

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

## Keine Bundeskompetenz zur Warnung vor Lebensmitteln

Warnungen staatlicher Behörden vor dem Verzehr gesundheitsgefährdender oder zum Genuß durch Menschen ungeeigneter Lebensmittel scheinen ein unentbehrliches Mittel moderner Lebensmittelüberwachung und staatlichen Verbraucherschutzes zu sein. Verstrahlte Nahrung nach Tschernobyl, Fleisch von hormongespritzten Kälbern und Perchloräthylen im Olivenöl haben das Bedürfnis der Verbraucher nach Aufklärung und Information, nach Verbraucherschutz und Gesundheitsvorsorge wachsen lassen. Darauf müssen sich Hersteller und Vertreiber von Produkten einstellen. Ihre Hinweise auf angeblich panikartige, wie Ebbe und Flut kommende und gehende, immer wieder andere Produkte betreffende Meldungen können nichts an der gewachsenen Sensibilität der Verbraucher und deren berechtigten Informationsbedürfnissen ändern.

Doch wenn die Aufklärungs- und Informationsarbeit von Staats wegen betrieben wird, dann können die betroffenen Unternehmen verlangen, daß über ihre schutzwürdigen Positionen nicht leichtfertig hinweggegangen wird. Das Verwaltungshandeln muß immer Recht und Gesetz entsprechen. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Bund - z.B. das Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit (BMJFFG) oder das Bundesgesundheitsamt - Warnungen vor dem Verzehr von Lebensmitteln ausspricht. Denn dem Bund fehlt die Verwaltungskompetenz (unten 2.). Für die in Warnungen liegenden Grundrechtseingriffe (unten 3.) haben die Bundesbehörden keine Ermächtigungsgrundlage (unten 4.). Einleitend wird unter 1. der Tatbestand Warnungen beschrieben und rechtlich eingeordnet.

### 1. Begriff und rechtliche Einordnung

Der Terminus "Warnung" wird im folgenden als Oberbegriff für die gesamte Informationstätigkeit auf dem Gebiete des Lebensmittelrechts verwendet. Warnungen haben meist mehrere Aspekte: Sie enthalten Informationen, die wahre oder falsche Tatsachenbehauptungen sein können, Werturteile und Appelle, mit denen auf die Verbraucher eingewirkt wird<sup>1</sup>. Entscheidend für die rechtliche Einordnung behördlicher Äußerungen ist die zu erwartende Wirkung auf ihre Adressaten, auf Einzelheiten des Wortlautes kommt es nicht an<sup>1a</sup>. Warnungen können gesetzmäßige Lebensmittel betreffen und auch solche, die nach den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht verkehrsfähig sind<sup>2</sup>.

Die Adressaten der Warnung sind die Konsumenten, Betroffene die Produzenten und Vertreiber, deren Produkte überhaupt nicht mehr bzw. weniger gekauft werden (sollen). Der angestrebte Erfolg der Warnungen, die Absatz- und Verzehrverhinderung, wird nicht durch den Verbot erreicht, sondern durch gezielte Informationen, Bewertungen und Appelle an die Käufer, die sich bis zu einem Boykottaufruf verdichten können<sup>3</sup>. Bei den Warnungen handelt es sich um schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln, nicht aber um Verwaltungsakte i.S.d. § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>4</sup>. Auch schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln, das in Grundrechte der Bürger eingreift, muß sich an den Rechtmäßigkeitskriterien für staatliche Eingriffsakte messen lassen<sup>5</sup>. Daher ist als erstes zu prüfen, wem nach der Verfassung die Kompetenz für Warnungen zusteht.

### 2. Keine sachliche Kompetenz des Bundes

Für Warnungen vor Lebensmitteln sind nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes für die vollziehende Gewalt nur die Länder sachlich zuständig<sup>5a</sup>. Dies folgt aus Art. 30 i.V.m. Art. 83 GG. Es gibt keine Norm oder keinen Rechtsgrundsatz oder dergleichen, worin dem Bund die grundgesetzlich erforderliche Verwaltungskompetenz zugewiesen wird. Das wäre aber zwingende Voraussetzung für die Annahme einer Bundeskompetenz für Warnungen auf dem Gebiete des Lebensmittelrechtes. Denn die Ausübung der staatlichen Befugnisse ist Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung getroffen hat oder eine nach der Verfassung zulässige Regelung normiert worden ist.

a) Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist keine Zuständigkeitsnorm. Der Staat kann sich grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen. Sie sind primär Abwehrrechte gegen den Staat<sup>6</sup>.

