

3. Hamburgisches Oberverwaltungsgericht – „2-Chlorethanol II“

Art. 1, Art. 2, Art. 6, Art. 7, Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. a), Abs. 4, Art. 17 Verordnung (EG) Nr. 178/2002; Art. 138 Verordnung (EU) 2017/625; § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB

1. Eine allgemeine Stellungnahme des Bundesinstituts für Risikobewertung zu Ethylenoxid in Sesam kann als einzelfallbezogene Risikobewertung im Sinne des Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 für Mineralstoffe von der Überwachungsbehörde herangezogen werden.

2. Die Überschreitung einer „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ kann dazu führen, dass ein Lebensmittel als gesundheitsschädlich im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 178/2002 anzusehen ist.

3. Auch eine auf das Vorsorgeprinzip gemäß Art. 7 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 gestützte Anordnung zur Einleitung einer Rücknahme der streitgegenständlichen Lebensmittel ist vom gesetzlichen Sofortvollzug gemäß § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB umfasst.

4. Auch Rohstoffe, die als Zutaten für Lebensmittel bestimmt sind, aber nicht unmittelbar selbst verzehrt werden, können gesundheitsschädliche Lebensmittel im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 178/2002 sein. (Leitsätze der Redaktion)

Hamburgisches OVG, Beschluss vom 8.6.2022 – 3 Bs 263/21

Aus den Gründen

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine lebensmittelrechtliche Anordnung zur Rücknahme von mit 2-Chlorethanol belastetem Calcium- und Magnesiumcarbonat sowie gegen Informationsanforderungen und eine Zwangsgeldfestsetzung.

Die Antragstellerin gehört zu der ____ Unternehmensgruppe und ist Großhändlerin für Lebensmittelzutaten, unter anderem für Calcium- und Magnesiumcarbonatprodukte. Die Antragstellerin vertreibt ihre Erzeugnisse an weiterverarbeitende Unternehmen zur Herstellung von Zutaten in Nahrungsergänzungsmitteln oder zur Anreicherung von Lebensmitteln mit Calcium bzw. Magnesium.

Mit E-Mails vom 28. Juli 2021 und 3. August 2021 informierte die Antragstellerin ihre Kunden darüber, dass bei ihren in Indien produzierten Produkten möglicherweise ein Problem mit einer Ethylenoxid-Kontamination bestehe. In einigen Chargen dieser Produkte sei Ethylenoxid bzw. das Abbauprodukt 2-Chlorethanol nachgewiesen worden. Sie habe daher alle Lieferungen gesperrt.

Am 4. August 2021 unterrichtete die Antragstellerin die Antragsgegnerin darüber, dass in verschiedenen Mineralstoffen, die sie in den Verkehr bringe, Ethylenoxid gefunden worden sei. Nach einem ersten Verdacht habe sie ihre Kunden entsprechend informiert und sämtliche Waren gesperrt. Parallel dazu habe sie die verdächtige Ware von zwei akkreditierten Prüflaboratorien (____) untersuchen lassen. Unmittelbar nach Erhalt der Testergebnisse von ____ habe sie die Produkte von ihren Kunden zurückgerufen.

Den von der Antragstellerin übersandten Unterlagen ist zu entnehmen, dass die betroffenen Chargen Gehalte von 2-Chlorethanol aufwiesen, die zwischen 0,27 mg/kg und 117 mg/kg lagen; der Ethylenoxidgehalt dieser Chargen lag dagegen jeweils unterhalb der Bestimmungsgrenze von 0,010 mg/kg.

Mit E-Mail vom 19. August 2021 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, dass es weitere Chargen gäbe, in denen 2-Chlorethanol detektiert worden sei.

Mit Schreiben vom 26. August 2021 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, dass sie auf der Grundlage des Vorsorgeprinzips eine neue Risikoanalyse habe durchführen lassen. Der Risikobewertung durch ____ vom 25. August 2021 sei zu entnehmen, dass bei keinem der für die betreffenden Chargen relevanten Analysewerte eine Einstufung der Produkte als gesundheitsschädlich gerechtfertigt sei. Aufgrund dieser wissenschaftlichen Information für eine umfassendere Risikobewertung habe sie entschieden, den Rückruf hinsichtlich aller Chargen aufzuheben. Es gebe keinen Nachweis für Ethylenoxid in den Proben. Eine Rückverfolgungsanalyse habe ergeben, dass keine ihrer Lieferantinnen während des Herstellungsverfahrens ihrer Produkte Ethylenoxid verwende. Es spreche gegenwärtig alles dafür, dass die geringfügigen Mengen an 2-Chlorethanol in den betreffenden Chargen nicht auf die Verwendung von Ethylenoxid zurückzuführen seien. Das akkreditierte Prüflabor ____ habe ihr dementsprechend bestätigt, dass ein toxikologisches Risiko für die betreffenden Produkte nicht abgeleitet werden könne. Das Labor beziehe sich auf die Risikobewertung der United States Environmental Protection Agency (US-EPA) zu Ethylenoxid vom 3. November 2020. Danach ergebe sich für alle betreffenden Chargen, dass die Lebensmittel keine Gesundheitsgefahr bergen und nicht als „nicht sicher“ eingestuft werden könnten. Sie unterlägen deswegen keiner Verpflichtung zum Rückruf.

In einer intern versandten E-Mail der Antragsgegnerin vom 26. August 2021 erklärte Herr _____, Referent für Lebensmittel nichttierischer Herkunft (Staatl. geprüfter Lebensmittelchemiker, Apotheker), dass der Argumentation der Antragstellerin aus fachlicher Sicht nicht gefolgt werde. Die Behauptung, dass die Quelle von 2-Chlorethanol nicht das Ethylenoxid sein könne und somit die Aufnahmemenge geringer Besorgnis (0,037 µg/kg KG/d) nicht heranzuziehen sei, sei als Grundlage, die Rücknahme aufzuheben, unzureichend und nicht stichhaltig. Die toxikologische Einschätzung bleibe hiervon unberührt. Unter Berücksichtigung, dass Erwachsene (70 kg) und Kinder (20 kg) die in Rede stehenden Produkte verzehren könnten, werde

bei allen mitgeteilten Chargen die Aufnahmemenge geringer Besorgnis überschritten. Es ändere sich auch nach diesem Parteigutachten nichts an der bereits kommunizierten Einschätzung, dass das Produkt unter Zugrundelegung der Bewertung des Bundesinstituts für Risikobewertung (BfR) als gesundheitsschädlich zu bewerten sei.

Die Antragsgegnerin teilte daraufhin der Antragstellerin mit E-Mail vom 27. August 2021 mit, dass sie sich – nach Rücksprache mit ihren Sachverständigen – der Argumentation der Antragstellerin nicht anschließe und erwarte, dass die bemängelten Produkte zurückgenommen würden. Ihr werde, wie besprochen, Zeit für eine Rückantwort bis zum 30. August 2021 eingeräumt.

Mit Bescheid vom 7. September 2021, geändert durch Bescheid vom 9. September 2021, ordnete die Antragsgegnerin an, dass die Antragstellerin unverzüglich, bis spätestens zum 7. September 2021, 15:00 Uhr eine Rücknahme für die 18 – im Einzelnen konkret bezeichneten – Chargen der betroffenen Produkte einzuleiten habe (Ziffer 1.). Des Weiteren wurde die Antragstellerin aufgefordert, der Antragsgegnerin unverzüglich, spätestens bis zum 9. September 2021 zu nachfolgenden Punkten Auskunft zu geben, bzw. weitere Informationen zu übermitteln (Ziffer 2.):

„a) Wurden weitere Produkte/Abpackungen hergestellt und oder in den Verkehr gebracht, die von dem o.g. Sachverhalt betroffen sein könnten?

b) Wenn Frage a) mit ja beantwortet wird, führen Sie die weiteren Produkte/Abpackungen unter Nennung der Namen und Chargennummer in der Ihnen bekannten Exceltabelle auf und stellen die eingeleiteten Maßnahmen dar.

c) Übersenden Sie sämtliche verfügbaren Analyseberichte zu den in Rede stehenden Produkten bzw. daraus hergestellten Produkten.

d) Welche Zutaten/Verarbeitungshilfsstoffe, etc. wurden verwendet (Hersteller, Charge, eventuelle Rückrufmeldungen der Hersteller und/oder bekannte RASSF-Meldungen)?

e) Welche möglichen Kontaminationsquellen wurden ermittelt?“

Ferner setzte die Antragsgegnerin für den Fall, dass die Antragstellerin den vorstehenden Anordnungen nicht innerhalb der o.g. Fristen nachkomme, ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,- Euro fest.

Gegen die genannten Bescheide erhob die Antragstellerin mit Schreiben vom 7. September 2021 und vom 9. September 2021 Widerspruch, über den noch nicht entschieden wurde.

Am 13. September 2021 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Widersprüche vom 7. und 9. September 2021 gegen den Bescheid vom 7. September 2021 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 9. September 2021 gestellt.

Mit Beschluss vom 1. November 2021 hat das Verwaltungsgericht den Antrag abgelehnt.

Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

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.

Die in § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO normierte Obliegenheit des Beschwerdeführers, die Gründe darzulegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinanderzusetzen, erfordert substantiierte Ausführungen, weshalb die Überlegungen des Verwaltungsgerichts falsch sind und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, sowie eine geordnete Auseinandersetzung mit der Entscheidung dergestalt, dass der Beschwerdeführer den Streitstoff sichtet, ihn rechtlich durchdringt und sich mit den Gründen des angefochtenen Beschlusses befasst; das Entscheidungsergebnis, die entscheidungstragenden Rechtssätze oder die für die Entscheidung erheblichen Tatsachenfeststellungen müssen mit schlüssigen Gegenargumenten infrage gestellt werden (vgl. statt vieler nur Kaufmann, in: BeckOK VwGO, Posser/Wolff, Stand 1. Januar 2020, § 146 Rn. 14 m.w.N.). Es genügt daher nicht, auf das erstinstanzliche Vorbringen pauschal Bezug zu nehmen oder dieses lediglich zu wiederholen (Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 146 Rn. 73 f., 79 m.w.N.). Hat das Verwaltungsgericht seine Entscheidung auf zwei oder mehrere selbstständig tragende Begründungen gestützt, so muss sich ein Beschwerdeführer mit jeder der Begründungen auseinandersetzen und jede Begründung in Zweifel ziehen (Guckelberger, a. a. O., § 146 Rn. 77 m.w.N.).

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der unter Ziffer 1. des angegriffenen Bescheides verfügten Verpflichtung, eine Rücknahme ihrer Produkte einzuleiten, in erster Linie mit der Begründung abgelehnt, dass sich der Bescheid vom 7. September 2021 in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 9. September 2021 aller Voraussicht nach als rechtmäßig erweisen dürfte. Die Anordnung der Rücknahme der betroffenen 18 Chargen dürfte zu Recht auf Art. 138 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 lit. g) VO (EU) 2017/625 (KontrollVO) gestützt worden sein, da der Vertrieb der Produkte gegen den lebensmittelrechtlichen Verbotstatbestand aus Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 178/2002 (BasisVO) verstoße. Das vertriebene Calcium- bzw. Magnesiumcarbonat falle unter den Begriff des „Lebensmittels“ i. S. d. Art. 2 BasisVO und sei wegen der hinreichend sicher belegten Verunreinigung mit 2-Chlorethanol als gesundheitsschädlich i. S. d. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO zu betrachten. Letzteres gelte unabhängig von einem etwaigen Schwellenwert; aber auch bei Zugrundelegung des vom BfR ermittelten Schwellen-

wertes von 0,037 µg/kg KG/Tag, der vorliegend hinsichtlich sämtlicher Chargen überschritten werde, sei eine Gesundheitsschädlichkeit anzunehmen.

