

6/2021

9. Dezember 2021
48. Jahrgang
Seiten 731–836

Chefredaktion:
Dr. Carl v. Jagow

Redaktionsbeirat:
Thomas Boch
Dr. Marcus Girnau
Dietrich Gorny
Prof. Dr. Matthias Horst
Prof. Dr. Friedhelm Hufen
Prof. Dr. Hans-Jörg Koch
Prof. Dr. Stefan Leible
Susanne Langguth
Thomas Mettke
Kurt-Dietrich Rathke
Prof. Dr. Olaf Sosnitza
Prof. Dr. Rudolf Streinz

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Aus dem Inhalt

▶ **Editorial**

Mettke

„Die Ernährungsumgebung“ – ein Schritt in die richtige Richtung

▶ **Abhandlungen**

Purnhagen

Hat das LFGB noch eine Zukunft? Über europäische Harmonisierung, Reform und Disruption

Plate/Pfaff

Die Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in der Lebensmittellieferkette und ihre Umsetzung in Deutschland

Hagenmeyer/Teufer

Nicht verkehrsfähig, aber sicher: Keine Rücknahmepflicht für Lebensmittel

▶ **Rechtsprechung**

BGH – „Flaschenpfand III“ – *v. Jagow*

BGH – „Hohenloher Landschwein/Hohenloher Weiderind“ – *Schulteis*

Bay. VGH – „sofortige Vollziehbarkeit“ – *Wallau*

OVG Hamburg – „Allgemeinverfügung CBD“ – *Ballke*

▶ **Stellungnahmen und Berichte**

Sosnitza

Dual Quality – Der neue Irreführungstatbestand der Vermarktung als identische Waren trotz wesentlicher Unterschiede nach § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG 2022

4. Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht – „Allgemeinverfügung CBD“ ZLR 6/2021

4. Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht – „Allgemeinverfügung CBD“

Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) Verordnung (EU) 2015/2283; Art. 138 Abs. 1 Buchst. b) Verordnung (EU) 2017/625; § 35 S. 2 HmbVwVfG

1. Hanfsamenöle mit zugesetztem Hanfextrakt und standardisierten Cannabidiol (CBD)-Gehalten sind als neuartige Lebensmittel im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission (Novel-Food-VO) anzusehen. Deshalb dürfen sie nicht ohne lebensmittelrechtliche Zulassung in den Verkehr gebracht werden.

2. Das Inverkehrbringen CBD-haltiger Lebensmittel darf durch eine Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 Satz 2 HmbVwVfG untersagt werden.

OVG Hamburg, Beschluss vom 4.5.2021 – 5 Bs 29/21

Aus den Gründen

I.

1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung des mittels verschiedener Allgemeinverfügungen angeordneten Verbots, Lebensmittel in den Verkehr zu bringen, die Cannabidiol (CBD) enthalten.

2 Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das hanfhaltige Lebensmittel- und Kosmetikprodukte herstellt und vertreibt. Unter der Marke vertreibt sie Hanfsamenöle mit zugesetztem Hanfextrakt in drei Varianten (mit einem standardisierten CBD-Gehalt von 2,75 %, 5 % und 10 % – im Folgenden: CBD-Hanföle) als Nahrungsergänzungsmittel. Der Hanfextrakt wird aus den Blättern und den Samen der Hanfpflanze *Cannabis sativa* L. durch ein gasförmiges oder sich gasförmig verflüchtigendes Extraktionslösungsmittel (Ethanol oder Kohlendioxyd) gewonnen. Das Hanfsamenöl mit 10 % CBD bietet die Antragstellerin ausschließlich über Apotheken an, die beiden anderen CBD-Hanfsamenöle vertreibt sie im normalen Einzelhandel.

3 Mit (inhaltsgleichen) Allgemeinverfügungen vom 25. September 2020 (Bezirksämter Eimsbüttel, Hamburg-Nord, Hamburg-Mitte und Altona), vom 29. September 2020 (Bezirksamt Wandsbek), vom 5. Oktober 2020 (Bezirksamt Bergedorf) und vom 15. Oktober 2020 (Bezirksamt Harburg), jeweils am 27. Oktober 2020 im Amtlichen Anzeiger veröffentlicht (Amtl. Anz. Nr. 93), untersagte die Antragsgegnerin allen in der Freien und Hansestadt Hamburg ansässigen Unternehmen, Lebensmittel, die CBD (z.B. als CBD-Isolate oder mit CBD angereicherte Hanfextrakte) enthalten, in den Verkehr zu bringen, und ordnete die sofortige Vollziehung des Verbots an.

4 Gegen diese Allgemeinverfügungen erhob die Antragstellerin am 12. und 13. November 2020 jeweils Widerspruch. Über die Widersprüche hat die Antragsgegnerin noch nicht entschieden.

