

Weiss · Walter · Fischer-Zernin  
Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Stand: 22.12.2020

---

## Rechtsgutachten

### Überwachungsstrukturen komplexer Lebensmittelbetriebe

Eine Analyse der Rechtsgrundlagen der Bayerischen Kontrollbehörde für  
Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (Bay. KBLV)

---

erstellt im Auftrag von  
Frau Rosi Steinberger, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
Mitglied des Bayerischen Landtags

Rechtsanwalt Dr. Markus Kraus, Maître en Droit (Univ. Bordeaux)  
Kardinal-Faulhaber-Straße 10, 80333 München  
Tel + 49 (89) 290 719-18 Fax: + 49 (89) 290 719-17  
E-Mail: m.kraus@rae-weiss.de Internet: www.rae-weiss.de

**Inhaltsverzeichnis:**

**1. Teil: Einleitung**

1. Auftrag des Gutachtens .....	3
2. Sachverhalt.....	3

**2. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Beantwortung der Gutachtenanfrage..... 5**

1. Wesentliche Ergebnisse des Gutachtens.....	5
2. Beantwortung der Gutachtenfrage .....	7

**3. Teil: Gutachten .....** 7

**1. Materielle Verfassungswidrigkeit von Art. 5a Abs. 1, Art. 34 Abs. 2 GDVG..... 8**

1.1. Zu den die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründenden Rechtsgrundlagen.....	8
1.2. Vorbehalt des Gesetzes als Prüfungsmaßstab zuständigkeitsbegründender Regelungen .....	9
1.3. Konsequenzen des Vorbehalts des Gesetzes für zuständigkeitsbegründende Regelungen .....	10
1.4. Verstoß von Art. 5a Abs. 1, Art. 34 Abs. 1, 2 GDVG gegen den Vorbehalt des Gesetzes.....	12
1.5. Fazit: formelle Verfassungswidrigkeit von Art. 5a Abs. 1, Art. 34 Abs. 1, 2 GDVG.....	14

**2. Rechtswidrigkeit von § 9 GesVSV .....** 14

**2.1. Formelle Rechtswidrigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV.....** 15

2.1.1. Fehlerhaftes Rechtsetzungsverfahren und Unwirksamkeit der Referenzwerte.....	15
2.1.1.1. Verstoß gegen Art. 53 S. 1 BV i.V.m. § 15 Abs. 7 StRGO.....	15
2.1.1.2. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 BV.....	16
2.1.1.3. Konsequenz: Unwirksamkeit der Referenzwerte.....	17
2.1.2. Form: Ausfertigung und Verkündung .....	17
2.1.3. Zwischenergebnis: formelle Rechtswidrigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV.....	18

**2.2. Materielle Rechtswidrigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV .....** 18

**2.2.1. Einhaltung der Vorgaben des Delegationsgesetzes .....** 19

2.2.1.1. Nichtigkeit von Art. 5a Abs. 1 S. 3, Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG .....	19
2.2.1.2. Zur Rechtsgrundlage für die Dienstsitze der Bay. KBLV.....	19
2.2.1.3. Fazit .....	19

**2.2.2. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.....** 20

2.2.2.1. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.....	20
2.2.2.1.1. Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes.....	20
2.2.2.1.2. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz: Beispiel Fertigerichte.....	21
2.2.2.1.3. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz: Beispiel Fleisch / Fleischerzeugnisse .....	23
2.2.2.1.4. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz: Referenzwerte (allgemein).....	24
2.2.2.1.5. Zwischenergebnis.....	26
2.2.2.2. Verstoß gegen den Grundsatz der Normklarheit und -bestimmtheit.....	26
2.2.2.3. Verstoß gegen das Publizitätsgebot.....	29
2.2.2.4. Zwischenergebnis.....	29

**3. Praktische Konsequenzen für die Überwachung komplexer Betriebe.....** 30

## 1. Teil: Einleitung

### 1. Auftrag des Gutachtens

- 1.1. Frau Dipl. Ing. Agr. Rosi Steinberger, Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, ist Mitglied des Bayerischen Landtags und Vorsitzende des Ausschusses für Umwelt und Verbraucherschutz. Sie hat die Sozietät Weiss · Walter · Fischer-Zernin beauftragt, ein Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der Rechtsgrundlagen der Bayerischen Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (nachfolgend: Bay. KBLV) mit höherrangigem Recht anhand ausgewählter Beispiele zu erstellen.
- 1.2. Die nachfolgenden Ausführungen unterziehen die derzeit geltenden Rechtsgrundlagen der Bay. KBLV, wie sie in Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG sowie § 9 Abs. 2 GesVSV enthalten sind, anhand ausgewählter Problemfelder einer kritischen Würdigung und zeigen die daraus resultierenden Konsequenzen für die Rechtspraxis auf.

### 2. Sachverhalt

- 2.1. Im Rahmen der Strukturreform der bayerischen Lebensmittelüberwachung hat der bayerische Gesetzgeber die Bay. KBLV geschaffen.<sup>1</sup> § 9 GesVSV weist der Kontrollbehörde die Vollzugs- und Kontrollkompetenz für Betriebe zu, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt.
- 2.2. Die Errichtung der Bay. KBLV geht auf ein Gutachten des Bayerischen Obersten Rechnungshofs über das amtliche Veterinärwesen und die Lebensmittelüberwachung in Bayern zurück, das die Bayerische Staatsregierung aufgrund einer Vielzahl von Lebensmittelskandalen im Jahr 2015 in Auftrag gab.<sup>2</sup> Dieses Gutachten attestierte den mit dem Vollzug des Lebensmittelrechts betrauten Behörden im Freistaat Bayern massive Defizite und bemängelte die Effektivität und Effizienz der behördlichen Strukturen. Ein wesentliches Ergebnis des Gutachtens stellen Empfehlungen zur Verbesserung der Struktur der Lebensmittelüberwachung dar, mit dem Ziel, zur Risikominimierung den gesundheitlichen Verbraucherschutz so effektiv wie möglich zu gestalten.<sup>3</sup>
- 2.3. Als Reaktion auf dieses Gutachten beschloss die Bayerische Staatsregierung Anfang August 2016 die Errichtung einer zentralen Kontrollbehörde. Diese wurde zum 01.08.2017 mit der Bay. KBLV gegründet, die nach Art. 5a Abs. 1 S. 1 GDVG i.V.m. § 9 Abs. 1 GesVSV ihren Sitz

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 5a Gesetz zur Reform der staatlichen Veterinärverwaltung und Lebensmittelüberwachung, vom 12. Juli 2017, GVBl. S. 366 ff..

<sup>2</sup> Vgl. Bay. ORH, Gutachten zur Struktur und Organisation des amtlichen Veterinärwesens und der Lebensmittelüberwachung vom 12.02.2016, Az.: V-900.15-146-4-1.

<sup>3</sup> Vgl. Bay. ORH, Gutachten zur Struktur und Organisation des amtlichen Veterinärwesens und der Lebensmittelüberwachung vom 12.02.2016, Az.: V-900.15-146-4-1, S. 156 ff..

in Kulmbach sowie eine weitere Dienststelle in Erding hat.<sup>4</sup> Die Bay. KBLV ist nach Art. 5a Abs. 1 GDVG<sup>5</sup> dem Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (Bay. LGL) nachgeordnet und erfüllt nach Maßgabe gesonderter Vorschriften Kontroll- und Vollzugsaufgaben der Veterinär- und Lebensmittelüberwachung, insbesondere hinsichtlich solcher Betriebe, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt.

- 2.4. Die sachliche Zuständigkeit der Bay. KBLV wurde zunächst durch das Bay. StMUV durch § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 bis 3, Abs. 3 GesVSV a.F.<sup>6</sup> konkretisiert und erstreckt sich insbesondere auf komplexe, überregional tätige Betriebe, die einer Zulassung nach der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 bedürfen oder einer der dort genannten Betriebskategorie zuzuordnen sind, und nicht in kreisfreien Gemeinden ansässig sind. Darunter fallen insbesondere große Schlachtbetriebe, Molkereien und Sprossenerzeuger, Hersteller von Lebensmitteln für Säuglinge und Kleinkinder, Getreidemühlen, Eierpackstellen, Bäckereien, Mälzereien, Zuckerhersteller, Gewürzhersteller sowie Geflügelbetriebe mit 40.000 und mehr Plätzen.<sup>7</sup> Zudem ist die Bay. KBLV seit 01.01.2018 für die Grenzkontrollstelle des Flughafens München<sup>8</sup> zuständig und übernimmt als Dachstelle Export die Aufgaben im Exportsektor<sup>9</sup>, die bisher durch das Bay. LGL nach § 2a Abs. 2 Ziff. 3 LAV-UGV a.F. wahrgenommen wurden.
- 2.5. Die Zuständigkeit der Bay. KBLV wurde ursprünglich nach § 9 Abs. 2 S. 1, 2 GesVSV a.F. durch einen bestandskräftigen Verwaltungsakt festgestellt.<sup>10</sup> Diese Zuständigkeitsfeststellungsbescheide qualifizierte das Verwaltungsgericht Regensburg<sup>11</sup> in mehreren Entscheidungen für unwirksam, da die für den Zuständigkeitswechsel maßgebliche Vorschrift des § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. aufgrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes unwirksam war; insbesondere ließ sich anhand dieser Regelung nach Ansicht des Gerichts nicht klar erkennen, ob ein Betrieb „überregional tätig“ war und in die Zuständigkeit der Bay. KBLV übergeht.

Nachdem sich in dem durch die Staatsregierung angestrebten Berufungsverfahren abzeichnete, dass die ursprüngliche Regelungsstruktur mittels Zuständigkeitsfeststellungsbescheids rechtlich nicht belastbar ist, erließ das Bay. StMUV eine Änderungsverordnung<sup>12</sup>, die die Definition eines „überregional tätigen Betriebs“ durch Festlegung von Referenzwerten zum 01.11.2019 ersetzte.

---

<sup>4</sup> Darüber hinaus hat die Bay. KBLV weitere Dienststellen in Buchloe und dem Nürnberger Land (geplant).

<sup>5</sup> Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz (GDVG) vom 24. Juli 2003, GVBl. S. 452, 752, BayRS 2120-1-U/G, zuletzt geändert durch Art. 39b Abs. 7 des Gesetzes vom 15. Mai 2018, GVBl. S. 230.

<sup>6</sup> Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung (GesVSV) vom 1. August 2017, GVBl. 2017, S. 402, BayRS 2120-11-U, geändert durch die durch Verordnung vom 7. Mai 2018, GVBl. 2018, S. 352, BayRS 2120-11-U.

<sup>7</sup> Für die übrigen Lebensmittelunternehmen bleibt weiterhin die Kreisverwaltungsbehörde vor Ort zuständig.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 5a Abs. 4 GDVG.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 1 GDVG.

<sup>10</sup> Entsprechende Regelungssystematik war ursprünglich nach Ansicht des Bay. StMUV aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, vgl. bereits den ersten Verordnungsentwurf vom 08.12.2016, S. 26.

<sup>11</sup> Vgl. VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RN 5 K 17.2071, Az.: RO 5 K 17.2098, Az.: RO 5 K 17.2099, Az.: RO 5 K 17.2100, Az.: RO 5 K 17.2141, Az.: RO 5 K 17.2158, so auch *Kraus*, ZLR 2018, 714 [722 f.]; *Kautz*, ZLR 2019, 242 [254-256]; a.A. nur VG Würzburg, Urt. v. 30.07.2018, Az.: W 8 K 17.1467.

<sup>12</sup> Vgl. Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 7. Oktober 2019, GVBl. 2019, S. 602, BayRS 2120-11-U.

- 2.6. Aufgrund der neuen Rechtslage hob die Bay. KBLV die Zuständigkeitsfeststellungsbescheide in dem laufenden Berufungsverfahren auf. Die Parteien erklärten daraufhin den Rechtsstreit für erledigt, sodass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes nach § 161 Abs. 2 VwGO lediglich noch über die Kosten zu entscheiden hatte. Mit einer für eine Kostenentscheidung bemerkenswerten Reflexionstiefe stellte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in mehreren Beschlüssen<sup>13</sup> fest, dass § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig ist. Zudem waren die Zuständigkeitsfeststellungsbescheide als sog. Verfahrenshandlung nicht der Bestandskraft fähig. Damit existierten für Großbetriebe im Freistaat Bayern bis Anfang 2020 keine belastbaren Überwachungsstrukturen.<sup>14</sup>
- 2.7. In Reaktion auf diese Entscheidungen des Bay. VGH hat das Bay. StMUV<sup>15</sup> erneut die GesVSV geändert.<sup>16</sup> Seit 01.03.2020 wird die Zuständigkeit der Bay. KBLV nicht mehr durch feststellenden Verwaltungsakt (sog. Zuständigkeitsfeststellungsbescheid) begründet. Vielmehr ergibt sich die Zuständigkeit der Kontrollbehörde direkt aus dem Gesetz, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen von § 9 Abs. 2 GesVSV erfüllt sind; in diesem Fall hat die Bay. KBLV die Anlagenbetreiber und die Betriebe lediglich über ihre Zuständigkeit zu informieren. Aber auch diese Regelungen genügen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

## 2. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Beantwortung der Gutachtenanfrage

### 1. Wesentliche Ergebnisse des Gutachtens

- 1.1. Die Bay. KBLV ist nach Art. 5a Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG für Lebensmittelbetriebe zuständig, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt.

---

<sup>13</sup> Siehe nur Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118; Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 BV 18.2648; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645.

