntlich nicht und die vom Bundesverfassungsgericht in den Raum gestellten qualitativen und quantitativen Kriterien liegen derzeit noch völlig im Dunkeln.
- Das Verhältnis zwischen Art. 8 Abs. 5, Art. 11 Abs. 2, Abs. 3 KontrollVONeu und der Vorschrift des § 40 Abs. 1a LFGB ist nicht geklärt. Insbesondere ist noch offen, ob der in Art. 8 Abs. 5 KontrollVONeu vorgenommene Einschub „unbeschadet der Fälle, in denen die Verbreitung nach Unions- oder nationalem Recht erforderlich ist“ richtigerweise nur die Fälle des Art. 10 BasisVO und die dazugehörigen nationalen Vorschriften erfasst oder eine allgemeine Ausnahme für nationale Regelungen schafft. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass Art. 8 Abs. 5 KontrollVONeu Mindestanforderungen an eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflichten gemäß

103 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 54.

104 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 54.

105 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 54.

106 Für das Land Baden-Württemberg Erlass vom 19.11.2018, für das Land Niedersachsen Erlass vom 12.9.2018, für das Land Schleswig-Holstein Erlass vom Oktober 2018, für das Land Hessen Erlass vom 23.7.2018, für das Land Nordrhein-Westfalen Vorerlass vom Juni 2018 sowie weiterer Erlass vom 20.12.2018, mitgeteilt gemäß BLL-Rundschreiben BLL-673-2018 vom 10.12.2018.

107 Siehe Wallau, LMuR 2018, 186, 187; Stichworte: ne bis in idem, Zurechnung fremden Fehlverhaltens und der nemo tenetur-Grundsatz.

108 EuGH, U. v. 20.3.2018, Rs. C-524/15, „Luca Menci“, Tz. 49.

Art. 8 KontrollVONeu konstituiert, die auch vom nationalen Gesetzgeber zu beachten sind.¹⁰⁹

- Da § 40 Abs. 1a LFGB generalpräventiven Zwecken dient und diese den schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der Berufsfreiheit der betroffenen Lebensmittelunternehmer gemäß Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen, können auch nur solche Verstöße veröffentlicht werden, die den betreffenden Lebensmittelunternehmen zurechenbar sind und von diesen beherrscht werden und ggf. hätten verhindert werden können. Dementsprechend kommt es auf „das Fehlverhalten des Veröffentlichungsbetroffenen“ an.¹¹⁰ Oftmals wird es demnach auf ein Organisations- bzw. Aufsichtsverschulden bei arbeitsteilig organisierten Unternehmen ankommen.
- Aus dem vorgenannten Gesichtspunkt ergibt sich gleichfalls, dass auch für den Tatbestand des wiederholten Verstoßes, der nach Auffassung des BVerfG verhindern soll, dass Lebensmittelunternehmer kleine Verstöße systematisch hinnehmen,¹¹¹ auf die jeweils verantwortliche Person abzustellen ist, so z.B. bei Unternehmen mit verschiedenen Betriebsstätten auf ein Fehlverhalten des jeweiligen einzelnen Betriebsleiters, der für den ersten und den Wiederholungsverstoß verantwortlich ist.
- Weiter sei auf die Problematik hingewiesen, dass betroffene Lebensmittelunternehmen oder Mitarbeiter im Anhörungsverfahren regelmäßig umfangreich zu Verantwortlichkeiten im Unternehmen vortragen müssen und insofern Gefahr laufen, dass die dort erfolgten Äußerungen in einem Straf- oder Bußgeldverfahren gegen sie verwendet werden könnten. Hierin könnte ein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz liegen.¹¹² Dem kann sinnvollerweise nur durch ein umfassendes Verwertungsverbot der betreffenden Äußerungen im Ordnungswidrigkeitenverfahren begegnet werden. In der momentan noch rechtlich ungeklärten Situation führt dies allerdings dazu, dass im Anhörungsverfahren unter Umständen nur „mit angezogener Handbremse“ vorgetragen werden kann.
- Der Wortlaut der Norm stellt ausschließlich auf die Verhängung eines Bußgeldes ab, demnach sind Straftaten nicht erfasst. Hierzu wird vertreten, dass im Wege eines Erst-Recht-Schlusses auch bei Vorliegen von Straftaten eine Veröffentlichung erfolgen müsse.¹¹³ Allerdings greift bei Straftaten der vom BVerfG anerkannte legitime Zweck der Vorschrift, bei kleinen Verstößen gegen Ordnungsvorschriften eine Verwaltungssanktion einzuführen, die generalpräventiv verhindern soll, dass diese von den Lebensmittelunternehmen als vermeintlich wenig belastend hinge-

109 EuGH, Rs. C-636/11, ZLR 2013, 294 – „Berger Wild“.

110 So zutreffend Wallau, LMuR 2018, 186, 188.

111 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 55.