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

b) Nicht einschlägig ist der Rechtsgedanke von Scholz<sup>7</sup>, das es für behördliche Informationen einer besonderen Zuständigkeitsnorm nicht bedürfe, da die Pflicht der Exekutive zu Publikation, Information und Publizität den verfassungsmäßigen Rechtfertigungsgrund bilde. Der Gedanke gilt jedenfalls dann nicht, wenn es, wie bei Warnungen, um Mitteilungen an die Öffentlichkeit zum Zwecke der Aufgabenerfüllung geht und nicht, wie im von Scholz behandelten Fall, um Mitteilungen über die Aufgabenerfüllung.

c) Eine Zuständigkeit des Bundes für Warnungen ergibt sich nicht aus den Vorschriften des LMBG.

Das LMBG normiert keine ausdrückliche Kompetenz des Bundes. Auch eine Zuständigkeit wegen Sachzusammenhanges mit Kompetenzen nach dem LMBG ist nicht gegeben. Insbesondere hat das Ministerium gem. § 9 LMBG nur eine Rechtssetzungskompetenz mit Zustimmung des Bundesrates, keine eigene Verwaltungskompetenz. Die Mitwirkung des Ministeriums bei dem Verfahren nach § 48 MBG ist eine so partielle Zuständigkeit zu verwaltungsmäßigem Handeln, die keine Schlüsse für eine Kompetenz des Ministeriums kraft Sachzusammenhanges zuläßt.

Eine Begründung der Kompetenz aus dem Sachzusammenhang ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nämlich nur dann zulässig, "wenn eine dem Bund zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mit geregelt wird, wenn also ein Übergreifen in nicht ausdrücklich zugewiesene Materien unerläßliche Voraussetzung ist für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie"<sup>8</sup>. Angesichts der minimalen Verwaltungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Lebensmittelrechts ist diese "unerläßliche" Voraussetzung zu verneinen.

Gleiches gilt für die sog. Annex-Kompetenz. Sie könnte nur erwogen werden, wenn die Materie "Warnungen vor Lebensmitteln" in einem notwendigen Zusammenhang mit einer der Zuständigkeit des Bundes unterliegenden Materie stände und deshalb als Annex jenes Sachgebietes angesehen werden könnte<sup>9</sup>. Eine solche Bundes-Materie gibt es aber nicht.

d) Auch aus dem Gesetz über die Errichtung eines Bundesgesundheitsamtes vom 27.2.1952<sup>10</sup> lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Verwaltungskompetenz des Bundes entnehmen. Dies ergibt insbesondere der Vergleich mit den Aufgabenzuweisungen für das Umweltbundesamt. In dem Gesetz über das Bundesgesundheitsamt aus dem Jahre 1952 wurde das Bundesgesundheitsamt als selbständige Bundesoberbehörde errichtet, die dem Bundesminister des Inneren untersteht. Die Norm weist dem Amt nur Aufgaben der Forschung auf dem Gebiete der öffentlichen Gesundheitspflege und der Erhebungen im Bereich der medizinischen Statistik zu und ergänzt diese Aufgaben um Befugnisse in Verbindung mit Betäubungsmitteln (§2). Die Aufgabenzuweisung unterscheidet sich erheblich von der des Umweltbundesamtes. Diesem obliegt auch die "Aufklärung der Öffentlichkeit in Umweltfragen"<sup>11</sup>. Darunter kann die Aufgabe verstanden werden, über die Umweltverträglichkeit von Produkten zu informieren<sup>12</sup>. Wenn der Gesetzgeber zwei Bundesoberbehörden in den Aufgabenzuweisungsnormen so unterschiedliche Funktionen gibt, dann kann das nichts anderes bedeuten, als daß auch unterschiedliche Aufgaben gemeint sind. Zu einer Novelle des Gesetzes über das Bundesgesundheitsamt hatte der Gesetzgeber seit Verabschiedung des Gesetzes über die Errichtung des Bundesumweltamtes vierzehn Jahre Zeit. Er hat es nicht getan. Das zeigt, daß die unterschiedliche Aufgabenzuweisung auf Dauer gewollt ist. Daher kann auch aus dem Gesetz über die Errichtung des Bundesgesundheitsamtes nichts für eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhanges hergeleitet werden.

e) auch eine ungeschriebene Bundesverwaltungszuständigkeit aus der Natur der Sache besteht nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich schon mit Beschluß vom 10.5.1960 eine bis heute beibehaltene sehr enge Auffassung dieses Zuständigkeitsbegriffes zu eigen gemacht. Das Gericht beruft sich auf Anschütz<sup>13</sup>. Danach ist die Kompetenz aus der Natur der Sache begründet nach dem "ungeschriebenen, im Wesen der Dinge begründeten, mithin einer ausdrücklichen Anerkennung durch die Reichsverfassung nicht bedürftigen Rechtssatz, wonach gewisse Sachgebiete, weil sie Ihrer Natur eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheiten des Reichs darstellen, vom Reiche und nur von ihm geregelt werden können"<sup>14</sup>. Im ersten Rundfunkurteil hat das Gericht seine Auffassung präzisiert. An eine Kompetenz kraft Natur der Sache könne nur dann gedacht werden, wenn unter Ausschluß anderer

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Möglichkeiten die natürliche Bundeskompetenz zur sachgerechten Lösung zwingend gefordert ist<sup>15</sup>. Hierfür genügt nach der ständigen Rechtsprechung nicht die Überregionalität der Aufgabe<sup>16</sup>.