5 Den am 24. November 2020 gestellten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Widersprüche hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 26. Januar 2021 abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, von den Allgemeinverfügungen seien auch solche Lebensmittel umfasst, die – wie nach dem Vorbringen der Antragstellerin die streitgegenständlichen Produkte – ein Vollspektrum- bzw. Gesamthanfextrakt enthielten, bei dem CBD (verglichen mit den übrigen extrahierten Inhaltsstoffen) nicht gezielt angereichert worden sei. Ferner sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin, die ihren Sitz nach eigener Darstellung in Hamburg habe und ihre Produkte sowohl über das Internet als auch über stationäre Händler im gesamten Stadtgebiet vertreibe, von den Allgemeinverfügungen aller Bezirksämter der Antragsgegnerin betroffen sei. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei formal rechtmäßig und bei der im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung überwiege das öffentliche Vollzugsinteresse. Die Allgemeinverfügungen seien voraussichtlich rechtmäßig. Bei den von der Antragstellerin vertriebenen CBD-Hanfölen dürfte es sich um neuartige Lebensmittel handeln, die ohne die erforderliche Zulassung in den Verkehr gebracht worden seien. Außerdem bestehe ein besonderes Vollzugsinteresse. Im Interesse des Verbraucherschutzes könne – auch unter Berücksichtigung der nicht unerheblichen wirtschaftlichen Einbußen für die Antragstellerin – nicht hingenommen werden, dass ein neuartiges Lebensmittel ohne Unbedenklichkeitsprüfung (auch nur bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren) auf den Markt komme.

6 Gegen den ihr am 27. Januar 2021 zugestellten Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde.

II.

7 1. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht am 5. Februar 2021 eingelegte Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

8 Die mit der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe, die das Beschwerdegericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO allein zu prüfen hat, rechtfertigen es nicht, den Beschluss des Verwaltungsgerichts zu ändern oder aufzuheben, denn sie erschüttern die tragenden Annahmen der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nicht. Die Einwände der Antragstellerin gegen die Einschätzungen des Verwaltungsgerichts, das Verbot des Inverkehrbringens der CBD-Hanföle sei voraussichtlich nicht zu beanstanden (hierzu unter a) und ein besonderes öffentliches Vollzugsinteresse sei gegeben (hierzu unter b), greifen nicht durch:

9 a) Die Antragstellerin erschüttert nicht die Annahme des Verwaltungsgerichts, das Verbot, die CBD-Hanföle ohne lebensmittelrechtliche Zulassung in den Verkehr zu bringen, sei voraussichtlich rechtmäßig.

10 aa) Insoweit macht die Antragstellerin zunächst geltend, das Verwaltungsgericht habe fehlerhaft von ihr glaubhaft gemachten Sachvortrag übersehen. Sie habe bereits erstinstanzlich glaubhaft gemacht, dass auch im Hanfsamen von Natur aus Cannabinoide enthalten seien, wenn auch in geringerer Konzentration als in den Blättern oder Blüten der Nutzhanf-pflanze. Lebensmittel, die aus dem Hanfsamen stammten, seien keine neuartigen Lebensmittel, auch wenn sie natürliche Cannabinoide beinhalten.

11 Dieser Einwand greift schon deshalb nicht durch, weil das Verwaltungsgericht nicht entscheidungstragend darauf abgestellt hat, dass in reinen Hanfsamenölen keine Cannabinoide enthalten sind. Das Verwaltungsgericht hat vielmehr zurecht sowohl dahinstehen lassen (BA S. 12), ob reine Hanfsamenöle von Natur aus das Cannabinoid CBD enthalten, als auch, ob reine Hanfsamenöle von den Allgemeinverfügungen erfasst würden. Denn die Antragstellerin wendet sich in dem vorliegenden Eilverfahren gegen das Verbot, Hanfsamenöle mit zugesetztem Hanfextrakt und standardisierten CBD-Gehalten (2,75 %, 5 % und 10 %) ohne lebensmittelrechtliche Zulassung zu vertreiben. Der Vertrieb von reinen Hanfsamenölen ist hingegen nicht streitgegenständlich.

12 bb) Darüber hinaus wendet die Antragstellerin ein, Hanfsamenöle und andere Teile der Nutzhanf-pflanze *Cannabis sativa* – insbesondere auch ihre Blätter – seien bereits vor dem Stichtag des 15. Mai 1997 in nennenswertem Umfang in der Europäischen Union (EU) verzehrt worden. Da die rohen Blätter schwierig zu verzehren seien, seien sie auch in der Vergangenheit als Extrakt (auf Wasser- oder Ölbasis) seit mehr als 1.000 Jahren verarbeitet und verzehrt worden. Als Indiz könne ein in Italien veröffentlichtes Rezept aus einem Kochbuch aus dem Jahr 475 angesehen werden. Dass die Antragstellerin ein anderes Extraktionslösungsmittel (etwa Kohlendioxyd) nutze, ändere daran nichts.

13 Mit diesem Vorbringen erschüttert die Antragstellerin nicht die Annahme des Verwaltungsgerichts, die streitgegenständlichen CBD-Hanföle seien neuartige Lebensmittel im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission (Abl. L 327/1 – im Folgenden: Novel-Food-VO). Denn die Antragstellerin hat auch im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert dargelegt, dass Hanfsamenöl mit zugesetztem Hanfextrakt und standardisierten CBD-Gehalten als Lebensmittel vor dem 15. Mai 1997 in nennenswertem Umfang in der EU für den menschlichen Verzehr verwendet wurde. Der Vortrag zum Verzehr von reinen Hanfsamenölen bezieht sich nicht auf die streitgegenständlichen Produkte. Die Ausführungen zur Verzehrsgeschichte von Hanfextrakten bleiben vage und für das Beschwerdegericht nicht nachprüfbar. Insbesondere hat die Antragstellerin keine Gutachten, wissenschaftli-

chen Stellungnahmen, empirischen Studien oder sonstige Nachweise für eine Verzehrgeschichte hinsichtlich der streitgegenständlichen CBD-Hanföle vorgelegt.