<sup>14</sup> Zur Konsequenz der Beschlüsse des Bay. VGH vgl. nur *Kautz*, ZLR 2020, 236 [240]: „Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, bei dem Zuständigkeitsfeststellungsbescheid handle es sich um eine Verfahrenshandlung im Sinne des § 44a VwGO, hat zur Folge, dass er nicht selbstständig in Bestandskraft erwächst. Damit fehlt eine in § 9 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GesVSV normierte Voraussetzung für den Übergang der Zuständigkeit auf die KBLV. Dies muss dann konsequenterweise für alle auf der Grundlage von § 9 Abs. 2 GesVSV ergangenen Zuständigkeitsfeststellungsbescheide gelten. Keiner dieser Bescheide ist bestandskräftig geworden. Damit ist auch die KBLV zunächst für keinen der Betriebe, die einen Zuständigkeitsfeststellungsbescheid erhalten haben, zuständig geworden.“

<sup>15</sup> Vgl. Bay. StMUV, Schreiben an die Regierungen und das Bay. Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom 28.02.2020, Az.: 47-G8900-2017/9-34: „[...] In Einstellungsbeschlüssen vom 18.12.2019 zu den anhängigen Anfechtungsklagen äußerte sich der VGH in der Begründung auch zum Verwaltungsakt, mit dem die Zuständigkeit der KBLV festgestellt wird. Das Gericht warf dabei die Frage auf, ob die Regelung eines besonderen Verfahrens zur Feststellung der Zuständigkeit in einer Verordnung zulässig ist. Aufgrund dieses Hinweises hat das StMUV die GesVSV geändert. [...]“

<sup>16</sup> Die Staatsregierung bzw. das Bay. StMUV standen dabei unter massivem Druck des Bayerischen Landtags, der Anfang 2020 fraktionsübergreifend im Rahmen seiner parlamentarischen Kontrollrechte nicht nur feststellte, dass für Großbetriebe „derzeit keine belastbare Überwachungsstruktur in Bayern“ bestehen, sondern zugleich mehrere Dringlichkeitsanträge und Anträge ins Plenum einbrachte, vgl. Antrag 18/5906 vom 29.01.2020 der Abgeordneten *Katharina Schulze, Ludwig Hartmann, Rosi Steinberger* u.a., BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, LT-Drs. 18/5906, Dringlichkeitsantrag 18/6162 vom 05.02.2020 der Abgeordneten *Martin Hagen, Christoph Skutella, Julika Sandt* u.a., FDP, LT-Drs. 18/6162, sowie Dringlichkeitsantrag 18/6218 vom 06.02.2020 der Abgeordneten *Horst Arnold, Florian von Brunn, Ruth Müller* u.a., SPD, LT-Drs. 18/6218.

Diese Rechtsgrundlagen sind jedoch nicht geeignet, die Zuständigkeit der Kontrollbehörde zu begründen, da sie dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitslehre widersprechen.

Art. 5a Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG bestimmen nicht hinreichend konkret die wesentlich zu regelnde Materie der Zuständigkeit und Organisation der Bay. KBLV, sondern überlassen dies in unzulässiger Weise der Verwaltung. Sollen komplexe Lebensmittelbetriebe aufgrund einer Sonderzuständigkeit einer spezialisierten Kontrollbehörde unterstellt werden, die mit umfassenden Vollzugs-, Kontroll- und Sanktionskompetenzen ausgestattet ist, so muss sich bereits aus dem Gesetz ergeben, unter welchen Voraussetzungen die Sonderbehörde für die Betriebe zuständig ist. Diesen Anforderungen werden Art. 5a Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG nicht gerecht.

Der Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes führt zur Nichtigkeit der Art. 5a Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG. Das Bay. StMUV kann daher die Zuständigkeit der Bay. KBLV nicht durch eine auf Grundlage dieser Vorschriften erlassenen Rechtsverordnung, der Gesundheitlichen Verbraucherschutz-Verordnung (GesVSV), begründen (dazu unter 3. Teil, Ziff. 1.).

- 1.2. Ungeachtet dessen entspricht § 9 Abs. 2 GesVSV nicht den Anforderungen an höherrangiges Recht, da die Vorschrift formell und materiell verfassungswidrig ist (dazu unter 3. Teil, Ziff. 2.).

Formell genügt § 9 Abs. 2 GesVSV nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, da das Bay. StMUV im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung der Referenzwerte im Herbst 2019 jedenfalls nicht alle relevanten Wirtschaftsverbände angehört hat. Damit liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG, Art. 118 BV vor (dazu unter 3. Teil, Ziff. 2.1.).

Einer materiell-rechtlichen Prüfung hält § 9 Abs. 2 GesVSV nicht stand, da die Vorschrift gegen den verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgrundsatz, den Grundsatz der Normklarheit und der -normwahrheit sowie gegen das Publikationsverbot verstößt (dazu unter 3. Teil, Ziff. 2.2.). Mangels Bestimmtheit und Klarheit der Änderungsverordnung des Bay. StMUV vom 07.10.2019 war es der Bayerischen Staatskanzlei nicht möglich, eine konsolidierte Fassung von § 9 Abs. 2 GesVSV auf dem Internetportal BAYERN.RECHT zu veröffentlichen (dazu unter 3. Teil, Ziff. 2.2.2.).

- 1.3. Die die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründenden Vorschriften entsprechen nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben und sind daher nichtig. Dies hat zur Konsequenz, dass für komplexe Betriebe weiterhin die Kreisverwaltungsbehörden zuständig sind (dazu unter 3. Teil, Ziff. 3.).

## 2. Beantwortung der Gutachtenfrage

- 2.1. Im Freistaat Bayern existieren momentan keine belastbaren Überwachungsstrukturen für komplexe Großbetriebe. Die Rechtsgrundlage der im Rahmen der Strukturreform der bayerischen Lebensmittelüberwachung gegründeten Bay. KBLV hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Sowohl die einfachgesetzliche Grundlage in Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG als auch der durch das Bay. StMUV erlassene § 9 Ges-VSV stehen im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Vorgaben und sind daher nichtig.
- 2.2. Für die Rechtspraxis hat dies zur Konsequenz<sup>17</sup>, dass jeder Verwaltungsakt, der durch die Bay. KBLV erlassen wird, formell rechtswidrig ist und im Rechtsbehelfsverfahren aufzuheben ist. Bestandskräftige Verwaltungsakte können nicht vollstreckt werden. Entsprechendes gilt für Bußgeldbescheide, die die Bay. KBLV erlässt.
- 2.3. Die durch das Gutachten des Bayerischen Obersten Rechnungshofs postulierte Empfehlung, die Struktur der Lebensmittelüberwachung im Freistaat Bayern mit dem Ziel zu verbessern, zur Risikominimierung den gesundheitlichen Verbraucherschutz so effektiv wie möglich zu gestalten, hat das Bay. StMUV bisher nicht erreicht.<sup>18</sup>

Soll die Strukturreform der bayerischen Lebensmittelüberwachung nicht scheitern, bedarf es insbesondere im Hinblick auf die in der Praxis dringend benötigte Rechtssicherheit einer umfassenden Optimierung<sup>19</sup> der bestehenden Überwachungsstrukturen für komplexe Lebensmittelbetriebe. Dabei ist neben den betroffenen Verbänden der Lebensmittelwirtschaft insbesondere der Bayerische Landtag als parlamentarischer Gesetzgeber in das Gesetzgebungsverfahren einzubinden. Der Bayerische Landtag hat als demokratisch legitimiertes Organ selbst die Zuständigkeit und die Organisation der Kontrollbehörde zu regeln; diese Kompetenzen stehen dem Bay. StMUV als Teil der Exekutive (bzw. der Gubernative) nicht zu.

## 3. Teil: Gutachten

Die Bay. KBLV erfüllt nach Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG alle Kontroll- und Vollzugsaufgaben der Veterinär- und Lebensmittelüberwachung, insbesondere hinsichtlich solcher Betriebe, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt. Aus Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG ergibt sich ergänzend, dass das Bay. StMUV die Zuständigkeit durch Rechtsverordnung regeln kann.<sup>20</sup> Gestützt auf diese Ermächtigungsgrundlage erlies das Bay.

---

<sup>17</sup> Zu den praktischen Konsequenzen der Nichtigkeit der zuständigkeitsbegründenden Vorschriften, vgl. unten 3. Teil, Ziff. 3.

<sup>18</sup> Vgl. Bay. ORH, Gutachten zur Struktur und Organisation des amtlichen Veterinärwesens und der Lebensmittelüberwachung vom 12.02.2016, Az.: V-900.15-146-4-1, S. 156 ff..

<sup>19</sup> Im Rahmen der Optimierung sollte insbesondere auch geprüft werden, ob der bestehende Rechtsrahmen der Bay. KBLV in Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG zweckdienlich ist.

<sup>20</sup> Vgl. zur Konkretisierung der Zuständigkeit der Kontrollbehörde durch eine Verordnung den Gesetzesentwurf zur Reform der staatlichen Veterinärverwaltung und Lebensmittelüberwachung, LT-Drs. 17/16103, S. 15.

StMUV die Vorschrift des § 9 GesVSV. Infolgedessen müssen sowohl Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG als auch § 9 Abs. 2 GesVSV höherrangigem Recht entsprechen.

## 1. Materielle Verfassungswidrigkeit von Art. 5a Abs. 1, Art. 34 Abs. 2 GDVG

Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG sowie Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG sind als Rechtsgrundlage für eine Zuständigkeitsbegründung der Bay. KBLV ungeeignet, da sie dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalt des Gesetzes und dem Wesentlichkeitsgrundsatz widersprechen.

### 1.1. Zu den die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründenden Rechtsgrundlagen

1.1.1. Nach Art. 5a Abs. 1 GDVG besteht eine Bayerische Kontrollbehörde für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (Kontrollbehörde) mit Sitz in Kulmbach, die dem Landesamt nachgeordnet ist. Sie erfüllt nach Maßgabe gesonderter Vorschriften Kontroll- und Vollzugsaufgaben der Veterinär- und Lebensmittelüberwachung, insbesondere hinsichtlich solcher Betriebe, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt. Ergänzend hierzu kann das Bay. StMUV der Kontrollbehörde nach Art. 34 Abs. 2 GDVG auch abweichend von landesrechtlich normierten Zuständigkeiten einzelne spezialisierte Zuständigkeiten der Veterinär-, Futter- und Lebensmittelüberwachung sachlich und örtlich zuweisen, insbesondere soweit zu erwarten steht, dass die Kontrollbehörde sie auf Grund ihrer Ausstattung oder speziellen personellen Qualifikationen besonders sachkundig erfüllen kann.

1.1.2. Diese Rechtsgrundlagen waren lediglich vereinzelt Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. So hatte sich das VG Würzburg<sup>21</sup> mit der Vereinbarkeit von Art. 5a Abs. 1 GDVG mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 BV und der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG bzw. Art. 101 BV auseinandergesetzt. Ungeachtet der Tatsache, dass diese Urteile aufgrund der Beschlüsse des Bay. VGH<sup>22</sup> obsolet sind, haben sich die Instanzgerichte bisher nicht mit dem aus Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV abzuleitenden Vorbehalt des Gesetzes, der Wesentlichkeitstheorie<sup>23</sup> und den daraus resultierenden Konsequenzen für zuständigkeitsbegründende Vorschriften auseinandergesetzt. Demgegenüber hat der Bay. VGH bereits in seinen Beschlüssen<sup>24</sup> im Dezember 2019 insbesondere darauf hingewiesen, dass wesentliche Entscheidungen – wie die durch § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. erfolgte Einrichtung eines besonderen Verwaltungsverfahrens, an des-

---

<sup>21</sup> Vgl. VG Würzburg, Urt. v. 30.07.2018, Az.: W 8 K 17.1467, Rn. 51 unter Verweis auf VG Würzburg, Urt. v. 30.07.2018, Az.: W 8 K 17.1477.

<sup>22</sup> Vgl. nur Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5.

<sup>23</sup> Vgl. nur BVerfGE 147, 253. Ferner *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 72. Ergänzungslieferung 2014, Art. 20, Rn. 106.

<sup>24</sup> Vgl. nur Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5.



sen Ende eine zuständigkeitsbegründende Verwaltungsentscheidung steht – der formelle Gesetzgeber zu treffen hat. Nachdem der Bay. VGH bereits § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. als nichtig erachtete, bedurfte es keiner weitergehenden Prüfung von Art. 5a Abs. 1 GDVG sowie Art. 34 Abs. 2 GDVG.

