VG Ansbach, Beschluss v. 31.08.2022 – AN 14 E 22.00130

Titel:

Veröffentlichung von Informationen über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften – hier Erfordernis zweier Untersuchungen

Normenketten:

LFGB § 38 Abs. 2a S. 2, § 40 Abs. 1a S. 1 Nr. 3, § 43 Abs. 1 S. 2
Lebensmittel-Basis-VO Art. 14 Abs. 5
EMRK Art. 6 Abs. 1

Leitsätze:

1. Das Erfordernis von zwei Untersuchungen iSd § 40 Abs. 1a S. 1 LFGB ist bei Vorliegen von nur einem Gutachten nur dann eingehalten, wenn innerhalb des Gutachtens verschiedene Analysen durchgeführt wurden und diese Analysen nach den jeweils geltenden Untersuchungsstandards jeweils für sich genommen schon das Ergebnis der Untersuchung tragen. (Rn. 46) (redaktioneller Leitsatz)
2. Es bedarf von Verfassungs wegen zur Bestimmung der Tatsachengrundlage für eine Veröffentlichung nicht zweier „unterschiedlicher Gutachter" im Sinne einer personellen Trennung. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ob aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, ein Beweisverwertungsverbot erwächst, wenn dem betroffenen Lebensmittelunternehmer die Möglichkeit eines Gegengutachtens mangels Überlassen einer Gegenprobe genommen wurde, sind die nationalen Regeln heranzuziehen. (Rn. 57) (redaktioneller Leitsatz)
4. Das Gesetz bezweckt mit der Aufbewahrungs- und Herausgabepflicht einer Gegenprobe nach § 43 Abs. 3 LFGB im Zusammenhang mit § 43 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 und Abs. 3 LFGB offensichtlich den Schutz des Herstellers, welcher in vielen Fallkonstellationen die Verantwortung für die lebensmittelrechtlichen Verstöße trägt, jedoch mangels tatsächlicher Verfügungsgewalt und Kenntnis der Probennahme keine Möglichkeit hat, sich einen Gegenbeweis offenzuhalten. (Rn. 59) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Erfordernis zweier Untersuchungen bei Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB, Unverzüglichkeit der Veröffentlichung, Beweisverwertungsverbot bei Verzicht auf Gegenprobe durch Verkäufer (verneint), Veröffentlichung, Hofladen, Lebensmittel, Käse, Schimmelpilz, unverzüglich, Untersuchungen, Beweisverwertungsverbot, Grundsatz des fairen Verfahrens, Gegenprobe, Hersteller, VO (EG) 178/2002

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 04.11.2022 – 20 CE 22.2069

Tenor

1. Der Antrag wird abgelehnt.

2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

3. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand

I.

1
Die Beteiligten streiten im Wege einstweiligen Rechtsschutzes über die Rechtmäßigkeit einer Veröffentlichung von Informationen über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften.

2
Der Antragsteller betreibt den „Hofladen …" in … Daneben ist der Antragssteller Landwirt und baut Spargel an, der ebenfalls über den Hofladen vertrieben wird.

3
Am 19.Oktober 2021 fand in dem Betrieb des Antragstellers eine unangekündigte Routinekontrolle durch den zuständigen Lebensmittelkontrolleur des Landratsamtes statt. Hierbei waren zunächst nur die Mutter des Antragstellers und später der Antragsteller selbst zugegen. Dabei wurden im Kühlraum des Hofladens 17 Käselaibe (Schnittkäse mit Bockhornkleesamen) mit einem Gesamtgewicht von mindestens 42 Kilogramm, die mit einem schimmelähnlichen Belag behaftet waren, vorgefunden. Die Laibe hatten verschiedene Mindesthaltbarkeitsdaten, von denen eines am Tage der Kontrolle bereits 12 Tage überschritten war. Nach telefonischer Rückfrage des Antragstellers beim Hersteller führte der Antragsteller - nochmals bestätigt mit einer E-Mail vom 25. Oktober 2021 - sinngemäß aus, es handle sich um Schimmel, welcher abgewaschen werden könne und den Käse weiterhin uneingeschränkt verzehrfähig belasse. In der Verkaufstheke des Hofladens befand sich aufgeschnittener Käse. Die Sorte des aufgeschnittenen Käses ist nicht bekannt. Der Verkauf wurde durch den Lebensmittelkontrolleur verboten. Der Antragsteller gab daraufhin an, den Hofladen vorerst zu schließen. Er kündigte darüber hinaus an, ein Unbedenklichkeitsgutachten vom Hersteller des Käses einholen zu wollen. Der Lebensmittelkontrolleur verließ den Hofladen zunächst, um eine Untersuchung und Beprobung durch das Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) abzuklären. Danach kehrte der Lebensmittelkontrolleur zum Hofladen zurück und fand dort die Ehefrau des Antragstellers vor. Der Antragsteller war nicht mehr zugegen. Eine Verdachtsprobe wurde entnommen. Auf den Verbleib einer Gegenprobe verzichtete die Ehefrau des Antragstellers schriftlich. Der entnommene Käselaib hat nach Angaben des Antragstellers einen Wert von ca. 80,00 EUR. Der Antragsteller schloss den Hofladen in der Folge bis zum 24. März 2022. Ein Unbedenklichkeitsgutachten wurde angekündigt, aber in der Folge nicht beigebracht.

4
Das LGL erstellte unter dem 29. Oktober 2021 ein Gutachten für die am 19. Oktober 2021 entnommene Käseprobe. Die das Gutachten erstellende Prüfleiterin kam zu dem Ergebnis, dass aufgrund der erheblich abweichenden sensorischen Beschaffenheit (sichtbarer Schimmelpilzbefall) und den Ergebnissen der mikrobiologischen und mikroskopischen Untersuchung die vorgelegte Probe als verdorben zu beurteilen sei. Die genannte Probe sei somit aufgrund des Verderbs zum Zeitpunkt der Untersuchung nicht zum Verzehr durch den Menschen geeignet und damit nicht sicher im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Abs. 5 der VO (EG) Nr. 178/2002. Der Verderb sei auf das Wachstum von Schimmelpilzen der Gattung Penicillium spp. zurückzuführen. Das Mindesthaltbarkeitsdatum der Probe sei zum Zeitpunkt der Probennahme durch die Lebensmittelüberwachungsbehörde um 12 Tage überschritten gewesen (Mindesthaltbarkeitsdatum 7. Oktober 2021). Bis zum Ende des Mindesthaltbarkeitsdatums garantiere der Hersteller für die Einhaltung der spezifischen Eigenschaften des Lebensmittels. Werde ein Lebensmittel nach Überschreiten des Mindesthaltbarkeitsdatums weiter zum Verkauf bereitgestellt, träfen den Händler erhöhte Sorgfaltspflichten.