Diese engen Voraussetzungen liegen bei Warnungen vor Lebensmitteln nicht vor. Landesbehörden verfügen über ein Netz moderner Kommunikationsmittel, die eine schnelle Verbreitung der Warnungen durch die Länder, entweder selbständig oder koordiniert, gewährleisten und die ein in Schnelligkeit, Deutlichkeit und Effektivität mindestens ebenso geeignetes Mittel sind, wie Warnungen durch Behörden des Bundes. Daher gibt es keine überzeugenden Argumente für eine Bundeszuständigkeit aus der Natur der Sache.

f) Es kann auch nicht erfolgreich damit argumentiert werden, daß gezielte hoheitliche Warnungen eines Bundesministeriums zu Verwaltungszwecken zu denen in Art. 65 GG garantierte Äußerungsrechte gehören.

Soweit ersichtlich vertritt einzig das OVG Münster eine solche Auffassung. Im Urteil vom 5.6.1987<sup>17</sup> hat der 13. Senat des OVG ausgesprochen, daß der Bundesgesundheitsminister die Kompetenz zur Herausgabe der strittigen Liste von "Glykol-Weinen" habe, da diese unter die "Ausnahme nach Art. 30 GG fällt, das Grundgesetz insofern eine andere Regelung jedenfalls zugelassen hat"<sup>18</sup>. Begründet wird dies damit, daß es ureigene Rechte der Bundesregierung gebe<sup>19</sup>, die in dem "kompetenzrechtlich vermittelten organschaftlichen Status (Art. 62 ff. GG)" der Bundesregierung wurzeln<sup>20</sup>. Ähnlich würden trotz Fehlens einer ausdrücklichen Erwähnung aus Art. 38 Abs. 1 GG die Redefreiheit des Abgeordneten im Parlament<sup>20a</sup> und aus Art. 65 GG das Äußerungsrecht des Bundeskanzlers sowie der Bundesminister<sup>21</sup> abgeleitet. Der 13. Senat beruft sich zudem auf die Entscheidung des 20. Senats OVG: Diese hatte ein Recht der Landesregierung und ihrer Mitglieder, sich zu aktuellen Fragen öffentlich zu äußern, aus Art. 55 Abs. 2 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen gefolgert<sup>22</sup>. Das OVG stützt sich schließlich auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1967<sup>23</sup>; die Entscheidung interpretiert es in dem Sinne, daß Anregungen der Bundesregierung unter dem Gesichtspunkt des Art. 30 GG als bedeutungslose Tätigkeit angesehen würden da ein solches Recht zu Anregungen der Bundesregierung "wesensimmanent" sei<sup>23a</sup>. Aus all dem kommt der Senat zu der "Überzeugung", daß zu den ihrem Wesen nach immanenten ureigenen Rechten der Bundesregierung auch "das Recht (gehört), die Bevölkerung über Gefahren aufzuklären, die die durch Art. 2 Abs. 2 (GG) geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit berühren könnten, und gezielte Warnungen auszusprechen"<sup>24, 24a</sup>.

Die "Überzeugung" des OVG Münster ist verfassungsrechtlich nicht haltbar<sup>25</sup>. Die Argumentationskette des OVG zuende gedacht würde bedeuten, daß der Bund, wann immer er eine Gefahr für eines der Schutzgüter von Art. 2 GG oder irgendein anderes Gut zu sehen glaubt, die Kompetenzordnung des Grundgesetzes aushebeln dürfte. Das ist mit der grundgesetzlichen Verteilung der Verwaltungszuständigkeit (Art. 30 und 83) unvereinbar. Zu denen gehören auch die vom OVG erwähnten Äußerungen und Anregungen. Zwar gibt es organschaftliche Rechte der Bundesregierung. Diese Kompetenzen wurzeln in der politischen und verfassungsrechtlichen Stellung der Bundesregierung. Warnungen vor Lebensmitteln gehen über solche, unter dem Gesichtspunkt des Art. 30 GG bedeutungslosen Tätigkeiten weit hinaus. Sie sind eine Wahrnehmung von Verwaltungskompetenz, mit der die Absicht verbunden wird, die Verwaltungsaufgabe und -zuständigkeit der Gefahrenabwehr zu erfüllen. Warnungen vor Lebensmitteln oder, wie im Fall des OVG Münster, vor für gefährlich gehaltenen Weinen sind keine unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung von Verwaltungszuständigkeiten belanglosen Äußerungen im politischen Raum. Mit den Warnungen verbinden ihre Urheber erkennbar die Absicht, die Bevölkerung vor Gefahren zu schützen. Das ist ein klassischer Fall von gefahrenabwehrender Verwaltungstätigkeit.

