

## Unternehmer vor der Veröffentlichung nach § 40 Abs. 3 LFGB anzuhören

**Lüneburg (nr) Das OVG Lüneburg stellte fest, dass ein Anhörungsmangel eines von Internetveröffentlichungen betroffenen Unternehmers nach § 40 Abs. 1, 3 LFGB nicht durch den Austausch von Schriftsätzen im gerichtlichen Verfahren geheilt werden kann.** (OVG Lüneburg, Az.: 14 ME54/22, Beschluss vom 17.02.2022; VG Lüneburg, Az.: 6 B 78/21, Beschluss vom 20.10.2021)

Die Antragstellerin – ein Lebensmitteldiscounter mit Filialen in ganz Deutschland – begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die sofortige Löschung der Warnung bezüglich einer Charge betreffend die Eigenmarke „E.“ Hähnchennuggets, die der behördliche Antragsgegner unter **Fehler! Linkreferenz ungültig.** veröffentlicht hatte.

Am 23.08.2021 fand ein Endverbraucher in seinen Hähnchennuggets ein blaues Plastikteil mit einem Durchmesser von ca. 1,4 cm und zwei Bruchkanten in einem Hähnchennugget aus einer Packung C. – D. Diese Packung gehörte zu einer Charge, die von einem in F. ansässigen Unternehmen, der G., für die Antragstellerin hergestellt worden ist. Der Endverbraucher setzte hierüber zunächst die Lebensmittelüberwachungsbehörde des Rhein-Erft-Kreises und diese wiederum die zuständige Behörde, nämlich die Antragsgegnerin, darüber in Kenntnis.

Die Antragsgegnerin informierte die Herstellerin G. über das Vorhaben der Veröffentlichung einer Warnung und gab dieser Gelegenheit zur Stellungnahme. Zur Schaffung einer eigenständigen Abhilfe war die Herstellerin nicht bereit. Noch am selben Tag übermittelte die Antragsgegnerin eine entsprechende Schnellwarnmeldung an das Niedersächsische Landesamt für Verbraucherschutz (LAVES). In dieser Meldung warnt der Antragsgegner vor dem Verzehr einer bestimmten Charge des Lebensmittels mit dem Mindesthaltbarkeitsdatum 28. Juli 2022 und ruft die Produkte dieser Charge zurück, da in diesem Lebensmittel ein Kunststoffteil gefunden wurde. Neben der Herstellerin wird auch die Antragstellerin als Inverkehrbringerin aufgeführt.

Bereits am 17.09.2021 hat die Antragstellerin bereits beim VG Lüneburg einstweiligen Rechtsschutz ersucht und Folgendes begehrt: Die Antragsgegnerin soll die Veröffentlichung der Warnmeldung bezüglich der „C. – D.“ vom 3. September 2021 auf dem Internetportal [www.lebensmittelwarnung.de](http://www.lebensmittelwarnung.de) unverzüglich

zurücknehmen bzw. löschen sowie eine Veröffentlichung dieser Warnung auf anderem Wege unterlassen. Diesem Antrag gab das VG Lüneburg nicht statt. Hiergegen ist die Beschwerde der Antragstellerin vor dem OVG Lüneburg gerichtet. Das OVG Lüneburg gab der Beschwerde statt und verpflichtete die Antragsgegnerin dazu, dem Begehren der Antragstellerin vorläufig nachzukommen.

An der Zulässigkeit der Beschwerde kamen keine Zweifel auf. Das OVG Lüneburg erachtete die Beschwerde zudem für begründet, da die vom Antragsgegner veranlasste Veröffentlichung der Warnmeldung bezüglich des Lebensmittels „C. – D.“ vom 03.09.2021 auf dem Internetportal [www.lebensmittelwarnung.de](http://www.lebensmittelwarnung.de) mangels Anhörung bereits als formell rechtswidrig einzustufen sei, weswegen auch die Voraussetzungen für den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gegeben seien. Eine materielle Rechtmäßigkeit der Warnmeldung sei hingegen unzweifelhaft gegeben.

Das Obsiegen der Antragstellerin stützte das OVG Lüneburg insbesondere auf den erfolgten Anhörungsmangel: Die zwingende Anhörung des Betroffenen vor der Veröffentlichung einer solchen Warnung ergibt sich bereits aus § 40 Abs. 3 LFGB. Danach ist die zuständige Behörde verpflichtet, „den Hersteller oder den Inverkehrbringer“ vor der Information der Öffentlichkeit anzuhören. Entgegen der Ansicht des VG Lüneburg war es nicht ausreichend, dass der Antragsgegner nur die Herstellerin, nicht aber die Antragstellerin, angehört hat, da sie vorliegend wegen ihrer Nennung in der Warnung als Inverkehrbringerin ebenso von der Veröffentlichung der Warnung betroffen war.

Der Mangel der Anhörung konnte auch nicht durch § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt werden. Eine Heilung kommt nur in Betracht, wenn die unterbliebene Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt wurde und ihre Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht wurde. Hieran fehlt es gerade. Zum einen hielt die Antragsgegnerin eine Anhörung der Antragstellerin schon nicht für erforderlich und änderte ihre Meinung diesbezüglich auch nicht. Zum anderen kann bei einer Nachholung der Anhörung aufgrund der bereits erfolgten Veröffentlichung der Warnung ein etwaiges Vorbringen der Antragstellerin schon nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden. Aus diesem Grund stellen Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im gerichtlichen

Verfahren nach höchstrichterlicher Rechtsprechung regelmäßig keine nachträgliche Anhörung im Sinne dieser Regelung dar.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 45 Abs. 2 VwVfG, wonach eine Anhörung grundsätzlich bis zur letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen (Hauptsache-)Verfahrens nachgeholt werden kann. Dieser Grundsatz kann im Hinblick auf das Wesen des Eilrechtsschutzes jedoch keine Anwendung finden. Im Eilverfahren kommt es maßgeblich darauf an, ob der Anordnungsanspruch zum Zeitpunkt der gerichtlichen (Eil-)Entscheidung glaubhaft gemacht worden ist, ob also bis zu diesem Zeitpunkt eine Anhörung erfolgt ist. Bis zu einer ordnungsgemäßen Nachholung der Anhörung ist die Information der Öffentlichkeit (formell) rechtswidrig und darf daher auch nicht erfolgen, wogegen die bereits erfolgte Veröffentlichung der Warnung gerade verstößt.