14 Nichts anderes folgt aus dem Vortrag der Antragstellerin, bereits im Jahre 1998 habe die Europäische Kommission entschieden, dass Lebensmittel, die Teile der Hanfpflanze (wie z. B. Hanfblüten) enthalten, keine neuartigen Lebensmittel seien.

15 Zwar ist es zutreffend, dass sich im Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission (vgl. ec.europa.eu/food/safety/novel_food/catalogue/search/public/index.cfm) bereits seit Langem und auch gegenwärtig ein Eintrag zur Hanfpflanze als solcher findet (vgl. hierzu und zum Folgenden: *Kiefer*, ZLR 2020, 158, 163). Unter dem Titel „Cannabis sativa L.“ heißt es u. a.:

16 „In der Europäischen Union ist der Anbau von Cannabis sativa L.-Sorten zulässig, sofern sie im Gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten der EU (‘Common Catalogue of Varieties of Agricultural Plant Species’) eingetragen sind und der Tetrahydrocannabinol (THC)-Gehalt nicht mehr als 0,2% (w/w) beträgt. Einige Produkte, die aus der Cannabis sativa-Pflanze oder Pflanzenteilen gewonnen werden, wie Hanfsamen, Hanfsamenöl, Hanfsamenmehl, entfettete Hanfsamen, haben eine Verwendungsgeschichte als Lebensmittel in der EU und sind daher nicht neuartig.“

17 Dies ist vorliegend aber unerheblich, weil sich dieser Eintrag nicht auf die streitgegenständlichen CBD-Hanföle, sondern auf Hanfsamen, Hanfsamenöl, Hanfsamenmehl und entfettete Hanfsamen bezieht.

18 Soweit sich die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf schriftliche Mitteilungen der Europäischen Kommission aus dem Jahre 1998 zur Verzehrgeschichte von hanfhaltigen Lebensmitteln an zwei andere Unternehmen bezieht, kann das Beschwerdegericht deren Inhalt nicht überprüfen, weil die Antragstellerin sie im vorliegenden Eilverfahren nicht vorgelegt und auch keine Fundstelle bezeichnet hat. Unabhängig davon hat die Antragstellerin nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich, dass sich diese Mitteilungen auf Extrakte mit standardisierten CBD-Gehalten aus den Blättern der Hanfpflanze bzw. auf Produkte, die solche Extrakte enthalten, beziehen. Dagegen spricht vielmehr, dass die Antragstellerin ausführt, es handele sich um Stellungnahmen zu Lebensmitteln, die Teile der Hanfpflanze (wie z. B. Hanfblüten) enthalten.

19 Da die Antragstellerin nicht substantiiert darlegt, dass die streitgegenständlichen CBD-Hanföle als Lebensmittel vor dem 15. Mai 1997 in nennenswertem Umfang in der EU für den menschlichen Verzehr verwendet wurden, kommt es auf die von ihr vorgetragene Details zu dem bei der Herstellung verwendeten Extraktionslösungsmittel und zu der Richtlinie 2009/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Extraktionslösungsmittel, die bei der Herstellung von Lebensmitteln und Lebensmittelzutaten verwendet werden (ABl. L 141/3), nicht an.

20 cc) Außerdem trägt die Antragstellerin vor, dem aktuellen Eintrag im Novel Food-Katalog der Europäischen Kommission komme keine Indizwirkung zu, weil dieser Eintrag wissenschaftlich widersprüchlich sei. Cannabinoide seien von Natur aus auch im Hanfsamenöl zu finden. Zudem seien Extrakte der Blätter der Hanfpflanze vor Mai 1997 in nennenswertem Umfang verzehrt worden. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass nicht die Europäische Kommission die Inhalte des Novel-Food-Katalogs bestimme, sondern der geänderte Eintrag zu den Cannabinoiden nur auf Drängen der EU-Mitgliedstaaten ohne inhaltliche Prüfung durch die Kommission erfolgt sei.

21 Dieser Einwand greift nicht durch, weil die Antragstellerin nicht substantiiert und schlüssig darlegt, dass der Eintrag im Novel-Food-Katalog bezüglich der streitgegenständlichen CBD-Hanföle wissenschaftlich widersprüchlich ist. Die Frage, ob Cannabinoide von Natur aus in reinen Hanfsamenölen enthalten sind, ist für den vorliegenden Rechtsstreit unerheblich (s. o. aa) und eine Verzehrsgeschichte von CBD-Hanföle vor Mai 1997 ist nicht ersichtlich (s. o. bb).