5
Am 2. November 2021 erfolgte eine erneute Probennahme beim Antragsteller. Hintergrund ist nach Erklärungen des Landratsamtes die Abklärung einer Verantwortlichkeit des Herstellers des Käses gewesen. Dabei wurde dem Antragsteller das Ergebnis der Untersuchung der ersten Probe vom 29. Oktober 2021 eröffnet. Eine Gegenprobe wurde belassen. Die am 2. November 2021 entnommene Probe hatte ein Mindesthaltbarkeitsdatum datierend auf den 2. November 2021. Unter dem 17. November 2021 erstellte dieselbe, schon die Probe vom 19. Okotber 2021 begutachtende, Prüfleiterin des LGL ein Gutachten zu der am 2. November 2021 entnommenen Probe, welches ebenfalls aufgrund der erheblich abweichenden sensorischen Beschaffenheit (sichtbarer Schimmelpilzbefall) und den Ergebnissen der mikrobiologischen und mikroskopischen Untersuchung zu der Beurteilung des Käses als verdorben kommt. Auch bei dieser Probe sei das Verderben auf das Wachstum von Schimmelpilzen der Gattung Penicillium spp. zurückzuführen.

6
Am 18. November 2021 wurde eine Bußgeldprognose erstellt, welche auf ein zu erwartendes Bußgeld von über 350,00 EUR kam.

7
Mit Schriftsatz vom 22. November 2021 wurde der Antragsteller unter Bezugnahme auf das Gutachten vom 29. Oktober 2021 zu einer geplanten Veröffentlichung gemäß § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB angehört. Dem Antragsteller wurde Frist zur Stellungnahme bis zum 6. Dezember 2021 eingeräumt.

8
Mit Schriftsatz vom 29. November 2021 zeigte die hiesige Bevollmächtigte des Antragstellers ihre Vertretung im Verwaltungsverfahren an. Sie beantragte Akteneinsicht und nahm mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2021 in der Sache Stellung.

9
Mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 wurde der Antragsteller erneut zu einer beabsichtigten Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB angehört. Dabei ging das Landratsamt auf die von der Antragstellerseite vorgebrachten Einwände im Schriftsatz vom 15. Dezember 2021 ein und bezog sich zur Begründung zusätzlich auch auf das Ergebnis des am 17. November 2021 erstellten Gutachtens der zweiten Probe. Das Landratsamt stellte klar, dass Gegenstand der Veröffentlichung und Bezugspunkt des lebensmittelrechtlichen Verstoßes nicht nur ein Käselaib sei, sondern vielmehr auf den Verkauf aller vorgefundenen, verdorbenen Käselaibe abgestellt werde. Nochmalige Frist zur Stellungnahme wurde bis zum 4. Januar 2022 gesetzt.

10
Unter dem 4. Januar 2022 nahm die Antragstellerseite nochmals hierzu Stellung.

11
Mit Schriftsatz vom 11. Januar 2022 teilte das Landratsamt mit, dass es an einer beabsichtigten Veröffentlichung - wie im Anhörungsschreiben vom 22. November 2021 angekündigt - festhalten werde. Die Veröffentlichung werde vorgenommen, sofern nicht der Antragsteller binnen einer Wartefrist von sieben Werktagen ab Zustellung des Schreibens eine gerichtliche Untersagung beantrage. Die angedrohte Veröffentlichung, welche auch explizit im Anhörungsschreiben vom 21. Dezember 2021 angedroht wurde, hat folgenden Wortlaut:

Verantwortliche Behörde	Datum	Lebensmittel-/Futtermittelunternehmen	Betroffenes Lebensmittel/Futtermittelunternehmen
Landratsamt …	Einstelldatum: Verstoß festgestellt: 19.10.2021 Verstoß beseitigt: 19.10.2021 tt.mm.yyyy	Hofladen … … … Kategorie: Sonstiges Lebensmittelunternehmen	Verstoß: Inverkehrbringen von nicht zum Verzehr geeigneten Lebensmitteln: Bereithalten von durch Wachstum von Schimmelpilzen der Gattung Penicillium spp. verdorbenem Käse zum Verkauf. Produkt: Schnittkäse mit Bockshornkleesamen Charge: MHD: 07.10.2021, 02.11.2021

12
Mit Schriftsatz vom 20. Januar 2022 - hier eingegangen am selben Tag - ließ der Antragsteller durch seine Bevollmächtigte einen isolierten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung - ohne Einreichung einer Klage - stellen und beantragt (sinngemäß):

13
Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, eine Information der Öffentlichkeit gemäß § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB auf der Plattform des LGL über angebliche Verstöße anlässlich der Kontrolle vom 19. Oktober 2021 wie im Schreiben des Antragsgegners vom 21. Dezember 2021 angedroht vorläufig zu unterlassen.

14
Zur Begründung wird in rechtlicher Hinsicht ausgeführt, dass ein Anordnungsgrund aufgrund negativer wirtschaftlicher Folgen der geplanten Veröffentlichung vorliege.

15
Es bestehe auch ein Anordnungsanspruch, da nach summarischer Prüfung überwiegende Erfolgsaussichten für das Hauptsacheverfahren bestünden. Es fehle bereits an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB.

16
Nach dieser Vorschrift müsse die Öffentlichkeit unverzüglich informiert werden. Zwischen der Kontrolle am 19. Oktober 2021 und der geplanten Veröffentlichung am 20. Januar 2022 lägen mehr als drei Monate. Obwohl das Gutachten vom 29. Oktober 2021 stamme, sei erst am 2. November 2021 das Gutachten eröffnet und wiederrum erst am 23. November 2021 das Anhörungsschreiben zur Post gegeben worden, sodass bereits zwischen der Kontrolle und dem Anhörungsschreiben mehr als ein Monat vergangen sei. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 sei eine erneute Anhörung erfolgt, nunmehr unter Zugrundelegung der Verdachtsprobe vom 2. November 2021 und Eröffnung des Gutachtens vom 17. November 2021. Somit sei auch hier wieder ein Monat nach dem Ergebnis des Gutachtens gelegen. Warum diese Anhörung nunmehr nochmals erfolgte und im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der Kontrolle vom 19. Oktober 2021 stehen solle, habe sich nicht ergeben. Spätestens am 2. November 2021 habe der Lebensmittelkontrolleur das Gutachten des LGL dem Antragsteller eröffnet, sodass spätestens an diesem Tag sichere Kenntnis von dem angeblichen Verstoß bestanden habe. Eine Veröffentlichung zweieinhalb Monate nach dieser Feststellung und somit auch drei Monate später als die Kontrolle sei nicht mehr eine unverzügliche Veröffentlichung. Die Verzögerungen, die aufgrund der Fristverlängerung seitens des Antragstellers bestünden, seien dabei nicht fristverlängernd für das Landratsamt zu verstehen.

