



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

3 Bs 92/23  
2 E 1538/23

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 3. Senat, am 21. September 2023 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht  
die Richterin am Oberverwaltungsgericht  
den Richter am Verwaltungsgericht

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 12. Juli 2023, soweit mit diesem der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt wurde, geändert.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 12. April 2023 gegen die Ziffern I. und II. des Bescheids der Antragsgegnerin vom 21. März 2023 wird wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten beider Rechtszüge.

### Gründe

#### I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Ordnungsverfügung, die ihr unter (bedingter) Festsetzung eines Zwangsgeldes das Inverkehrbringen eines von ihr vertriebenen Nahrungsergänzungsmittels sowie werbende Aussagen für dieses Produkt untersagt.

Die Antragstellerin ist ein pharmazeutisches Unternehmen, das sich auf den Vertrieb von Gesundheitsprodukten spezialisiert hat. Unter anderem vertreibt sie das Nahrungsergänzungsmittel „Fett Burner (Fb)“, welches man sowohl im Online-Shop der Marke „ “ (<https://> , Abruf am Tag der Entscheidung) als auch in gängigen Drogeriemärkten bzw. deren Online-Shops (z.B. „ “, siehe <https://www.> I, Abruf am Tag der Entscheidung) erwerben kann. Das Nahrungsergänzungsmittel enthält unter anderem einen Wirkstoff namens „Sinetrol“, bei dem es sich um einen Kombinationswirkstoff aus Guarana und Zitrusfruchtextrakten handelt.

Mit Bescheid vom 21. März 2023 erließ die Antragsgegnerin die streitgegenständliche Ordnungsverfügung, mit welcher sie der Antragstellerin das Inverkehrbringen des Produkts „Fett Burner (Fb)“ untersagte sowie ihr aufgab, die online zu Werbezwecken dargestellten gesundheitsbezogenen Angaben im Zusammenhang mit dem Produkt, insbesondere auf der Homepage, zu entfernen und zukünftig zu unterlassen. Sie ordnete insoweit die sofortige Vollziehung an und setzte ein Zwangsgeld in Höhe von 15.000,- Euro „für jeden feststellbaren Verstoß“ der Antragstellerin fest, sollte diese der Verfügung nicht nachkommen. Als Ermächtigungsgrundlage wurde Art. 138 Abs. 1 lit. a) und b) in Verbindung mit Abs. 2 lit. d) VO (EG) 2017/625 zitiert. Die Bezeichnung des Produkts als „Fett Burner“ stelle eine

unzulässige spezifische gesundheitsbezogene Angabe dar. Die auf dem Produkt verwendete gesundheitsbezogene Angabe „Guarana unterstützt die Fettverbrennung“ verstoße mangels Zulassung der Angabe ebenfalls gegen Art. 10 Abs. 1 der Health Claim Verordnung (VO (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel – Health Claim Verordnung – im Folgenden: HCVO). Selbiges gelte für die Werbeangaben auf der Homepage.

Dagegen erhob die Antragstellerin mit Schreiben vom 12. April 2023 Widerspruch, über den noch nicht entschieden wurde.

Gleichzeitig hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 12. April 2023 gegen den Bescheid vom 21. März 2023 gestellt. Mit Beschluss vom 12. Juli 2023 hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Zwangsgeldfestsetzung wiederhergestellt und den Antrag in Bezug auf das Verbot des Inverkehrbringens des Produkts „Fett Burner (Fb)“ sowie in Bezug auf die Entfernung und Unterlassung der online zu Werbezwecken dargestellten gesundheitsbezogenen Angaben im Zusammenhang mit dem Produkt abgelehnt.

Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren insoweit weiter.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Die Prüfung der von der Antragstellerin mit ihrer Beschwerde dargelegten Gründe ergibt, dass der angefochtene Beschluss des Verwaltungsgerichts – soweit er den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt hat – mit seiner dort gegebenen Begründung keinen Bestand haben kann (hierzu unter 1.). Das Beschwerdegericht ist deshalb berechtigt und verpflichtet, über die Beschwerde ohne die Beschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO nach den für Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allgemein geltenden Maßstäben in eigener Kompetenz zu entscheiden. Danach ist der Beschluss erster Instanz zu ändern und dem Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO stattzugeben (hierzu unter 2.).