1. Die Antragstellerin trägt hiergegen mit ihrer Beschwerdebegründung zunächst vor, die Antragsgegnerin habe keine einzelfallbezogene Risikobewertung nach Art. 14 Abs. 4 BasisVO vorgenommen, was aber von Gesetzes wegen und nach der einschlägigen oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zwingend erforderlich sei, um die Gesundheitsschädlichkeit eines Lebensmittels zu begründen. Der bloße Verweis auf die aktualisierte Stellungnahme des BfR, Nr. 024/2021 vom 1. September 2021 genüge nicht den Anforderungen an eine nachvollziehbare auf die konkreten Erzeugnisse bezogene Analyse der Gesundheitsschädlichkeit im Einzelfall unter Heranziehung der Kriterien des Entscheidungskatalogs des Art. 14 Abs. 4 BasisVO. Das Verwaltungsgericht habe diesen pauschalen Verweis als ausreichenden Beleg für die Gesundheitsschädlichkeit der streitgegenständlichen Produkte erachtet. Diese Stellungnahme beziehe sich nach dem eindeutigen Titel nur auf Sesam und nicht auf Calcium- bzw. Magnesiumcarbonat oder Lebensmittel, die diese Mineralstoffe als Zutaten enthielten. Es verbiete sich, eine explizit für Sesam erstellte gesundheitliche Bewertung des BfR auf die streitgegenständlichen Produkte anzuwenden, da es sich nicht um eine auf den vorliegenden Einzelfall bezogene Bewertung und Analyse handle. Auch unterstelle die Stellungnahme des BfR, dass 2-Chlorethanol aus dem Einsatz von Ethylenoxid herrühre, was vorliegend ausgeschlossen werden könne. Um den Anforderungen des Art. 14 BasisVO zu genügen, sei – wie sich aus der Rechtsprechung des VGH München (Beschl. v. 12.8.2021, 20 CS 21.688) und des VGH Mannheim (Beschl. v. 17.9.2020, 9 S 342/20 [korrekt: 9 S 2343/20]) ergebe – eine auf den Einzelfall bezogene Bewertung der Gesundheitsschädlichkeit erforderlich. Eine solche Bewertung habe die Antragsgegnerin nicht beigebracht und sie könne deshalb nicht behaupten, dass die fraglichen Lebensmittel gesundheitsschädlich seien. Das Verwaltungsgericht habe sich mit dieser oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht befasst und auseinandergesetzt, obwohl es sich um ein tragendes Argument der Antragstellerin handle. Es stelle sich de facto gegen die Beschlüsse der beiden Verwaltungsgerichtshöfe, ohne seine Rechtsauffassung darzulegen bzw. sich mit den oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu befassen.

Mit diesem Vorbringen stellt die Antragstellerin die Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht infrage. Entgegen ihrer Auffassung fehlt es vorliegend nicht an einer hinreichenden einzelfallbezogenen Risikobewertung. Die Risikobewertung, die ein Bestandteil der nach Art. 6 Abs. 1 BasisVO vorzunehmenden Risikoanalyse ist, wird in Art. 3 Nr. 11 BasisVO definiert als ein wissenschaftlich untermauerter Vorgang mit den vier Stufen Gefahrenidentifizierung, Gefahrenbeschreibung, Expositionsabschätzung und Risikobeschreibung. Nach Art. 6 Abs. 2 BasisVO beruht die Risikobewertung auf den verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen und ist in einer unabhängigen, objektiven und transparenten Art und Weise vorzunehmen. Bei der – hier relevanten – Frage, ob ein Lebensmittel als gesundheitsschäd-

lich im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO einzustufen ist, sind bei der Risikobewertung die in Art. 14 Abs. 4 BasisVO genannten Kriterien zu berücksichtigen, nämlich die wahrscheinlichen sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers, sondern auch auf nachfolgende Generationen (lit. a)), die wahrscheinlichen kumulativen toxischen Auswirkungen (lit. b)) und die besondere gesundheitliche Empfindlichkeit einer bestimmten Verbrauchergruppe, falls das Lebensmittel für diese Gruppe von Verbrauchern bestimmt ist (lit. c)). Die Antragsgegnerin hat in dem streitgegenständlichen Bescheid vom 9. September 2021 maßgeblich Bezug genommen auf die Einschätzung des BfR in seiner Stellungnahme Nr. 024/2021 vom 20. Juli 2021 (abrufbar nur noch in der Fassung: „Aktualisierte Stellungnahme Nr. 024/2021“ v. 1.9.2021: https://www.bfr.bund.de/cm/343/gesundheitsliche-bewertung-von-ethylenoxid-rueckstaenden-in-sesamsamen_final.pdf), in der das BfR zur Toxizität der Stoffe Ethylenoxid und 2-Chlorethanol unter Heranziehung einer Vielzahl an wissenschaftlichen Quellen Stellung genommen hat. Die darin enthaltenen Ausführungen zu 2-Chlorethanol erfüllen die im Rahmen einer Risikobewertung erforderlichen Anforderungen einer Gefahrenidentifizierung, Gefahrenbeschreibung und Risikobeschreibung des relevanten Stoffes. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist diese Bewertung auch nicht nur mit Bezug auf Sesamprodukte und nur unter dem Vorbehalt erfolgt, dass das 2-Chlorethanol aus dem Einsatz von Ethylenoxid herrühre. Vielmehr nahm das BfR eine toxikologische Bewertung der beiden Stoffe Ethylenoxid und 2-Chlorethanol vor, losgelöst von der Frage, in welchen Lebensmitteln diese Stoffe vorgefunden wurden und wie sich die Stoffe genau gebildet haben. Dies entsprach im Übrigen auch dem vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft erteilten Auftrag, der zunächst darin bestand, „die Toxizität von Ethylenoxid und 2-Chlorethanol, insbesondere mit Blick auf die Möglichkeit zur Ableitung toxikologischer Schwellenwerte sowie Informationen zum Metabolismus von Ethylenoxid, zu bewerten“. Lediglich als weiterer Auftrag wurde um Informationen zur akuten und chronischen Toxizität von verarbeiteten Produkten gebeten, die Sesamsamen mit Ethylenoxid-Gehalten über dem Rückstandshöchstgehalt enthalten (vgl. unter Ziffer 1. der Stellungnahme vom 1.9.2021, S. 1 f.). Auf Grundlage dieser – zunächst abstrakten – Bewertung von 2-Chlorethanol durch das BfR hat die Antragsgegnerin sodann den konkreten Einzelfall – die Auswirkungen der Verunreinigung der streitgegenständlichen Chargen mit 2-Chlorethanol – bewertet und in diesem Rahmen auch eine Expositionsabschätzung zugrunde gelegt, die die Antragstellerin selbst vorgenommen und der Antragsgegnerin übermittelt hatte, die mithin zwischen den Beteiligten gar nicht im Streit stand. So hat die Antragsgegnerin in dem Bescheid ausgeführt, dass sie – als Bewertungsmaßstab – die vom BfR definierte „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ von 0,037 µg/kg zugrunde gelegt habe, die vor dem Hintergrund, dass sowohl Erwachsene (70 kg) als auch Kinder (20 kg) die Produkte verzehren könnten, bei allen mitgeteilten Chargen überschritten werde. Dies führe dazu, dass die Produkte der Antragstellerin als gesundheitsschädlich zu bewerten

seien. Vor diesem Hintergrund sind die Anforderungen einer einzelfallbezogenen Risikobewertung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 BasisVO erfüllt. Es ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vollzugsbehörde hinsichtlich der Risikobewertung zunächst der durch das BfR vorgenommen allgemeinen (Risiko-)Bewertung von 2-Chlorethanol bedient – die gerade vor dem Hintergrund erfolgt war, dass Rückstände von Ethylenoxid und/oder 2-Chlorethanol bundesweit in einer Vielzahl von Lebensmitteln entdeckt wurden –, und diese sodann auf den konkreten Einzelfall überträgt. Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich insoweit auch entscheidend von den Konstellationen, die den Entscheidungen des VGH München (Beschl. v. 12.8.2021, 20 CS 21.688, LMuR 2022, 149, juris) und des VGH Mannheim (Beschl. v. 17.9.2020, 9 S 2343/20, ZLR 2021, 387, juris) zugrunde lagen.

2. Soweit die Antragstellerin, die nicht substantiiert in Abrede stellt, dass der vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegte Schwellenwert von 0,037 µg/kg KG/Tag hinsichtlich sämtlicher streitgegenständlicher Chargen überschritten wird, mit ihrer Beschwerdebegründung weiter geltend macht, das Verwaltungsgericht habe fehlerhaft angenommen, dass die festgestellte Verunreinigung der streitgegenständlichen Chargen mit 2-Chlorethanol zu einer unmittelbaren Gesundheitsgefahr im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO führe, rechtfertigen die dargelegten Gründe ebenfalls nicht die Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

Das Beschwerdegericht lässt dahinstehen, ob der Auffassung des Verwaltungsgerichts, die betroffenen Chargen seien aufgrund der festgestellten Konzentrationen von 2-Chlorethanol unabhängig von einem Schwellenwert als gesundheitsschädlich anzusehen, zu folgen ist. Denn jedenfalls erweist sich die – selbstständig tragende – Begründung des Verwaltungsgerichts, dass die Einstufung als gesundheitsschädlich im Sinne von Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO jedenfalls aus der Überschreitung des maßgeblichen Schwellenwerts von 0,037 µg/kg KG/Tag für die archetypischen Verbrauchergruppen folge, im Ergebnis als tragfähig.

a) Das Verwaltungsgericht dürfte im Ergebnis zu Recht zu dem Ergebnis gelangt sein, dass die streitgegenständlichen Chargen durch die Überschreitung der „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ von 0,037 µg/kg KG/Tag als gesundheitsschädlich i.S.v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO anzusehen sind (hierzu unter aa)). Selbst wenn man davon ausginge, dass die vorliegende Erkenntnislage aufgrund der bestehenden Unsicherheiten die Annahme einer Gesundheitsschädlichkeit i.S.v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO nicht rechtfertigt, wäre die getroffene Maßnahme gleichwohl auf Grundlage des Vorsorgeprinzips gemäß Art. 7 BasisVO gerechtfertigt (hierzu unter bb)).

aa) Art. 14 Abs. 1 BasisVO verbietet das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, die nicht sicher sind. Lebensmittel gelten als nicht sicher, wenn davon auszugehen ist, dass sie gesundheitsschädlich oder für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind (Art. 14 Abs. 2 BasisVO). Zur Beurteilung der Gesundheitsschädlichkeit des Lebensmittels ist – wie bereits ausgeführt – im Einzelfall eine Risikoanalyse (Art. 6 Ba-

sisVO) vorzunehmen, wobei die vorzunehmende Risikobewertung (Art. 6 Abs. 2 BasisVO) auch den Kriterienkatalog des Art. 14 Abs. 4 BasisVO einzubeziehen hat. Aus der Bezugnahme auf die „wahrscheinlichen [...] Auswirkungen des Lebensmittels“ in Art. 14 Abs. 4 lit. a) BasisVO ist zu folgern, dass eine gesundheitliche Beeinträchtigung nicht feststehen muss. Es bedarf auch keiner an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit. Auf der anderen Seite darf eine Auswirkung auf die menschliche Gesundheit nicht nur völlig fernliegend sein (Meisterernst, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, Art. 14 Rn. 52) und darf eine Risikobewertung nicht auf rein hypothetische Erwägungen (vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.2017, C-282/15, EuZW 2017, 268, juris Rn. 60) oder wissenschaftlich noch nicht verifizierte bloße Vermutungen gestützt werden (Streinzi, in: Streinz/Meisterernst, a. a. O., Art. 6 Rn. 14).