17
Nach § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB müsse ein hinreichend begründeter Verdacht bestehen, welcher sich im Falle von Proben nach § 38 Abs. 2a Satz 2 LFGB auf Grundlage von mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle ergeben müsse. Aus dem Gutachten des LGL vom 29. Oktober 2021 sei ersichtlich, dass die jeweiligen Proben lediglich einer Untersuchung unterzogen worden seien. Zwar sei die Analyse „Aussehen“ (also Sensorik) nach der Methode ASU L 00.90-16; 2006-12 durchgeführt, der Geruch und der Geschmack abgelehnt und zusätzlich eine mikroskopische Analyse durchgeführt worden nach der Methode QSA-E-0798-04; 2021-03 und QSA-E-1368-03; 2018-03. Es müsse an dem Erfordernis einer unabhängigen Untersuchung festgehalten werden, welche nur dann vorliege, wenn die Tatsachen sowie die erforderliche fachliche Bewertung/rechtliche Bewertung getrennt erfolge. Aus dem Gutachten sei nicht ersichtlich, dass die fachliche Bewertung und die rechtliche Bewertung von unterschiedlichen Personen vorgenommen worden seien, was bereits gegen die unabhängige Untersuchung spreche. Selbst wenn man der Auffassung bezüglich der Unabhängigkeit der Untersuchung nicht folge, so sei aber ersichtlich, dass die Untersuchung der Mikroskopie und des Aussehens (Sensorik) nur eine Untersuchung darstelle, da keine Bestätigungsanalyse vorliege. Die Bestätigungsanalyse, als zweite Untersuchung sei angesichts der Tragweite des Untersuchungsbefundes insgesamt notwendig.

18
Das Gutachten sei auch fehlerhaft beziehungsweise es bestehe ein Verwertungsverbot im Hinblick auf das Gutachten. Zunächst sei auszuführen, dass das Gutachten schon an dem Fehler leide, dass die Eingangstemperatur der Verdachtsprobe 8,5 °C aufwies, wie dies im Gutachten vom 29. Oktober 2021 angegeben sei. Angesichts der vom Hersteller angegebenen Höchsttemperaturen von 4 °C stehe fest, dass die Verdachtsprobe nicht ordnungsgemäß behandelt worden sei. Es sei daher nicht auszuschließen, dass die inkorrekte Aufbewahrung durch die Lebensmittelkontrolle beim Transport diese Kontamination zur Folge gehabt habe.

19
Darüber hinaus sei dem Antragsteller keine Gegenprobe bei der Beprobung vom 19. Oktober 2021 belassen worden, obwohl nach § 43 Abs. 1 LFGB dies so vorgesehen sei, um dem Unternehmer ein zweites Sachverständigengutachten zu ermöglichen. § 43 Abs. 1 LFGB sehe zudem vor, dass nur der Hersteller auf die Zurücklassung einer Probe verzichten könne. Selbst wenn man diese Vorschrift analog auf den Lebensmittelunternehmer, welcher nicht Hersteller sei, anwende, so müsse auch in diesem Fall darauf hingewiesen werden, dass nur der Verantwortliche auf die Probe verzichten könne. Irgendwelche Dritte oder Angestellte Personen des Lebensmittelunternehmers könnten nicht auf die Probe verzichten. Die Ehefrau des Antragstellers wisse nicht, wer auf eine Gegenprobe verzichten könne. Insoweit komme dem Lebensmittelkontrolleur hier eine besondere Sorgfaltspflicht zu. Der Lebensmittelkontrolleur habe aufgrund der am gleichen Tag zuvor durchgeführten Kontrolle gewusst, dass der Antragsteller die Ansprechperson sei. Soweit das Landratsamt anspreche, dass immer eine verantwortliche Ansprechperson zugegen zu sein habe, sei zu erwidern, dass der Hofladen zum Zeitpunkt des Antreffens der Ehefrau bereits geschlossen gewesen sei. Da nicht wirksam auf Gegenproben verzichtet worden sei, sei dem Antragsteller gemäß Art.

103 GG das rechtliche Gehör verwehrt und ein faires Verfahren genommen worden. Unter Abwägung der nationalen Beweisregeln sei das Gutachten zum Beweis und damit zur hinreichenden Vorlage eines Verdachts nicht geeignet.

20
Auch habe das Gutachten keine Aussagekraft. Selbst wenn man das Gutachten verwenden wolle, müsse darauf hingewiesen werden, dass die Prüfung lediglich ergeben habe, dass ein sogenannter Pilz der Gattung Penicillium spp. aufgefunden worden sei. Bei diesem Befund handle es sich lediglich um einen Oberbegriff für eine Vielzahl von Schimmelpilzen und gerade auch solchen, die als Edelschimmel bekannt seien. Es gebe über 200 Arten. Penicillium spp. bezeichne dabei lediglich die Obergattung.

21
Es bestehe auch kein hinreichender Verdacht gemäß Art. 14 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 (Basisverordnung). Es liege schon kein Inverkehrbringen vor. Unstreitig sei, dass die aufgefundenen Käselaibe im Kühlraum nicht zum Verkauf angeboten worden seien oder in anderer Form der Weitergabe erfolgten.

22
Mit Schriftsatz vom 3. Februar 2022 beantragt der Antragsgegner, den Antrag abzulehnen.

23
Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgetragen, dass die Voraussetzungen von § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB erfüllt seien.

24
Ein schuldhaftes Zögern seitens der Behörde liege nicht vor. Zu gewährende Fristen zur Stellungnahme des Betroffenen könnten nicht der Behörde angelastet werden. Dass im vorliegenden Fall keinerlei Einsicht des Lebensmittelunternehmers vorliege, sondern vielmehr Erklärungen dahingehend gesucht würden, dass es sich bei dem festgestellten Schimmel um Edelschimmel handle, sei dem Landratsamt erst nach Stellungnahme der Anwältin des Antragstellers bekannt geworden, da dies bis dahin nicht vorgebracht worden sei. Im Übrigen hätten die Gutachten, die zur Stützung des Verdachts des Lebensmittelüberwachungsbeamten dienen sollten, frühestens am 29. Oktober 2021 und 17. November 2021 vorgelegen. Selbst wenn man jedoch vom Datum 29. Oktober 2021 ausgehe, könne im vorliegenden Fall nicht von einem schuldhaften Zögern der Behörde gesprochen werden. Die Frage eines schuldhaften Zögerns sei immer eine Einzelfallfrage.