- 1.1.3. Diesen Anforderungen des durch den Bay. VGH postulierten Vorbehalts des Gesetzes bzw. den Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes müssen auch Art. 5a Abs. 1 GDVG und Art. 34 Abs. 2 GDVG entsprechen. Entsprechende verfassungsrechtliche Grundprinzipien sind daher als Prüfungsmaßstab heranzuziehen.<sup>25</sup>

## 1.2. Vorbehalt des Gesetzes als Prüfungsmaßstab zuständigkeitsbegründender Regelungen

- 1.2.1. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ist als Ausprägung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung tragendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung. Er wird im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch durch das BVerfG<sup>26</sup> aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet.<sup>27</sup> Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes darf die Verwaltung generell nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung handeln.<sup>28</sup> Staatshandeln ohne gesetzliche Grundlage ist insofern ausgeschlossen<sup>29</sup>, sofern dadurch in besonders geschützte Rechtspositionen eingriffen wird. Insofern muss grundsätzlich der Bayerische Landtag als demokratisch legitimiertes Staatsorgan die Grundlage für das Handeln der Exekutive schaffen.<sup>30</sup>
- 1.2.2. Dem parlamentarischen Gesetzgeber obliegt jedoch nicht nur die Grundentscheidung, ob die Verwaltung eine materiell-rechtliche Regelung erlassen darf, sondern er muss im Rahmen der Regelungsintensität der Verwaltung auch hinreichend klare Handlungsmaßstäbe vorgeben.<sup>31</sup> Insofern muss der Bayrische Gesetzgeber bestimmte Aspekte in einem Gesetz selbst regeln und darf diese nicht nach Art. 55 Ziff. 2 BV delegieren. Der Gesetzesvorbehalt trifft damit in einer modernen Staatsorganisation eine Aussage darüber, welche Verwaltungsmaßnahmen nur durch oder aufgrund eines (Parlaments-) Gesetzes zulässig sind und definiert damit die Kompetenzverteilung zwischen der rechtsetzenden Gewalt (Legislative) einerseits sowie der vollziehenden Gewalt (Exekutiven bzw. Gubernative) andererseits.

---

<sup>25</sup> Instruktiv zum Vorbehalt des Gesetzes bei zuständigkeitsbegründenden Vorschriften im Lebensmittelrecht, vgl. *Kautz*, ZLR 2019, 242 [248-253].

<sup>26</sup> Vgl. nur BVerfGE 40, 237 [248], 49, 89 [394]; ferner *Herzog*, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], GG-Kommentar, 72. Ergänzungslieferung 2014, Art. 20, Rn. 75.

<sup>27</sup> Teilweise wird der Gesetzesvorbehalt auch als Verfassungsgewohnheitsrecht bezeichnet und aus den Grundsätzen der parlamentarischen Demokratie, dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten abgeleitet, vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band I, 2. Auflage 1984, § 20 IV 4 b.

<sup>28</sup> Vgl. nur *Kautz*, ZLR 2019, 242 [248] m.w.N.

<sup>29</sup> Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth [Hrsg.], Grundgesetz, 16. Auflage 2020, Art. 20, Rn. 70; *Sachs*, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 113.

<sup>30</sup> Vgl. Bay. VerfGH, 33, 33 [38].

<sup>31</sup> Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], GG-Kommentar, 91. Ergänzungslieferung 2020, Art. 20 VII, Rn. 58.

- 1.2.3. Über die Reichweite der Bindung der Verwaltung an die Gesetze entscheidet – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben – grundsätzlich der parlamentarische Gesetzgeber, der durch abstrakt-generelle Vorschriften der Verwaltung und den Gerichten Entscheidungsmaßstäbe vorgibt.<sup>32</sup> Ermächtigt der Gesetzgeber im Rahmen seiner Rechtsetzungskompetenz die Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen, darf sich die vollziehende Gewalt in dem durch den Ordnungsgeber definierten Regelungsprogramm bewegen und ergänzend regelnd tätig werden.<sup>33</sup> Ob und in welchem Umfang der Exekutive Regelungskompetenzen übertragen wurden, ist durch Auslegung des materiellen Rechts zu ermitteln.<sup>34</sup> Weder die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen noch die Tatsache, dass eine Entscheidung von wesentlichen Wertungen und Prognosen abhängt, stellt eine normative Ermächtigung für die Verwaltung dar.<sup>35</sup>
- 1.2.4. Dabei verpflichtet der Vorbehalt des Gesetzes als wesentlicher Grundsatz einer parlamentarischen Staatsform den Gesetzgeber, „wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen [...]“.<sup>36</sup> Dem Wesentlichkeitsgrundsatz genügt es daher nicht, wenn lediglich ein Parlamentsgesetz vorhanden ist, vielmehr muss dessen Regelungsgehalt – der Bedeutung der Sache entsprechend – präzise sein und das Wesentliche selbst regeln.<sup>37</sup> In diesen Fällen ist eine Delegation auf die Exekutive unzulässig.<sup>38</sup> Nicht ausreichend ist es daher, wenn die gesetzliche Regelung allgemein gehaltene Grundsätze aufstellt, die die Tätigkeit der Verwaltung nicht normiert. Vielmehr muss der Inhalt der Norm so hinreichend bestimmt sein, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann, der Verwaltung klare Handlungsmaßstäbe vorgegeben werden und dass eine hinreichende gerichtliche Kontrolle möglich ist.<sup>39</sup> Dies ist bei den zuständigkeitsbegründenden Vorschriften der Art. 5a Abs. 1 GDVG und Art. 34 Abs. 2 GDVG nicht der Fall.

### 1.3. Konsequenzen des Vorbehalts des Gesetzes für zuständigkeitsbegründende Regelungen

- 1.3.1. Diese Grundsätze gelten auch für die Zuständigkeitsordnung. Zwar dient die Zuständigkeitsverteilung grundsätzlich dem Staatsorganisationsrecht. Das BVerwG<sup>40</sup> betonte jedoch bereits frühzeitig, dass die „in den Gesetzen vielfach enthaltene Zuständigkeitsverteilung [...] zwar in erster Linie dem staatlichen Interesse [dient]. Es ist aber anerkannt, dass sie

---

<sup>32</sup> Vgl. Kautz, ZLR 2019, 242 [248f.].

<sup>33</sup> Vgl. Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff [Hrsg.], Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Auflage 2017, Art. 55, Rn. 38.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009, Az.: 1 BvR 3151/07, Rn. 54; ferner Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], GG-Kommentar, Art. 19 Abs. 4, Rn. 187.

<sup>35</sup> Vgl. Kautz, ZLR 2019, 242 [251] m.w.N. in der Rechtsprechung.

<sup>36</sup> Vgl. nur BVerfGE 147, 253. Ferner Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 72. Ergänzungslieferung 2014, Art. 20, Rn. 106.

<sup>37</sup> Vgl. Bay. VerfGH, 33, 33 [38]: „Der Landtag darf sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern, dass er einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und nach Tendenz und Programm so genau wie möglich umrissen zu haben [...]“

<sup>38</sup> Zum Delegationsverbot vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.05.1972, Az.: 1 BvR 518/62, Rn. 113 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Bay. VG, Beschl. vom 28.07.2020, Az.: 20 NE 20.1609, Rn. 43.

<sup>40</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.11.1960 = BVerwGE 11, 202.

*„auch“ dem Schutze der Rechtsgenossen dient und ihre Verletzung deshalb von diesen gerichtlich geltend gemacht werden kann.“* Zudem verbindet sich mit der Zuständigkeit einer Behörde für eine bestimmte Entscheidung ein hohes Maß dafür, dass sie *„aufgrund ihrer personellen und sachlichen Ausstattung, ihrer Vertrautheit mit der zu regelnden Verhältnissen und ihrer besonderen Erfahrungen der Materie besser geeignet ist als jede andere Behörde, den Sachverhalt richtig zu ermitteln und eine richtige Entscheidung zu treffen.“*<sup>41</sup>

Rechtssystematisch folgt dies auch aus der Unbeachtlichkeitsregelung des Art. 46 Bay. VwVfG, wonach Verstöße gegen die sachliche Zuständigkeit – anders als Verstöße gegen die örtliche Zuständigkeit – beachtlich sind.<sup>42</sup> Die Zuständigkeitsordnung hat damit eine der „Sachrichtigkeit“ der inhaltlichen Entscheidung dienende Funktion<sup>43</sup> und gilt für alle staatlichen Sachentscheidungen.<sup>44</sup>

In diesem Sinne hat der bayerische Gesetzgeber die Zuständigkeitsregelungen der Bay. KBLV ausgerichtet: Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG betont, dass die Aufgabe der Bay. KBLV insbesondere der Überwachung „solcher Betriebe, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt“, dient. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG ermächtigt den Gesetzgeber die Zuständigkeit der Bay. KBLV insoweit zu begründen, als „zu erwarten steht, dass die Kontrollbehörde sie aufgrund ihrer Ausstattung unter speziellen personellen Qualifikationen besonders sachkundig erfüllen kann“.<sup>45</sup>

Dienen damit die Zuständigkeitsregelungen der Realisierung des materiellen Rechts, hat der formelle Gesetzgeber selbst die Entscheidung zu treffen, welche Behörde hierzu am besten geeignet ist.<sup>46</sup> An die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je „wesentlicher“ die von der Behörde zu treffenden Entscheidungen sind.<sup>47</sup> Insbesondere wenn die Behörde – wie vorliegend die Bay. KBLV – nach dem materiellen Recht mit umfassenden Vollzugs- und Kontrollkompetenzen ausgestattet ist<sup>48</sup> und als Ordnungsbehörde über Sanktionskompetenzen verfügt<sup>49</sup>, darf der Gesetzgeber die Regelung der Zuständigkeiten nicht ohne inhaltliche Steuerung der Exekutive überlassen.<sup>50</sup>

---

<sup>41</sup> Vgl. nur Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 67 f. m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 13.08.1996, Az.: 20 CS 96.2369 = NVwZ 1997, 399; ferner Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage 2010, § 46, Rn. 23.

<sup>43</sup> Vgl. Kautz, Absprachen im Verwaltungsrecht, 2002, S. 197; Kraus, ZLR 2018, 714 [724].

<sup>44</sup> Vgl. Kautz, ZLR 2019, 236 [245] m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. dazu bereits den Gesetzesentwurf der Staatsregierung vom 21.03.2017 zur Reform der staatlichen Veterinärverwaltung und Lebensmittelüberwachung, LT-Drs. 17/16103, B.1.

<sup>46</sup> Vgl. nur Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 67 f. m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. dazu nur Kautz, ZLR 2019, 236 [253].

<sup>48</sup> In ihrer Funktion als Lebensmittelüberwachungsbehörde ergeben sich die Eingriffsbefugnisse insbesondere aus Art. 9 f. Verordnung (EU) 2017/625 sowie § 39 ff. LFGB.

<sup>49</sup> Die Verwaltungsbehörde ist zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten sachlich nach § 36 Abs. 1 OWiG zuständig.

<sup>50</sup> Konsequenter und folgerichtig qualifizierte der Bay. VGH die „Einrichtung eines besonderen Verwaltungsverfahrens, an dessen Ende eine zuständigkeitsbegründende Verwaltungsentscheidung steht, [als] wesentliche Grundentscheidung, die der formelle Gesetzgeber treffen müsste“, vgl. nur Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5.

- 1.3.2. Neben diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist im Freistaat Bayern der in Art. 77 Abs. 1 S. 1 BV normierte interinstitutionelle Gesetzesvorbehalt zu berücksichtigen. Demnach erfolgt die Organisation der allgemeinen Staatsverwaltung, die Regelung der Zuständigkeiten und die Art der Bestellung der staatlichen Organe durch Gesetz.<sup>51</sup> Mit dieser Regelung erfolgt eine Konkretisierung der Wesentlichkeitslehre für die Zuständigkeitsregelungen und die Behördenorganisation im Freistaat Bayern.<sup>52</sup> Gesetz i.S.v. Art. 77 Abs. 1 S. 1 BV ist daher nur das förmliche Parlamentsgesetz.<sup>53</sup> Anderenfalls kann den Anforderungen der Wesentlichkeitslehre nicht entsprochen werden, da zu den wesentlichen Fragen auch gehört, welche Behörde für grundrechtsverkürzende Maßnahmen – etwa in Form von belastenden Verwaltungsakten oder Bußgeldbescheiden – zuständig ist.<sup>54</sup>
- 1.3.3. Für Zuständigkeitsregelungen gilt zumindest im Freistaat Bayern uneingeschränkt der Gesetzesvorbehalt.<sup>55</sup> Die sachliche Zuständigkeit der Bay. KBLV kann daher entweder durch ein formelles Gesetz oder eine hinreichend klare gesetzliche Grundlage für eine Zuständigkeitsregelung durch Rechtsverordnung begründet werden. In letztgenanntem Fall sind Konkretisierungen durch Rechtsverordnungen nur möglich, sofern bereits die gesetzliche Grundlage wesentliche Entscheidungen der Zuständigkeit und Organisation selbst regelt<sup>56</sup>; die Verordnungsermächtigung ist dabei grundsätzlich eng auszulegen.<sup>57</sup>

Diesen Anforderungen genügen Art. 5a Abs. 1 S. 3 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG nicht.

#### 1.4. Verstoß von Art. 5a Abs. 1, Art. 34 Abs. 1, 2 GDVG gegen den Vorbehalt des Gesetzes

- 1.4.1. Art. 5a Abs. 1 S. 3 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG enthalten als zuständigkeitsbegründende Normen der Bay. KBLV keine konkreten Vorgaben darüber, nach welchen Kriterien der Ordnungsgeber die Zuständigkeiten der Bay. KBLV zu regeln hat, sondern

---

<sup>51</sup> Nach Art. 77 Abs. 2 BV hat für die Organisation der Behörden und die Regelung ihres Verfahrens als Richtschnur zu dienen, dass unter Wahrung der notwendigen Einheitlichkeit der Verwaltung alle entbehrliche Zentralisation vermieden, die Entschlusskraft und die Selbstverantwortung der Organe gehoben wird und die Rechte der Einzelperson genügend gewahrt werden.

<sup>52</sup> Vgl. Wolff, in: Lindner/Möstl/Wolff [Hrsg.], Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Auflage 2017, Art. 77, Rn. 2, 3, 11.