Daß Art. 65 GG keine Norm ist, die als Kompetenzen des Bundes begründende Vorschrift erhalten kann, bestätigt auch die Entstehungsgeschichte. Wie Art. 55 bis 58 der Weimarer Reichsverfassung legt Art. 65 das (beschränkte) Kanzler- und Ressort- sowie das Kollegialprinzip fest und regelt die innere Verfassung der Regierung sowie die Abgrenzung der Rechte von Bundeskanzler, Bundesminister und Bundesregierung<sup>25a</sup>. Auch aus den Beratungen aus den Parlamentarischen Rates und seines Hauptausschusses folgt, daß mit Art. 65 GG nur die Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung verteilt werden sollten; bei den Erörterungen standen die Fragen der Ministerverantwortlichkeit und des Verhältnisses Bundeskanzler/Regierung beherrschend im Vordergrund<sup>25b</sup>. Ob und inwieweit der Artikel auch das Verhältnis der Bundesregierung und ihrer Mitglieder zu den übrigen Obersten Bundesorganen regelt, ist zwar

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

umstritten<sup>25c</sup>. Einigkeit besteht im Schrifttum jedoch darüber, daß Art. 65 GG keine Aussage über das Verhältnis zwischen Bund und Ländern enthält<sup>25d</sup>. Das ergibt sich schon aus der systematischen Stellung des Artikels im Abschnitt über die Bundesregierung, in dem, anders als etwa in Art. 59 und Art. 70 ff. GG, nichts zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern gesagt wird. Für die Praxis ist im übrigen ausschlaggebend, daß das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1952 in aller Deutlichkeit entschieden hat, daß sich aus Art. 65 GG keine Zuständigkeit des Bundes ableiten läßt. In dem Urteil vom 21.5.1952 heißt es: "Art. 65 GG bildet kein Hindernis für ein Bundesgesetz, das einen Bundesminister bei gewissen Maßnahmen an die Mitwirkung der Länder oder bestimmter Landesorgane bindet. Denn er handelt nur von der Stellung des Bundeskanzlers und der Bundesminister innerhalb der Bundesregierung und gegenüber anderen Verfassungsorganen des Bundes; er betrifft gar nicht das Bund-Länderverhältnis und bestimmt nichts über den zulässigen Umfang der Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes"<sup>25e</sup>.

Gericht und Autoren, die Art. 65 GG als Zuständigkeitsnorm instrumentalisieren, übersehen dieses Urteil aus dem 1. Band der Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts.

g) Eine Bundeskompetenz für Warnungen kann auch nicht aus dem Institut der Organleihe hergeleitet werden. Für die Praxis hat der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 12.1.1983<sup>26</sup> die rechtlichen Fragen der Organleihe geklärt: Für das Abgehen von dem " Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung" durch die zuständigen Behörden bedürfe es eines besonderen sachlichen Grundes, was nur hinsichtlich einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie in Betracht kommen könne<sup>27</sup>. Der entlehnte Verwaltungsträger muß für den entleihenden als "eingegliedertes" Organ handeln<sup>28</sup>. Der entleihende Verwaltungsträger muß weisungs- und aufsichtsbefugt sein, der entlehnte ihm funktionell zugeordnet sein. In die Verwaltungshoheit der Länder wird unzulässig eingegriffen, das bundesstaatliche Prinzip verletzt, wenn es für die Organleihe nicht eine Zustimmung des die Behörde tragenden Bundes bzw. Landes gibt<sup>29</sup>.

Anhaltspunkte für eine Organleihe gibt es nicht. Es ist nicht ersichtlich und erst recht verfassungsrechtlich und -politisch nicht denkbar, daß sich das Bundesgesundheitsministerium oder das Bundesgesundheitsamt wie erforderlich in einem Verwaltungsabkommen den Ländern funktionell zugeordnet und sich der Aufsichtsbefugnis der Länder untergeordnet hätte. Das wäre Voraussetzung für die Organleihe. Schließlich fehlt es an einer Bedingung, die das Bundesverwaltungsgericht so formuliert: Das entlehnte Organ werde "ermächtigt" und beauftragt, einen Aufgabenkomplex eines anderen Rechtsträgers wahrzunehmen, weil der letztere auf der betreffenden Verwaltungsebene aus Zweckmäßigkeitsgründen kein eigenes Organ gebildet hat<sup>30</sup>. Die Länder haben aber eigene Lebensmittelüberwachungsorgane in großer Zahl.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß der Bund für Warnungen auf dem Gebiet des Lebensmittelrechtes nicht zuständig ist<sup>31</sup>.