1. Die Antragstellerin hat die Richtigkeit der entscheidungstragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts durchgreifend in Frage gestellt.

a) Die Antragstellerin macht mit ihrer Beschwerde u.a. geltend, das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Ordnungsverfügung ihr privates Interesse an der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs überwiege, weil der Bescheid rechtmäßig ergangen sei und darüber hinaus ein besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug bestehe. Vielmehr sei aufgrund des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 1. Juni 2023 (I ZR 109/22, GRUR 2023, 1046, juris), in dem dieser die streitentscheidende Frage, ob Art. 10 HCVO für pflanzliche Stoffe (Botanicals) mit gesundheitsbezogenen Angaben zur Anwendung gelange, dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorgelegt habe, von einem offenen Ausgang des Hauptsacheverfahrens auszugehen. Eine Vorrangigkeit des Vollzugsinteresses gegenüber dem Suspensivinteresse sei ohne den Nachweis der Gesundheitsschädlichkeit ihres Produkts entgegen den Ausführungen des Verwaltungsgerichts nicht gegeben.

b) Mit diesem Vorbringen wird die Richtigkeit der entscheidungstragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts erschüttert. Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Ordnungsverfügung rechtmäßig sei, weil das Inverkehrbringen des Produkts sowie die Werbung mit spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben zu dem Produkt auf der Homepage der Antragstellerin einen Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 HCVO darstellten, ohne sich mit der Frage der Anwendbarkeit dieser Regelung auf das streitgegenständliche Produkt, das mit Guarana ein Botanical enthält, auseinanderzusetzen. Zudem ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass sich das besondere Vollzugsinteresse allein aus der Notwendigkeit, Unionsrecht effektiv umzusetzen, ergebe. Mit dieser Begründung lässt sich der angefochtene Beschluss nicht aufrechterhalten, nachdem die Antragstellerin zum einen auf den Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs verwiesen und damit die Anwendbarkeit des Art. 10 HCVO auf den vorliegenden Fall in Zweifel gezogen hat sowie zum anderen aufgezeigt hat, dass aus der gesetzgeberischen Wertung in § 39 Abs. 7 LFGB folge, dass für das Vorliegen des besonderen Vollzugsinteresses im Einzelfall eine Gesundheitsgefahr für den Verbraucher durch das Inverkehrbringen des Produkts bestehen müsse, an der es hier fehle.

2. Die daher veranlasste Würdigung des gesamten Streitstoffes – auch soweit er nicht Gegenstand der Beschwerdebegründung ist – ergibt, dass das Verwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die in den Ziffern I. und II. verfügten Maßnahmen im Bescheid der Antragsgegnerin vom

21. März 2023 zu Unrecht abgelehnt hat. Der nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO statthafte und zulässige Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin ist begründet.

Vorliegend kommt es insoweit weder darauf an, ob die Antragsgegnerin die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO entsprechenden Art und Weise begründet hat, noch kommt es darauf an, ob die angegriffene Ordnungsverfügung rechtmäßig ist. Diesbezüglich braucht somit im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens – erstens – nicht entschieden zu werden, ob Art. 10 HCVO, auf dessen Verstoß die Antragsgegnerin ihre Ordnungsverfügung maßgeblich stützt, auf Botanicals – dazu zählt das im streitgegenständlichen Produkt enthaltene Guarana – überhaupt anwendbar ist. Dies erscheint derzeit offen, nachdem der Bundesgerichtshof mit Vorlagebeschluss vom 1. Juni 2023 (I ZR 109/22, GRUR 2023, 1046, juris) dem EuGH folgende Frage vorgelegt hat:

„Darf für pflanzliche Stoffe ("Botanicals") mit gesundheitsbezogenen Angaben (Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006) bzw. mit Verweisen auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden (Art. 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006) geworben werden, ohne dass diese Angaben gemäß dieser Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Art. 13 und 14 der Verordnung aufgenommen sind (Art. 10 Abs. 1 der Verordnung) bzw. ohne dass diesen Verweisen eine in einer der Listen nach Art. 13 oder 14 der Verordnung enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist (Art. 10 Abs. 3 der Verordnung), solange die Bewertung der Behörde und die Prüfung der Kommission über die Aufnahme der zu "Botanicals" angemeldeten Angaben in die Gemeinschaftslisten gemäß Art. 13 und 14 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 noch nicht abgeschlossen sind?“

Die Beantwortung dieser Frage wirkt sich im Streitfall entscheidend aus, weil die Ordnungsverfügung spezifische gesundheitsbezogene Angaben zu dem Botanical Guarana sowohl im Hinblick auf die Produktkennzeichnung als auch auf Werbeaussagen auf der Internetseite der Antragstellerin betrifft.

Weiter ist – zweitens – nicht zu entscheiden, ob ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 HCVO unabhängig von der Frage des Umgangs mit Botanicals schon deshalb vorliegt, weil die von der Antragstellerin für ihr Produkt verwendete Bezeichnung „Fett Burner“ eine spezifische gesundheitsbezogene Angabe – eine erhöhte Fettverbrennung durch Beschleunigung

des Fett- und Energiestoffwechsels bei Einnahme des Produkts – darstellt, die unzulässigerweise bei Gesamtbetrachtung der Verpackung keinen hinreichenden Zusammenhang mit einem bestimmten Nährstoff, einer bestimmten Substanz oder einem bestimmten Lebensmittel – hier Guarana – herstellt.