<sup>53</sup> Vgl. Kautz, ZLR 2019, 242 [246]; Wolff, in: Lindner/Möstl/Wolff [Hrsg.], Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Auflage 2017, Art. 77, Rn. 23.

<sup>54</sup> Vgl. nur Kautz, ZLR 2019, 242 [246]. Doch selbst wenn man unter Gesetz i.S.v. Art. 77 Abs. 1 S. 1 BV auch materielle Gesetze – wie bspw. Rechtsverordnungen – fasst, bedürfen diese einer hinreichenden formalgesetzlichen Ermächtigung.

<sup>55</sup> Vgl. bereits zu Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG nur Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 BV 18.2648, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5.

<sup>56</sup> So zutreffend Kautz, ZLR 2019, 242 [246 f.], der darauf hinweist, dass Art. 77 BV insofern strengere Regelungen als die allgemeine Wesentlichkeitslehre enthält.

<sup>57</sup> So ausdrücklich zu Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG der Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 BV 18.2648, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5: „Verordnungsermächtigungen wie Art. 34 Abs. 2 GDVG sind grundsätzlich eng auszulegen, denn die Regelung der Zuständigkeit erfolgt nach Art. 77 Abs. 1 S. 2 BV durch Gesetz.“

stellen eine undifferenzierte Globalermächtigung dar. Dies verstößt gegen den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes.<sup>58</sup>

- 1.4.2. Soweit der parlamentarische Gesetzgeber rechtsetzende Gewalt auf die Exekutive überträgt, darf er sich nicht seiner Regelungskompetenz begeben. Vielmehr muss er selbst das Regelungsprogramm definieren, in dem sich der Verordnungsgeber bewegen und ergänzend regelnd tätig werden darf. Hält es der Gesetzgeber daher im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative für erforderlich, komplexe Betriebe aufgrund einer Sonderzuständigkeit (teilweise) einer spezialisierten Kontrollbehörde zu unterstellen, so muss sich bereits aus dem Gesetz selbst ergeben, unter welchen Voraussetzungen diese Sonderbehörde für komplexe Betriebe zuständig ist. Art. 5a Abs. 1 S. 3 und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG lässt sich dieses Regelungsprogramm aber nicht entnehmen.

Insbesondere können weder der Normadressat noch Dritte – wie Gerichte oder Lebensmittelunternehmer – erkennen, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz der Verordnungsgeber von der Ermächtigung Gebrauch macht. Auch enthält die Verordnungsermächtigung keine Orientierungspunkte, wann und unter welchen Voraussetzungen es sich um einen komplexen Betrieb handelt. Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG führt lediglich beispielhaft („insbesondere“) an, dass der Bay. KBLV die Zuständigkeit „hinsichtlich solcher Betriebe, deren Überwachung spezialisierte Fähigkeiten voraussetzt“, übertragen werden darf. Unklar ist dabei zunächst, was unter einem „Betrieb“ zu verstehen ist.<sup>59</sup> Ungeachtet dessen wird die Erforderlichkeit der „spezialisierten Fähigkeiten“ nur als Beispiel genannt. Darüber hinaus wird der Rechtsanwender im Unklaren gelassen, in welchen Fachbereichen „spezialisierte Fähigkeiten“ erforderlich sind, wann diese vorliegen und wie diese nachgewiesen werden. Ebenfalls gesetzlich ungeregelt bleibt, in welchen weiteren Fällen der Verordnungsgeber die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründen darf.<sup>60</sup>

Diese Mängel von Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG werden nicht durch die Verordnungsermächtigung in Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG kompensiert. Nach dieser Vorschrift kann

---

<sup>58</sup> So auch *Kautz*, ZLR 2019, 242 [246 f.].

<sup>59</sup> Dies ist insofern von Bedeutung, da die Zuständigkeit der Bay. KBLV sich auf den Betrieb und nicht auf das Lebensmittelunternehmen i.S.v. Art. 3 Ziff. 2 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 erstreckt. Vgl. zu der Problematik auch *Kraus*, ZLR 2018, 714 [722]; *Kautz*, ZLR 2019, 242 [253]; *ders.*, ZLR 2020, 236 [246].

<sup>60</sup> Das Bay. StMUV änderte seit 2018 mehrfach die sachliche Zuständigkeit der Bay. KBLV, indem es die Zuständigkeitsbegründende Vorschrift des § 9 GesVSV ohne die erforderliche Beteiligung des Bayerischen Landtags und gestützt auf die Globalermächtigung in Art. 34 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 Nr. 3 GDVG erweiterte. So wurden bspw. durch die Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 7. Oktober 2019, GVBl. 2019, S. 602, BayRS 2120-11-U, Betriebe, die kosmetische Mittel einschließlich Tätowiermittel und Permanent-Make-Up herstellen, Anlagen der Aquakultur in geschlossenen Kreislaufsystemen sowie der Aquaponik sowie Hersteller von Industriegasen (als Lebensmittelzusatzstoffe) und Hersteller von Lebensmittelkontaktmaterialien in die Zuständigkeit der Bay. KBLV überführt. Mit der Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 15. Juni 2020, GVBl. 2020, S. 318, BayRS 2120-11-U, hat das Bay. StMUV die Zuständigkeit der Kontrollbehörde auf Anlagen zum Halten oder zur Aufzucht von Rindern, Kälbern, Mastschweinen (Schweine von 30 kg oder mehr Lebendgewicht), Sauen einschließlich dazugehöriger Ferkelaufzuchtplätze (Ferkel bis weniger als 30 kg Lebendgewicht) und Ferkeln für die getrennte Aufzucht (Ferkel von 10 kg bis weniger als 30 kg Lebendgewicht) samt Annexkompetenzen ausgeweitet. Verwaltungsorganisatorische Änderungen und eine Änderung der sachlichen Zuständigkeit erfolgten zuletzt durch die Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 13. August 2020, GVBl. 2020, BayRS 2120-11-U.

das Bay. StMUV „einzelne spezialisierte Zuständigkeiten der Veterinär-, Futter- und Lebensmittelüberwachung sachlich und örtlich zuweisen, insbesondere soweit zu erwarten steht, dass die Kontrollbehörde sie auf Grund ihrer Ausstattung oder speziellen personellen Qualifikationen besonders sachkundig erfüllen kann“. Dem Rechtsunterworfenen erschließt sich dabei nicht, unter welchen Voraussetzungen dies „zu erwarten stehen soll“.<sup>61</sup>

- 1.4.3. Im Lichte dessen genügen die die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründenden Regelungen des Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG und des Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG weder dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot noch dem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>62</sup> Vielmehr hätte der Bayerische Landtag in diesen kompetenzbegründenden Vorschriften selbst wesentliche Entscheidungen über die Zuständigkeit und Organisation der Bay. KBLV treffen müssen. Dies ist nicht erfolgt, sodass Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG und des Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG „keine Verordnung zur Begründung von Befugnissen auf die KBLV gestützt werden kann“<sup>63</sup>.

## 1.5. Fazit: formelle Verfassungswidrigkeit von Art. 5a Abs. 1, Art. 34 Abs. 1, 2 GDVG

- 1.5.1. Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG sind als Rechtsgrundlage für eine Zuständigkeitsbegründung der Bay. KBLV ungeeignet, da sie dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitslehre widersprechen. Der parlamentarische Gesetzgeber bestimmt mit diesen Regelungen nicht hinreichend konkret die wesentlich zu regelnde Materie der Zuständigkeit und Organisation der Bay. KBLV, sondern überlässt dies in unzulässiger Weise der Exekutive.

- 1.5.2. Aufgrund des Verstoßes von Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG gegen grundlegende Verfassungsprinzipien sind diese Regelungen nichtig. Eine Verordnung zur Begründung von Befugnissen der Bay. KBLV kann damit nicht auf das Delegationsgesetz gestützt werden. Damit fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die in § 9 Abs. 2 GesVSV enthaltene Zuständigkeitsregelung der Bay. KBLV.

## 2. Rechtswidrigkeit von § 9 GesVSV

Ungeachtet der materiellen Verfassungswidrigkeit von Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG entspricht auch § 9 Abs. 2 GesVSV nicht den Anforderungen höherrangigen Rechts. Vielmehr ist auch § 9 Abs. 2 GesVSV formell und materiell rechtswidrig.

---

<sup>61</sup> Vgl. *Kautz*, ZLR 2019, 242 [254].

<sup>62</sup> Dem ist sich augenscheinlich die Bay. Staatsregierung bewusst. Konfrontiert mit der Belastbarkeit von Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG und Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG teilte das Bay. StMUV lediglich sibyllinisch mit, dass die „im GDVG enthaltene Verordnungsermächtigung [...] bislang keinen Anlass zur gerichtlichen Beanstandung gegeben“ hat, vgl. Antwort der Staatsregierung auf die schriftliche Anfrage der Abgeordneten *Rosi Steinberger*, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, vom 08.07.2020, Frage 6.b), LT-Drs. 18/9340, S. 4.

<sup>63</sup> So ausdrücklich *Kautz*, ZLR 2019, 242 [254].

## 2.1. Formelle Rechtswidrigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV

§ 9 Abs. 2 GesVSV ist formell verfassungswidrig, da das Gesetzgebungsverfahren im Rahmen der Novellierung der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Kreisverwaltungsbehörden und der Bay. KBLV rechtsfehlerhaft war.

### 2.1.1. Fehlerhaftes Rechtsetzungsverfahren und Unwirksamkeit der Referenzwerte

Nachdem sich in dem durch die Staatsregierung angestrebten Berufungsverfahren gegen die Urteile des VG Regensburg<sup>64</sup> abzeichnete, dass die ursprüngliche, in § 9 Abs. 2 S. 1, 2 GesVSV a.F. enthaltene Regelungsstruktur mittels Zuständigkeitsfeststellungsbescheid rechtlich nicht belastbar ist<sup>65</sup>, erließ das Bay. StMUV am 07.10.2019 eine Änderungsverordnung<sup>66</sup>, die die Definition eines „überregional tätigen Betriebs“ durch die Festlegung von Referenzwerten zum 01.11.2019 ersetzte. Diese Referenzwerte finden sich im Anhang der GesVSV und dienen als wesentliches Abgrenzungskriterium bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit der Bay. KBLV.

In dem Berufungsverfahren teilte der Freistaat Bayern mit, dass das Bay. StMUV – nachdem die Ressortabstimmung abgeschlossen war –

„mittlerweile die bis 20.09.2019 laufende Verbandsanhörung für eine vom StMUV zu erlassende Verordnung zur Änderung des GesVSV eingeleitet“

hat.<sup>67</sup> Tatsächlich ist jedoch eine Anhörung relevanter bayerischer (Wirtschafts-) Verbände im Gesetzgebungsverfahren entgegen Art. 53 S. 1 BV i.V.m. § 15 Abs. 7 StRGO nicht erfolgt. Infolgedessen ist die Änderungsverordnung vom 07.10.2019 formell verfassungswidrig, da sowohl ein Verstoß gegen Art. 53 S. 1 BV als auch Art. 118 Abs. 1 S. 1 BV bzw. Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.

#### 2.1.1.1. Verstoß gegen Art. 53 S. 1 BV i.V.m. § 15 Abs. 7 StRGO

Die Änderungsverordnung vom 07.10.2019 verstößt zunächst gegen Art. 53 S. 1 BV i.V.m. § 15 Abs. 7 StRGO. Demnach gibt sich die Staatsregierung eine Geschäftsordnung (nachfolgend: StRGO). Nach § 15 Abs. 7 StRGO erfolgt eine Verbandsanhörung, wenn sie „vorgeschrieben oder sachdienlich ist. Vorbehaltlich besonderer gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen findet sie jedoch erst nach Abschluss der Ressortanhörung statt. [...]“.

<sup>64</sup> Vgl. VG Regensburg, Urte. v. 15.11.2018, Az.: RN 5 K 17.2071, Az.: RO 5 K 17.2098, Az.: RO 5 K 17.2099, Az.: RO 5 K 17.2100, Az.: RO 5 K 17.2141, Az.: RO 5 K 17.2158.

<sup>65</sup> Vgl. nur VG Regensburg, Urte. v. 15.11.2018, Az.: RN 5 K 17.2071, so auch *Kraus*, ZLR 2018, 714 [722 f.]; *Kautz*, ZLR 2019, 242 [254-256]; *Streinz*, in: *Streinz/Kraus* [Hrsg.], *Lebensmittelrechts-Handbuch*, 41. EL, 2020, IV.A., Rn. 24a sowie IV.B.2., Rn. 32; a.A. nur VG Würzburg, Urte. v. 30.07.2018, Az.: W 8 K 17.1467.

<sup>66</sup> Vgl. *Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 7. Oktober 2019*, GVBl. 2019, S. 602, BayRS 2120-11-U.

<sup>67</sup> Vgl. *Landesrechtsanwaltschaft Bayern*, Schreiben vom 18.09.2019, Az.: LAB 9 P 20 BV 19.118, S. 3.

Vorliegend hielt das Bay. StMUV eine Verbandsanhörung zumindest als sachdienlich, da es diese nach Abschluss der Ressortanhörung nach eigenen Angaben durchgeführt haben will. Tatsächlich ist eine Anhörung jedenfalls einiger relevanter und betroffener (Wirtschafts-) Verbände in dem Gesetzgebungsverfahren nicht erfolgt. Auf Anfrage teilte der Lebensmittelverband Deutschland e.V. unter dem 26.09.2019 als Spitzenverband der deutschen Lebensmittelwirtschaft mit, dass er bei *bayerischen* Verbänden der Ernährungsindustrie im September 2019 eine entsprechende Abfrage zu einer etwaigen Anhörung des Änderungsgesetzes durchgeführt hat. Branchenübergreifend teilten die Verbände der bayerischen Lebensmittelwirtschaft mit, dass eine Verbändeanhörung im Rahmen des Erlasses der Änderungsverordnung<sup>68</sup> nicht bekannt war.