112 Siehe hierzu Wallau, LMuR 2018, 186, 188.

113 So z.B. für das Land Nordrhein-Westfalen Ministerialerlass vom Juni 2018, S. 14, mitgeteilt gemäß BLL-Rundschreiben BLL-673-2018 vom 10.12.2018.

nommen oder gar „einkalkuliert“ werden, nicht.¹¹⁴ Der generalpräventive Zweck wird bei Straftaten bereits durch die wesentlich höheren Sanktionsmöglichkeiten erreicht. Überdies sind Ordnungswidrigkeiten und Straftaten schon im Hinblick auf die für sie zu erwartenden Folgen nicht vergleichbar, eine Analogie darf nicht gebildet werden.¹¹⁵ Bei einer Ausdehnung der Vorschrift auch auf Straftaten würde der Bestimmtheitsgrundsatz des § 103 Abs. 2 GG verletzt.¹¹⁶ Systematisch spricht gegen den Einbezug auch die Zuständigkeit der Verwaltung.

Bereits diese wenigen Fragen zeigen, dass es sich bei der normativen Konstruktion des § 40 Abs. 1a Ziff. 2 LFGB um eine dogmatische Missgeburt handelt.¹¹⁷ Über das Tatbestandsmerkmal der zu erwartenden Geldbuße in Höhe von 350 Euro werden Regelungen des OWiG und der StPO sowie ggf. des StGB¹¹⁸ in das Verwaltungsverfahren inkorporiert. Dies löst massive Konflikte aus, da das Sanktionsrecht völlig anderen grundgesetzlichen und allgemeinen rechtlichen Maßgaben folgt. Wie ist z.B. die Wahrscheinlichkeit der Einstellung eines Verfahrens gemäß § 47 OWiG oder der Einstellung gemäß §§ 153, 153a StPO in die Prognose einzubeziehen?

VI. Fazit

Die hier vorgestellten Neuerungen, die auch kumulieren können, verschärfen in ihrer Gesamtheit das rechtliche Koordinatensystem für die Lebensmittelindustrie erheblich. Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften können leichter festgestellt werden, die Konsequenzen sind unter Umständen dramatisch und können bis zur Existenzgefährdung führen. Besonders die Vorschriften zur Vermögensabschöpfung im Strafverfahren und zur Information der Öffentlichkeit üben enormen Druck zu absolut regelkonformen Verhalten aus. Gerade in der Lebensmittelkette gilt zukünftig umso mehr „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“. Die Veränderungen des regulatorischen Umfeldes müssen zwingend ihren Niederschlag in allen Bereichen eines Lebensmittelunternehmens finden. Ein umfassendes und durchdachtes Compliance-System ist dringend angeraten.¹¹⁹

Summary

The authors point to a tightening grip for food business operators concerning several recent legal developments on the EU and on the national level. They introduce – among other aspects – the notifying duties of private laboratories pursuant to Sec. 44 para. 4a German Food and Feed Act (LFGB), the national transparency provision in

114 BVerfG, NVWZ 2018, 1056, Tz. 55.

115 So auch BR-Drs. 369/18 vom 21.9.2018.

116 Siehe hierzu auch Wallau, LMuR 2018, 186.

117 Wie es richtig gehen würde, haben Möstl/Becker/Holle/Hufen/Leible/Rathke/Schroeder, ZLR 2017, 535 ff., gezeigt.

118 Falls man bezüglich Straftaten die Vorschrift für anwendbar hält.

119 Und ggf. auch strafmildernd zu berücksichtigen, siehe BGH, NJW 2017, 3798.

Sec. 44 para. 1a LFGB for internet based publications of food law violations, „Food Fraud“- and „Whistleblowing“-stipulations in the new Official Controls-Regulation (EU) 2017/625 as well as developments in German criminal law concerning profit skimming and German civil law concerning a specific type of group action (Musterfeststellungsklage). The authors come to the conclusion that food business operators are more and more pressured into full control of their own businesses and their supply chain concerning food law compliance and predict that compliance systems will have to be adapted accordingly.