Entscheidend kommt es bei der Risikobewertung auf das Zusammenspiel zwischen der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer die Gesundheit beeinträchtigenden Wirkung auf der einen Seite und der Schwere dieser Wirkung als Folge der Realisierung auf der anderen Seite an (Meisterernst, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, Art. 14 Rn. 52 ff. und Art. 3 Rn. 49; Streinz, in: Streinz/Meisterernst, a. a. O., Art. 6 Rn. 12). Von der Gesundheitsschädlichkeit eines Lebensmittels ist dann auszugehen, wenn sich diese aus der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer gesundheitsschädigenden Wirkung oder wegen der Schwere der zu befürchtenden Gesundheitsschäden oder einer Kombination hieraus ergibt (vgl. VGH München, Beschl. v. 12.8.2021, 20 CS 21.688, LMuR 2022, 149, juris Rn. 10 m. w. N.). Die beiden Faktoren beeinflussen sich wechselseitig. Je größer die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer beeinträchtigenden Wirkung, umso weniger schwer muss diese sein; umgekehrt rechtfertigt eine potentiell schwere Wirkung (u. a. erhebliche Gefahren für Gesundheit und Leben, Dauer, Irreversibilität) die Annahme eines nicht mehr hinnehmbaren Risikos und das Eingreifen entsprechender Abwehr- oder ggf. Präventionsmaßnahmen auch schon bei geringer Wahrscheinlichkeit (VGH München, a. a. O.; Meisterernst, a. a. O., Art. 3 Rn. 50; Streinz, a. a. O.).

Der aktualisierten Stellungnahme des BfR vom 1. September 2021 zufolge ist die Datenlage bezüglich 2-Chlorethanol widersprüchlich und teilweise unvollständig. Zu den kanzerogenen Eigenschaften von 2-Chlorethanol könne auf Basis der derzeit vorliegenden Informationen keine sichere Aussage getroffen werden. Die vorliegenden Informationen reichten nicht aus, um eine krebserzeugende Wirkung mit hinreichender Sicherheit auszuschließen. Für eine gentoxische Aktivität gebe es – aus in-vitro-Gentoxizitätsstudien – zahlreiche Hinweise, die Existenz eines möglichen Schwellenwertes und die In-vivo-Relevanz seien noch nicht abschließend geklärt. Die in-vivo-Daten zur Gentoxizität von 2-Chlorethanol seien nicht geeignet, die gentoxischen Befunde in-vitro vollständig zu widerlegen. Gemäß den für Pflanzenschutzmittel einschließlich Vorratsschutzmittel anzuwendenden Maßstäben der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 sowie nachgeordneter Regelungen könne für 2-Chlorethanol auf Basis der vorliegenden Daten daher eine sichere Aufnahmemenge ohne

gesundheitliche Risiken für Verbraucherinnen und Verbraucher nicht mit der erforderlichen Zuverlässigkeit abgeleitet werden. Es gebe jedoch derzeit keine Hinweise, dass 2-Chlorethanol eine höhere Toxizität als Ethylenoxid aufweise. Aus toxikologischer Sicht sollte die Risikobewertung von 2-Chlorethanol auf Basis der derzeit vorliegenden Daten daher wie die von Ethylenoxid erfolgen, um einen höchstmöglichen gesundheitlichen Schutz zu gewährleisten und Unterschätzungen vorzubeugen.

Nach Auffassung des Beschwerdegerichts geben die getroffenen Ausführungen des BfR den derzeit bestehenden Erkenntnisstand zur Toxizität von 2-Chlorethanol zutreffend wieder. Bestätigt wird diese Annahme durch das von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (European Food Safety Authority, kurz: EFSA) veröffentlichte „Statement on the BfR opinion regarding the toxicity of 2-chloroethanol“ vom 28. Januar 2022 (abrufbar unter <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.2903/j.efsa.2022.7147>). Dieses war aufgrund eines Ersuchens der Kommission (Art. 31 Abs. 1 BasisVO) erstellt worden, die um eine wissenschaftliche Überprüfung des BfR-Gutachtens vom 1. September 2021 hinsichtlich der Toxizität von 2-Chlorethanol gebeten hatte. Die EFSA führt in ihrer Stellungnahme aus, dass sie auf der Grundlage der vorliegenden Informationen, die sowohl die im Rahmen des BfR-Gutachten bewerteten Studien als auch weitere von Interessenvertretern vorgelegte Daten umfassten, keine Schlussfolgerung zur Genotoxizität und Kanzerogenität von 2-Chlorethanol ziehen könne und daher keinen sicheren Grenzwert ableiten und keine Standard-Risikobewertung für 2-Chlorethanol durchführen könne. Die verfügbaren Kanzerogenitätsstudien zu 2-Chlorethanol schienen nicht geeignet zu sein, das kanzerogene Potenzial von 2-Chlorethanol zu bewerten. Die verfügbaren Daten zu 2-Chlorethanol gäben Anlass zu Bedenken hinsichtlich der Genotoxizität in-vitro für Genmutationen und Chromosomenaberrationen, aber nicht in-vivo für Chromosomenaberrationen nach oraler Exposition, wobei die verfügbaren in-vivo-Studien, wie vom BfR hervorgehoben, nicht nach den aktuellen Standards durchgeführt und mit Einschränkungen behaftet seien. Die von den Interessenvertretern vorgelegten neuen Studien würden einige der Unsicherheiten des bestehenden Datenpakets verringern, doch angesichts der Einschränkungen der alten und neuen Genotoxizitätsstudien sollte das genotoxische Potenzial von 2-Chlorethanol nach den derzeitigen Standards weiterhin als nicht schlüssig angesehen werden. Die EFSA würde nicht empfehlen, gesundheitsbezogene Richtwerte oder Referenzwerte für die Risikobewertung festzulegen, solange das genotoxische Potenzial von 2-Chlorethanol nicht geklärt sei. Die EFSA stimme mit der Annahme des BfR überein, dass die genotoxische und kanzerogene Potenz von 2-Chlorethanol die von Ethylenoxid nach oraler Aufnahme wahrscheinlich nicht übersteige.

Im Rahmen der Beurteilung der Gesundheitsschädlichkeit von Lebensmitteln kommt den Bewertungen des BfR und der EFSA erhebliche Bedeutung zu (vgl. auch Meisterernst, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, Art. 14 Rn. 59). Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Errichtung eines Bundesinstitutes für Risikobewertung (BfR-

Gesetz) gehört zu den dieser Behörde gesetzlich zugewiesenen Tätigkeiten die Erstellung von wissenschaftlichen Ausarbeitungen, Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen, die (u.a.) unmittelbar oder mittelbar mit der Lebensmittelsicherheit oder dem Verbraucherschutz im Hinblick auf die Gesundheit des Menschen einschließlich Fragen der Ernährung und Ernährungsprävention in Zusammenhang stehen. Als zentrale europäische Behörde ist die EFSA zur wissenschaftlichen Bewertung von Risiken in diesem Zusammenhang berufen (zu Auftrag und Aufgabenbereich vgl. Art. 22 und 23 BasisVO). Aufgabe der Behörde ist nach Art. 22 Abs. 2 BasisVO die wissenschaftliche Beratung sowie die wissenschaftliche und technische Unterstützung für die Rechtsetzung und Politik der Gemeinschaft in allen Bereichen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf die Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit auswirken. Sie stellt unabhängige Informationen über alle Fragen in diesen Bereichen bereit und macht auf Risiken aufmerksam. Nach Absatz 3 trägt die Behörde u. a. zu einem hohen Maß an Schutz für Leben und Gesundheit der Menschen bei. Nach Absatz 4 sammelt und analysiert sie Daten, um die Beschreibung und Überwachung von Risiken zu ermöglichen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf die Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit auswirken. Nach Absatz 7 nimmt sie ihre Aufgaben unter Bedingungen wahr, die es ihr ermöglichen, aufgrund ihrer Unabhängigkeit, der wissenschaftlichen und technischen Qualität ihrer Gutachten und der von ihr verbreiteten Informationen, der Transparenz ihrer Verfahren und ihrer Arbeitsweise sowie ihres Engagements bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben als eine maßgebliche Referenzstelle zu fungieren. Dies zugrunde gelegt und auch vor dem Hintergrund, dass die EFSA sich im Rahmen ihrer Stellungnahme auch mit den von der Antragstellerin vorgelegten wissenschaftlichen Daten auseinandergesetzt hat (siehe hierzu auch die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 2. lit. b) und Ziffer 4.), besteht für das Beschwerdegericht kein Anlass, die Ausführungen des BfR und der EFSA in Zweifel zu ziehen.

Vor diesem Hintergrund dürfte die Bewertung des Verwaltungsgerichts, die streitgegenständlichen Chargen als gesundheitsschädlich i. S. v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO einzustufen, nicht zu beanstanden sein.

Die Risikoeinschätzung des BfR und der EFSA bezüglich 2-Chlorethanol lässt die Annahme einer (negativen) Auswirkung auf die menschliche Gesundheit nicht als völlig fernliegend, vielmehr als möglich erscheinen. So kann zum einen eine krebserregende Wirkung von 2-Chlorethanol derzeit nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden. Zum anderen liegen zahlreiche Hinweise für eine gentoxische Aktivität vor, die durch die vorliegenden in-vivo-Daten (bislang) nicht vollständig widerlegt werden. Insoweit ist jedenfalls von einem ernstzunehmenden Risiko auszugehen, welches sich vorliegend durch die Überschreitung der „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ von 0,037 µg/kg KG/Tag hinsichtlich aller streitgegenständlichen Chargen in einem nicht mehr hinzunehmenden Maße verdichtet hat.

Die „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ wurde vom BfR auf Grundlage des sogenannten „large assessment factor approach“-Ansatzes der EFSA bestimmt (vgl. hierzu Wissenschaftlicher Ausschuss der EFSA: „Opinion of the Scientific Committee on a request from EFSA related to A Harmonised Approach for Risk Assessment of Substances Which are both Genotoxic and Carcinogenic“, abrufbar unter: <https://efsa.online-library.wiley.com/doi/epdf/10.2903/j.efsa.2005.282>). Mit diesem Ansatz kann festgestellt werden, ob die resultierende Exposition durch das zu bewertende Lebensmittel einen hohen oder geringen Anlass zur Besorgnis darstellt. Sowohl die EFSA als auch das BfR sind der Auffassung, dass dieser Ansatz geeignet ist, die Höhe des Risikos für exponierte Personen abzuschätzen und dem Risikomanagement eine Hilfestellung bei der Priorisierung der Risikominderungsmaßnahmen im Hinblick auf Umfang und Dringlichkeit zu geben, auch wenn sowohl die EFSA als auch das BfR hervorheben, dass die Ableitung eines gesundheitsbasierten Referenzwertes ohne Gesundheitsrisiko für gentoxische Kanzerogene ohne Schwellenwert nicht möglich ist und daher eine umfassende Minderung solcher Stoffe in Lebensmitteln und Verbraucherprodukten gemäß dem ALARA-Prinzip („as low as reasonably achievable“) angestrebt werden sollte. Mit der „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ ist nach diesem Ansatz diejenige Menge definiert, welche sich durch Anwendung eines Sicherheitsfaktors von 10.000 auf eine Dosis, die im Tierversuch zur Erhöhung der Tumorfrequenz um 10 % führt, ergibt. Diese Menge kann bei lebenslanger Aufnahme mit einem möglichen zusätzlichen Krebsrisiko von ca. 1:100.000 assoziiert werden.

Das BfR hat eine solche „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ für Ethylenoxid in Höhe von 0,037 µg/kg KG/Tag ermittelt. Im Gegensatz dazu führt das BfR bezüglich 2-Chlorethanol aus, dass gemäß den für Pflanzenschutzmittel einschließlich Vorratsschutzmittel anzuwendenden Maßstäben der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 sowie nachgeordneter Regelungen für 2-Chlorethanol auf Basis der vorliegenden Daten eine sichere Aufnahmemenge ohne gesundheitliche Risiken für Verbraucherinnen und Verbraucher derzeit nicht mit der erforderlichen Zuverlässigkeit abgeleitet werden könne.