Eine zusätzliche Abfrage bei verschiedenen bayerischen Branchenverbänden<sup>69</sup>, deren Mitgliedsbetriebe ebenfalls in die Zuständigkeit der Bay. KBLV fallen, bestätigte dies.

Vor diesem Hintergrund sind nicht alle relevanten Wirtschaftsverbände im Freistaat Bayern zu den durch die Änderungsverordnung eingeführten Referenzwerten angehört worden. Damit ist die Änderungsverordnung vom 07.10.2019 formell verfassungswidrig, da gegen Art. 53 S. 1 BV i.V.m. § 15 Abs. 7 StRGO verstoßen wurde.

#### 2.1.1.2. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 BV

Ungeachtet dessen begründet die nicht erfolgte Anhörung bedeutender bayerischer Verbände der Ernährungswirtschaft einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 BV. Vorliegend ist eine Ungleichbehandlung gegeben, da das Bay. StMUV eine Verbändeanhörung durchgeführt haben will, jedenfalls aber nicht alle bedeutenden Verbände anhörte.

Wirtschaftsverbänden kommt in der sozialen Marktwirtschaft eine bedeutende politische Funktion zu, indem sie im Rahmen der Verbändeanhörung in das Gesetzgebungsverfahren miteinbezogen werden und damit ihre Anliegen in den Gesetzgebungsprozess mit einbringen können. Dies unterscheidet Wirtschaftsverbände von anderen gesellschaftlichen Gruppierungen. Als Vertreter der Wirtschaftsunternehmen formulieren die Verbände klar und transparent die Interessen ihrer Mitglieder und versetzen damit die politischen Entscheidungsträger in die Lage, eine Abwägung zu treffen, was für das Gemeinwohl nützlich ist – und damit in der gesetzlichen Regelung zu berücksichtigen ist – und was nicht dem Gemeinwohl dient. Sachdienliche Gesetze kommen nach dem Willen des Verfassungsgebers nur dann zustande, wenn die in der Rechtspraxis Betroffenen und späteren Adressaten der Rechtsnorm – wie vorliegend zu den hoch umstrittenen Referenzwerten<sup>70</sup> – Gelegenheit zur Stellungnahme haben und zumindest die Konsequenzen für das Wirtschaftsleben auf-

---

<sup>68</sup> Vgl. Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 7. Oktober 2019, GVBl. 2019, S. 602, BayRS 2120-11-U.

<sup>69</sup> Beispielsweise bei verschiedenen Branchenverbänden im Bereich Fleisch, Geflügel und Ei.

<sup>70</sup> Vgl. zur Problematik belastbarer Abgrenzungskriterien bereits VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RO 5 K 17.2158.



zeigen können. Um alle Interessen in einer pluralistischen Gesellschaft zu erfassen und in dem Abwägungsprozess durch den Ordnungsgeber berücksichtigen zu können, bedarf es einer Anhörung *aller* bedeutender sowie betroffener Wirtschaftsverbände. Dies ist vorliegend nicht erfolgt.

Die unterbliebene Anhörung ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, sodass vorliegend die Änderungsverordnung vom 07.10.2019 aufgrund der – jedenfalls teilweise – nicht erfolgten Anhörung der Wirtschaftsverbände gegen Art. 3 GG, Art. 118 BV verstößt und daher verfassungswidrig ist.

### 2.1.1.3. Konsequenz: Unwirksamkeit der Referenzwerte

Die Änderungsverordnung vom 07.10.2019 ist wegen Verstoßes gegen Verfassungsrecht nichtig. Damit sind die durch die Verordnung eingeführten Referenzwerte unwirksam.

Dabei kann dahinstehen, ob bereits der Verstoß gegen Art. 53 S. 1 BV i.V.m. § 15 Abs. 7 StRGO zur Nichtigkeit der Änderungsverordnung führt. Nach teilweise vertretener Ansicht soll es grundsätzlich unbeachtlich sein, wenn ein Beschluss der Staatsregierung entgegen der Bestimmungen der StrGO zustande kommt, da es sich bei der StRGO um reines Organ-Innenrecht handelt.<sup>71</sup>

Stellt jedoch der Verstoß gegen die Geschäftsordnung – wie vorliegend gegen § 15 Abs. 7 StRGO – zugleich einen Verfassungsverstoß – wie vorliegend gegen Art. 3 GG, Art. 118 BV – dar, ist die unterbliebene Anhörung eines Großteils der bedeutenden bayerischen Verbände beachtlich, sodass die Änderungsverordnung selbst nach der teilweise vertretenen Ansicht nichtig ist.<sup>72</sup> Dies ist vorliegend aufgrund des Verstoßes gegen Art. 3 GG, Art. 118 BV der Fall.

Im Lichte dessen sind die durch die Änderungsverordnung in § 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV eingeführten Referenzwerte unwirksam. Sie können daher nicht zur Einstufung komplexer Betriebe herangezogen werden.

### 2.1.2. Form: Ausfertigung und Verkündung

Die Verordnung zur Änderung des GesVSV von 07.10.2019 wurde nach Art. 76 BV i.V.m. Ziff. 2 der Veröffentlichungsbekanntmachung<sup>73</sup> im Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl.)

---

<sup>71</sup> Vgl. Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff [Hrsg.], Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 54, Rn. 12.

<sup>72</sup> Vgl. Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff [Hrsg.], Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 54, Rn. 12.

<sup>73</sup> Amtliche Veröffentlichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Veröffentlichungsbekanntmachung – VeröffBek) Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 15. Dezember 2015, Az. B II 2 - G 48/13-6 (AllIMBl. S. 541).

bekannt gemacht.<sup>74</sup> Zweck der Bekanntgabe ist die Veröffentlichung der durch die Staatsregierung unterzeichneten Gesetzesurschrift in dem dafür vorgesehenen, allgemeinen Publikationsorgan<sup>75</sup>; damit wird jedermann die Möglichkeit eröffnet, den Rechtsakt zur Kenntnis zu nehmen. Daher ist allein die im GVBl. veröffentlichte Fassung rechtlich bindend.

Durch § 1 der Änderungsverordnung vom 07.10.2019 werden insbesondere Referenzwerte im Anhang GesVSV eingefügt, bei deren Überschreiten die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründet wird. Zudem wird durch § 1 der Änderungsverordnung vom 07.10.2019 die Vorschrift des § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 GesVSV angepasst. Neben den Referenzwerten ist für die nachfolgende Prüfung insbesondere die in § 1 Ziff. 2 b), bb), ggg) Änderungsverordnung vom 07.10.2019 von Bedeutung, der wie folgt im GVBl. verkündet wurde:

ggg) Nach Buchst. m wird folgender Satzteil angefügt:

„ , sofern für ein von dem Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 2 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird.“

### 2.1.3. Zwischenergebnis: formelle Rechtswidrigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV

Mangels Beteiligung eines Großteils der bayerischen Wirtschaftsverbände im Gesetzgebungsverfahren bei der Einführung der Referenzwerte in § 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV ist die Vorschrift aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 3 GG, Art. 118 BV formell rechtswidrig.

### 2.2. Materielle Rechtswidrigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV

Ungeachtet der nichtigen Ermächtigungsgrundlage sowie der formellen Nichtigkeit von § 9 Abs. 2 GesVSV, ist diese Vorschrift auch materiell rechtswidrig.<sup>76,77</sup>

---

<sup>74</sup> Die Bekanntmachung des Gesetzes bzw. einer Rechtsverordnung ist nicht nur eine Formalie des Rechtsetzungsverfahrens, sondern „integrierender Bestandteil des Rechtsetzungsaktes selbst“, vgl. BVerfGE 7, 330 [337]; 42, 263 [283]; BVerwGE 17, 192 [193] bzw. „wesentlicher Bestandteil“ des Rechtsetzungsaktes, so BVerfGE 16, 6 [17].

<sup>75</sup> Vgl. BVerfGE 16, 6 [17]. In der Ausgabe des GVBl. liegt der entscheidende Punkt der Verkündung, vgl. *Nierhaus/Mann*, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 82, Rn. 21. Die im Internet in der Datenbank des bayerischen Landesrechts (BAYERN.RECHT) veröffentlichten Gesetzestexte haben ausschließlich nachrichtlichen Charakter, sind rechtlich nicht verbindlich und sind daher für die Veröffentlichung ohne Relevanz, vgl. Ziff. 8.1. Veröffentlichungsbekanntmachung.

<sup>76</sup> Vgl. dazu nur *Kautz*, ZLR 2020, 236 [247]; *Streinz*, in *Streinz/Kraus* [Hrsg.], Lebensmittelrechts-Handbuch, 41. EL, 2020, IV.A., Rn. 24a sowie IV.B.2., Rn. 32.

<sup>77</sup> Nachfolgende Ausführungen beschränken sich im Hinblick auf den Umfang des Rechtgutachtens lediglich auf ausgewählte Beispiele von Verstößen gegen § 9 Abs. 2 i.V.m. GesVSV mit höherrangigem Recht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

## 2.2.1. Einhaltung der Vorgaben des Delegationsgesetzes

### 2.2.1.1. Nichtigkeit von Art. 5a Abs. 1 S. 3, Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG

§ 9 Abs. 2 GesVSV ist auf Art. 5a Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG gestützt. Diese Vorschriften sind wegen des Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und die Wesentlichkeitslehre unwirksam. Insofern fehlt es § 9 Abs. 2 GesVSV bereits von vornherein an der gesetzlichen Ermächtigung. Kontroll- und Vollzugskompetenzen der Bay. KBLV können daher nicht auf diese Vorschrift gestützt werden.

### 2.2.1.2. Zur Rechtsgrundlage für die Dienstsitze der Bay. KBLV

Nach Art. 77 Abs. 1 BV erfolgt die Organisation der allgemeinen Staatsverwaltung durch Gesetz, wobei die Errichtung der Behörden im Einzelnen der Staatsregierung und auf Grund der von ihr erteilten Ermächtigung den einzelnen Staatsministerien obliegt.

Der Dienstsitz der Bay. KBLV ist nach Art. 5a Abs. 1 S. 1 GDVG (ausschließlich) in Kulmbach. Weitere Dienstsitze sieht der parlamentarische Gesetzgeber in Art. 5a Abs. 1 S. 1 GDVG weder vor, noch ermächtigt er die Exekutive zur Schaffung solcher. Dennoch hat das Bay. StMUV – entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage – in § 9 Abs. 1 GesVSV neben dem „Sitz in Kulmbach eine weitere Dienststelle in Erding“ geschaffen.

Ungeachtet dessen schuf das Bay. StMUV im Jahr 2020 weitere Dienststellen in Buchloe und – einem bisher nicht näher bezeichneten Ort – im Nürnberger Land.<sup>78</sup> Der Staatsminister eröffnete die Dienststelle in Buchloe am 06.10.2020.<sup>79</sup> Weder im GesVSV noch mit den Änderungsverordnungen wurden jedoch entsprechende Dienstsitze bestimmt.

Im Lichte dessen fehlt für die Dienstsitze in Erding, Buchloe und im Nürnberger Land eine belastbare Rechtsgrundlage, zumal das Delegationsgesetz in Art. 5a Abs. 1 S. 1 GDVG keine Ermächtigungsgrundlage für das Bay. StMUV enthält.

### 2.2.1.3. Fazit

§ 9 Abs. 2 GesVSV fehlt es an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Kontroll- und Vollzugskompetenzen können daher nicht auf diese Vorschrift gestützt werden.

---

<sup>78</sup> Die Standorte sind bereits im Organigramm der Bay. KBLV vermerkt, vgl. [https://www.kblv.bayern.de/wir\\_ueber\\_uns/organisation/index.htm](https://www.kblv.bayern.de/wir_ueber_uns/organisation/index.htm) (Stand: 22.11.2020).

<sup>79</sup> Vgl. Pressemitteilung des Bay. StMUV unter <https://www.stmuv.bayern.de/aktuell/mediatek/termine.htm> (Stand: 22.11.2020).

## 2.2.2. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründende Vorschrift des § 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV trägt weder den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots, den Grundsätzen der Normenklarheit und -bestimmtheit noch dem Publizitätsgebot Rechnung und ist daher nicht mit höherrangigem Recht vereinbar.

### 2.2.2.1. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

§ 9 Abs. 2 GesVSV genügt nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

#### 2.2.2.1.1. Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, seine Rechtsnormen so zu fassen, dass sie dem aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV abgeleitete Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass einerseits die Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Maßstäbe vorfindet und andererseits die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können.<sup>80</sup> Dabei kann der formelle Gesetzgeber die Präzisierung dieser Maßstäbe an die Verwaltung delegieren, die diese so dann in einer Rechtsverordnung festzulegen hat.<sup>81</sup> Zudem soll die Bestimmtheit der Norm dem Normadressaten ermöglichen, den Inhalt der Norm zu erkennen und sich auf die Rechtslage einzustellen.<sup>82</sup>

Der Bestimmtheitsgrundsatz verbietet dem Gesetzgeber dabei nicht, die zuständigkeitsbegründenden Merkmale der Bay. KBLV lediglich abstrakt-generell festzulegen. Allerdings dürfen die Rechtsvorschriften ihren Regelungsgehalt nicht verschleiern und müssen insbesondere für den Rechtsanwender verständlich sein und praktikable Merkmale enthalten.<sup>83</sup> Dies ist der Fall, wenn sich mit Hilfe der üblichen juristischen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften des Gesetzes, der Berücksichtigung des Normzusammenhangs sowie der Begründung, eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt.<sup>84</sup> Insofern müssen hinreichend klare Maßstäbe für Abwägungsentscheidungen bereitgestellt werden. Je ungenauer die Anforderungen an die dafür maßgebende tatsächliche Ausgangslage gesetzlich umschrieben sind, umso größer ist das Risiko unangemessener Zuordnung von rechtlich erheblichen Belan-

<sup>80</sup> Vgl. zuletzt nur BVerfG, Urt. v. 24.4.2013, Az.: 1 BvR 1215/07, Rn. 140 = NJW 2013, 1499, 1507.