### 3. Warnungen als Eingriff in den Schutzbereich von Grundrechten

Warnungen vor verkehrs- und nicht-verkehrsfähigen Lebensmitteln greifen in Grundrechte der betroffenen Unternehmen ein. Betroffen ist der Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

a) Nach der traditionellen Auffassung waren Eingriffe nur Maßnahmen, die die Bürger unmittelbar und zielgerichtet betrafen. Klassisches Instrument, der Eingriffsverwaltung ist der belastende Verwaltungsakt. Wolff/Bachof beschreiben die Eingriffsverwaltung als die Verwaltung, "die mit Erlaubnisvorbehalten, Befehlen und notfalls mit Zwang in das freie Belieben der Menschen eingreift"<sup>32</sup>.

Demgegenüber hat sich jetzt allgemein die Einsicht durchgesetzt, daß die Kriterien Finalität und Unmittelbarkeit zu starr sind, um das vielfältige Arsenal staatlicher Verwaltungstätigkeit, das Grundrechte beeinträchtigt, voll zu erfassen. Auch faktische Beeinträchtigungen können in Grundrechte eingreifen. Folglich unterliegen sie dann als Eingriff den gleichen Eingriffsvoraussetzungen wie die klassischen Eingriffe. Freilich hat sich noch keine einheitliche Linie darüber herausgebildet, unter welchen Voraussetzungen faktische Beeinträchtigungen die Eingriffsqualität erreichen. Übereinstimmung besteht darüber, daß diese Beeinträchtigungen nach Art und Ausmaß eine gewisse Schwere aufweisen müssen. Nicht jeder, noch so

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

geringfügige Nachteil ist ein Grundrechtseingriff<sup>33</sup>; Grundrechte dürfen nicht in zu kleiner Münze gehandelt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Kriterium Zielgerichtetheit fallengelassen. In ständiger Rechtsprechung heißt es, daß Art. 12 Abs. 1 GG als Maßstabnorm nicht nur für solche Vorschriften in Betracht komme, die sich gerade auf die berufliche Betätigung beziehen und diese unmittelbar zum Gegenstand haben<sup>34</sup>, sondern das er durch das Grundrecht gesicherte Freiheitsraum auch durch Vorschriften berührt würde, die infolge tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen<sup>35</sup>. Das Bundesverfassungsgericht läßt tatsächliche Beeinträchtigungen als Eingriff dann genügen, wenn diese ursächlich auf ein Verhalten staatlicher Gewalt zurückgehen und ihr zugerechnet werden können<sup>36</sup>. Es kommt also darauf an, ob die tatsächlichen Beeinträchtigungen geeignet sind, den Schutzbereich eines Grundrechts zu berühren.

Das Bundesverwaltungsgericht hat nicht erst seit dem Transparenzlisten-Urteil in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, Grundrechtsbeeinträchtigungen seien nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine Verwaltungshandlung keine obrigkeitliche Regelung darstellt. Für dieses Gericht genügt die tatsächliche Betroffenheit, soweit schon dadurch der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts berührt wird<sup>37</sup>. Der Bundesgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung zur Entschädigung wegen enteignenden Eingriffs und wegen Aufopferung davon au, daß faktische Beeinträchtigungen Grundrechtseingriffe sein können<sup>38</sup>.

Diese Rechtsprechung ist zutreffend. Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte der einzelnen natürlichen oder juristischen (Art. 19 Abs. 3 GG) Personen gegen Gefährdungen der Freiheit. Wenn Gefährdungen der Freiheit nicht durch obrigkeitliche Regelung, sondern durch andere staatliche Maßnahmen drohen, dann müssen Grundrechte Schutz bieten gegen diese neuen Gefährdungen. Daher sind auch Eingriffe durch mittelbare Beeinträchtigungen möglich.

b) Die Ursächlichkeit der behördlichen Warnungen für die Beeinträchtigung des Schutzbereiches der betroffenen Unternehmen entfällt nicht dadurch, daß der letzte Anlaß für die Beeinträchtigungen das Verhalten der Käufer ist, die auf die Warnungen reagieren. Ihr Verhalten ist keine Zwischenursache, die den hoheitlichen Warnungen die Kausalität nimmt. Entscheidend ist, daß deren Auswirkung auf die Unternehmen das eigentlich avisierte Ziel ist, nicht aber nur Begleiterscheinung. Es kommt den Behörden gerade darauf an, daß sich die Bürger gemäß der Warnungen verhalten. Nur so läßt sich Verbraucherschutz gewährleisten.