In einer solchen Situation käme bei einem – wie vorliegend 2-Chlorethanol – potentiell gen-toxischen Stoff ohne geeignete Informationen zur kanzerogenen Potenz das sogenannte Konzept des „Threshold of Toxicological Concern“ (TTC) zum Tragen, das von der EFSA für nicht-regulatorische Zwecke im Bereich der Lebensmittelsicherheit anerkannt ist und eine erste Aussage über den von definierten Expositionssituationen wahrscheinlichen ausgehenden Grad der Besorgnis ermöglicht (vgl. BfR, Stellungnahme zu den Nachfragen der Länder hinsichtlich der BfR-Risikobewertung zu Ethylenoxid / 2-Chlorethanol v. 23.8.2021, S. 2). Denn ist die chemische Struktur eines Stoffes bekannt, kann das wahrscheinlich von ihm ausgehende Gesundheitsrisiko anhand generischer Schwellenwerte für die menschliche Exposition („TTC-Werte“) bewertet werden. Sind Menschen einer Substanz unterhalb des TTC-

Werts ausgesetzt, geht man davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit negativer Auswirkungen sehr niedrig ist (vgl. EFSA, Threshold of Toxicological Concern, abrufbar unter: <https://www.efsa.europa.eu/de/topics/topic/threshold-toxicological-concern>). Der für 2-Chlorethanol zutreffende TTC-Wert beträgt (lediglich) 0,0025 µg/kg KG/Tag (vgl. BfR, a. a. O.; EFSA, Guidance on the use of the Threshold of Toxicological Concern approach in food safety assessment v. 24.4.2019, S. 7, abrufbar unter: <https://efsa.online-library.wiley.com/doi/epdf/10.2903/j.efsa.2019.5708>).

Das BfR ist indes aufgrund der vorliegenden Daten zu dem Schluss gekommen, dass die gentoxische und kanzerogene Potenz von 2-Chlorethanol nicht höher sein werde als die von Ethylenoxid nach oraler Aufnahme (BfR v. 1.9.2021, S. 3 und 7). Auch die EFSA hat in ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2022 (S. 3) erklärt, sie stimme mit der Annahme des BfR überein, dass die gentoxische und kanzerogene Potenz von 2-Chlorethanol die von Ethylenoxid nach oraler Aufnahme wahrscheinlich nicht übersteige. Das BfR hat sich in seiner Bewertung daher an dem für Ethylenoxid rechnerisch auf Basis von stoffspezifischen Toxizitätsdaten bestimmten Wert von 0,037 µg/kg KG/Tag orientiert, um einen höchstmöglichen gesundheitlichen Schutz zu gewährleisten und Unterschätzungen vorzubeugen (BfR v. 1.9.2021, S. 3 und 7). Hierzu hat es weiter ausgeführt, dass dieser Wert in Abwesenheit von gesicherten Daten nach ihrer Auffassung die derzeit bestmögliche Annäherung an die Realität bei gleichzeitiger Wahrung der berechtigten Interessen des gesundheitlichen Verbraucherschutzes darstelle (BfR v. 23.8.2021, S. 2).

Das Beschwerdegericht hält diese Risikobewertung für nachvollziehbar und ist – ausgehend von der derzeitigen Erkenntnislage – ebenfalls der Auffassung, dass der herangezogene Wert von 0,037 µg/kg KG/Tag eine Schwelle definiert, deren Überschreitung ein erhöhtes, letztlich unkalkulierbares Risiko einer schwerwiegenden Erkrankung zur Folge hat. Dabei ist bei der Risikobewertung insbesondere auch in den Blick zu nehmen, dass die potentiellen Gesundheitsschäden in Gestalt einer Krebserkrankung und/oder einer Schädigung des Erbguts sehr schwerwiegend wären, weshalb auch schon bei geringer Wahrscheinlichkeit die Annahme eines nicht mehr hinnehmbaren Risikos gerechtfertigt erscheint. Mit der Überschreitung der „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ besteht vorliegend hinsichtlich sämtlicher Chargen ein hoher Anlass zur Besorgnis, der aus Sicht des Beschwerdegerichts die Annahme einer Gesundheitsschädlichkeit i. S. v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO geboten erscheinen lässt (a. A. bzw. jedenfalls zweifelnd: VGH München, Beschl. v. 25.4.2022, 20 CS 22.530, NVwZ 2022, 810, juris Rn. 27 ff., 34).

bb) Selbst wenn man davon ausginge, dass die vorliegende Erkenntnislage aufgrund der bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich des toxikologischen Potenzials von 2-Chlorethanol die Annahme einer Gesundheitsschädlichkeit i. S. v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO nicht rechtfertigt, wäre die getroffene Maßnahme gleichwohl auf Grundlage des Vorsorgeprinzips gemäß Art. 7 BasisVO gerechtfertigt (hierzu unter (1)). Der Rechtmäßigkeit der Maßnahme steht in diesem Fall auch nicht entgegen, dass die

Antragsgegnerin ihre Maßnahme nicht auf das Vorsorgeprinzip gestützt hat (hierzu unter (2)). Auch die auf das Vorsorgeprinzip gemäß Art. 7 Abs. 1 BasisVO gestützte Anordnung zur Einleitung einer Rücknahme der streitgegenständlichen Lebensmittel ist vom gesetzlichen Sofortvollzug gemäß § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB umfasst (hierzu unter (3)).

(1) Bei der notwendigen Risikomanagemententscheidung ist gemäß Art. 6 Abs. 3 BasisVO auch das Vorsorgeprinzip des Art. 7 BasisVO einzubeziehen, wenn nach einer Auswertung der verfügbaren Informationen die Möglichkeit gesundheitsschädlicher Auswirkungen festgestellt wird, wissenschaftlich aber noch Unsicherheit besteht (Meisterernst, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, Art. 14 Rn. 52; Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Werkstand: 181. EL November 2021, Art. 14 BasisVO Rn. 45).

Gemäß Art. 7 Abs. 1 BasisVO können in bestimmten Fällen, in denen nach einer Auswertung der verfügbaren Informationen die Möglichkeit gesundheitsschädlicher Auswirkungen festgestellt wird, wissenschaftlich aber noch Unsicherheit besteht, vorläufige Risikomanagementmaßnahmen zur Sicherstellung des in der Gemeinschaft gewählten hohen Gesundheitsschutzniveaus getroffen werden, bis weitere wissenschaftliche Informationen für eine umfassendere Risikobewertung vorliegen. Absatz 2 bestimmt, dass solche Maßnahmen verhältnismäßig sein müssen und den Handel nicht stärker beeinträchtigen dürfen, als dies zur Erreichung des in der Gemeinschaft gewählten hohen Gesundheitsschutzniveaus unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Durchführbarkeit und anderer angesichts des betreffenden Sachverhalts für berücksichtigungswert gehaltener Faktoren notwendig ist. Diese Maßnahmen müssen innerhalb einer angemessenen Frist überprüft werden, die von der Art des festgestellten Risikos für Leben oder Gesundheit und der Art der wissenschaftlichen Informationen abhängig ist, die zur Klärung der wissenschaftlichen Unsicherheit und für eine umfassendere Risikobewertung notwendig sind.

Geht man davon aus, dass die o.g. Erkenntnislage die Annahme einer Gesundheitsschädlichkeit von 2-Chlorethanol i.S.v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO nicht rechtfertigt, so ist auf dieser Grundlage jedenfalls von der – durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerten – Möglichkeit gesundheitsschädlicher Auswirkungen bei gleichzeitig bestehender wissenschaftlicher Unsicherheit auszugehen, so dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 BasisVO erfüllt sind.

Auf der Rechtsfolgenseite steht den Entscheidungsträgern des Risikomanagements ein weites Ermessen hinsichtlich der Konkretisierung des verfolgten legitimen Ziels des Gesundheitsschutzes als auch hinsichtlich der Wahl der dafür eingesetzten Instrumente, wegen der Komplexität der Materie auch der Bewertung der tatsächlichen Umstände zu. In Betracht kommen auf nationaler Ebene u. a. Gesetze, Verwaltungsakte (z.B. sofortige Rückrufe), aber auch allgemeine Warnhinweise. Dies schränkt die gerichtliche Prüfdichte der materiellen Rechtmäßigkeit einer Maßnah-

me darauf ein, ob ein offensichtlicher Fehler, ein Ermessensmissbrauch oder eine offensichtliche Überschreitung der Ermessensgrenzen vorliegt (vgl. EuG, Urt. v. 11.9.2002, T-70/99, Slg. 2002, II-3495, Rn. 173 ff.; Streinz, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, Art. 7 Rn. 16 und 22 m. w. N.).

Dies zugrunde gelegt, ist die vorliegend streitgegenständliche Verpflichtung, unverzüglich eine Rücknahme der verunreinigten Chargen einzuleiten, unter Rückgriff auf das Vorsorgeprinzip nicht zu beanstanden. Die verfügte Maßnahme ist insbesondere auch verhältnismäßig. Sie stellt eine objektive und nichtdiskriminierende Maßnahme dar (zu diesem Erfordernis vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.2017, C-282/15, EuZW 2017, 268, juris Rn. 57), die geeignet ist, einer potentiellen Gesundheitsgefahr für die Verbraucher der – auch aus den streitgegenständlichen Produkten der Antragstellerin hergestellten – Endprodukte zu begegnen. Sie ist auch erforderlich, weil nur auf diesem Wege sicherzustellen ist, dass die verunreinigten Produkte nicht über Dritte beim Endverbraucher landen. Schließlich stellt sich die Maßnahme angesichts der potentiell schwerwiegenden Gesundheitsschädlichkeit der Produkte auch als verhältnismäßig im engeren Sinne dar, insbesondere wird der Handel durch die Maßnahme nicht stärker beeinträchtigt, als dies zur Erreichung des in der Gemeinschaft geltenden hohen Schutzniveaus (vgl. hierzu auch Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 BasisVO) notwendig ist.

Das Beschwerdegericht ist vorliegend auch nicht der Ansicht, dass durch das von der EFSA veröffentlichte „Statement on the BfR opinion regarding the toxicity of 2-chloroethanol“ vom 28. Januar 2022 eine neue Sach- bzw. wissenschaftliche Erkenntnislage eingetreten ist, die eine erneute Überprüfung und Bewertung der vorliegenden Maßnahme gebieten würde (a. A. VGH München, Beschl. v. 25.4.2022, 20 CS 22.530, NVwZ 2022, 810, juris Rn. 34). Wie bereits dargestellt (siehe 2. a) aa)), ist auch die EFSA auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Erkenntnislage zu dem Ergebnis gelangt, dass hinsichtlich der Toxizität von 2-Chlorethanol weder eine Kanzerogenität noch eine Gentoxizität ausgeschlossen werden könne, es vielmehr der Durchführung weiterer Tests bedürfe, um das gentoxische Potential zu klären. Dass entsprechende Tests derzeit mit Nachdruck, insbesondere durch Vertreter der Lebensmittelindustrie ausgeführt werden, zeigt sich in der wiederholten Vorlage weiterer Studienergebnisse sowohl beim BfR (siehe hierzu die Stellungnahmen des BfR an den Lebensmittelverband Deutschland e. V. v. 9.11.2021 und 7.12.2021) als auch bei der ESFA im Vorfeld der o. g. Stellungnahme. Insoweit bleibt abzuwarten, ob sich durch weitere Studienergebnisse eine neue Sachlage ergibt, die eine Neubewertung des Risikos von 2-Chlorethanol rechtfertigt. Dass das BfR neuen Studienergebnissen aufgeschlossen gegenübersteht und auch zu einer entsprechenden Neubewertung bereit wäre, hat das BfR in seinen o. g. Stellungnahmen an den Lebensmittelverband bereits signalisiert.

(2) Der Rechtmäßigkeit der Maßnahme steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin ihre Maßnahme nicht auf das Vorsorgeprinzip gemäß Art. 7 Abs. 1 BasisVO, son-

dern auf Art. 138 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 lit. g) KontrollVO i.V.m. Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 lit. a) BasisVO gestützt hat.

Nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO überprüft das Gericht, ob der angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Das Gericht hebt nach dieser Vorschrift einen Verwaltungsakt auf, soweit er rechtswidrig ist und den Betroffenen in seinen Rechten verletzt. In § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO kommt die Verpflichtung des Gerichts zum Ausdruck zu prüfen, ob der angefochtene Verwaltungsakt mit dem objektiven Recht in Einklang steht und, falls nicht, ob er den Kläger in seinen Rechten verletzt. Bei dieser Prüfung hat das Gericht daher alle einschlägigen Rechtsvorschriften und – nach Maßgabe der Sachaufklärungspflicht gemäß § 86 Abs. 1 VwGO – alle rechts-erheblichen Tatsachen zu berücksichtigen, gleichgültig, ob die Normen und Tatsachen von der erlassenden Behörde zur Begründung des Verwaltungsaktes angeführt worden sind oder nicht. Hierin liegt keine Umdeutung des Verwaltungsakts in eine andere Maßnahme. Umdeutung besteht in einem verändernden Eingriff in den Verfügungssatz des Verwaltungsaktes, der hier jedoch unverändert bleibt. Andere als im angefochtenen Bescheid genannte Normen und Tatsachen sind nur dann nicht heranzuziehen, wenn dadurch die Grenzen überschritten würden, die der Zulässigkeit des sogenannten Nachschiebens von Gründen gezogen sind, d.h., wenn die anderweitige rechtliche Begründung oder das Zugrundelegen anderer Tatsachen zu einer Wesensveränderung des angefochtenen Bescheides führen würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 31.3.2010, 8 C 12/09, NVwZ-RR 2010, 636, juris Rn. 16; OVG Hamburg, Urt. v. 11.4.2013, 4 Bf 141/11, NordÖR 2014, 36, juris Rn. 49). Auch bei Ermessensentscheidungen ist ein „Auswechseln“ der Ermächtigungsnorm grundsätzlich denkbar und erst dann unrechtmäßig, wenn die anderweitige rechtliche Begründung zu einer Wesensveränderung des angefochtenen Bescheides führen würde. Der Wechsel der Rechtsgrundlage führt bei Ermessensentscheidungen jedenfalls dann nicht zu einer Wesensänderung, wenn die Zwecke beider Ermächtigungsnormen eng beieinanderliegen und der Austausch sich auf die Ermessenserwägungen nicht auswirkt (vgl. BVerwG, a. a. O.; OVG Magdeburg, Beschl. v. 26.9.2018, 2 M 78/18, W+B 2019, 60, juris Rn. 19; OVG Münster, Beschl. v. 26.11.2014, 13 B 1250/14, ZLR 2015, 219, juris Rn. 12; VGH Mannheim, Urt. v. 11.07.2017, 5 S 2067/15, BauR 2017,2148, juris Rn. 25).

Eine Wesensveränderung der angefochtenen Verfügung liegt hier nicht vor. Ihr Regelungsgehalt bleibt im Wesentlichen unverändert, wenn die Maßnahme nicht mit der Annahme einer Gesundheitsschädlichkeit i. S. v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO, sondern mit einer auf wissenschaftlichen Erkenntnissen gestützten Annahme einer potentiellen Gesundheitsschädlichkeit i. S. v. Art. 7 Abs. 1 BasisVO begründet wird. Die Zwecke beider Vorschriften liegen auch eng beieinander; es geht jeweils darum, das allgemeine Ziel eines hohen Maßes an Schutz für Leben und Gesundheit der Menschen zu erreichen. Auch eröffnen beide Vorschriften der Behörde auf der Rechtsfolgenseite ein weites Ermessen. Schließlich macht der Austausch der Rechtsgrundlage

auch keine wesentlich anderen oder zusätzlichen Ermessenserwägungen erforderlich, zumal vorliegend die Rücknahme der Produkte aus Gründen des Gesundheitsschutzes in jedem Fall – gleich, ob als endgültige oder als vorläufige Maßnahme – geboten sein dürfte.

(3) Auch die auf das Vorsorgeprinzip gemäß Art. 7 Abs. 1 BasisVO gestützte Anordnung zur Einleitung einer Rücknahme der streitgegenständlichen Lebensmittel ist vom gesetzlichen Sofortvollzug gemäß § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB umfasst.

Gemäß § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Anordnungen, die der Durchführung von Verboten nach Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a) BasisVO dienen, keine aufschiebende Wirkung. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Auch die auf das Vorsorgeprinzip gemäß Art. 7 Abs. 1 BasisVO gestützte Anordnung zur Einleitung einer Rücknahme der verunreinigten Lebensmittel, bei denen der auf wissenschaftlichen Erkenntnissen gestützte Verdacht der Gesundheitsschädlichkeit besteht, „dient“ der Durchführung des Verbotes, gesundheitschädliche Lebensmittel in Verkehr zu bringen. Der gesetzliche Sofortvollzug nach § 39 Abs. 7 Nr. 1 LFGB wird bereits dann ausgelöst, wenn die Behörde eine Anordnung erlassen hat, die dem Schutz der Gesundheit zu dienen bestimmt ist, wenn die Behörde also die Anordnung mit Blickrichtung auf eine von ihr angenommene Gesundheitsschädlichkeit erlassen hat (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 5.9.2011, 5 Bs 139/11, NVwZ-RR 2012, 92, juris Rn. 7 ff., 12 m. w.N.; ebenso Holle, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, § 39 LFGB Rn. 153; Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Werkstand: 181. EL November 2021, § 39 LFGB Rn. 56a; Boch, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, 8. Online-Auflage 2019, § 39 LFGB Rn. 24).

b) Soweit die Antragstellerin ausführt, dass die Annahme einer Gesundheitsschädlichkeit i. S. v. Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO unvertretbar sei, weil es keinen Beleg für eine gentoxische bzw. mutagene Wirkung von 2-Chlorethanol gebe, verweist das Beschwerdegericht zunächst auf seine Ausführungen unter Ziffer 2. lit. a), wonach nach derzeitigem Erkenntnisstand davon auszugehen ist, dass die Gefahr einer gentoxischen Wirkung von 2-Chlorethanol besteht. Hiervon dürfte auch das Verwaltungsgericht bei den von der Antragstellerin beanstandeten Formulierungen („nach dem Erkenntnisstand im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes aus dessen hinreichend belegter Mutagenität“ (BA S. 17) bzw. „im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes hinreichend wahrscheinliche Mutagenität“ (BA S. 18)) ausgegangen sein.

Soweit die Antragstellerin demgegenüber auf eine von ihr eingeholte fachwissenschaftliche „Stellungnahme zu neu verfügbaren Daten zur Mutagenität von 2-Chlorethanol“ der Scientific Consulting Company (SCC) vom 1. Dezember 2021 verweist, nach deren Ergebnis es keinen Beleg für eine gentoxische bzw. mutagene Wirkung von 2-Chlorethanol gebe, wird hierdurch die Annahme der Gefahr eines gentoxischen Potentials von 2-Chlorethanol nicht im erforderlichen Maße entkräftet. Die Stellungnahme beruht insoweit auf der Durchführung von zwei In-vitro-Testsystemen, nämlich einem ToxTracker-Reporter-Gen-Assay und einem In-vitro-Mikronu-

kleustest an Säugetierzellen, die jedoch nicht vollständig den anzulegenden wissenschaftlichen Standards genügen dürften. So wurden die Ergebnisse dieser Tests auch der EFSA im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Überprüfung der BfR-Stellungnahme vom 1. September 2021 zur Verfügung gestellt. Die EFSA führt diesbezüglich in ihrem „Statement on the BfR opinion regarding the toxicity of 2-chloroethanol“ vom 28. Januar 2022 aus (S. 3 und 6f.), dass der durchgeführte ToxTracker-Assay derzeit nicht für regulatorische Zwecke als eigenständiger Test empfohlen werde (es gebe noch keine OECD-Testrichtlinie und der Test messe keine apikalen Endpunkte wie Genmutation oder Klastogenität). Bei dem durchgeführten In-vitro-Mikronukleustest sei eine Nicht-Standard-Zelllinie (HepaRG) verwendet worden, die nicht vollständig für den Nachweis von Mikrokernen validiert worden sei. Zudem habe die EFSA darauf hingewiesen, dass HepaRG-Zellen zwar hohe Mengen an metabolisierenden Enzymen exprimierten, in immortalisierten Zellen wie HepaRG jedoch ein Überschuss an Glutathion (GSH) auftreten könne; daher sei das negative Ergebnis im In-vitro-Mikronukleustest mit Vorsicht zu genießen. Die durchgeführten Tests sind vor diesem Hintergrund nicht geeignet, die bestehenden Unsicherheiten ob des gentoxischen Potentials von 2-Chlorethanol vollständig zu beseitigen.

c) Soweit die Antragstellerin einen Widerspruch darin erblickt, dass das Verwaltungsgericht die „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ als Schwellenwert heranziehe, obgleich es erkannt habe, dass 2-Chlorethanol nicht als kanzerogen beurteilt werden könne, ist dem nicht zu folgen. Das Verwaltungsgericht führt nicht aus, dass 2-Chlorethanol nicht kanzerogen sei, sondern dass die Kanzerogenität nicht hinreichend belegt sei bzw. dass das BfR einräume, „dass zu den kanzerogenen Eigenschaften von 2-Chlorethanol auf Basis der derzeit vorliegenden Informationen keine sichere Aussage getroffen werden“ könne (BA S. 17). Dieser Standpunkt schließt jedoch nicht aus, sich – vor dem Hintergrund, dass sowohl das BfR als auch die EFSA aufgrund der vorliegenden Daten davon ausgehen, dass die gentoxische und kanzerogene Potenz von 2-Chlorethanol nicht höher sein wird, als die von Ethylenoxid nach oraler Aufnahme – an der für Ethylenoxid rechnerisch auf Basis von stoffspezifischen Toxizitätsdaten bestimmten „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ zu orientieren.

d) Soweit die Antragstellerin moniert, dass die vom BfR festgelegte „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“, ebenso wie der ADI-Wert (Acceptable Daily Intake) bzw. der ARfD-Wert (akute Referenzdosis) keine Aussage über die Gesundheitsschädlichkeit treffe, sondern lediglich die Menge definiere, deren Verzehr wegen des geringen Risikos gesundheitlicher Schäden als akzeptabel gelte, ist dem nicht zu folgen. Der von ihr herangezogene Vergleich mit einer Überschreitung des ADI- bzw. ARfD-Werts geht fehl. Während sowohl der ADI als auch der ARfD Mengen definieren, die ohne erkennbares bzw. nennenswertes Risiko aufgenommen werden können, kann aus der Bestimmung einer „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ für 2-Chlorethanol nicht gefolgert werden, dass ein solcher Verzehr ohne Überschreitung der „Aufnahmemen-

ge geringer Besorgnis“ gesundheitlich unbedenklich wäre. Vielmehr geht aus den Stellungnahmen des BfR und der EFSA eindeutig hervor, dass für 2-Chlorethanol auf Basis der vorliegenden Daten eine sichere Aufnahmemenge ohne gesundheitliche Risiken für Verbraucherinnen und Verbraucher nicht mit der erforderlichen Zuverlässigkeit abgeleitet werden kann. Umgekehrt kann aus der Überschreitung des ADI bzw. ARfD nicht ohne weiteres eine Gesundheitsschädlichkeit gefolgert werden (vgl. VGH München, Beschl. v. 12.8.2021, 20 CS 21.688, LMuR 2022, 149, juris und VGH Mannheim, Beschl. v. 17.9.2020, 9 S 2343/20, ZLR 2021, 387, juris), während – wie bereits ausgeführt – bei Überschreitung der „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ von einem erhöhten, letztlich unkalkulierbaren Risiko einer schwerwiegenden Erkrankung auszugehen ist.

3. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, bereits erstinstanzlich umfassend dazu vorgetragen zu haben, weshalb eine Gleichsetzung von Ethylenoxid und 2-Chlorethanol unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt sei, was umso mehr im konkreten Fall gelte, in dem eine Verwendung von Ethylenoxid ausgeschlossen werden könne, fehlt es bereits an der erforderlichen Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Verwaltungsgerichts, das sich eingehend mit dem Vorbringen der Antragstellerin auseinandergesetzt hat (BA S. 16 ff.).