25
Es liege auch ein hinreichend begründeter Verdacht vor. Der Verdacht des Lebensmittelkontrolleurs sei durch das Gutachten des LGL vom 29. Oktober 2021 bestätigt worden. Dort sei die Verdachtsprobe als verdorben beurteilt worden. Es handle sich auch nicht nur um einen einzelnen verdorbenen Käselaib. Dies belegten die vor Ort gefertigten Fotos, auf denen zu erkennen sei, dass die weiteren Käselaibe im Kühlhaus Schimmelspuren aufwiesen sowie das zweite Gutachten vom 17. November 2021.

26
Das Gutachten vom 29. Oktober 2021 weise keine Mängel auf und dürfe verwendet werden. Die vom LGL angewandte Methodik der durchgeführten Untersuchungen entspreche gängigen Standards. Die explizite Kennzeichnung „Bestätigungsanalyse“ sei nicht zwingend erforderlich. Ebenso wenig müssten zwingend die Untersuchungen von verschiedenen Personen vorgenommen werden. Standardmäßig erfolge eine Bestimmung der Pilzgattung. Die Art werde nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen bestimmt, zum Beispiel bei Verbraucherbeschwerden mit Erkrankungshintergrund. Sensorische und mikroskopische Untersuchungen stellten eigenständige Untersuchungen mit eigenständigen, in diesem Fall identischen, Ergebnissen dar. Es handle sich nicht um Untersuchungsschritte einer einzelnen Untersuchung mit einem Endergebnis. Die Prüfleiterin vom LGL bestätige in Ihrer E-Mail vom 28. Januar 2022, dass strenggenommen sogar fünf Untersuchungsergebnisse vorlägen. Diese fünf Untersuchungen seien zum einen die Sensorik, sowie zwei entnommene Tupferproben, die jeweils einer mikrobiologischen und mikroskopischen Untersuchung unterzogen worden seien. Penicillium spp. seien hauptsächlich als Lebensmittelverderber bekannt. Viele Arten sonderten Mykotoxine ab, die zu den giftigsten natürlichen Substanzen überhaupt gehörten. Für das weitere behördliche Vorgehen reiche die Bestimmung der Gattung aus (Mucor, Penicillium oder Aspergillus). Diese Schimmelpilzgattungen unterschieden sich in ihrer Pathogenität. Bei dem vorgefundenen Penicillium habe es sich nicht um „Edelschimmel“ handeln können.

Dies sei schon mit bloßen Auge erkennbar, da Edelschimmel sich in Aussehen, Geruch und Wachstum von Lebensmittelverderbern unterscheide. Hier sei unbestritten, dass es sich nicht um einen Weichkäse, sondern um einen Schnittkäse handle. Dabei deute das Auftreten eines Schimmelpilzbefalls bei Schnittkäse auf gravierende Hygienemängel bei Produktion oder Lagerung hin. Im Übrigen komme es für die Veröffentlichung nicht darauf an, ob eine Gesundheitsgefährdung vorliege.

27
Eine Kontaminierung der Verdachtsprobe durch andere lebensmittelrelevante Erreger nach der Probenentnahme bis zum Eingang beim LGL könne ausgeschlossen werden. Auf dem am Tag der Probennahme angefertigten Fotos ist der Schimmelpilzbefall aller Käselaibe eindeutig zu erkennen. Das Wachstumsoptimum für Penicillium liegt bei 25 bis 30 °C. Selbst wenn der Schimmelpilzrasen in ein paar Stunden im Mikrometerbereich gewachsen sein solle, hätte dies keine Auswirkung auf das gutachterliche Ergebnis. Für die lebensmittelrechtliche Beurteilung komme es lediglich auf die Qualität des Schimmelpilzes an. Es sei nicht möglich, durch Temperaturerhöhungen Penicilliumbefall in einen Befall mit Mucor oder Aspergillus umzuwandeln oder umgekehrt.

28
Es liege auch ein Verstoß gegen die Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB vor. Die Absicht des Inverkehrbringens, hier in Form von Bereithalten von Lebensmitteln für Verkaufszwecke, sei positiv festgestellt worden. Dafür reiche das Feststellen von Indizientatsachen aus. Auch mit E-Mail vom 25. Oktober 2021 habe der Antragsteller nochmals mitgeteilt, dass der Käse nicht gesundheitsschädlich sei und man den Schimmel abwischen könne und jederzeit den Käse ohne Bedenken verzehren könne. Aufgrund der vorliegenden Indizientatsachen sei davon auszugehen, dass der Antragsteller Käselaibe in seinem Betrieb bereitgehalten habe, um diese zu verkaufen. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass Bemühungen des Antragstellers, einen Nachweis der Unbedenklichkeit zu erbringen, nur dann Sinn machen würden, wenn eine Verkaufsabsicht vorläge.

29
Der Verstoß sei auch nicht unerheblich, da auf den angefertigten Fotos eindeutig zu erkennen sei, dass nicht nur zwei Käselaibe im Kühlraum des Antragstellers sichtbar verschimmelt gewesen seien. Selbst wenn man jedoch nur die beiden Käselaibe, die vom LGL untersucht worden seien, berücksichtige, handle es sich um Käse mit einem Gewicht von 6,34 Kilogramm. Allein dies stelle schon keine unerhebliche Menge dar.

30
Unter diesen Voraussetzungen müsse die zuständige Behörde gemäß § 40 Abs. 1a LFGB eine Veröffentlichung vornehmen.

31
Mit Schriftsatz vom 14. März 2022 replizierte die Antragstellerseite hierauf nochmals.

32
Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakte Bezug genommen.

II.

33
Der Antrag ist zulässig, insbesondere statthaft gemäß § 123 Abs. 5 VwGO, da in der Hauptsache eine allgemeine Leistungsklage statthaft wäre. Bei dem Schreiben des Antragsgegners vom 11. Januar 2022, mit dem die geplante Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB angekündigt wurde, handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt (vgl. VGH BW, B.v. 21.5.2019 - 9 S 584/19 - juris Rn. 4, vgl. auch BayVGH, B.v. 12.12.2019 - 20 CE 19.1634 - juris Rn. 17 ff.).

34
Der Antrag ist jedoch unbegründet. Der Antragsteller hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

35
1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auch schon vor Klageerhebung auf Antrag eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung), oder zur Regelung eines vorläufigen Zustandes, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, wenn dies nötig erscheint, um wesentliche Nachteile für die Antragstellerin

abzuwenden (Regelungsanordnung). Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 929 Abs. 2, § 294 Abs. 1 ZPO sind dabei sowohl ein Anordnungsanspruch, d.h. der materielle Grund, für den die Antragstellerin vorläufig Rechtsschutz ersucht, als auch ein Anordnungsgrund, der insbesondere durch die Eilbedürftigkeit der Regelung begründet wird, glaubhaft zu machen. Maßgebend sind dabei die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung.