c) Die Warnungen greifen, je nach Einzelfall, in die Schutzbereiche der Berufsausübungsfreiheit, der Eigentumsgarantie und/oder in die allgemeine Handlungsfreiheit nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichtes ein. Das ist in Literatur und Justiz - jedenfalls soweit gesetzesmäßige Produkte betroffen werden<sup>39</sup> - unbestritten. Insoweit wird auf die Rechtsprechung und Literatur zu diesen Thema verwiesen<sup>40</sup>. Erörtert werden hier nur zwei Aspekte: Umsatzrückgang als Eigentumseingriff und Grundrechtseingriff (auch) bei gesetzeswidrigen Produkten.

aa) Eine Warnung kann wegen des durch sie bewirkten Umsatzrückgangs ein Eigentumseingriff sein. Der verfassungsrechtliche Schutz des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ist in der Rechtsprechung de Bundesgerichtshofs anerkannt<sup>41</sup>. Freilich schränkt das Gericht ein: Erwerbsmöglichkeiten, Gewinnaussichten, Chancen oder Hoffnungen sind nur geschützt, wenn sie sich zu Vermögensbestandteilen des Gewerbebetriebes verdichtet haben<sup>42</sup>.

Bei Umsatzverlusten infolge von Warnungen liegt der Fall jedoch anders. Wenn bei den betroffenen Unternehmen die Umsatzverluste eintreten, dann wirkt sich der beabsichtigte Nachfrageverlust für die Unternehmen, die auf den Produkten sitzenbleiben und die Produktion drosseln müssen, als Substanzeingriff aus. Die Beeinträchtigung des Kundenstammes und des gewerblichen Tätigkeitskreises von Unternehmen greift zugleich in die Eigentumssubstanz ihrer Unternehmen ein<sup>43</sup>, und ist nicht nur ein bloßer Verlust von Gewinnchancen.

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

bb) Ein Eingriff in den Schutzbereich von Grundrechten liegt auch dann vor, wenn das Lebensmittel, vor dem die Behörde warnt, nicht verkehrsfähig ist<sup>43a</sup>. Gewerbliche Betätigungen können aus dem Schutzbereich der Grundrechte allenfalls dann ausgeklammert sein, wenn sie sittenwidrig oder sonstwie evident gesetzwidrig und "schlechthin gemeinschaftsschädliche Betätigungen" sind, wie es das Bundesverwaltungsgericht als Voraussetzung verlangt<sup>44</sup>. In der Literatur wird hingewiesen beispielsweise auf Betätigungen von Rauschgifthändlern<sup>45</sup>. Bei der Herstellung von Lebensmitteln liegt kein solcher Extremfall evidenter sozialer Unverträglichkeit vor, der an einen Ausschluß aus dem Schutzbereich von Grundrechten denken lassen könnte<sup>46</sup>.

Eine andere Auffassung vertritt freilich das OVG Münster in seinen Entscheidungen zur Veröffentlichung der Listen diethylenglykolhaltiger Weine<sup>47</sup>. Die Auffassung des OVG Münster hätte zur Konsequenz, daß der Gesetzgeber den Schutzbereich eines Grundrechtes dadurch definieren könnte, daß er bestimmte Betätigungen für gesetzwidrig erklärte. Das ist aber nicht der Sinn von Grundrechten. Grundrechte stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sondern sie sind diesem vorgegeben (Art. 1 Abs. 3 GG). Was Inhalt von Grundrechten ist, muß die Grundrechtsinterpretation nach den geläufigen Auslegungs- bzw. Konkretisierungselementen ergeben. Einzig denkbare Begrenzung wären immanente Begrenzungen aus anderen Grundrechten. Doch auch das wäre eine Frage der Grundrechtsschranke. Daher kann bei gefährdenden Lebensmitteln nicht von einem automatischen Ausschluß des Grundrechtsschutzes wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 GG gesprochen werden. Was Inhalt von Grundrechten ist, daß gibt das Grundgesetz vor, nicht aber der Gesetzgeber, geschweige denn die Verwaltung durch einseitige Festlegung.

Die Exekutive darf daher in Grundrechte durch Warnungen vor Lebensmitteln nur im Rahmen der Gesetze eingreifen. Voraussetzungen für verfassungskonforme Eingriffe sind demgemäß insbesondere, daß die Behörde sich auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen kann, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird und die weiteren verwaltungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsmaßstäbe wie etwa der ordnungsgemäße Ermessensgebrauch beachtet werden.

Bundesbehörden fehlt es insofern schon an einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung, wie im folgenden Abschnitt belegt werden wird.