4. Auch soweit die Antragstellerin moniert, dass das Verwaltungsgericht fehlerhaft den von ihr vorgelegten wissenschaftlichen Stellungnahmen weniger Gewicht zugestanden habe, als der Stellungnahme des BfR, fehlt es an der erforderlichen Auseinandersetzung mit den tragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts. Die Antragstellerin macht insoweit lediglich geltend, dass der Verweis auf die unabhängige Stellung des BfR es nicht rechtfertige, die BfR-Stellungnahme mehr zu gewichten als die von ihr vorgelegten wissenschaftlichen Stellungnahmen. Das Verwaltungsgericht hat indes weitergehend darauf abgestellt (BA S. 16), dass die Einschätzung des BfR [bezüglich der Ermittlung des zugrunde gelegten Wertes von 0,037 µg/kg KG/Tag] keinen Anlass zu durchgreifenden Zweifeln biete und für das Gericht den derzeit bestverfügbaren Erkenntnisstand darstelle, an dem es sich mangels eigener Sachkenntnis bei der naturwissenschaftlich-medizinischen Beurteilung orientiere. Dabei messe es den Stellungnahmen des BfR eine besondere Autorität bei. Diese speise sich aus der Unabhängigkeit des BfR bei der Erstellung wissenschaftlicher Gutachten (nach § 2 Abs. 3 BfRG). Diese Gewichtung der Stellungnahmen des BfR entspreche dem Erfordernis einer unabhängigen Risikobewertung aus Art. 6 Abs. 2 und Erwägungsgrund 18 BasisVO, dem von den Beteiligten in Auftrag gegebene Gutachten nicht in gleicher Weise gerecht werden könnten. Darüber hinaus werde die besondere Stellung des BfR auch in seiner Aufgabenzuweisung, insbesondere in § 2 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 5 und 9 BfRG deutlich. Davon unabhängig seien die angeführten Stellungnahmen des BfR für die Kammer im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auch aus sich selbst heraus hinreichend plausibel und ihre Überzeugungskraft sei auch nicht durchgreifend durch den Vortrag der Antragstellerin entkräftet [vgl. hierzu die

weiteren Ausführungen des Verwaltungsgerichts, BA S. 17 ff.]. Das Verwaltungsgericht hat des Weiteren auch dargelegt, weshalb es dem Vortrag der Antragstellerin, die unter Bezugnahme auf die von ihr eingereichten wissenschaftlichen Stellungnahmen die Heranziehung eines höheren Schwellenwertes (entweder 0,824 mg/kg KG/Tag oder 0,45 mg/kg KG/Tag) forderte, nicht folge. Beide Werte seien nach vorläufiger Einschätzung des Verwaltungsgerichts nicht besser geeignet, die Gesundheitsschädlichkeit von 2-Chlorethanol zu bewerten. Soweit die Stellungnahmen der _____ (v. 21.10.2021) sowie von _____ (v. 14.10.2021) nahelegten, eine alternative Analogie im Wege eines sog. „Read-Across“ vorzunehmen, zeigten diese Stellungnahmen zwar bestehende Unterschiede zwischen Ethylenoxid und 2-Chlorethanol auf, jedoch nicht, warum der alternativ in Ansatz gebrachte Schwellenwert genauer sein sollte, als der vom BfR ermittelte Wert. Insoweit fehle es an einer plausiblen Herleitung eines alternativen Schwellenwertes anhand der analog herangezogenen Stoffe. Soweit aus den eingereichten Stellungnahmen ersichtlich, lägen für die analog herangezogenen Stoffe keine Schwellenwerte vor. Vor diesem Hintergrund taue die in Bezug genommene Bewertung von 2-Chlorethanol im Read-Across-Verfahren nicht zur Herleitung eines Schwellenwertes.

a) Ergänzend weist das Beschwerdegericht darauf hin, dass es auf Grundlage der derzeitigen Erkenntnislage die Einschätzung des Verwaltungsgerichts teilt, dass der von der US-EPA zugrunde gelegte Wert von 0,824 mg/kg KG/Tag nicht besser geeignet ist, die Gesundheitsschädlichkeit von 2-Chlorethanol zu bewerten. Eine schlichte Übernahme des Werts dürfte schon aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommen. Insoweit weist das BfR nachvollziehbar darauf hin, dass sich Bewertungen der US-EPA, des Scientific Committee on Food (SCF) und der Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe (MAK-Kommission) gemäß den jeweils abzudeckenden Fragestellungen und Rechtsbereichen in ihren Datenanforderungen unterschieden und daher nur eingeschränkt übertragbar seien (BfR v. 1.9.2021, S. 7). Die Bewertungen unterschieden sich in den Anforderungen an die Aussagekraft der Daten. Das BfR aktualisiere seine Bewertungen regelmäßig und bei Bedarf entsprechend dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik. Hierbei seien für sie die in der EU gemäß den einschlägigen Verordnungen – hier VO (EG) Nr. 1107/2009 – geltenden Leitfäden maßgeblich. Hieraus erkläre sich auch, dass sie ein von anderer Stelle – hier US-EPA – akzeptiertes Konzept zur Bewertung von 2-Chlorethanol durch Übertragung von Daten (sog. read-across) von 2-Chlorpropanol nicht ohne weitere Prüfung übernehmen könne (BfR v. 9.11.2021, S. 1). Auch die EFSA führt in ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2022 (S. 7) aus, dass es die von den Interessenvertretern vorgelegte Read-across-Analyse, namentlich für 1-Chlor-2-propanol, 2-Chlor-1-propanol und 2-Bromethanol, für unvollständig halte, da sie die experimentellen Gentoxizitätsdaten zu den Analoga nicht berücksichtigt habe. Darüber hinaus seien in der Read-across-Analyse Ähnlichkeiten im Stoffwechsel berücksichtigt worden; diese Ähnlichkeiten seien jedoch nur für 2-Bromethanol beschrieben worden. [...] Die Read-across-Analyse könne zwar als wissenschaftlich fundiert angesehen

werden, sei jedoch unvollständig und berge einige Unsicherheiten in Bezug auf die Zuverlässigkeit der experimentellen Daten zu Analoga.

b) Soweit die Antragstellerin auf die von der SCC erstellte „Stellungnahme zu neu verfügbaren Daten zur Mutagenität von 2-Chlorethanol“ vom 1. Dezember 2021 verweist, in der die Autoren auf der Grundlage eines von ihnen ermittelten Referenzwertes von 10 µg/kg KG/Tag für 2-Chlorethanol festgestellt hätten, dass bei Anwendung dieses Wertes die Exposition gegenüber den von der Antragstellerin vermarkteten Produkten für die menschliche Gesundheit unbedenklich sei, ist auch dieser Wert nach derzeitigem Sachstand nicht besser geeignet, die Gesundheitsschädlichkeit von 2-Chlorethanol zu bewerten. Wie bereits ausgeführt, genügen die durchgeführten Tests hinsichtlich des genotoxischen Potentials von 2-Chlorethanol nicht vollständig den anzulegenden wissenschaftlichen Standards (siehe unter Ziffer 2. lit. b)). Die Autoren der Studie haben sodann unter Heranziehung einer Kanzerogenitätsstudie von Dunkelberg (1983) einen Referenzwert von 10 µg/kg KG/Tag für 2-Chlorethanol ermittelt. Auch dieser Ansatz kann vor dem Hintergrund der anzulegenden wissenschaftlichen Standards nicht überzeugen. Die EFSA weist in ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2022 daraufhin (S. 7), dass die Studie zur Kanzerogenität bei oraler Aufnahme [Dunkelberg, 1983] von den Vorgaben der Prüfrichtlinie OECD TG 451 abweiche. Zu den Abweichungen gehörten die Verwendung von nur zwei Dosisstufen, die zweimal wöchentliche Verabreichung der Prüfsubstanz, die Untersuchung nur eines Geschlechts (Frauen) und begrenzte Daten über die bei der Histopathologie verwendeten Methoden; außerdem fehlten Einzelheiten über die Prüfsubstanz.

5. Die Antragstellerin dringt schließlich auch nicht mit ihrem Vortrag durch, das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass die streitgegenständlichen Chargen bereits deshalb nicht gesundheitsschädlich im Sinne des Art. 14 Abs. 2 lit. a) BasisVO sein könnten, weil diese als bloße Rohstoffe nicht unmittelbar verzehrt würden; mangels eines unmittelbaren Verzehrs könnten die fraglichen Chargen per se nicht die Gesundheit von Menschen schädigen, sondern allenfalls ein Enderzeugnis, welches den Rohstoff als Zutat enthalte.

Das Verwaltungsgericht führt zu Recht aus, dass die streitgegenständlichen Produkte als Lebensmittel i. S. v. Art. 2 Abs. 1 BasisVO ebenfalls „sicher“ sein müssen. Die Antragstellerin ist als Lebensmittelunternehmerin i. S. v. Art. 3 Nr. 3 BasisVO dafür verantwortlich, dass die Anforderungen des Lebensmittelrechts in dem ihrer Kontrolle unterstehenden Lebensmittelunternehmen erfüllt werden. Gemäß Art. 17 Abs. 1 BasisVO haben die Lebensmittelunternehmer auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen in den ihrer Kontrolle unterstehenden Unternehmen dafür zu sorgen, dass die Lebensmittel die Anforderungen des Lebensmittelrechts erfüllen, die für ihre Tätigkeit gelten, und haben die Einhaltung dieser Anforderungen zu überprüfen. Hierunter fällt auch die aus Art. 14 Abs. 1 BasisVO folgende Pflicht, keine Lebensmittel in Verkehr zu bringen, die nicht sicher sind. Ein solches Inver-

kehrbringen ist auch in der – hier einschlägigen – Weitergabe von Lebensmitteln an ein weiteres Lebensmittelunternehmen zum Zwecke der Weiterverarbeitung zu sehen (vgl. Art. 3 Nr. 8 BasisVO). Soweit die Antragstellerin nun argumentiert, dass ihre Lebensmittel nicht unmittelbar verzehrt würden und sie daher die Gesundheit von Menschen nicht direkt schädigen könnten, kommt es hierauf nicht an. Würde man die Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 BasisVO nicht auf alle Stufen des Inverkehrbringens erstrecken, wäre eines der grundlegenden Ziele des Lebensmittelrechts, nämlich ein hohes Schutzniveau der Gesundheit der Bevölkerung zu schaffen, auf das Art. 1 Basis VO Bezug nimmt (vgl. hierzu auch den zwölften Erwägungsgrund der BasisVO), konterkariert (vgl. auch EuGH, Urt. v. 13.11.2014, C-443/13, LMuR 2015, 8, juris Rn. 28). Nach Art. 14 Abs. 3 BasisVO sind bei der Entscheidung der Frage, ob ein Lebensmittel sicher ist oder nicht, a) die normalen Bedingungen seiner Verwendung durch den Verbraucher und auf allen Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen zu berücksichtigen sowie b) die dem Verbraucher vermittelten Informationen einschließlich der Angaben auf dem Etikett oder sonstige ihm normalerweise zugängliche Informationen über die Vermeidung bestimmter die Gesundheit beeinträchtigender Wirkungen eines bestimmten Lebensmittels oder einer bestimmten Lebensmittelkategorie. Hinsichtlich der Beurteilung der Lebensmittelsicherheit von Erzeugnissen, die von einem Lebensmittelunternehmen zum anderen in Verkehr gebracht werden, ist auf die jeweiligen normalen Bedingungen der Verwendung auf der nachgelagerten Stufe der Lebensmittelkette abzustellen, gegebenenfalls auch auf mehrere Stufen, falls ein Erzeugnis bestimmungsgemäß verschiedene Verarbeitungsstufen durchläuft (vgl. Meisterernst, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO, 2021, Art. 14 Rn. 35). Vorliegend werden die betroffenen Produkte nach Angaben der Antragstellerin zu ernährungsspezifischen bzw. physiologischen Zwecken, z.B. als Zutat in Nahrungsergänzungsmitteln oder zur Anreicherung in Lebensmitteln verwendet. Unabhängig davon, wie die streitgegenständlichen Lebensmittel auf der oder den nachfolgenden Verarbeitungsstufe(n) konkret verwendet werden, z.B. in Gestalt einer bloßen Verpressung in Tablettenform oder einer Beimischung mit anderen Lebensmittelkomponenten, ist aus objektiver Sicht jedenfalls zu erwarten, dass auch das jeweilige „Endprodukt“ mit 2-Chlorethanol verunreinigt sein wird.