<sup>81</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.4.2013, Az.: 1 BvR 1215/07, Rn. 140 = NJW 2013, 1499, 1507.

<sup>82</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung BVerfGE 110, 33, 52 ff. = NJW 2004, 2213; BVerfGE 113, 348, 375 ff. = NJW 2005, 2603; BVerfGE 120, 378, 407 f. = NJW 2008, 1505.

<sup>83</sup> Vgl. nur *Sachs*, in: *Sachs* [Hrsg.], Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 20, Rn. 125.

<sup>84</sup> Vgl. Bay. VerfGH, Entscheidung v. 24.2.1988, Az.: Vf. 16-VIII-86 = VerfGHE 41, 17/24; Bay. VerfGH, Entscheidung v. 28.1.2003, Az.: Vf. 10-VII-02 = VerfGHE 56, 1/9; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.11.1981, Az.: 2 BvL 4/80 = NJW 1982, 1275; BVerfG, Urt. v. 17.11.1992, Az.: 1 BvL 8/87 = NJW 1993, 643/645; vgl. auch *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* [Hrsg.], GG-Kommentar, 91. Ergänzungslieferung 2020, Art. 20 VII., Rn. 61.

gen.<sup>85</sup> Die Bestimmtheit der Norm soll insofern auch vor Missbrauch schützen und die Gerichte in die Lage versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.<sup>86</sup> Im Ergebnis liegt ein „Verstoß gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 BV herzuleitende Erfordernis hinreichender Bestimmtheit einer Norm bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe [...] dann vor, wenn es nicht mehr möglich ist, objektive Kriterien zu gewinnen, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden und Gerichte ausschließen“<sup>87</sup>.

Diesen Anforderungen wird § 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV – wie an nachfolgenden Beispielen aufzuzeigen ist – nicht gerecht.

#### 2.2.2.1.2. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz: Beispiel Fertiggerichte

Nach § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV ist die Kontrollbehörde statt der Kreisverwaltungsbehörden für Betriebe, die Fertiggerichte herstellen und hierfür einer Zulassung nach der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 bedürfen, zuständige Lebensmittelüberwachungsbehörde, sofern für ein vom Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 1 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird. Tabelle 1 Anhang GesVSV definiert für „Fertiggerichte (heiß, kalt, gekühlt oder tiefgefroren)“ einen Referenzwert von „130.000 Verpackungseinheiten oder Portionen oder 40 Tonnen“. Das Tatbestandsmerkmal „Fertiggerichte (heiß, kalt, gekühlt oder tiefgefroren)“ genügt dabei jedoch nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot.

Die an die Bestimmtheit einer Regelung zu stellende Intensität lässt sich nicht allgemein festlegen, sondern ist anhand des zu regelnden Sachgebiets zu bestimmen.<sup>88</sup> An Zuständigkeitsbegründende Rechtsnormen sind aus Gründen der Rechtssicherheit hohe Anforderungen zu stellen. Zu § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. hatte das VG Regensburg<sup>89</sup> klargestellt, dass

„Rechtsnormen, die der Rechtssicherheit dienen, wie etwa Rechtsmittelfristregelungen oder Verjährungsregelungen [...] keine unbestimmten Rechtsbegriffe [vertragen]. Auch Zuständigkeitsnormen sind von ihrem Charakter her Rechtsnormen der Rechtssicherheit und müssen aus diesem Grund hinreichend bestimmt und klar gefasst werden. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind daher für Zuständigkeitsnormen ungeeignet.“

Aus § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV lässt sich nicht mit ausreichender Bestimmtheit erkennen, was unter einem „Fertiggericht (heiß, kalt, gekühlt oder tiefgefroren)“ zu verstehen ist. Zu diesem Begriff existiert weder eine Legaldefinition, noch eine Definition in der Änderungsverordnung vom 07.10.2019. Auch lassen sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden keine objektiven Kriterien und damit eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs ermitteln. Dem war sich augenscheinlich

<sup>85</sup> Vgl. *Kraus*, ZLR 2018, 714 [720].

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 114, 1, 53, Rn. 184.

<sup>87</sup> So zutreffend zu § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. nur VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RO 5 K 17.2158, Rn. 33.

<sup>88</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.9.1978, Az.: 1 BvR 525/77; BVerfGE 49, 168 = DVBl. 1987, 881.

<sup>89</sup> Vgl. VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RO 5 K 17.2158, Rn. 33.

das Bay. StMUV bewusst. Anderenfalls hätte es keiner Definition des Begriffs „Fertiggerichte“ in einem Rundschreiben an die nachgelagerten Behörden bedurft.<sup>90</sup>

Dass die Bay. KBLV in der Verwaltungspraxis zur Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „Fertiggerichts“ auf die Definition des Bay. StMUV abstellt, begründet keine Konkretisierung des Begriffs, der den Anforderungen an die Bestimmtheit und die Normklarheit entspricht.<sup>91</sup> Das Schreiben des Bay. StMUV ist weder Teil der GesVSV noch lässt sich § 9 Abs. 2 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV entnehmen, dass die Kontrollbehörde auf entsprechende Interpretation zurückgreift, um den Begriff des „Fertiggerichts“ in diesem Sinne auszulegen.

Ungeachtet dessen entfaltet die durch das Bay. StMUV übermittelte Definition des „Fertiggerichts“ faktische Auswirkung für die Betriebe, da sie zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs der entsprechenden Referenzwerte herangezogen wird. Folglich handelt es sich nicht um nur „ergänzende“ Vollzugshinweise, noch um nur verwaltungsintern bindende, ermessenslenkende<sup>92</sup> Verwaltungsvorschriften, sondern um Ausführungsbestimmungen des Bay. StMUV, die Außenwirkung gegenüber dem Lebensmittelunternehmer entfalten.

Für derartige Ausführungsbestimmungen mit unmittelbarer Außenwirkung für Dritte besteht jedoch eine Publikationspflicht, die im Rechtsstaatsprinzip i.S.v. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV sowie in der Garantie effektiven Rechtsschutzes i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG begründet ist.<sup>93</sup> Dieser Veröffentlichungspflicht wurde hier aber nicht Genüge getan, so dass die in dem Schreiben des Bay. StMUV enthaltene Definition auch aus diesem Grund unbeachtlich ist.<sup>94</sup>

Nachdem zur Konkretisierung des Begriffs „Fertiggerichte (heiß, kalt, gekühlt oder tiefgefroren)“ weder auf die Definition des Bay. StMUV abgestellt werden kann, noch eine Legaldefinition dieses Tatbestandsmerkmals existiert, entspricht § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV nicht den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots.

---

<sup>90</sup> Vgl. Bay. StMUV, Schreiben vom 06.03.2020, Az.: 47i-G7100-2020/60-1, in dem Fertiggerichte wie folgt definiert werden: „Fertiggerichte im Sinne der Anlage Tabelle 1 der GesVSV sind Speisen, die industriell soweit vorgefertigt sind, dass sie vor dem Verzehr nur noch ausgepackt, gegebenenfalls aufgetaut oder mit Wasser versetzt und erhitzt oder angerichtet werden. Im Allgemeinen handelt es sich um komplette Mahlzeiten wie z.B. tiefgefrorene Pizza, Ravioli in der Dose oder vorverpackte Fertiggerichte für die Verpflegung im Flugzeug. Nicht von dem Begriff der Fertiggerichte umfasst sind z. B. küchenfertige zubereitete Speisen/Mahlzeiten, die für den Transport an den Ort der Abgabe in kleineren oder größeren Gebinden abgefüllt werden.“

<sup>91</sup> Dies hatte das VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RO 5 K 17.2158, Rn. 40 ff., bereits zu der durch das Bay. StMUV praktizierten Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. postuliert, die durch eine sog. Vorläufige Arbeitshilfe des Staatsministeriums konkretisiert, nicht aber veröffentlicht wurde; vgl. nur VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RO 5 K 17.2158, Rn. 40: „Die von der Kontrollbehörde zur Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe herangezogenen vorläufigen Arbeitshilfen können diese Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten nicht beheben und hätten darüber hinaus aufgrund ihrer Außenwirkung veröffentlicht bzw. bekanntgemacht werden müssen, um überhaupt wirksam zu sein.“

<sup>92</sup> Im Rahmen von zuständigkeitsbegründenden Vorschriften kommt dem Bay. StMUV ohnehin kein Ermessen zu.

<sup>93</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.11.2004, Az.: 5 CN 1/03 = BVerwGE 122, 264-271, Rn. 31; ferner BVerwG, Urt. v. 08.11.2012, Az.: 5 C 4/12, zitiert nach *juris*.

<sup>94</sup> Instrukтив VG Regensburg, Urt. v. 15.11.2018, Az.: RO 5 K 17.2158, Rn. 40 ff.

Der Referenzwert für „Fertiggerichte (heiß, kalt, gekühlt oder tiefgefroren)“ ist damit wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot nichtig.

#### 2.2.2.1.3. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz: Beispiel Fleisch / Fleischerzeugnisse

Nach § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV ist die Bay. KBLV für Betriebe zuständig, die „Fleisch und Fleischerzeugnisse (außer Wild)“ mit einer Jahresproduktion von 1.600 Tonnen und mehr produzieren. Ob diese Vorschrift auch Betriebe erfasst, die Fleischzubereitungen herstellen, lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen. Damit liegt ein Verstoß gegen den aus Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV enthaltenen Grundsatz der Bestimmtheit und der Normenklarheit vor.

Die Tatbestandsmerkmale „Fleisch“ und „Fleischerzeugnisse“ sind unionsweit in der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 definiert.<sup>95</sup> Nach Art. 288 Abs. 2 AEUV gilt die Verordnung unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und ist daher von deren Behörden und Gerichten von Amts wegen zu beachten.<sup>96</sup> Somit sind diese Legaldefinitionen auch der Auslegung und Anwendung von § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV zugrunde zu legen.

Demgegenüber lässt sich § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit entnehmen, ob Betriebe, die Fleischzubereitungen herstellen, ebenfalls von der kompetenzbegründenden Vorschrift erfasst werden. Weder in der Kategorie „Fleisch und Fleischerzeugnisse (außer Wild)“ noch in einer anderen Kategorie in § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV werden „Fleischzubereitungen“ i.S.v. Art. 2 Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 1.15. Anhang I Verordnung (EG) Nr. 853/2004 angeführt.<sup>97</sup> Werden derartige Lebensmittel aber nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV erfasst, können Betriebe, die derartige Lebensmittel herstellen, nicht in die Zuständigkeit der Bay. KBLV überführt werden.

Entsprechende Regelungslücke lässt sich auch nicht im Wege der Analogie schließen. Zum einen ist die Regelungslücke nicht planwidrig, da das Bay. StMUV als materieller Gesetzgeber tatbestandlich bewusst „Fleisch und Fleischerzeugnisse“ in den Referenzwerten erfasste, während es bei „Fleischzubereitungen“ sich bewusst gegen die rechtliche Normierung

---

<sup>95</sup> Zur Legaldefinition von Fleisch, vgl. Art. 2 Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 1.1 Anhang I Verordnung (EG) Nr. 853/2004, zur Legaldefinition von Fleischerzeugnissen, vgl. Art. 2 Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 7.1 Anhang I Verordnung (EG) Nr. 853/2004.

<sup>96</sup> Vgl. EuGH, Rs. 6/64, – *Costa/ENEL* –, Slg. 1964, 1251; ferner *Schroeder/Kraus*, Lebensmittelrecht, 2. Auflage 2010, S. 30 f. Zur Verpflichtung nationaler Verwaltungsbehörden vgl. EuGH, Rs. 103/88, – *Fratelli Conatnazo* –, Slg. 1989, 1839.

<sup>97</sup> Unter Fleischzubereitungen ist nach Art. 2 Ziff. 3 i.V.m. Ziff. 1.15. Anhang I Verordnung (EG) Nr. 853/2004 frisches Fleisch, einschließlich Fleisch, zu verstehen, „das zerkleinert wurde, dem Lebensmittel, Würzstoffe oder Zusatzstoffe zugegeben wurden oder das einem Bearbeitungsverfahren unterzogen wurde, das nicht ausreicht, die innere Muskelfaserstruktur des Fleisches zu verändern und so die Merkmale frischen Fleisches zu beseitigen“. Hierunter fallen bspw. Fleischdrehspieße, vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 20.01.2015, Az.: 20 CS 14.2521, Rn. 8. Ferner zählen zu den Fleischzubereitungen bspw. Fleischbrät, Rohwurst- und Brühwursthalbfabrikate, vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 176. EL 2020, C.200, Teil 2., Vorbemerkungen Fleisch und Fleischerzeugnisse, Rn. 67–73 m.w.N.

dieses Lebenssachverhalts entschieden hat (sog. beredtes Schweigen).<sup>98</sup> Der aus Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG rechtsgebundene Normadressat hat dies zu respektieren.<sup>99</sup> Zum anderen handelt es sich bei zuständigkeitsbegründenden Vorschriften um grundsätzlich eng auszulegende Normen<sup>100</sup>, die einer analogen Anwendung nicht zugänglich sind.