Vielmehr hat der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 21. März 2023 bereits allein deshalb Erfolg, weil das Beschwerdegericht im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung kein besonderes öffentliches Vollziehungsinteresse zu erkennen vermag, das über das Interesse an der Vollziehung des Verwaltungsakts hinausgeht (vgl. statt vieler Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 975). Ein solches folgt hier insbesondere nicht allein daraus, dass die Antragsgegnerin mit der angefochtenen Verfügung Unionsrecht vollzieht.

Der in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Garantie eines umfassenden und effektiven Rechtsschutzes kommt wesentliche Bedeutung bereits für den vorläufigen Rechtsschutz zu, dessen Versagung vielfach irreparable Folgen hat. Die nach § 80 Abs. 1 VwGO für den Regelfall vorgeschriebene aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage ist insoweit eine adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie. Allerdings gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe im Verwaltungsprozess nicht schlechthin. Zwar rechtfertigt allein das öffentliche Interesse an der Vollziehung des Verwaltungsaktes – hier der Anordnungen in Ziffern I. und II. des streitgegenständlichen Bescheides – regelmäßig nicht die Anordnung des Sofortvollzugs nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, da es sich bei der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach der Wertung des Gesetzgebers um einen Ausnahmefall handelt. Tritt aber neben das ohnehin bestehende öffentliche Interesse an der Umsetzung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes (Erlassinteresse) ein besonderes Vollzugsinteresse, das das Absehen vom Regelfall der aufschiebenden Wirkung und die Befugnis der Behörde, einen Verwaltungsakt auch schon vor Eintritt der Bestandskraft mit Zwangsmitteln durchzusetzen (vgl. § 3 Abs. 3 Nr. 2 HmbVwVG), zu rechtfertigen vermag, ist der Rechtsschutzanspruch des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten. Der Rechtsschutzanspruch des Bürgers ist jedoch umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme der Verwaltung Unabänderliches bewirkt (st. Rspr. BVerfG, vgl. etwa stattgebender Kammerbeschl. v. 21.2.2011, 2 BvR 1392/10, NVwZ-RR 2011, 420, juris Rn. 16; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 161).

Die vorstehenden verfassungsrechtlichen Maßgaben erfahren aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots (sog. *effet utile*; vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) gewisse Modifizierungen, wenn eine Behörde – wie vorliegend – Unionsrecht vollzieht. Beim Vollzug von Unionsrecht durch nationale Behörden (sog. indirekter Vollzug von Unionsrecht) unterliegen deren Verwaltungsakte im Falle der Anfechtung weiterhin der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 1 VwGO. Der generelle Vorrang des Unionsrechts ist nicht über eine gesetzliche Regelung im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO sichergestellt. Vielmehr fungiert § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO als Rezeptionsnorm zur Verarbeitung europarechtlicher Vorgaben. Nicht schon der schlichte Europarechtsbezug eines Verwaltungsakts als solcher legitimiert die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit; vielmehr muss im konkreten Fall die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts gefährdet sein. Folglich muss im Einzelfall die Eilbedürftigkeit der Durchsetzung des Unionsrechts bejaht werden können. Tatbestandlich umfasst das öffentliche Interesse im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO das Unionsinteresse an einer wirksamen und einheitlichen Anwendung und Durchsetzung des Unionsrechts. Der Begriff „öffentliches Interesse“ ist so umfassend angelegt, dass er die einer EU-Rechtsnorm zu Grunde liegenden Unionsinteressen erfassen und die Vollziehbarkeitsanordnung ermöglichen kann. Nach der Eigenrationalität des Unionsrechts kommt es nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO (auch) nach deutschem Recht erfüllt sind; Umstände der internen Rechtsordnung rechtfertigen keine staatliche Nichtbeachtung von Verpflichtungen zur sofortigen Durchsetzung des Europarechts. Nach dem Effektivitätsgebot müssen die Mitgliedsstaaten, insbesondere deren Verwaltungsbehörden, alle geeigneten Maßnahmen zur Durchsetzung des Unionsrechts ergreifen; dazu zählt auch die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten. Dieses Effektivitätsgebot markiert beim indirekten Vollzug des Unionsrechts ein objektives Rechtsdurchsetzungsinteresse, das sich im konkreten Fall zu Lasten des individuellen Rechtsschutzes auswirken kann (vgl. VGH München, Beschl. v. 6.9.2021 20 CS 20.2344, ZLR 2021, 807, juris Rn. 5 (im Rahmen der Prüfung des § 80 Abs. 3 VwGO); OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.5.2012, 10 ME 43/12, RdL 2012, 223, juris Rn. 10; OVG Magdeburg, Beschl. v. 25.3.2013, 3 M 34/13, juris Rn. 17; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 88; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 46 a.E.). Im Ergebnis wird das deutsche Verfahrensrecht damit auf den Gleichstand mit den übrigen EU-Mitgliedsstaaten gebracht, in deren Rechtsordnungen das Institut der aufschiebenden Wirkung nicht vorgesehen ist (vgl. Schoch, in: Ders./Schneider, VwGO, 44. EL März 2023, § 80 Rn. 218 m.w.N.). Allerdings führt die europarechtskonforme Anwendung des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO nicht zu einem Automatismus dergestalt, dass beim indirekten Vollzug des Unionsrechts die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts stets und ohne