36
Ein Anordnungsgrund (Dringlichkeit der einstweiligen Anordnung) liegt aufgrund der Absicht des Antragsgegners, eine Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB auf den Internetseiten des Bayerischen Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) vorzunehmen und den hieraus möglicherweise erwachsenden, irreversiblen wirtschaftlichen Schäden beim Antragsteller, vor (vgl. BayVGH, B.v. 12.12.2019 - 20 CE 19.1634 - juris Rn. 21).

37
Der Antragsteller hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Dies ist vorliegend der nicht gesetzlich geregelte, jedoch in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannte öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch (NdS OVG, B.v. 30.9.2020 - 13 ME 377/19 - juris Rn. 19). Voraussetzung für diesen ist, dass das beabsichtigte Handeln des Antragsgegners rechtswidrig ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die Voraussetzungen für eine Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB vorliegen.

38
Nach § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB informiert die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unverzüglich unter anderem dann, wenn der durch Tatsachen hinreichend begründete Verdacht besteht, dass gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB zum Schutz von Endverbrauchern in nicht unerheblichem Maße verstoßen wurde und mindestens die Verhängung eines Bußgeldes von 350 EUR zu erwarten ist. Der Verdacht muss sich im Fall von Proben nach § 38 Abs. 2a Satz 2 LFGB auf der Grundlage von mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle nach Art. 37 Abs. 4 lit. e) VO (EU) 2017/625 ergeben.

39
1.1 Die vom Landratsamt angedrohte Veröffentlichung erfolgt unverzüglich im Sinne obiger Vorschrift.

40
Der unbestimmte Rechtsbegriff „unverzüglich“ kann in Anlehnung an die privatrechtliche Definition in § 121 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ ausgelegt werden (VGH Mannheim, B.v. 9.11.2020 - 9 S 2421/20 - juris Rn. 21 = NVwZ-RR 2021, 437). Der Zeitraum zwischen Verstoß und Veröffentlichung ist damit flexibel und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Der verfassungsrechtliche Hintergrund dieses Tatbestandselements ist, dass der Informationswert für Verbraucher mit zunehmendem zeitlichem Abstand zum Verstoß an Bedeutung verliert (BT-Drs. 19/8349 S. 19; vgl. BVerfG, B.v. 21.3.2018 - 1 BvF 1/13 - juris Rn. 58 = BVerfGE 148, 40). Der Anlehnung an ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern ist geschuldet, dass Verzögerungen zwischen Verstoß und Veröffentlichung, die in die Sphäre des Lebensmittelunternehmers fallen, schon per se die Unverzüglichkeit nicht in Frage stellen können (OVG Bremen, B.v. 25.2.2022 - 1 B 487/21 - juris Rn. 27 = GewArch 2022, 205; VGH Mannheim, B.v. 9.11.2020 - 9 S 2421/20 - juris Rn. 23 = NVwZ-RR 2021, 437).

41
Die von der Antragstellerseite vorgebrachten Argumente gegen die Annahme einer unverzüglichen Veröffentlichung verfangen nicht. Soweit pauschal auf die Angabe von Monaten oder das Verhältnis von Löschfrist nach § 40 Abs. 4a LFGB zum Zeitraum zwischen Verstoß und Veröffentlichung abgestellt wird, widerspricht die Argumentation den obigen Leitgedanken, gerade keine starre Frist für die Bestimmung der Unverzüglichkeit heranzuziehen. Entscheidend ist für die Kammer vielmehr, ob seitens des Antragsgegners Zeiträume vorliegen, die eine schuldhafte Untätigkeit begründen könnten. Solche sind indes vorliegend nicht ersichtlich. Zu Recht weist der Antragsgegner darauf hin, dass ihm Zeiträume einer Stellungnahmefrist für den Antragsteller ebenso wie eventuelle Verzögerungen bei der Übermittlung nicht als verschuldet angelastet werden können. Letzteres schon deswegen nicht, da es sich bei Verschulden i.S.v. § 40 Abs. 1a LFGB nicht um einen Zurechnungsbegriff für fremdes Verschulden handelt.

42

Längere Untätigkeiten sind nicht ersichtlich. Soweit die Antragstellerseite auf den Zeitraum zwischen Erstellung des ersten Gutachtens und der ersten Anhörung abstellt, ist anzumerken, dass die Behörde die Zeit zur Erstellung der Bußgeldprognose und damit zur Überprüfung der Voraussetzungen einer Veröffentlichung genutzt hat. Eine fahrlässige Untätigkeit liegt hierin keinesfalls. Auch dass die erste Anhörung mit Schreiben vom 22. November 2021 erfolgte und noch nicht das Ergebnis der zweiten Probe, welche anscheinend bereits am 17. November 2021 beim Landratsamt vorlag, beinhaltete, begründet keinen Fahrlässigkeitsvorwurf. Insofern ist zu beachten, dass die Begriffe „ohne schuldhaftes Zögern“ nicht mit einer Pflicht zur optimalsten Verfahrensgestaltung gleichzusetzen sind (VGH Mannheim, B.v. 9.11.2020 - 9 S 2421/20 - juris Rn. 20 = NVwZ-RR 2021, 437). Insofern ist auch die zweite Anhörung mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 durchaus notwendig und die hieraus erwachsende Verzögerung unverschuldet gewesen.

43
1.2 Es liegt auch ein durch Tatsachen hinreichend begründeter Verdacht, welcher auf zwei Untersuchungen basiert, vor, dass gegen Schutzvorschriften im Anwendungsbereich des LFGB verstoßen wurde.

44
1.2.1 Ein hinreichend begründeter Verdacht muss sich im Fall von Proben nach § 38 Abs. 2a Satz 2 LFGB auf mindestens zwei Untersuchungen durch eine Stelle nach Art. 37 Abs. 4 lit. e VO (EU) 2017/625 ergeben. Vorliegend sind zwei solche Untersuchungen durch die Gutachten des LGL vom 29. Oktober 2021 (Probennummer …*) und vom 17. November 2021 (Probennummer …*) vorgenommen worden.