## **4. Keine Ermächtigungsgrundlage für Bundesbehörden**

Ohne Ermächtigungsgrundlage sind Grundrechtseingriffe nach dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes und nach dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt rechtswidrig. Da es aber keine Ermächtigungsgrundlage für Warnungen der Bundesbehörden vor Lebensmitteln gibt, sind diese auch aus diesem Grund rechtswidrig.

a) Es ist unbestritten, daß der Bund weder über eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage verfügt noch über eine gesetzliche Ermächtigung im Stile der polizeilichen Generalklausel der Länder<sup>48</sup>. Anhaltspunkte für eine wie auch immer rechtlich begründbare Rechtsgrundlage, die ausnahmsweise in besonderen Notfällen zu Eingriffen auf dem Gebiet des Lebensmittelrechts ermächtigt, gibt es nicht. Sie wäre auch überflüssig angesichts der effektiven Lebensmittelbehörden der Länder.

b) Art. 65 GG ist wie dargelegt keine Zuständigkeitsnorm und enthält erst recht keine Ermächtigung zu Grundrechtseingriffen. Dennoch stützen sich Verfechter einer Ermächtigungsgrundlage für den Bund auf die Worte des Satzes 2, die lauten: "Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung." Bereits der Wortlaut zeigt, daß hier nur die Ressortkompetenz der Bundesminister normiert wird. Es werden keine neben den Gesetzen stehenden Eingriffsermächtigungen statuiert. Selbst wenn der Bund die Verbandskompetenz besäße, könnte aus einer so allgemeinen Norm des Verfassungs-Organisationsrechts keine Eingriffskompetenz hergeleitet werden. Voraussetzung für eine Ermächtigungsgrundlage ist aber mindestens, daß dem dem staatlichen Zwang unterworfenen Bürger erkennbar ist, es mit einer Ermächtigungsgrundlage zu tun zu haben, daß ihr Inhalt und Zweck erkennbar und sich nicht maßlos ist<sup>48a</sup>; eine Ermächtigungsgrundlage muß die Voraussetzungen, unter denen, und das Instrumentarium, mit dem eingegriffen werden darf, in hinreichender Bestimmtheit enthalten. Für verwaltungsrechtliches Handeln eines Bundesministeriums oder des Ministers persönlich kann

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

nichts anders gelten. Die Grundsätze Vorbehalt des Gesetzes und Gesetzesvorbehalt gelten gerade auch dann, wenn oberste Bundesbehörden verwaltungsrechtlich handeln. Etwas anderes wäre unvereinbar mit dem von den Instituten bezweckten Schutz der Rechtsphäre der Person und würde den einzelnen völlig staatlichen Machtanspruch ausliefern.

Eine Ermächtigungsgrundlage kann auch nicht mit der Argumentation behauptet werden, daß dann, wenn sich schlicht hoheitliches Handeln für erforderlich und für die gesamte Bundesrepublik notwendig erweise, der Bund hierzu auch berechtigt sei. Allein aus einem (angeblichen) Bedürfnis nach sofortigem Handeln läßt sich nicht folgern, daß unabhängig von Ermächtigungsnormen eine sonst zu dem exekutiven Akten nicht befugte Behörde in Grundrechte Betroffener eingreifen darf. Wenn eine Bundesbehörde Informationen über Lebensmittel erhalten hat, dann kann sie diese an die allein zuständigen Landesbehörden weiterleiten, die auch zu Grundrechtseingriffen ermächtigt sind. Daher besteht kein Bedürfnis für das mit Eingriffen verbundene Tätigwerden einer Bundesbehörde.

Die hier vertretene Auffassung befindet sich in Einklang mit der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Transparenzlisten-Urteil<sup>49</sup> entschieden, daß das dortige schlicht hoheitliche Verwaltungshandeln einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Daran fehlte es im Fall der Listen mit Qualitätssicherungskennzeichen für Arzneimittel. Mit keinem Wort hat das Gericht einer Ermächtigung zu Eingriffen aus Art. 65 GG erwogen. In seinem bereits erwähnten Beschluß vom 13.4.1984<sup>50</sup> hat das Bundesverwaltungsgericht sich nur damit befaßt, ob sich die Bundesregierung in einer politischen Auseinandersetzung ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage äußern darf. Das Gericht bejahte diese Frage. Es erkannte zutreffend, daß "das Recht der politischen Meinungsäußerung zu den ureigenen verfassungsmäßigen Rechten der Regierung (gehört)". Aus dem Sachverhalt des Urteils ergibt sich, daß es in dem Verfahren nicht um behördliche Warnungen als Unterfall von Verwaltungshandeln ging, sondern um eine allgemein politische Auseinandersetzung über das Apartheidsystem Südafrikas<sup>51</sup>. Für die politischen Äußerungen braucht die Bundesregierung selbstredend keine Eingriffsgrundlage. Grundrechte werden nicht verletzt.