Anmerkung

Zu kurz gesprungen

I. Einleitung

Seit nun bald zwei Jahren halten Befunde von Ethylenoxid (ETO) – einem in der EU nicht zugelassenem Begasungsmittel – die Lebensmittelindustrie und die für ihre Überwachung zuständigen Behörden auf Trab. Da der Stoff flüchtig ist, wird regelmäßig nur ein Abbauprodukt, 2-Chlorethanol, analytisch gefunden. Die mit kontaminierten Sesamsamen im Sommer 2020 beginnende Welle an Befunden war europä-

weit Auslöser für den Rückruf von mehr als 10.000 Lebensmittelprodukten¹ und ca. 900 Meldungen im Europäischen Schnellwarnsystem (RASSF). Trotz des Umfangs der ETO-Krise gab es relativ wenig gerichtliche Auseinandersetzungen. Nach dem BayVGH (Beschluss vom 25. April 2022 – 20 CS 22.530, ebenfalls besprochen in diesem Heft) hat sich jetzt mit dem OVG Hamburg ein weiteres Obergericht² mit dem Verbot des Inverkehrbringens von mit 2-Chlorethanol belasteten Lebensmitteln befasst. Leider hat das OVG Hamburg dabei – im Gegensatz zum VGH München – die Systematik der Art. 7 und 14 BasisVO sowie den jeweiligen Regelungsgehalt dieser Normen verkannt. In Art. 7 Abs. 2 BasisVO ist festgelegt, dass bei Maßnahmen, die auf der Rechtsgrundlage des Art. 7 Abs. 1 BasisVO, dem Vorsorgeprinzip, getroffen werden, den für die Risikomanagemententscheidung zuständigen Behörden ein Handlungsspielraum zusteht. Ist ein Lebensmittel hingegen gesundheitsschädlich im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO, darf es gemäß Art. 14 Abs. 1 BasisVO³ nicht in Verkehr gebracht werden, ein Handlungsspielraum besteht nicht. Bereits deswegen kommt ein Austausch der Rechtsgrundlagen durch das Gericht nicht in Betracht. Ein Stück weit mag das Verständnis des Gerichts auch darauf beruht haben, dass die den behördlichen Maßnahmen zu Grunde liegenden Stellungnahmen des deutschen Bundesinstituts für Risikobewertung⁴ (BfR) sowie der Europäischen Lebensmittelbehörde⁵ (EFSA) vom Gericht falsch verstanden wurden. Denn bereits der Ansatz des OVG Hamburg, das BfR habe die Schwelle der Gesundheitsschädlichkeit einer Belastung mit 2-Chlorethanol bestimmt, ist falsch. Schlussendlich sind auch die Ausführungen zur fehlenden Sicherheit im Hinblick auf die Weiterverarbeitung der streitgegenständlichen Zutaten Calcium- und Magnesiumcarbonat nicht zutreffend.

Denn auch nach Auffassung des BfR kann 2-Chlorethanol aufgrund derzeitiger Datelage nicht als (erwiesenermaßen) gesundheitsschädlich eingestuft werden (hierzu unter II.). Daher hätte die Behörde ihre Anordnung von vornherein nur als vorläufige Risikomanagementmaßnahme auf Art. 7 Abs. 1 BasisVO stützen können (hierzu unter III.). Ein Austausch der Rechtsgrundlage ist angesichts der Wesensverschiedenheit der Normen unzulässig (hierzu unter IV.). Schließlich macht es – anders als das Gericht meint – bei der Einstufung eines Lebensmittels durchaus einen Unterschied, ob es als solches verzehrt oder aber weiterverarbeitet wird (hierzu unter V.).

1 Lebensmittelzeitung, 13. August 2021, Seite 14.

2 Wie VGH München jetzt auch OVG Schleswig, B. v. 16.6.2022, 3 MB 8/22.

3 Zur Verknüpfung mit Art. 19 Abs. 1 BasisVO siehe *Meisterernst*, in: Streinz/Meisterernst, Art. 14 BasisVO Rn. 96.

4 BfR: Gesundheitliche Bewertung von Ethylenoxid-Rückständen in Sesamsamen, Aktualisierte Stellungnahme vom 1. September 2021.

5 EFSA Statement on the BfR opinion regarding the toxicity of 2-chloroethanol, EFSA Journal 2022;20(2):7147.

II. Gesundheitsschädlichkeit von 2-Chlorethanol fraglich

Anders als das OVG Hamburg meint, ist den Stellungnahmen von BfR und EFSA nicht zu entnehmen, dass 2-Chlorethanol gesundheitsschädlich ist. Das BfR führt vielmehr aus, die Datenlage bezüglich 2-Chlorethanol sei widersprüchlich und teilweise unvollständig. Zu seinen kanzerogenen Eigenschaften könne keine sichere Aussage getroffen werden. Die vorliegenden Informationen reichten nicht aus, um eine krebserzeugende Wirkung mit hinreichender Sicherheit auszuschließen. Für eine genotoxische Aktivität gebe es – aus in-vitro-Genotoxizitätsstudien – zahlreiche Hinweise, die Existenz eines möglichen Schwellenwertes und die in-vivo-Relevanz seien noch nicht abschließend geklärt. Das BfR schlägt deshalb vor, *bis zur abschließenden Klärung* des toxikologischen Potentials von 2-Chlorethanol dessen Genotoxizität und Kanzerogenität entsprechend der von Ethylenoxid zu bewerten. Für Ethylenoxid hatte die Bundesbehörde eine sogenannte „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ abgeleitet. Bei lebenslanger Aufnahme einer solchen Menge sei es unwahrscheinlich, dass das zusätzliche Risiko, an Krebs zu erkranken, ca. 1:100.000 übersteige. Diese „Aufnahmemenge geringer Besorgnis“ hatte das BfR für Ethylenoxid mit 0,037 Mikrogramm je Kilogramm Körpergewicht und Tag ($\mu\text{g}/\text{kg KG}/\text{Tag}$) berechnet. Ob 2-Chlorethanol genotoxisch ist oder nicht, konnte das BfR nicht beurteilen.

Auch die EFSA konnte keinen sichereren Grenzwert zur Genotoxizität bzw. Kanzerogenität von 2-Chlorethanol ableiten und keine Standard-Risikobewertung durchführen. Das genotoxische Potential von 2-Chlorethanol sei vielmehr weiterhin als nicht schlüssig („inconclusive“) anzusehen, weshalb weitere Studien durchgeführt werden müssten.

Eine eindeutige Risikoeinschätzung der Gesundheitsgefahr von 2-Chlorethanol enthält folglich keine der beiden Stellungnahmen. Entsprechend versteht dies auch der VGH München und stützt vorläufige Risikomanagementmaßnahmen auf das Vorsorgeprinzip in Art. 7 Abs. 1 BasisVO. Anders das OVG Hamburg: Weil die „betroffenen Lebensmittelchargen“ die für Ethylenoxid geltende Aufnahmemenge geringer Besorgnis überschritten, sei die Annahme der Gesundheitsschädlichkeit im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO geboten. Das ist schon deswegen falsch, weil die Aufnahmemenge geringer Besorgnis nicht durch eine Charge überschritten werden kann. Dies geht nur durch einen bestimmten Stoff (2-Chlorethanol), der in einem als solchen verzehrfähigen Lebensmittel enthalten ist und zudem in einer Menge verzehrt wird, die zu einer Überschreitung der Aufnahmemenge geringer Besorgnis führt. Die gemessene Konzentration an 2-Chlorethanol im Lebensmittel allein kann noch zu keiner Einschätzung der Gesundheitsgefahr herangezogen werden. Streitgegenständlich waren auch keine solchen zum unmittelbaren Verzehr bestimmten Lebensmittel, sondern lediglich die Lebensmittelzutaten Calcium- und Magnesiumcarbonat, die zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln bzw. zur Anreicherung von Lebensmitteln bestimmt waren. Außerdem hatte das BfR mit der Aufnahmemen-

ge geringer Besorgnis nicht die Schwelle der Gesundheitsschädlichkeit bestimmt, sondern einen Wert abgeleitet, bei dem mit hoher Wahrscheinlichkeit keine Gesundheitsschädlichkeit zu befürchten ist, also den umgekehrten Fall. Auch das hat das OVG Hamburg verkannt.

III. Richtige Rechtsgrundlage: Art. 7 Abs. 1 BasisVO

Die Annahme des Gerichts, Art. 7 Abs. 1 BasisVO sei vorliegend nicht anzuwenden, ist nicht zutreffend. Zwar sind gemäß Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) und b) BasisVO bei der Frage, ob ein Lebensmittel gesundheitsschädlich ist, die *wahrscheinlichen* Auswirkungen seines Verzehrs zu berücksichtigen, d.h. die *wahrscheinlichen* sofortigen und/oder kurzfristigen und/oder langfristigen Auswirkungen des Lebensmittels nicht nur auf die Gesundheit des Verbrauchers, sondern auch auf nachfolgende Generationen bzw. seine *wahrscheinlichen* kumulativen toxischen Auswirkungen. Doch verkennt das Gericht damit das Verhältnis der Vorschrift zu Art. 7 BasisVO. Denn das Vorsorgeprinzip soll bereits seinem Wortlaut nach gerade in solchen Fällen anwendbar sein, in denen nach einer Auswertung der verfügbaren Informationen die *Möglichkeit* gesundheitsschädlicher Auswirkungen festgestellt wird, *wissenschaftlich* aber noch Unsicherheit besteht. Art. 14 Abs. 4 Buchst. a) und b) BasisVO erfassen also nicht wie Art. 7 Abs. 1 BasisVO die *Möglichkeit* des Vorliegens eines Risikos (also ein potentielles Risiko⁶) im Sinne von Art. 3 Nr. 9 BasisVO, sondern die *Wahrscheinlichkeit* der Auswirkung eines bestehenden Risikos auf die Gesundheit. Letztere ergibt sich aus der Anwendung toxikologischer Schwellenwerte, welche wiederum auf statistischen Methoden basieren. Diese Schwellenwerte kommen jedoch erst zum Zug, wenn grundsätzlich die Gesundheitsschädlichkeit eines biologischen, chemischen oder physikalischen Agens oder des Zustands eines Lebensmittels im Sinne des Art. 3 Nr. 14 BasisVO bekannt und erwiesen ist. Die Europäische Kommission nennt deshalb in ihren Leitlinien 2010⁷ als Beispiele zu Art. 14 Abs. 4 BasisVO bekannte Toxine, etwa Botulinumtoxin, Dioxin, Methylquecksilber oder genotoxische Karzinogene, an deren gesundheitsschädlicher Wirkung *per se* keine Zweifel bestehen. Sind die maßgeblichen Schwellenwerte dieser Stoffe in einem Lebensmittel überschritten, ist es gesundheitsschädlich im Sinne des Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO und darf gemäß Art. 14 Abs. 1 BasisVO nicht in Verkehr gebracht werden.