Vor diesem Hintergrund entspricht daher der in § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 i.V.m. Tabelle 1 Anhang GesVSV enthaltene Referenzwert für „Fleisch und Fleischerzeugnisse (außer Wild)“ nicht den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Bestimmtheit und der Normenklarheit.

#### 2.2.2.1.4. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz: Referenzwerte (allgemein)

Der für die Begründung der Bay. KBLV maßgebliche Referenzwert wird nach § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV für die unterschiedlichen Betriebe bzw. Betriebskategorien nach Gewicht, Großvieheinheiten, Verpackungseinheiten oder Stückzahl ermittelt. Diese Daten sind in der Praxis jedoch entweder gar nicht vorhanden oder können – insbesondere in Grenzbereichen zu den Referenzwerten – nicht ermittelt werden.<sup>101</sup> Dies verstößt gegen den verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz der Normklarheit und Normbestimmtheit.

Die Berechnung der Referenzwerte erfolgt anhand der in § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Ziff. 1 bis Ziff. 3 Anhang GesVSV niedergelegten Berechnungsmethode. Die hierfür erforderlichen Daten haben sowohl die Bay. KBLV als auch – im Rahmen der negativen Zuständigkeit – sämtliche Kreisverwaltungsbehörden kontinuierlich im Rahmen der Amtsermittlung nach Art. 24 Bay. VwVfG zu ermitteln.<sup>102</sup> Maßgeblich für die Beurteilung des Erreichens ist dabei der jährliche Durchschnittswert aus den Produktionsmengen der letzten drei Kalenderjahre bzw. – bei kürzerer Existenz des Betriebes – die Menge der letzten beiden bzw. des letzten Kalenderjahres. Bei Neugründungen erfolgt eine Prognose der (voraussichtlichen) Produktionsmenge. In anderen Fällen – etwa bei nicht oder nicht ausreichend vorhandenen Daten – gilt diese Prognoseermächtigung jedoch nicht.

---

<sup>98</sup> Vgl. *Beaucamp/Treder*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Auflage 2019, Rn. 276 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, S. 191, 194 f.

<sup>99</sup> „Rechtspolitische Wünsche [...] stellen [...] keine Rechtslücken [i.S.d. juristischen Methodik] dar“, worauf *Beaucamp/Treder*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Auflage 2019, Rn. 276 m.w.N. zutreffend hinweist.

<sup>100</sup> Vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 BV 18.2648, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5.

<sup>101</sup> Dem ist sich auch das Bay. StMUV bewusst, vgl. nur Bay. StMUV, Schreiben an die Regierungen und das Bay. Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom 28.02.2020, Az.: 47-G8900-2017/9-34, Ziff. 3: „3.2. Zuständigkeit für den Betrieb ist nicht eindeutig festgestellt (z.B. die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen gelten als noch nicht festgestellt): Die bisher zuständige Behörde nimmt mit der evtl. neu zuständigen Behörde Kontakt auf, um die Unsicherheiten zu beseitigen und bis dahin die weitere Überwachung zu erörtern mit dem Ziel, dass die Behörden einvernehmlich ein gemeinsames Vorgehen (ggf. gemeinsame Kontrolle) vereinbaren“.

<sup>102</sup> Ob dieser, durch sämtliche Kreisverwaltungsbehörden im Freistaat Bayern zu betreibende Aufwand allein zur Überprüfung der Zuständigkeit der Bay. KBLV (noch) mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des öffentlichen Haushalts zu rechtfertigen ist, kann vorliegend nicht abschließend beurteilt werden.



Nach teilweise vertretener Ansicht sollen Behörden eine Schätzung unter Umständen auf die nach Art. 26 Abs. 2 Bay. VwVfG gewonnenen Informationen der Lebensmittelunternehmer stützen können.<sup>103</sup> Dabei wird jedoch verkannt, dass nach § 9 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 2 Anhang GesVSV Schätzungen ausschließlich für Neugründungen und Betriebsübergänge statthaft sind. Der Rückgriff auf die Vorschrift des Art. 26 Abs. 2 Bay. VwVfG ist somit nach dem Grundsatz *lex specialis derogat lex generali* versperrt. Letztlich kommt es in der Praxis hierauf aber nicht an. Denn auch bei Schätzungen ist Voraussetzung, dass den Lebensmittelunternehmern selbst die im Anhang des GesVSV niedergelegten Anknüpfungstatsachen in Form von Referenzwerten vorliegen und deren Übermittlung verhältnismäßig und dem Betrieb zumutbar ist.<sup>104</sup> Dies ist in der Regel jedoch nicht der Fall.

§ 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV ist bereits nicht zu entnehmen, wie bzw. anhand welcher Kriterien die Jahresproduktion des Betriebs überhaupt zu ermitteln ist.<sup>105</sup> Ferner liegen entsprechende, relevante Daten dem Unternehmer zumeist nicht vor.<sup>106</sup> Darüber hinaus sind die Lebensmittelunternehmer zu weiteren, eigenen Ermittlungsmaßnahmen nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 Bay. VwVfG weder verpflichtet noch können diese hierzu verpflichtet werden, da es sich bei Art. 26 Abs. 2 Bay. VwVfG um keine Mitwirkungspflicht, sondern lediglich um eine Mitwirkungsobliegenheit handelt.<sup>107</sup> Fehlen daher Informationen, um die Referenzwerte zu ermitteln, dürfen daraus keinerlei Schlüsse gezogen werden.<sup>108</sup>

Lassen sich die den Referenzwerten zugrunde liegenden Tatsachen durch die Behörde daher weder ermitteln noch schätzen<sup>109</sup>, können die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit der Bay. KBLV nach § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV nicht nachgewiesen werden. In derartigen Konstellationen verbleibt die Kontroll- und Vollzugskompetenz bei der Kreisverwaltungsbehörde.

Dies ist insbesondere in Grenzbereichen der Referenzwerte der Fall. Daten zu geringen Über- und Unterschreitungen existieren für keinen der Referenzwerte des Anhangs im GesVSV. Darüber hinaus differenziert beispielsweise Tabelle 5 Anhang GesVSV für die Berech-

---

<sup>103</sup> So nur Kautz, ZLR 2020, 236 [247 f.].

<sup>104</sup> Vgl. Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2019, § 26, Rn. 58. Die primäre Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung trägt insofern die verfahrensführende Behörde.

<sup>105</sup> § 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV lässt die Normadressaten im Unklaren, ob bspw. auf die durch das Unternehmen im Rahmen des Jahresabschlusses i.S.v. § 242 HGB bilanzierte Jahresproduktion (die jedoch regelmäßig erst mit dem veröffentlichten Jahresabschluss vorliegt, wobei das Geschäftsjahr nicht stets dem Kalenderjahr entspricht), auf die durch das Unternehmen erfolgten Pflichtmitteilungen an Datenbanken – wie etwa das Herkunftssicherungs- und Informationssystem für Tiere (sog. HIT-Datenbank) –, auf sonstige – wenig aussagekräftige – Betriebsspiegel (wie sie bspw. bei der EU-Zulassung erfolgen und die die Verwaltungspraxis zu § 9 Abs. 2 GesVSV a.F. heranzog) oder auf – lediglich hypothetische – Jahresproduktionskapazitäten abzustellen ist.

<sup>106</sup> Vgl. dazu nur die Differenzierung zu den Großvieheinheiten in § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 i.V.m. Tabelle 1, Tabelle 5, Anhang GesVSV.

<sup>107</sup> Vgl. Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2019, § 26, Rn. 52 m.w.N.

<sup>108</sup> Vgl. Kautz, ZLR 2020, 236 [248].

<sup>109</sup> Eine Vielzahl der Landratsämter, die im Rahmen der Amtshilfe durch die Bay. KBLV Ende Februar 2020 um Mitteilung der Referenzwerte gebeten wurden, konnten diese nicht entsprechend des Berechnungsschlüssels im Anhang zu § 9 GesVSV ermitteln.

nung der Großvieheinheiten der Tiere zwischen dem Alter und Gewicht<sup>110</sup>; auch diese Daten liegen den Betrieben in der Praxis weder derzeit noch für die letzten 3 Jahre vor. Insofern lassen sich daraus keine belastbaren Referenzwerte ableiten.

Dies bestätigt auch die Verwaltungspraxis. Sofern die Zuständigkeit für den Betrieb nicht eindeutig geklärt ist, weist das Bay. StMUV die nachgeordneten Behörden an, dass die bisher zuständige Behörde und die eventuell neu zuständige Behörde die weitere Überwachung mit dem Ziel erörtern, dass die Behörden ein gemeinsames Vorgehen (ggf. gemeinsame Kontrollen) vereinbaren.<sup>111</sup> Dies verletzt nicht nur das Prinzip „ein Betrieb – eine Kontrollinstanz“, sondern ist datenschutzrechtlich äußerst bedenklich und zeigt auch die in der Rechtspraxis mit § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anlage GesVSV einhergehenden Rechtsanwendungsprobleme auf.

Im Lichte dessen enthält der abstrakt-generelle Regelungsgehalt von § 9 Abs. 2 i.V.m. Anlage GesVSV keine hinreichend bestimmten Abgrenzungskriterien und wird damit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht gerecht.

#### 2.2.2.1.5. Zwischenergebnis

Die an die Bestimmtheit der Regelung zu stellende Intensität ist anhand des Sachgebiets zu bestimmen. Bei zuständigkeitsbegründenden Vorschriften stellt die Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit an die Bestimmtheit hohe Anforderungen. Insbesondere müssen derartige Vorschriften bestimmt und klar gefasst sein. Diesen Anforderungen genügt § 9 Abs. 2 i.V.m. Anhang GesVSV nicht.

#### 2.2.2.2. Verstoß gegen den Grundsatz der Normklarheit und -bestimmtheit

§ 9 Abs. 2 S. 1 GesVSV n.F. verstößt zudem gegen den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV abzuleitende Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit der Norm fordert vom Normgeber, seine Regelungen grundsätzlich so genau zu fassen, dass der Betroffene die Rechtslage, d.h. Inhalt und Grenzen von Gebots- oder Verbotsnormen, in zumutbarer Weise erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann.<sup>112</sup> Dies ist vorliegend nicht der Fall.

---

<sup>110</sup> So bspw. für Rinder (über 2 Jahren und sonstige), für Pferde (unter/über 6 Monate) und für Schweine (unter 15kg/über 100kg/sonstige). Darüber hinaus hat das Bay. StMUV durch die Verordnung zur Änderung der Gesundheitlichen Verbraucherschutz-Verordnung vom 13. August 2020, GVBl. 2020, S. 533, BayRS 2120-11-U, in Tabelle 5 (in der Spalte „Tierart und Alter“) den Tatbestand „Ferkel bis unter 15 kg“ durch „Ferkel (Lebendgewicht unter 15 kg)“ konkretisiert und damit der Kritik von Kautz, ZLR 2020, 236 [247] Rechnung getragen.

<sup>111</sup> Vgl. nur Bay. StMUV, Schreiben an die Regierungen und das Bay. Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom 28.02.2020, Az.: 47-G8900-2017/9-34, unter Ziff. 3.

<sup>112</sup> Vgl. nur Bay. VGH, Beschl. v. 28.07.2020, Az.: 20 NE 20.1609, Rn. 54.

Durch die Änderungsverordnung<sup>113</sup> vom 07.10.2019 hat das Bay. StMUV den bisherigen unbestimmten Rechtsbegriff des „überregionalen Betriebs“ durch sog. Referenzwerte zum 01.11.2019 ersetzt. Werden diese Referenzwerte überschritten, soll die Kontrollbehörde anstelle des Landratsamts zuständig sein. Die im bayerischen Gesetzes- und Verordnungsblatt (Bay. GVBl.) veröffentlichte – und insofern für die Rechtslage einzig maßgebliche – Regelung von § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV n.F. hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

§ 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. a) bis m) GesVSV n.F. zählt abschließend zulassungspflichtige Betriebe sowie Betriebskategorien<sup>114</sup> auf, für die die Bay. KBLV zuständig ist, „sofern für ein von dem Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 2 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird“. Ähnlich wie bereits bei § 9 Abs. 2 S. 1 GesVSV a.F. wird die Zuständigkeit der Bay. KBLV nur begründet sofern (kumulativ) der Betrieb zulassungspflichtig ist bzw. in eine der in lit. a) bis m) GesVSV genannten Kategorien fällt und der Referenzwert überschritten wird.

Der im bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlichten Fassung der Änderungsverordnung<sup>115</sup> des Bay. StMUV vom 07.10.2019 ist dies jedoch nicht mit der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit zu entnehmen. § 1 Ziff. 2 lit. b), bb), ggg) der Änderungsverordnung vom 07.10.2019 enthält folgenden Wortlaut zur Änderung von § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 lit. m) GesVSV n.F.:

ggg) Nach Buchst. m wird folgender Satzteil angefügt:

„ , sofern für ein von dem Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 2 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird.“

Demnach bezieht sich der durch § 1 Ziff. 2 lit. b), bb), ggg) der Änderungsverordnung vom 07.10.2019 des Bay. StMUV eingefügte Satzteil – und damit der Verweis auf die Referenzwerte – ausschließlich auf die in § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 lit. m) GesVSV genannten Unternehmen (= Gewürzmühlen und Hersteller von Gewürzzubereitungen). Einer anderen Ausle-

---

<sup>113</sup> Vgl. Verordnung zur Änderung der Gesundheitlichen Verbraucherschutz-Verordnung vom 7. Oktober 2019, GVBl. 2019, S. 602, BayRS 2120-11-U.