22 Davon unabhängig hat die Antragstellerin die Richtigkeit der Annahme des Verwaltungsgerichts (BA S. 9 ff.), dem Eintrag im Novel Food-Katalog komme in Fällen wie dem Vorliegenden eine Indizwirkung zu, nicht – wie erforderlich (vgl. *Guckelberger* in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 146 Rn. 76 m. w. N.) – hinreichend konkret, substantiiert und schlüssig in Frage gestellt. Insbesondere hat sich die Antragstellerin nicht mit der vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang zitierten Rechtsprechung (u. a. OVG Münster, Beschl. v. 23.1.2020, 13 B 1423/19, LRE 79, 269, juris Rn. 14 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.12.2019, 13 ME 320/19, LMuR 2020, 104, juris Rn. 22, VGH Mannheim, Beschl. v. 16.10.2019, 9 S 535/19, NJW 2020, 353, juris Rn. 16 jeweils m. w. N.) auseinandergesetzt.

23 Lediglich ergänzend weist das Beschwerdegericht darauf hin, dass nach den Informationen des Bundesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL), die Entscheidung über die Einstufung cannabinoidhaltiger Hanfextrakte von den EU-Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission nach Sichtung und Wertung aller verfügbaren Informationen einvernehmlich getroffen worden ist (vgl. die Mitteilung des BVL vom 6. März 2020, Einschätzung des BVL zu Hanfextrakten hat Bestand, www.bvl.bund.de/SharedDocs/Fachmeldungen/01_lebensmittel/2020/2020_03_06_CBD.html). Diese Information deckt sich mit der von der Antragstellerin eingereichten Anlage AB 1, aus der sich ergibt, dass die Europäische Kommission den Novel-Food-Katalog ergänzt/novelliert/ändert („amend“), wenn EU-Mitgliedstaaten neue Informationen einsenden. Dass die Europäische Kommission die Verantwortung dafür hat, den Katalog zu ergänzen/novellieren/ändern spricht für eine inhaltliche Auseinandersetzung der Kommission mit den von den EU-Mitgliedstaaten eingesandten Informationen.

ZLR 6/2021 4. Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht – „Allgemeinverfügung CBD“

24 dd) Die Antragstellerin meint weiter, das Verwaltungsgericht habe ihr zu Unrecht die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein einer Verwendungsgeschichte in der EU auferlegt.

25 Auch dieser Einwand bleibt erfolglos. Das Verwaltungsgericht ist in dem angegriffenen Beschluss weder von einer entsprechenden Darlegungs- oder Beweisführungspflicht der Antragstellerin ausgegangen noch hat es insoweit eine Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen getroffen. Vielmehr hat das Verwaltungsgericht die einschlägigen Einträge im Novel-Food-Katalog herangezogen und diesem Katalog eine Indizwirkung für die Frage der Einordnung eines Lebensmittels als neuartig zugemessen. Eine Darlegungs- und Beweislast der Antragstellerin hat das Verwaltungsgericht – im Einklang mit der bestehenden Rechtsprechung (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 2.3.2021, 9 B 1574/20, juris Rn. 41 f. m. w. N.) – nur insoweit angenommen als es um die Widerlegung der Indizwirkung des Novel-Food-Katalogs geht. Mit dieser Annahme einer (widerlegbaren) Indizwirkung des Novel-Food-Katalogs setzt sich die Beschwerde nicht in einer den Darlegungsanforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO entsprechenden Weise auseinander (s. o. cc).

26 ee) Des Weiteren macht die Antragstellerin geltend, CBD sei in anderen EU-Mitgliedstaaten als Einzelzutat verkehrsfähig. Der Europäische Gerichtshof habe sich in seinem Urteil vom 19. November 2020 (C-663/18, juris) nicht beschränkt auf bestimmte Produktgattungen, sondern uneingeschränkt geäußert.

27 Dieser Einwand dringt nicht durch. Vielmehr hat das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen (BA S. 11f.), dass sich der Europäische Gerichtshof in dem genannten Urteil nicht zu der Frage der Verkehrsfähigkeit CBD-haltiger Lebensmittel und ihrer Eigenschaft als neuartiges Lebensmittel geäußert hat, weil diese Fragen nicht Gegenstand des vom Gerichtshof zu entscheidenden Vorabentscheidungsersuchens waren (vgl. ausführlich: OVG Münster, Beschl. v. 2.3.2021, 9 B 1574/20, juris Rn. 52 ff.).

28 ff) Zudem weist die Antragstellerin darauf hin, dass in Frankreich diskutiert werde, die Vermarktung des Nutzhanfs zu fördern und Extrakte aus der Nutzhanfpflanze uneingeschränkt freizugeben, soweit der THC-Gehalt nicht über 0,2 % liege. Im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland gehe die zuständige Food Standards Agency davon aus, dass lediglich reine CBD-Isolate als neuartig anzusehen seien, nicht aber Naturextrakte aus den Samen, Blättern und Blüten der Hanfpflanze.

29 Dieses Vorbringen zieht die Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht durchgreifend in Zweifel. Zum einen hat die Antragstellerin die Standpunkte der französischen und britischen Behörden lediglich behauptet, ohne nachprüfbare Dokumente vorzulegen oder Fundstellen anzugeben. Zum anderen sind die rechtlichen Standpunkte der französischen oder britischen Behörden im Bundesgebiet nicht verbindlich.

30 gg) Schließlich macht die Antragstellerin geltend, das Verwaltungsgericht habe nicht ausreichend beachtet, dass die von der Antragsgegnerin erlassenen Allgemeinverfügungen ermessensfehlerhaft seien, weil es sich nicht um Einzelfallentscheidungen handele, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erforderlich seien.