Die Auffassung des OVG Hamburg führt somit dazu, dass das Vorsorgeprinzip in Art. 7 Abs. 1 BasisVO seines Anwendungsbereichs beraubt wird und obsolet ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist aber für dessen korrekte Anwendung „erstens die Bestimmung der *möglicherweise* negativen Auswirkungen der betreffenden Stoffe oder Lebensmittel auf die Gesundheit und zweitens eine umfassende Bewertung des Gesundheitsrisikos auf der Grundlage der

6 Streinz, in: Streinz/Meisterernst, BasisVO Art. 7 Rn. 6.

7 Leitlinien für die Anwendung der Artikel 11, 12, 14, 17, 18, 19 und 20 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 über das allgemeine Lebensmittelrecht.

zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung“⁸ erforderlich. Nichts anderes haben das BfR und die EFSA getan. Weiter soll das Vorsorgeprinzip dann anwendbar sein, wenn das Bestehen oder der Umfang des behaupteten Risikos nicht mit Sicherheit festzustellen sein könnte, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, nicht schlüssig oder ungenau seien, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die Gesundheit der Bevölkerung jedoch fortbestehe, falls das Risiko eintrete.⁹ Dass diese Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen, ist auch nach dem OVG Hamburg unstrittig. Schließlich meint auch die Europäische Kommission: „...as regards 2CE [2-Chloroethanol], this substance is suspected of having the same CMR¹⁰ properties as ETO [Ethylene oxide] although some uncertainty persists. In that case, the precautionary principle of Article 7 GFL applies“.¹¹

Da die Genotoxizität von 2-Chlorethanol nicht beurteilt werden konnte, konnte auch keine Wahrscheinlichkeit der Auswirkungen eines Verzehrs dieses Stoffes auf die Gesundheit beurteilt werden. Es blieb bei der bloßen Möglichkeit derartiger Auswirkungen. Dies ist der Anwendungsfall des Art. 7 Abs. 1 BasisVO.

IV. Kein Austausch der Rechtsgrundlagen

Neben den tatbestandlichen Differenzen sind auch die Rechtsfolgen beider Normen unterschiedlich, weshalb sie im Rahmen des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht austauschbar sind.

1. Wesensverschiedene Normen

Nicht sichere Lebensmittel dürfen nach Art. 14 Abs. 1 BasisVO nicht in den Verkehr gebracht werden. Ist dies dennoch geschehen, sind die Produkte gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 BasisVO vom Markt zurückzunehmen, ggf. unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 S. 2 BasisVO auch öffentlich zurückzurufen. Bei einem Verstoß räumt Art. 138 Verordnung (EU) 2017/625 (KontrollVO) den Behörden kein Entschließungsermessen ein.¹² Ein etwaiges Auswahlermessen¹³ dürfte bei gesundheitsschädlichen Lebensmitteln hinsichtlich des Verbots des Inverkehrbringens bzw. der Notwendigkeit der Rücknahme regelmäßig auf null reduziert sein, für Verhältnismä-

8 EuGH, C-282/15, Queisser Pharma [2017], ECLI:EU:C:2017:26, Rn. 56; C-333/08, Kommission/Frankreich [2010], ECLI:EU:C:2010:44, Rn. 92.

9 EuGH, C-282/15, Queisser Pharma [2017], ECLI:EU:C:2017:26, Rn. 57; C-333/08, Kommission/Frankreich [2010], ECLI:EU:C:2010:44, Rn. 93, Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, Abschnitt 5.1; Streinz, in: Streinz/Meisterernst BasisVO Art. 7 Rn. 6.

10 Carcinogenic, mutagenic, reprotoxic.

11 Summary of the Meeting on Ethylene Oxide (ETO): Regulatory and Technical Aspects, Webex, Monday 4.10.2021.

12 Holle, in: Streinz/Meisterernst, LFGB § 39 Rn. 19 m. w. N.

13 Holle, in: Streinz/Meisterernst, LFGB § 39 Rn. 20.

ßigkeitserwägungen kein Raum bleiben.¹⁴ Dementgegen eröffnet Art. 7 Abs. 2 BasisVO der Behörde für ihre Risikomanagemententscheidung einen weiten Handlungsspielraum. So liegt es zunächst in ihrem Ermessen, überhaupt tätig zu werden (Entschließungsermessen). Sie kann des Weiteren aber auch entscheiden, *welche* Art von Anordnungen sie gegenüber dem Lebensmittelunternehmer trifft (Auswahlermessen). In den Worten der Europäischen Kommission liest sich das wie folgt: „Das Vorsorgeprinzip lässt sich unter zwei grundlegend verschiedenen Aspekten betrachten: erstens unter dem Gesichtspunkt der politischen Entscheidung, ob man überhaupt tätig werden soll [...] und zweitens unter dem Gesichtspunkt, wie man gegebenenfalls tätig wird, d. h. welche Maßnahmen im Falle eines Rückgriffs auf das Vorsorgeprinzip getroffen werden“.¹⁵ In Betracht kommen neben den o.g. Maßnahmen beispielsweise allgemeine Warnhinweise oder Empfehlungen für den Verzehr von Lebensmitteln, ggf. differenziert nach bestimmten Risikogruppen der Endverbraucher.¹⁶ Die konkret gewählte Maßnahme ist schließlich am Maßstab des Art. 7 Abs. 2 BasisVO zu messen. Demnach muss sie verhältnismäßig sein, darf den Handel nicht über Gebühr belasten und sollte innerhalb einer angemessenen Frist überprüft werden.

Somit besteht bei einer Maßnahme gem. Art. 7 Abs. 2 BasisVO ein Entschließungsermessen der Behörde, bei einer Maßnahme gem. Art. 138 KontrollVO i. V.m. Art. 19, 14 BasisVO nicht. Auch die Behauptung des Gerichts, beide Vorschriften würden gleichermaßen auf „der Rechtsfolgenseite ein weites Ermessen“ eröffnen, trifft nicht zu.

2. Wesensveränderung des Verwaltungsaktes

Das OVG Hamburg hat somit verkannt, dass der Austausch der Rechtsgrundlagen zu einer maßgeblichen Wesensveränderung der Verwaltungsentscheidung führt. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Ermessensentscheidungen nur dann nicht, wenn die Zwecke beider Ermächtigungsnormen eng beieinanderliegen und der Austausch sich auf die Ermessenserwägungen nicht auswirkt.¹⁷ Zwar bezwecken im vorliegenden Fall beide Normen ein hohes Schutzniveau der menschlichen Gesundheit. Allerdings macht deren Austausch hier wesentlich andere und zusätzliche Ermessenserwägungen erforderlich. Zudem erschwert das Austauschen der Rechtsgrundlage die Rechtsverteidigung des Betroffenen erheblich und ist auch aus diesem Grunde unzulässig.¹⁸

14 *Holle*, in: Streinz/Meisterernst, LFGB § 39 Rn. 22; 27 m. w.N.; *Meisterernst*, in: Streinz/Meisterernst, Art. 19 BasisVO, Rn. 32; Art. 14 BasisVO Rn. 96; OVG Lüneburg, B.v. 9.2.2021, 13 ME 580/20, Tz. 21.

15 Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, Abschnitt 5 Einleitung; siehe hierzu auch *Meisterernst*, ZLR 2017, 444.

16 *Strein*, in: Meisterernst/Strein, BasisVO Art. 7 Rn. 16.

17 BVerwG, ZLR 2016, 407, Tz. 15; BVerwG, Urt. v. 31.3.2010, 8 C 12/09; OVG Magdeburg, B. v. 26.9.2018, 2 M 78/18; OVG Münster, B. v. 26.11.2014, 13 B 1250/14.

18 BVerwG, U. v. 20. 6. 2013, 8 C 39.12, Tz. 81.

a) Maßnahmen gem. Art. 7 Abs. 1 BasisVO sind vorläufig

Wie bereits ausgeführt sind auf Art. 7 Abs. 1 BasisVO gestützte Maßnahmen von Gesetzes wegen lediglich vorläufig und damit zwingend befristet, streitgegenständlich also bis die notwendigen weiteren Tests zur Klärung des genotoxischen Potentials von 2-Chlorethanol vorliegen. Auch muss die Behörde tätig werden, um die wissenschaftliche Unsicherheit zu beseitigen und ihre Maßnahme regelmäßig überprüfen. Die Befristung einer aus Vorsorge getroffenen Maßnahme verdeutlicht dabei der Behörde, dass sie nach Ablauf des dafür maßgeblichen Zeitraums in jedem Falle wieder aktiv werden muss – sei es um die Maßnahme aufzuheben, sie aufrechtzuerhalten oder abzuändern. Da es sich um eine vorläufige Maßnahme handelt, wird der Lebensmittelunternehmer betroffene Ware u. U. nicht vernichten. Sperrt er sie lediglich und erhärten sich die Bedenken zur Sicherheit seiner Lebensmittel nicht, ist ein (erneutes) Inverkehrbringen möglich. Dies gilt insbesondere bei den hier vorliegenden Lebensmitteln mit einem wohl langen Mindesthaltbarkeitsdatum.

b) Handlungsspielraum der Behörde

Entscheidend ist zudem, dass die Behörde bei auf das Vorsorgeprinzip gestützten Maßnahmen das oben näher beschriebene Entschließungs- und Auswahlermessen hat und ihr damit ein weiter Handlungsspielraum zur Verfügung steht. Zu guter letzt macht es – auch wenn vorliegend nach Ansicht des Gerichts eine Rücknahme der Produkte auch im Falle des Art. 7 Abs. 2 BasisVO zwingend geboten wäre – für die (öffentliche) Wahrnehmung einen erheblichen Unterschied, ob dieser wegen der bloßen *Möglichkeit* einer genotoxischen Wirkung erfolgt oder wegen der sicheren Erkenntnis.

V. Sicherheit in der Lebensmittelkette

Schließlich ist die Antragstellerin beim OVG Hamburg auch mit dem Argument nicht durchgedrungen, die betroffenen Lebensmittel könnten bereits deshalb nicht gesundheitsschädlich i. S. d. Art. 14 Abs. 2 Buchst. a) BasisVO sein, weil sie als bloße Rohstoffe nicht unmittelbar verzehrt würden; mangels eines unmittelbaren Verzehrs könnten sie per se nicht die Gesundheit von Menschen schädigen, sondern allenfalls ein Enderzeugnis, welches den Rohstoff als Zutat enthalte. Die pauschale Ablehnung dieser Auffassung durch das Gericht ist nicht nachvollziehbar. Spezielle Regelungen zur Weiterverarbeitung greifen nicht. Insbesondere ist das Verarbeitungsverbot bei Rückständen von Pflanzenschutzmitteln gemäß Art. 19 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 396/2005 nicht einschlägig. Ausdrücklich zulässig ist beispielsweise die weitere Verarbeitung von Lebensmitteln, wenn die entsprechende Gefahr beseitigt ist gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien. Daher unterliegt es der Prüfung im Einzelfall, ob durch zusätzliche Maßnahmen die an sich bestehende Gesundheitsschädlichkeit eines Lebensmittels wieder

beseitigt wird, z.B. durch Informationen gem. Art. 14 Abs. 3 BasisVO.¹⁹ Auch bei den betroffenen Produkten wäre es denkbar gewesen, dass deren vorgesehene oder vorgegebene Verarbeitung und Verdünnung den Gehalt an 2-Chlorethanol absenkt, sodass er unter die vom Gericht herangezogene Aufnahmemenge geringer Besorgnis, wenn nicht sogar unter die Nachweisgrenze fallen könnte.

VI. Fazit

Die behördliche Maßnahme konnte vorliegend allenfalls auf die Rechtsgrundlage des Art. 7 Abs. 1 BasisVO gestützt werden. Das Gericht hat das Verhältnis von Art. 7 und Art. 14 BasisVO ebenso falsch verstanden, wie die wissenschaftliche Bewertung des Sachverhalts durch das BfR und die EFSA. Auch war die Anwendung der Vorschriften auf die streitgegenständlichen Rohstoffe fehlerhaft.

Rechtsanwalt *Prof. Andreas Meisterernst*, München

Rechtsanwältin und staatl. gepr. Lebensmittelchemikerin *Anna Neusch*, München

¹⁹ *Meisterernst*, in: *Streinz/Meisterernst BasisVO Art. 14 Rn. 27*.