45
Das Erfordernis von zwei Untersuchungen ist durch Art. 2 des „Gesetzes zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformationen“ vom 15. März 2012 (BGBl. I S. 476) in das LFGB eingeführt worden (vgl. BT-Drs. 17/7993). Im Nachgang zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des § 40 Abs. 1a LFBG vom 21. März 2018 (BVerfG, B.v. 21.3.2018 - 1 BvF 1/13 = BVerfGE 148, 40) wurde die Vorschrift durch das „Erste Gesetz zur Änderung des LFGB“ vom 24. April 2019 (BGBl. I S. 498) dahingehend angepasst, dass - wie in der aktuell gültigen Fassung - auch zwei Untersuchungen einer Stelle den Verdacht begründen können. In diesem Zuge ist auch das Wort „unabhängige (Untersuchung)“ aus der Vorgängervorschrift entfallen. Intention des Gesetzgebers war dabei die Vereinfachung des Vollzugs durch (klarstellenden) Verzicht auf eine zweite Untersuchung durch ein zweites Labor und Eröffnung der Möglichkeit, zwei Untersuchungen auch durch ein Labor fertigen zu lassen (BT-Drs. 19/8349 S. 19).

46
Das Erfordernis von zwei Untersuchungen ist bei Vorliegen von nur einem Gutachten nur dann eingehalten, wenn innerhalb des Gutachtens verschiedene Analysen durchgeführt wurden und diese Analysen nach den jeweils geltenden Untersuchungsstandards jeweils für sich genommen schon das Ergebnis der Untersuchung tragen (VGH Mannheim, B.v. 30.4.2020 - 9 S 2943/19 - juris Rn. 16 = LMuR 2020, 419). Mithin dürfen die einzelnen Analysen lediglich der Bestätigung des schon gefundenen Ergebnisses und nicht zur (abschließenden) Findung des Ergebnisses dienen. Im Letzteren Fall handelt es sich lediglich um „Untersuchungsschritte“ einer einzigen Untersuchung. Dabei ist mit Untersuchungsergebnis gemeint, dass das Vorliegen eines Tatbestandselements einer lebensmittelrechtlichen Vorschrift geklärt werden kann.

47
Auf die von den Beteiligten primär abgestellte Frage, ob bereits das Gutachten vom 29. Oktober 2021 alleine „mindestens zwei Untersuchungen“ im Sinne der Vorschrift darstellt, kommt es nach Meinung des Gerichts allerdings nicht entscheidend an, da - wie eingangs ausgeführt - eine zweite Untersuchung durch das Gutachten vom 17. November 2021 vorliegt. Insofern muss das Gericht auch nicht entscheiden, ob das Gutachten vom 29. Oktober 2021 alleine die Kriterien von „zwei Untersuchungen“ erfüllt. Die Tatsache, dass das Gutachten vom 17. November einen anderen Käselaib betrifft als das Gutachten vom 29. Oktober 2021, ist unschädlich, da vorliegend klar ist, dass das Landratsamt den Vorwurf erhebt, dass insgesamt 17 verdorbene Käselaibe in Verkehr gebracht werden sollten. Insofern verleiht die Untersuchung eines weiteren der betroffenen Käselaibe dem schon im ersten Gutachten gefundenen Ergebnis sogar eher mehr Aussagekraft.

48

Das zweite Gutachten des LGL vom 17. November 2021 ist auch entgegen der Meinung der Antragstellerseite verwertbar. Richtig ist, dass der Laden des Antragstellers zum Zeitpunkt der Probennahme (2. November 2021) bereits seit fast zwei Wochen geschlossen war. Jedoch ist hier die Besonderheit zu beachten, dass offensichtlich eine Probennahme an einem Käselaib vorgenommen wurde, welcher bereits zum Zeitpunkt der ersten Kontrolle (19. Oktober 2021) im Kühlraum vorhanden gewesen ist. Dabei ist hier durch die aktenkundigen Fotos für das Gericht ersichtlich, dass alle 17 Käselaibe zum Zeitpunkt der Kontrolle am 19. Oktober 2021 bereits mit Schimmel befallen waren. Dass es sich bei dem im Gutachten des LGL vom 17. November 2021 untersuchten Käselaib um einen anderen Käselaib handelt als einen, der 17 bereits am 19. Oktober 2021 vorhandenen, wurde weder behauptet noch drängt sich dies auf. Im Übrigen wäre dann zu fragen, wieso der Antragsteller weiteren Käse in seinen Laden einlagert, wenn er diesen bereits geschlossen hat. Insofern kann die Antragstellerseite mit dem formalen Argument der Schließung zum Zeitpunkt der Probennahme nicht durchdringen, wenn die Probennahme offensichtlich dazu dient, einen Verstoß festzustellen, zu dessen Zeitpunkt der Laden noch geöffnet war. Dass es dem Landratsamt allein auf den Verstoß am 19. Oktober 2021 ankommt ergibt sich eindeutig aus dem zur Veröffentlichung vorgesehenen Text.

49
1.2.2 Die vom LGL abgefassten Gutachten begegnen auch keinen inhaltlichen Bedenken und können deswegen zur Beurteilung herangezogen werden. Soweit die Antragstellerseite vorträgt, dass der Befall mit „Penicillium spp.“ eventuell auch auf unsachgemäße Kühlung zwischen Probennahme und Eintreffen beim LGL zurückgeführt werden könnte, ist dem entgegenzuhalten, dass alle Käselaibe schon am 19. Oktober 2019 aktenkundig und für einen Laien sichtbar erheblich mit Schimmel befallen waren. Überzeugend und nachvollziehbar hat das Landratsamt in der Stellungnahme vom 26. Januar 2022 (bzw. im Schriftsatz vom 3. Februar 2022) dargelegt, dass eine falsche Lagerung bei bereits erfolgtem Schimmelpilzbefall nur noch eine Auswirkung auf die „Quantität“ des Schimmels, jedoch nicht mehr auf die Art (insbesondere Mucor, Aspergillus) haben kann. Dem ist die Antragstellerseite nicht qualifiziert entgegengetreten.

50
Ebenso wenig ist für das Gericht erkennbar, wieso nach Ansicht des Antragstellers das LGL vorliegend die Art des „Pilzbefalls“ hätte bestimmen müssen, um einen Befall mit „Edelschimmel“ ausschließen zu können. Auch hier darf auf die überzeugenden Ausführungen des Landratsamts im Schriftsatz vom 3. Februar 2022 verwiesen werden. Zum einen ist hier festzuhalten, dass es sich um Schnittkäse und nicht um Weichkäse handelt. Weder ist dem Gericht ein Schnittkäse bekannt, der mit Edelschimmel versetzt wird, noch wurde solches von Seiten des Herstellers jemals behauptet. Im Hinblick auf den durch Fotos dokumentierten Zustand der Käselaibe am 19. Oktober 2021 ist für das Gericht auch gut nachvollziehbar, wenn das Landratsamt ausführt, dass sich Edelschimmel schon rein optisch von dem hier vorgefundenen Schimmelpilzbefall unterscheidet. Ein zufälliger Befall mit Edelschimmel erscheint als solches - schon aufgrund der im Verhältnis zu den „Verderberkulturen“ im allgemeinen geringen Anzahl an „Edelschimmelkulturen“ - höchst unwahrscheinlich und im hiesigen Fall jedenfalls abwegig.