Insgesamt läßt sich zu Art. 65 GG also sagen, daß diese Norm nur das interne Organisationsrecht des Bundes betrifft. So wie sich dem Artikel keine Anhaltspunkte für eine Verbandskompetenz des Bundes zu gefahrenabwehrendem Verwaltungshandeln entnehmen lassen, enthält die Vorschrift erst recht nichts, was sie eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe sein lassen könnte.

c) Im übrigen gibt es eine ganze Reihe von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu Fragen der Äußerungen von Behörden, die aber alle nichts hergeben für die Annahme einer Ermächtigungsgrundlage des Bundes für Warnungen. Im Beschluß des OVG Münster vom 31.8.1984<sup>52</sup> ging es um Äußerungen eines Landesministers, in denen er sich abwertend über die Betätigung einer Religionsbewegung äußerte. Der Senat hielt den Staat zu Stellungnahme über seine Bürger für legitimiert, denn das Recht der Regierung, sich zu aktuellen Fragen öffentlich zu äußern, ergebe sich "schon" aus Art. 55 Abs. 2 der Verfassung Nordrhein-Westfalens<sup>52a</sup>. Dies liegt auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Äußerungen im politischen Raum und zu aktuellen Fragen, für die die Berechtigung in Art. 65 GG normiert ist. Außerdem steht einem Landesminister anders als einem Bundesminister die verwaltungsmäßige Allzuständigkeit der Länder aus Art. 30 und 83 zur Seite. Der Beschluß des OVG Münster enthält keine Argumente dafür, daß die Verfassungsbestimmung, die Regierungsgmitgliedern das Recht auf freie Rede in öffentlichen Dingen einräumt, Grundrechtseingriffe rechtfertigt. Auch das OVG Lüneburg hat sich in seinem Beschluß vom 28.5.1974<sup>53</sup> nur mit politischen Äußerungen (eines Ministerpräsidenten) auseinandergesetzt und hierfür sogar den Schutz der Meinungsfreiheit bemüht<sup>54</sup>. Würde die Bundesgesundheitsministerin Professor Dr. Ursula Lehr vor bestimmten Lebensmitteln warnen, so würde sie keine politische Meinungsäußerung abgeben, sondern zu Verwaltungszwecken handeln. Daher ist auch dieses Urteil kein Ersatz für eine Ermächtigungsnorm.

Schließlich sind noch Beschlüsse des VGH Mannheim vom 2.7.1985<sup>55</sup> und des VGH München vom 10.7.1984<sup>56</sup> zu erwähnen, in denen es um als herabsetzend empfundene Werturteile ging. Den Amtsträgern Bürgermeister bzw. Handwerkskammer stand bei den zugrundeliegenden Verwaltungsverfahren jeweils eine

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

spezielle, sich aus der Landesbau- und Gemeindeordnung bzw. der Handwerksordnung ergebende Ermächtigungsgrundlage zur Seite.

Das Urteil des OVG Münster vom 5.6.1987<sup>57</sup> hat die hier behandelte Frage offengelassen und dubios von einem "allgemeinen Informationsrecht der Bundesregierung" gesprochen, aber nicht entschieden, ob dieses ausreichende Grundlage für die dort streitige Herausgabe der Liste diethylenglykolhaltiger Weine durch das Bundesgesundheitsministerium sein könnte.

## **Zusammenfassung**

Die obigen Erwägungen zeigen, daß der Bund für die Warnungen vor Lebensmitteln nicht kompetent ist. Ihm steht jedenfalls keine Ermächtigungsgrundlage für die Grundrechtseingriffe durch Warnungen zur Verfügung. Dieser Auffassung scheint mittlerweile auch die Bundesregierung zu sein. Der für die Fragen der Lebensmittelüberwachung in Hessen zuständige Sozialminister Karl-Heinz Trageser hat das in seiner Rede anlässlich der Eröffnung des 1. Lebensmittelrechtstages in Wiesbaden am 28.4.1988 berichtet: "Im Gegensatz zur bisherigen Praxis hat er (der Bundesminister der Justiz) ausdrücklich das Recht der Bundesregierung, namentliche des Bundesgesundheitsministers, verneint, öffentlich Warnungen und Verzehrsempfehlungen auszusprechen. Er hat diese Aufgabe unter Hinweis auf die grundgesetzlich garantierten Zuständigkeiten ausschließlich den Ländern zugewiesen"<sup>58</sup>. Solange es nicht zu der vom Hessischen Sozialminister angeregten Gesetzesnovelle kommt, sind Warnungen von Bundesbehörden vor Lebensmitteln rechtswidrig.

4.1.4.5