nähere behördliche Prüfung angeordnet werden müsste bzw. von den Verwaltungsgerichten stets ein besonders öffentliches Vollziehungsinteresse angenommen werden müsste. Die Voraussetzungen der Vollziehbarkeitsanordnung müssen vorliegen und das Rechtsfolgenmessen muss unter dem Einfluss des Europarechts fehlerfrei betätigt werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich speziell aus dem lebensmittelrechtlichen Normengefüge gerade nicht für jede Fallkonstellation ergibt, dass den betroffenen und geschützten Rechtsgütern ein so hoher Rang zukäme, dass das besondere Vollziehungsinteresse stets mit dem Erlassinteresse identisch wäre. Denn das Lebensmittelrecht differenziert unter dem Oberbegriff des Verbraucherschutzes: Die gesetzliche Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit lebensmittelrechtlicher Anordnungen nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO findet sich in § 39 Abs. 7 LFGB für Verstöße, die die menschliche Gesundheit schädigen können, wegen der Gefährdung der hochrangigen Rechtsgüter Leben und Gesundheit. Aus dieser Wertung des Gesetzgebers folgt nach Auffassung des Beschwerdegerichts gleichzeitig, dass der Verweis auf betroffene Verbraucherschutzinteressen nicht im Wege eines Quasi-Automatismus dem Begründungserfordernis für den Einzelfall genügen kann, wenn das Verbraucherschutzinteresse gerade nicht in einem Schutz vor Gefahren für Leben und Gesundheit besteht. Anderenfalls würde die Entscheidung des Gesetzgebers für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs – außer in den Fällen einer Gefährdung von Leben und Gesundheit – letztlich von der Exekutive regelhaft korrigiert bzw. umgangen (vgl. VGH München, Beschl. v. 6.9.2021, 20 CS 20.2344, ZLR 2021, 807, juris Rn. 5; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 46 a.E.).

In Anwendung dieser Vorgaben vermag das Beschwerdegericht im vorliegenden Fall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Ziffern I. und II. der Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 21. März 2023 nicht zu erkennen. Entgegen den Ausführungen des Verwaltungsgerichts (BA S. 19) lässt sich das besondere Vollzugsinteresse aus den soeben genannten Gründen eben nicht allein aus der Notwendigkeit, Unionsrecht effektiv umzusetzen, begründen. An die Dringlichkeit der angeordneten Maßnahmen begründenden Anhaltspunkten für ein von dem Produkt der Antragstellerin ausgehendes Gesundheitsrisiko für den Verbraucher bei dessen Einnahme fehlt es hingegen. Weder ist ein solches Risiko ersichtlich noch trägt die Antragsgegnerin dies vor. Die von der Antragsgegnerin vorgetragene Möglichkeit, dass das Produkt der Antragstellerin wirkungslos sein könnte, stellt kein Gesundheitsrisiko für den Verbraucher dar. Aber auch der von der Antragsgegnerin vorgetragene Umstand, dass eine Gesundheitsgefahr darin liege, dass einzelne Verbraucher im Vertrauen auf die Wirkversprechen eventuell notwendige medizinische Hilfe nicht in Anspruch nähmen und dadurch gesundheitlich beeinträchtigt

würden, begründet kein unmittelbar vom streitgegenständlichen Produkt ausgehendes Gesundheitsrisiko, dass es dringend und noch vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu unterbinden gilt. Vielmehr stellt sich dies als mittelbare Folge der Einnahme des streitgegenständlichen Produkts dar, die allein auf dem Verhalten des Verbrauchers beruht. Auch den in der Sachakte befindlichen Gutachten lässt sich ein von dem Produkt ausgehendes Gesundheitsrisiko für den Verbraucher nicht entnehmen.

Zudem ist schließlich auch zu berücksichtigen, dass insbesondere die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Bezug auf das Verbot des Inverkehrbringens des Produkts einen erheblichen Einschnitt in die Rechte der Antragstellerin darstellt.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung ist einer gesonderten Entscheidung vorbehalten.