31 Dieser Einwand greift nicht durch. Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt (BA S. 6f.), es sei rechtlich nicht zu beanstanden, das Inverkehrbringen CBD-haltiger Lebensmittel im Wege von Allgemeinverfügungen zu untersagen. Aus dem Wortlaut des Art. 138 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b) der Verordnung (EU) 2017/625 ergäben sich hinsichtlich der Rechtsform der „Maßnahmen“ keine Einschränkungen. Hierunter fielen sowohl konkret-individuelle Entscheidungen in Form von Verwaltungsakten im Sinne des § 35 Satz 1 HmbVwVfG als auch diesen gemäß § 35 Satz 2 HmbVwVfG ausdrücklich gleichgestellte Allgemeinverfügungen. Zwar führe die Antragstellerin zutreffend aus, dass die Einordnung eines Lebensmittels als „neuartig“ im Sinne der Novel-Food-Verordnung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu erfolgen habe (vgl. Urt. v. 9.6.2005, C-211/03, juris Rn. 88). Dies stehe dem Erlass der streitgegenständlichen Allgemeinverfügungen indes nicht entgegen, da es sich bei CBD-haltigen Lebensmitteln um einen für den Erlass einer Allgemeinverfügung hinreichend konkreten Einzelfall handele, denn es sei zumindest denkbar, dass Lebensmittel, die CBD enthielten, allein aufgrund dieses Umstandes als neuartig einzustufen seien. Die Untersagung des Inverkehrbringens CBD-haltiger Lebensmittel durch Allgemeinverfügungen beeinträchtigte die Antragstellerin auch nicht in ihren Rechtsschutzmöglichkeiten.

32 Die Richtigkeit dieser Ausführungen des Verwaltungsgerichts stellt die Antragstellerin nicht – wie erforderlich – hinreichend konkret, substantiiert und schlüssig in Frage. Insbesondere setzt sie sich nicht mit den Argumenten des Verwaltungsgerichts auseinander, sondern wiederholt lediglich ihr erstinstanzliches Vorbringen in leicht abgeänderter Form.

33 b) Die Antragstellerin erschüttert nicht die Annahme des Verwaltungsgerichts (BA S. 14), ein besonderes öffentliches Vollzugsinteresse liege vor, weil im Interesse des Schutzes der Verbraucher – auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Einbußen für die Antragstellerin – nicht hingenommen werden könne, dass ein neuartiges Lebensmittel ohne Prüfung auf seine Unbedenklichkeit (auch nur bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren) auf den Markt komme. Mit dieser Argumentation setzt sich die Antragstellerin nicht – wie nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO geboten – auseinander, sondern verweist lediglich darauf, dass sie der Allgemeinverfügung ein besonderes öffentliches Vollzugsinteresse nicht entnehmen könne.

Anmerkung

Erste allgemeine Verfügung

Der Beschluss des OVG Hamburg mutet auf den ersten Blick wie eine weitere Masche im Flickenteppich von Gerichtsentscheidungen an, mit denen die behördliche Untersagung des Vertriebs CBD-haltiger Lebensmittel bestätigt wird. Dieser Eindruck wird dem vorliegenden Verwaltungsrechtsstreit aber nicht gerecht. Die Einstufung des Erzeugnisses als neuartiges Lebensmittel, das in Ermangelung einer entsprechenden Zulassung nicht vertrieben werden darf, bildet nur den regulatorischen Aufhänger und bezeichnet gleichsam das Ergebnis. Ihren besonderen Charme erhält die Entscheidung durch die spezifische Konstellation, in der das streitgegenständliche Verbot nicht (wie sonst üblich) auf eine Untersagungsverfügung zurückgeht, sondern auf eine Allgemeinverfügung. Dieses Verwaltungsinstrument wirft sowohl in der Anwendung als solcher als auch in seiner konkreten Ausgestaltung eine Reihe hochinteressanter Fragen auf.

Aber der Reihe nach:

1. Einstufung als neuartiges Lebensmittel

In dem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren ging die Antragstellerin gegen das Verbot vor, Hanfsamenöle mit zugesetztem Hanfextrakt und standardisierten CBD-Gehalten (2,75 %, 5 % und 10 %) zu vertreiben. Dem Verbot lag die Beurteilung zugrunde, solchermaßen zusammengesetzte Lebensmittel seien als neuartige Lebensmittel im Sinne der Verordnung (EU) 2015/2283 (Novel-Food-VO) einzustufen und der Vertrieb verstieße gegen Art. 6 Abs. 2 eben jener Verordnung, wonach nur zugelassene und in der Unionsliste aufgeführte neuartige Lebensmittel als solche in Verkehr gebracht oder in und auf Lebensmitteln verwendet werden dürfen.