51
Im Übrigen hätte der Antragsteller mittlerweile genug Zeit gehabt, um einen Befall mit Edelschimmel anhand eines anderen, bei ihm verbliebenen Käselaibs nachzuweisen. Das vom Antragsteller angekündigte „Unbedenklichkeitsgutachten“ wurde jedoch nie abgeliefert, weshalb kein Zweifel daran besteht, dass die Käselaibe mit „Lebensmittelverderbern“ und nicht mit Edelschimmel befallen waren.

52
1.2.3 Die Gutachten des LGL leiden auch nicht an einem vermeintlichen Mangel, weil sie durch die gleiche Prüfleiterin erstellt wurden.

53
Soweit die Antragstellerseite auf eine mangelnde Verwertbarkeit der Gutachten wegen mangelnder „personeller Trennung“ abstellt, kann sie damit schon deswegen nicht durchdringen, da es einen solchen Grundsatz nicht gibt. Zunächst ist festzuhalten, dass das Wort „unabhängige“ (Untersuchungen) in der seit dem 30.4.2019 gültigen Fassung des § 40 Abs. 1a LFGB nicht mehr vorkommt. Teilweise wird in der Literatur - die von der Antragstellerseite in Anspruch genommene Entscheidung des VGH Mannheim (B.v. 30.4.2020 - 9 S 2943/19 - juris Rn. 24) verhält sich hierzu nicht - vertreten, dass das Erfordernis zweier „unabhängiger“ Untersuchungen Verfassungsrang hätte und insofern die Änderung des § 40 Abs. 1a LFBG

zum 30.4.2019 mangels Aufgreifen des Wortes „unabhängig“ aus der Vorgängerfassung verfassungswidrig ist (Zipfel/Rathke LebensmittelR LFGB § 40 Rn. 96 f.). Das Gericht folgt diesem Ansatz nicht. Weder aus der Entscheidung des BVerfG (BVerfG, B.v. 21.3.2018 - 1 BvF 1/13 = BVerfGE 148, 40) noch sonst ist ersichtlich, warum es von Verfassungs wegen zur Bestimmung der Tatsachengrundlage für eine Veröffentlichung zweier „unterschiedlicher Gutachter“ bedarf.

54
Vielmehr ist Sinn und Zweck des Erfordernisses zweier Untersuchungen nach dem gesetzgeberischen Willen lediglich, dass systematische Fehler bei der Ermittlung durch Einhaltung von Laborstandards ausgeschlossen sind (BT-Drs. 19/8349 S. 19). Dies erscheint auch im Hinblick auf die hohen verfassungsrechtlichen Hürden einer Veröffentlichung ausreichend. Eine „personelle Trennung“ der jeweiligen Gutachter ist hierzu sicherlich auch geeignet, aber weder von Seiten des Gesetzgebers deutlich intendiert (auch nicht ursprünglich vgl. BT-Drs. 17/7993 S. 18) noch pauschal bei jeder Untersuchung so vorgeschrieben (vgl. auch VGH Mannheim, B.v. 30.4.2020 - 9 S 2943/19 - juris Rn 20 a.E.).

55
Dass vorliegend gegen gängige Laborstandards verstoßen und damit systematische Fehler ermöglicht wurden, ist weder behauptet noch ersichtlich.

56
1.2.4 Schließlich ergibt sich auch kein Beweisverwertungsverbot für die am 19. Oktober 2021 entnommene Probe.

57
Für die Frage, ob aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, ein Beweisverwertungsverbot erwächst, wenn dem betroffenen Lebensmittelunternehmer die Möglichkeit eines Gegengutachtens mangels Überlassen einer Gegenprobe genommen wurde, sind die nationalen Regeln heranzuziehen (EuGH, U.v. 10.4.2003 - C-276/01 - juris Rn. 80 = EuZW 2003, 666). Über die Frage, ob Verstöße gegen Vorschriften ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen, ist - wenn ein solches Verbot nicht explizit gesetzlich geregelt ist - unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. zu Verstößen gegen Beweiserhebungsvorschriften BayVGH, B.v. 23.3.2021 - 11 CS 20.2643 - juris Rn. 29 m.w.N., vgl. auch VG Frankfurt a.M., B.v. 23.7.2021 - 5 L 1885/21.F - juris Rn. 25). Dabei ist auch der Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen (BayVGH a.a.O. Rn. 30).

58
Soweit vorliegend jedoch auf einen Verstoß gegen § 43 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 LFGB abgestellt wird, kann sich der Antragsteller auf diesen schon dem Grunde nach nicht berufen, da er nicht zum geschützten Personenkreis der Vorschrift gehört. Insofern spricht schon der Schutzzweck der Norm gegen die Annahme eines Verwertungsverbots.

59
Nach § 43 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 LFGB kann der Hersteller bei einer Probennahme auf die Belassung einer Gegenprobe verzichten. Die Vorschrift steht erkennbar im Zusammenhang mit § 43 Abs. 3 LFGB, der dem Lebensmittelunternehmer, welcher nicht Hersteller des „beprobten“ Lebensmittels ist, eine Aufbewahrungs- und Herausgabepflicht der Gegenprobe zum Zwecke der Anfertigung eines Gegengutachtens durch den Hersteller auferlegt. Das Gesetz bezweckt mit § 43 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 und Abs. 3 LFGB offensichtlich den Schutz des Herstellers, welcher in vielen Fallkonstellationen die Verantwortung für die lebensmittelrechtlichen Verstöße trägt, jedoch mangels tatsächlicher Verfügungsgewalt und Kenntnis der Probennahme keine Möglichkeit hat, sich einen Gegenbeweis offenzuhalten (vgl. auch BT-Drs. 15/3657 S. 66 f.). Insofern ist der Lebensmittelunternehmer, der nicht Hersteller ist, verpflichtet, die Rechte des Herstellers durch Aufbewahrung einer potentiellen Gegenprobe zu sichern (§ 43 Abs. 3 LFGB). Damit korrespondierend kann nur der Hersteller auf das Recht zur Gegenprobe verzichten (§ 43 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 LFGB). Auf eine Schutzvorschrift zugunsten des Herstellers des Lebensmittels kann sich jedoch ein Unternehmer, der - wie hier - selbst nicht Hersteller ist, nicht berufen.