<sup>114</sup> Namentlich handelt es sich hierbei um a) Hersteller von Lebensmitteln für Säuglinge und Kleinkinder, b) Hersteller von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke, c) Hersteller von Lebensmittelzusatzstoffen, d) Hersteller von Aromen oder Enzymen, e) Hersteller von Nahrungsergänzungsmitteln, f) Getreidemühlen und Hersteller von Getreideprodukten einschließlich Backvormischungen, g) Eierpackstellen, h) Bäckereien, i) Abpacker von Tee und teeähnlichen Erzeugnissen, j) Mälzereien, k) Ölmühlen und ölsamenverarbeitende Betriebe, l) Zuckerhersteller und m) Gewürzmühlen und Hersteller von Gewürzzubereitungen.

<sup>115</sup> Vgl. Verordnung zur Änderung der Gesundheitlicher Verbraucherschutz-Verordnung vom 7. Oktober 2019, GVBl. 2019, S. 602, BayRS 2120-11-U.

gung ist diese Regelung im Lichte der Rechtsprechung<sup>116</sup> des Bay. VGH, wonach zuständigkeitsbegründende Vorschriften eng auszulegen ist, nicht zugänglich.

Dies bestätigt zunächst die Bayerische Staatskanzlei im November 2019 durch Veröffentlichung der konsolidierten Fassung von § 9 GesVSV auf der durch diese nach Ziff. 8 der Veröffentlichungsbekanntmachung<sup>117</sup> betriebenen Datenbank BAYERN.RECHT. Entsprechend der im Gesetzes- und Verordnungsblatt (GVBl.) veröffentlichten Version der Änderungsverordnung wurde zum 01.11.2019 direkt an § 9 Abs. 2 S. 2 Ziff. 2 lit. m) GesVSV n.F. der Satzteil „sofern für ein von dem Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 2 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird“ angefügt und wie nachfolgend wiedergegeben veröffentlicht:

m) Gewürzmühlen und Hersteller von Gewürzzubereitungen, sofern für ein von dem Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 2 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird,

Bay. Staatskanzlei, BAYERNRECHT, § 9 Abs. 2 S. 1 GesVSV n.F. (Stand: 01.11.2019)

Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt zwischen dem 01.11. und 14.11.2019 wurde § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 lit. m) GesVSV n.F. sodann auf BAYERN.RECHT geändert und bis heute beibehalten, ohne dass die Änderungsverordnung geändert wurde:

m) Gewürzmühlen und Hersteller von Gewürzzubereitungen,

sofern für ein von dem Betrieb hergestelltes oder verarbeitetes Lebensmittel in Tabelle 2 der Anlage ein Referenzwert genannt und dieser erreicht wird,

Bay. Staatskanzlei, BAYERNRECHT, § 9 Abs. 2 S. 1 GesVSV n.F. (Stand: 14.11.2019)

Mit dieser Änderung wurden die in Tabelle 2 enthaltenen Referenzwerte nicht nur – wie vom Bay. StMUV in der im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlichten Änderungsverordnung verfügt – auf „Gewürzmühlen und Hersteller von Gewürzzubereitungen“, sondern auf alle in § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 lit. a) bis l) GesVSV n.F. genannten Lebensmittelunternehmer erweitert, ohne dass es hierfür eine Rechtsgrundlage gäbe.

Jedenfalls war mangels Bestimmtheit der Änderungsverordnung des Bay. StMUV vom 07.10.2019 die Bayerische Staatskanzlei nicht in der Lage, eine konsolidierte Fassung von § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 GesVSV auf BAYERN.RECHT zu veröffentlichen. § 1 Ziff. 2 lit. b), bb), ggg) der Änderungsverordnung vom 07.10.2019 lässt sich damit nicht mit der erforderlichen verfassungsmäßigen Bestimmtheit entnehmen, für welche Betriebe die Bay. KBLV nach § 9 Abs. 2 S. 1 Ziff. 2 i.V.m. Tabelle 2 Anhang GesVSV zuständig sein soll.<sup>118</sup> Dies ver-

---

<sup>116</sup> Vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 B 19.118, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 18.12.2019, Az.: 20 BV 18.2648, Rn. 5; Bay. VGH, Beschl. v. 23.12.2019, Az.: 20 BV 18.2645, Rn. 5.

<sup>117</sup> Amtliche Veröffentlichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Veröffentlichungsbekanntmachung – VeröffBek) Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 15. Dezember 2015, Az. B II 2 - G 48/13-6 (AllIMBl. S. 541).

<sup>118</sup> Ungeachtet dessen ist die Änderung der auf BAYERN.RECHT veröffentlichten Fassung von § 9 Abs. 2 S. 1 GesVSV entgegen des klaren Wortlauts der im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlichten Änderungsverordnung vom

stößt gegen den in Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV verankerten Grundsatz der Normklarheit und Normbestimmtheit.

### 2.2.2.3. Verstoß gegen das Publizitätsgebot

Ferner erweisen sich die in § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV enthaltenen Referenzwerte durch Verweis auf die Jahresproduktion eines Betriebes wegen Verstoßes gegen das Publizitätsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 BV als unwirksam.

Zwar handelt es sich bei der Jahresproduktion, auf die in Anhang GesVSV verwiesen wird, nicht um eine Regelung mit Normcharakter, sondern um eine schlichte Wissensmitteilung des Betriebes. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zuständigkeit der Bay. KBLV nach § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV erst durch das Überschreiten der entsprechenden Referenzwerte ausgelöst wird. Auch in solch einem Fall ist der Publizitätsgrundsatz zu wahren.<sup>119</sup> Aus § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV ist aber bereits nicht ersichtlich, wo die Normadressaten Nachweise über die Jahresproduktion finden können. Wird auf den Jahresabschluss des Betriebes oder auf die durch den Betrieb erfolgten Pflichtmitteilungen an Datenbanken (wie die HIT-Datenbank) – was ebenfalls unklar ist<sup>120</sup> – abgestellt, entbindet dieser Umstand den Gesetzgeber nicht von der Verpflichtung zur Benennung der genauen Fundstelle.<sup>121</sup> Auch aus diesem Grund erweist sich § 9 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anhang GesVSV als unwirksam.

### 2.2.2.4. Zwischenergebnis

§ 9 Abs. 2 GesVSV ist auch materiell verfassungswidrig. Die die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründende Vorschrift verstößt insbesondere gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots, die Grundsätze der Normenklarheit und -bestimmtheit sowie das Publizitätsgebot und ist daher nicht mit höherrangigem Recht vereinbar. Die in § 9 GesVSV enthaltene Rechtsgrundlage der Bay. KBLV ist daher nichtig. Mangels Zuständigkeit hat die Bay. KBLV daher keine Kontroll- und Vollzugskompetenzen gegenüber komplexen Betrieben.

---

07.10.2019 durch die Staatskanzlei auch im Hinblick auf das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Prinzip der organadäquaten Funktionenteilung äußerst zweifelhaft, zumal die Staatskanzlei auf BAYERN.RECHT unter den Nutzungshinweisen selbst auf Folgendes hinweist: „Das im Bürgerservice BAYERN.RECHT eingestellte Landesrecht umfasst die vom Landtag beschlossenen Gesetze sowie die von der Staatsregierung bzw. den einzelnen Staatsministerien erlassenen Rechtsverordnungen und veröffentlichten Verwaltungsvorschriften in der jeweils aktuellen Fassung. [...]“, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Nutzungshinweise> (Stand: 29.11.2020).

<sup>119</sup> Vgl. Bay. VGH, Beschl. v. 28.07.2020, Az.: 20 NE 20.1609, Rn. 43.

<sup>120</sup> Vgl. oben Ziff. 2.2.2.1.4.

<sup>121</sup> Im Fall des Jahresabschlusses wäre bspw. für Kapitalgesellschaften ein Verweis auf die Veröffentlichung im Bundesanzeiger nach § 325 HGB, im Fall des Verweises auf die HIT-Datenbank ein Verweis auf deren Fundstelle erforderlich.

### 3. Praktische Konsequenzen für die Überwachung komplexer Betriebe

- 3.1. Die die Zuständigkeit der Bay. KBLV begründenden Vorschriften der Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG und § 9 Abs. 2 GesVSV sind mit Verfassungsrecht nicht vereinbar und daher unwirksam. Dies hat zur Konsequenz, dass für komplexe Betriebe weiterhin die Kreisverwaltungsbehörde – und nicht die Bay. KBLV – zuständige Überwachungsbehörde i.S.v. § 38 Abs. 1 LFGB ist.<sup>122</sup>
- 3.2. Im Lichte dessen stehen der Bay. KBLV keinerlei Kontroll- und Vollzugskompetenzen nach §§ 39 ff. LFGB zu. Verwaltungs- und ordnungsrechtliche Maßnahmen der Bay. KBLV können durch betroffene Betriebe unter Verweis auf die Verfassungswidrigkeit der kompetenzbegründenden Vorschriften angegriffen werden. Diese Rüge hätte in allen denkbaren Verfahren Erfolg, da die Rechtsgrundlagen der Bay. KBLV nichtig sind.<sup>123</sup>

Jeder Verwaltungsakt, den die Bay. KBLV erlässt, ist mangels sachlicher Zuständigkeit formell rechtswidrig. Die Nichtigkeit der Rechtsgrundlage führt zwar nicht *ipso iure* zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes; jedoch sind Verstöße gegen die sachliche Zuständigkeit nicht nach Art. 46 Bay. VwVfG unbeachtlich, sondern begründen stets die Rechtswidrigkeit des betroffenen Verwaltungsakts und führen zu dessen Aufhebung im Rechtsbehelfsverfahren.<sup>124</sup>

Bereits bestandskräftige Verwaltungsakte bleiben jedoch wirksam; insbesondere ist ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach Art. 51 Bay. VwVfG nicht möglich. Allerdings kann die Bay. KBLV bestandskräftige Verwaltungsakte nicht mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzen. § 6 Abs. 1 VwVG räumt der Behörde Ermessen bei Vollstreckungsmaßnahmen ein; die Vollstreckung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes ist jedoch rechtsmissbräuchlich und insofern ermessensfehlerhaft.<sup>125</sup>

Entsprechendes gilt für Bußgeldbescheide, die die Bay. KBLV erlässt. Als offenkundig sachlich unzuständige Verwaltungsbehörde wird deren Zuständigkeit nicht nach § 36 Abs. 1 Ziff. 1 OWiG durch Gesetz bestimmt. Infolgedessen verbleibt auch die Kompetenz zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten aufgrund der Nichtigkeit von Art. 5a Abs. 1 S. 3 GDVG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 Ziff. 3 GDVG und § 9 Abs. 2 GesVSV bei den Kreisverwaltungsbehörden. Bei bestandskräftigen Bescheiden scheidet eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 85 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 359 Ziff. 5 StPO aus, jedoch können die Bescheide aus Gründen des Rechtsmissbrauchs nicht nach § 90 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 6 VwVG vollstreckt werden.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Die Zuständigkeit der Kreisverwaltungsbehörde folgt aus Art. 3 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 GDVG.

<sup>123</sup> Erleidet ein Betrieb durch einen belastenden Verwaltungsakt der Bay. KBLV zudem einen Schaden, steht diesem grundsätzlich auch ein Schadensersatzanspruch in Form der Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu; zu den Haftungsvoraussetzungen nach § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG vgl. nur *Papier/Shirvani*, in: Münchner Kommentar, BGB, 8. Auflage 2020, § 839, Rn. 181 ff..

<sup>124</sup> Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 11. Auflage 2010, § 46, Rn. 23; *Kautz*, ZLR 2019, 242 [244]; *ders.*, ZLR 2020, 236 [241].

<sup>125</sup> Vgl. *Mosbacher*, in: Engehardt/App/Schaltmann [Hrsg.], VwVG/VwZG, 11. Auflage 2017, § 6, Rn. 1c m.w.N.

<sup>126</sup> Vgl. *Kautz*, ZLR 2020, 236 [242, 245].

- 3.3. Aufgrund der Nichtigkeit der Rechtsgrundlagen der Bay. KBLV sind daher auch weiterhin die Kreisverwaltungsbehörde nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 GDVG als staatliche Überwachungsbehörden für komplexe Betriebe zuständig. Die durch das Gutachten des Bayerischen Obersten Rechnungshofs postulierte Empfehlung, die Struktur der Lebensmittelüberwachung im Freistaat Bayern mit dem Ziel zu verbessern, zur Risikominimierung den gesundheitlichen Verbraucherschutz so effektiv wie möglich zu gestalten, ist durch die bisherigen Maßnahmen des Bay. StMUV nicht erreicht worden.

Soll die Strukturreform der bayerischen Lebensmittelüberwachung nicht scheitern, bedarf es insbesondere im Hinblick auf die in der Praxis dringend benötigte Rechtssicherheit einer umfassenden Optimierung der bestehenden Überwachungsstrukturen unter Beteiligung des Bayerischen Landtags.