Neuartig sind Lebensmittel ausweislich der Definition in Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) Novel-Food-VO, wenn diese vor dem 15. Mai 1997 nicht in der Europäischen Union in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurden und wenn sie darüber hinaus einer der dort in den Ziffern i)-x) näher bezeichneten Fallgruppen zuzuordnen sind (zu den Einzelheiten der Begriffsbestimmung vgl. *Ballke*, in: *Zipfel/Rathke*, VO (EU) 2015/2283, Art. 3 Rn. 12ff.). Die Zugehörigkeit zu einer Fallgruppe stand dabei vorliegend außer Frage. Dass es sich bei hanfhaltigen Lebensmitteln um solche handelt, die aus Pflanzen oder Pflanzenteilen bestehen oder daraus isoliert oder erzeugt wurden, ist derart offensichtlich, dass die Einordnung in die Fallgruppe gem. Ziffer iv) keiner ausdrücklichen Erwähnung durch das OVG Hamburg bedurfte.

Umstritten war insoweit allein die Verzehrhistorie vor dem 15. Mai 1997. Diesbezüglich stützt das OVG Hamburg den Ansatz der Vorinstanz (VG Hamburg, Beschl. v. 26.1.2021, Az. 7 E 4846/20), welche die nicht hinreichende Verwendung für den menschlichen Verzehr vor dem 15. Mai 1997 mit dem Eintrag für Nutzhanf und da-

raus gewonnene Erzeugnisse im Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission begründete. Danach haben lediglich Hanfsamen, Hanfsamenöl, Hanfsamenmehl und entfettete Hanfsamen eine entsprechende Verwendungsgeschichte als Lebensmittel in der EU, andere Hanfprodukte – so insbesondere auch Hanfextrakt, der den verfahrensgegenständlichen Hanfsamenölen zugesetzt war – jedoch nicht. Dem Novel-Food-Katalog misst das OVG Hamburg dabei eine Indizwirkung zu, was der vorherrschenden Auffassung auch der zivilgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Ur. v. 16.4.2015, Az. I ZR 27/14 – Bohnengewächsextrakt, Rn. 32f.) und der Literatur (vgl. *Ballke*, ZLR 2016, 76, 79) entspricht.

Die Indizwirkung vermochte die Antragstellerin nicht zu entkräften. Das OVG Hamburg erachtet die vorgebrachten Belege entweder deswegen als nicht aussagekräftig, weil diese keine Aussage zu den streitgegenständlichen Erzeugnissen treffen, oder weil sie schon nicht ordnungsgemäß in das Verfahren eingebracht wurden. Eine abschließende Bewertung dazu ist von außen naturgemäß nicht möglich. Die Ausführungen sind aber durchaus nachvollziehbar.

Mit der Einstufung der verfahrensgegenständlichen Produkte als neuartige Lebensmittel, die in Ermangelung einer entsprechenden Zulassung nicht vertrieben werden dürfen, reiht sich der Beschluss des OVG Hamburg in die bislang ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu CBD-haltigen Erzeugnissen ein (vgl. z.B. VGH Mannheim, Beschl. v. 16.10.2019, Az. 9 S 535/19; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.12.2019, Az. 13 ME 320/1; OVG Münster, Beschl. v. 2.3.2021, Az. 9 B 1574/20; VGH München, Beschl. v. 12.8.2021, Az. 20 CS 21.688; VG Düsseldorf, Ur. v. 22.7.2020, Az. 16 K 6311/19). Soweit es sich nicht um Hanfsamen, Hanfsamenöl, Hanfsamenmehl und entfettete Hanfsamen (also die Erzeugnisse, die laut Novel-Food-Katalog nicht neuartig sind) handelte, wurden Lebensmittel(zutaten) aus bzw. mit Hanf bislang stets als nicht verkehrsfähig eingestuft.

2. Verbot per Allgemeinverfügung

Wie Eingangs bereits angemerkt, liegt der Reiz der Entscheidung des OVG Hamburg nicht in der Anwendung der Regelungen der Novel-Food-VO. Das Besondere ist vielmehr der verfahrenstechnische Aufhänger des zugrundeliegenden Verbots. Ausgesprochen wurde dieses nicht als Untersagungsverfügung, die einen individuellen Adressaten in Bezug nimmt. Es erging als Allgemeinverfügung, mithin als „Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet“ (vgl. § 35 S. 2 VwVfG).

Allgemeinverfügungen spielen im lebensmittelrechtlichen Alltag eine eher untergeordnete Rolle. Der Praktiker verbindet diese vor allem mit § 54 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB, wonach im EU-Ausland verkehrsfähige Erzeugnisse mittels einer solchen auch in Deutschland vertrieben werden dürfen. Als belastender Verwaltungsakt treten Allgemeinverfügungen hingegen selten in Erscheinung. Dabei stehen Allgemeinverfügungen rechtlich anderen Verwaltungsakten gleich. Auch die Bestimmungen

der Verordnung (EU) 2017/625 (Kontroll-VO) enthalten – worauf das OVG Hamburg im Einklang mit der Vorinstanz hinweist – keine Maßgabe dahingehend, dass die von den Vollzugsbehörden zu erlassenden Maßnahmen stets an einen bestimmten Adressaten gerichtet sein müssen. Gem. Art. 138 Abs. 1 Buchst. a) Kontroll-VO sind die zuständigen Behörden gehalten, erforderliche bzw. geeignete Maßnahmen zu ergreifen, ohne dass dies auf eine bestimmte Form des Verwaltungshandelns festgelegt ist.