60
Zwar wird teilweise in der Literatur diskutiert, ob § 43 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 LFGB auch anzuwenden ist, wenn die rechtliche Verantwortung den Lebensmittelunternehmer trifft, der nicht Hersteller ist (vgl. Boch LFGB § 43 Rn. 6 a.E.), was zur Konsequenz haben soll, dass auch in diesem Fall nur der Hersteller auf die

Gegenprobe verzichten könnte (aber nicht „dürfte“). Darauf kommt es hier indes nicht mehr an. Denn selbst wenn man diesem Ansatz folgen würde, käme ein Beweisverwertungsverbot hier schon nach dem Grundsatz „venire contra factum proprium“ nicht in Betracht, da die Antragstellerseite schriftlich dokumentiert am 19. Oktober 2021 (Bl. 120 d.A.) auf den Verbleib der Probe verzichtet hat. Dass der Verzicht durch die Ehefrau des Antragstellers erfolgte, ist insoweit unschädlich, als diese ebenfalls als Unternehmerin im Sinne des § 3 Nr. 7 LFGB anzusehen ist. Dies ergibt sich schon nach dem äußeren Auftreten „des Hofladens“, wie sie sich auch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung teilweise immer noch darstellt. Der Antragsteller hat offensichtlich mittlerweile zumindest das Impressum seiner Homepage soweit angepasst, dass nur noch er als Verantwortlicher dort genannt wird. Dennoch ist aktenkundig gesichert, dass zum 16. November 2021 das Impressum die Ehefrau und den Antragsteller auswies (Bl. 24 d.A.). Darüber hinaus wirbt der Hofladen auch zum jetzigen Zeitpunkt immer noch im Namen des Antragstellers und seiner Ehefrau auf seiner Homepage (Bildunterzeile). Ebenso ist unter dem Registerlink „Über uns“ auf der Homepage aufgeführt, dass der Antragsteller mit seiner (namentlich genannten) Frau im Jahre 1987 den Spargelanbau forciert hat. Weiter wird dort über „unseren“ Hofladen berichtet. Schließlich deutet auf die Unternehmerstellung der Ehefrau des Antragstellers auch hin, dass sie auf dem Probennahmeprotokoll unterschrieben hat, obwohl dieses deutlich als betroffenes Unternehmen „… und …“ ausweist. Insofern ist von einer wirksamen Verzichtserklärung auszugehen, die im Mindestmaß das Berufen auf ein Beweisverwertungsverbot nach dem Grundsatz venire contra factum proprium unzulässig macht.

61
1.3 Es liegt auch ein erheblicher Verstoß gegen eine Vorschrift im Anwendungsbereich des LFGB vor, welches die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro erwarten lässt (§ 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB).

62
1.3.1 Der Antragsteller hat durch das Bereithalten der 17 mit Schimmel befallenen Käselaibe im Kühlraum seines Ladens gegen § 1 Abs. 3 LFGB i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VO (EG) 178/2002 bzw. § 12 LFGB verstoßen, weil sich hierin ein Inverkehrbringen von zum Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln manifestiert.

63
Nach Art. 14 Abs. 5 VO (EG) 178/2002 ist für die Frage der Geeignetheit zum Verzehr unter anderem daran anzuknüpfen, ob das Lebensmittel aufgrund Verderbs zum Verzehr inakzeptabel geworden ist. Dass dies bei den verschimmelten Käselaiben anzunehmen ist, bedarf aufgrund der obigen Ausführungen keiner weiteren Erläuterung. Insofern kann auch dahingestellt bleiben, ob darüber hinaus sogar eine Gesundheitsgefahr von den Käselaiben ausging.

64
Es liegt auch deutlich ein Inverkehrbringen im Sinne vom Art. 3 Nr. 8 VO (EG) 178/2002 vor, welches als Bereithalten zum Verkauf definiert ist. Die Lagerung der Käselaibe im Kühlraum des Hofladens ist ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer Verkaufsabsicht. Auch ist dem Antragsgegner insofern zuzustimmen, dass die vom Antragsteller angekündigte Einholung eines Unbedenklichkeitsgutachtens für den Antragsteller keinen Sinn machen dürfte, wenn er sich nicht dem berechtigten Vorwurf eines Inverkehrbringens ausgesetzt gesehen hätte. Insofern sind vorliegend auch deswegen keine weiteren Ausführungen angezeigt, weil die Antragstellerseite nirgends qualifiziert den Vorwurf des Inverkehrbringens bestritten hat. Zwar machte die Antragstellerseite umfangreiche Ausführungen, warum aus einer oder jener Tatsache nicht auf ein Inverkehrbringen geschlossen werden dürfte, jedoch ist die Frage, zu welchem anderen Zweck - wenn nicht zum Verkauf - am 19. Oktober 2021 17 verschimmelte Käselaibe im Kühlraum des Hofladens gelagert worden sind, nicht einmal im Ansatz etwas ausgeführt worden. Nachvollziehbare Gründe sind mit Ausnahme einer Verkaufsabsicht nicht ersichtlich. Aus diesem Grund bestehen von Gerichtsseite keinerlei Zweifel an der Verkaufsabsicht und damit am Inverkehrbringen im Sinne obiger Vorschriften.

65
1.3.2 Auch die übrigen Voraussetzungen von § 40 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 LFGB liegen vor. An der Erheblichkeit des Verstoßes bestehen schon aufgrund der Anzahl von 17 verdorbenen Käselaiben keinerlei Zweifel. Dies gilt schon aufgrund der bei diesen Mengen potentiell betroffenen Anzahl von Kunden (vgl. BayVGH, B.v. 28.11.2019 - 20 CE 19.1995 - juris Rn. 55 ff. = NVwZ-RR 2020, 830). Gleiches gilt für die

Höhe des zu erwartenden Bußgelds, welches ebenfalls aufgrund dieser Mengen über 350 Euro liegen dürfte.

66
Aus diesem Grund ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

67
2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

68
3. Die Entscheidung zum Streitwert fußt auf § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Ziffer 25.2 des Streitwertkatalogs. Ein Streitwert von 5000,00 Euro scheint dem eventuell zu erwartenden Schaden bei einer Veröffentlichung angemessen, da die 17 Käselaibe nach Auskunft durch den Antragsteller lediglich einen Wert von 80 Euro pro Stück haben. Insofern ist auch unter Berücksichtigung weiterer negativer Auswirkungen einer Veröffentlichung lediglich die Festsetzung des Auffangwerts gerechtfertigt. Eine Reduktion des Auffangwerts im Hinblick darauf, dass es sich vorliegend um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes handelt, kommt nicht in Betracht, da die Hauptsache hier vorweggenommen wird (vgl. BayVGH, B.v. 4.8.2020 - 20 CE 20.719 - juris Rn. 103).