Wenngleich lebensmittelrechtliche Verstöße auch durch Allgemeinverfügungen verfolgt und abgestellt werden können, berührt das Vorgehen der Behörden in Bezug auf den konkreten Sachverhalt mehrere grundlegende Aspekte. Dabei lässt sich die (in gewisser Weise naheliegende) Frage, weshalb es einer Allgemeinverfügung zusätzlich zum gesetzlichen Verbot des Inverkehrbringens neuartiger Lebensmittel ohne Zulassung gem. Art. 6 Abs. 2 Novel-Food-VO überhaupt bedarf, mit dem Hinweis beantworten, dass es nicht um die Vorschrift als solche, sondern um die Subsumtion eines spezifischen Sachverhalts (des Inverkehrbringens CBD-haltiger Lebensmittel) unter diese Norm geht, was wiederum einem Verwaltungsakt ureigen ist. Fragwürdig ist die Auffassung des OVG Hamburg aber, soweit dieses meint, „die Untersagung des Inverkehrbringens CBD-haltiger Lebensmittel durch Allgemeinverfügungen beeinträchtigt die Antragstellerin [...] nicht in ihren Rechtsschutzmöglichkeiten“. Im vorliegenden Fall einer Allgemeinverfügung unter Anordnung der sofortigen Vollziehung hat die Allgemeinverfügung für den betroffenen Lebensmittelunternehmer zur Folge, dass der Vertrieb seiner Erzeugnisse von einem Moment auf den anderen für illegal erklärt wird, ohne dass er zuvor angehört wurde. Der Lebensmittelunternehmer ist gehalten, eventuelle Einwendungen im Nachgang zum Erlass des Verwaltungsakts vorzubringen und sich im Zeitraum bis zu einer Klärung der Angelegenheit einem erheblichen Maß an Ungewissheit auszusetzen. Bedenkt man, dass das Inverkehrbringen von neuartigen Lebensmitteln ohne entsprechende Zulassung mit Freiheitsstrafe bedroht ist (vgl. § 1 NLF i.V.m. § 59 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a) LFGB), ist die sofortige Einstellung des Vertriebs für viele Lebensmittelunternehmer praktisch alternativlos. Speziell in Bezug auf die Anordnung des Sofortvollzugs stellt sich zudem die Frage, ob das vom OVG Hamburg im Einklang mit der Vorinstanz erkannte „besondere öffentliche Vollzugsinteresse“ tatsächlich vorliegt. Zwar sollen die Bestimmungen der Novel-Food-VO „ein hohes Niveau beim Schutz der menschlichen Gesundheit und der Verbraucherinteressen“ herbeiführen (vgl. Art. 1 Abs. 2 Novel-Food-VO). Eine nachvollziehbare Begründung, weshalb ein – potenziell – neuartiges Lebensmittel unter Anordnung der sofortigen Vollziehung vom Markt entfernt werden muss, ist damit allerdings nicht gegeben. Ein Grund dafür läge nur dann vor, wenn das betreffende Lebensmittel nicht sicher im Sinne von Art. 14 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (BasisVO) ist. Dazu wiederum bedarf es konkreter Anhaltspunkte. Eine gesetzliche Vermutung dahingehend, dass ein nicht zugelassenes neuartiges Lebensmittel im Sinne der Novel-Food-VO stets auch ein nicht sicheres Lebensmittel ist, existiert nicht und wäre auch nicht sachgerecht.

3. Inhalt der Allgemeinverfügung

Diskussionswürdig ist auch der konkrete Inhalt der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung (vgl. Veröffentlichungen am 27. Oktober 2020 im Amtlichen Anzeiger der Hansestadt Hamburg (Amtl. Anz. Nr. 93)). Deren Anordnungen lauten wie folgt:

- „1. Das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, die Cannabidiol (z. B. als ‚CBD-Isolate‘ oder ‚mit CBD angereicherte Hanfextrakte‘) enthalten, wird untersagt.*
- 2. Die Untersagung umfasst sowohl den stationären Handel als auch den Versandhandel und den Verkauf im Internet.*
- 3. Die Anordnung unter Ziffer I. 1. ist sofort vollziehbar.*
- 4. Diese Allgemeinverfügung tritt am Tage nach ihrer öffentlichen Bekanntmachung in Kraft.*
- 5. Auf die Strafbarkeit einer Zuwiderhandlung gegen die Anordnung nach Ziffer 1 nach § 59 Absatz 3 Nummer 2 Buchst. a LFGB wird hingewiesen.“*

Wie diese Formulierung zustande gekommen ist, lässt sich nur erraten. Vermutlich soll die Anordnung in Ziffer 1 – dem ureigenen Charakter einer Allgemeinverfügung entsprechend – möglichst viele Fälle des Vertriebs nicht zugelassener CBD-haltiger Lebensmittel erfassen, um eine fallweise Behandlung mit vorangehender individueller Prüfung durch die Überwachungsbehörden entbehrlich zu machen. Dieses Bestreben ist mit der Regelung erreicht. Allerdings erfasst diese nicht nur Fälle des illegalen Inverkehrbringens, sondern auch zulässige Verhaltensweisen:

- Die Allgemeinverfügung setzt bereits nicht voraus, dass der Vertrieb ohne Zulassung nach der Novel-Food-VO erfolgt. Nachdem es derzeit für CBD-haltige Lebensmittel keine Zulassungen gibt, mag dieser Umstand ohne praktische Konsequenzen sein. Für die handwerkliche Qualität der Allgemeinverfügung spricht dies aber nicht.
- Gravierende Auswirkungen hat die Beschreibung der von der Untersagung betroffenen Lebensmittel. Die Bezugnahme pauschal auf Lebensmittel, „die Cannabidiol enthalten“, geht ersichtlich zu weit. Viele aus Hanf gewonnene Lebensmittel, so auch die im Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission als nicht neuartig eingestuft Erzeugnisse, enthalten – wenngleich in geringer Menge – CBD. Somit fallen auch die genannten Hanfsamen, Hanfsamenöl, Hanfsamenmehl und entfettete Hanfsamen in den Regelungsbereich von Ziffer 1 der Allgemeinverfügung. Daran ändert auch der Klammerzusatz „z. B. als ‚CBD-Isolate‘ oder ‚mit CBD angereicherte Hanfextrakte“ nichts, weil dieser lediglich eine exemplarische Aufzählung enthält, die – da weder begrifflich noch inhaltlich abschließend – die Regelung nicht auf Fälle der Neuartigkeit im Sinne der Novel-Food-VO einengen kann. Dieser Umstand wurde im Verfahren vor den Hamburger Gerichten auch

thematisiert. Dabei konnte das OVG Hamburg es letztlich offenlassen, ob die Allgemeinverfügung zu weit gefasst ist, weil dies für die streitgegenständlichen Erzeugnisse (die Hanfextrakt enthielten) nicht relevant war. In Bezug auf andere Fallkonstellationen liegt allerdings auf der Hand, dass die Regelung über das Ziel hinausschießt.

- Die Allgemeinverfügung berücksichtigt zudem auch in keiner Weise die Beschränkungen des Anwendungsbereichs innerhalb der Novel-Food-Verordnung. Gemäß ihres Art. 2 Abs. 2 gilt diese nicht für die dort aufgezählten Erzeugnisse (genetisch veränderte Lebensmittel, Enzyme, Zusatzstoffe, Aromen, Extraktionslösungsmittel). Diese Lebensmittel(zutaten) haben sicher nicht im Fokus der Untersagung gestanden. Umso mehr wäre es aber erforderlich gewesen, sie aus der Allgemeinverfügung auszunehmen.

Wenngleich sich dies auf den Ausgang des Verfahrens vor dem OVG Hamburg nicht ausgewirkt hat, ist die von den Bezirksamtern der Hansestadt Hamburg erlassene Allgemeinverfügung somit deutlich zu weit gefasst. Es wäre nicht nur notwendig gewesen, die Ausnahmen der Novel-Food-VO zu berücksichtigen, sondern ihren Inhalt auf die Fälle zu beschränken, in denen tatsächlich von einem neuartigen Lebensmittel auszugehen ist. Das würde im Ergebnis auf eine nähere Charakterisierung der Erzeugnisse hinauslaufen, für die das Verbot gelten soll. Eine solche Charakterisierung ist wiederum alles andere als einfach. Würde man lediglich die beispielhaft genannten „CBD-Isolate“ und „mit CBD angereicherten Hanfextrakte“ zum Gegenstand des Verbots machen, wirft dies unweigerlich die Frage auf, was unter einem „Isolat“ zu verstehen ist (etwa in Abgrenzung zum Extrakt) und wann ein Hanfextrakt mit CBD „angereichert“ wurde. Andere weithin als neuartig erachtete CBD-haltige Lebensmittel (etwa solche mit synthetischem CBD) wären von vornherein nicht erfasst.

4. Fazit

Die Entscheidung des OVG Hamburg ist nachvollziehbar begründet und im Ergebnis wohl zutreffend. Die Einstufung von Produkten mit zugesetztem Hanfextrakt mit standardisiertem CBD-Gehalt als neuartige Lebensmittel im Sinne der Novel-Food-VO liegt auf einer Linie mit einer Vielzahl anderer verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen. Insoweit musste das OVG Hamburg kein Neuland betreten.

Hochgradig interessant ist das dem Beschluss zugrundeliegende Verwaltungshandeln. Dass die Freie und Hansestadt Hamburg unrechtmäßig im Markt befindliche CBD-haltige Lebensmittel per Allgemeinverfügung verbietet, ist bemerkenswert. Von vornherein ausgeschlossen ist ein solches Vorgehen nicht. Die konkrete Ausgestaltung der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung ist aber in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Auf den vom OVG Hamburg zu entscheidenden Sachverhalt hat sich dies nicht ausgewirkt. In anderen Situationen kann die Allgemeinverfügung aber keinen Bestand haben. Abzuwarten bleibt, ob ihre Unzulänglichkeiten in weiteren Verfahren gerichtlich überprüft werden und welche Auswirkungen dies auf den

Bestand der Allgemeinverfügung haben wird. Daran wird sich dann auch abschätzen lassen, ob diese Form des behördlichen Handelns im Umgang mit CBD-haltigen Lebensmitteln und darüber hinaus eine Zukunft haben kann oder ob es sich um den einmaligen Versuch handelt, eine schwierige Materie mit einfachen Mitteln in den Griff zu bekommen.

Rechtsanwalt *Christian Ballke*, LL.M., München