



Prüfauftrag für den Bundesverband der Öko-Kontrollstellen:
Voraussetzungen für das Ausstellen einer amtlichen Bescheinigung in
den Verordnungen (EU) 2018/848 und (EU)2017/625 und rechtliche
Qualifizierung der amtlichen Bescheinigung im Kontrollverfahren

erstellt von
Rechtsanwalt Harald Ochsner, Wörner & Partner Rechtsanwälte
und
Dr. Gerhard Rombach
Augsburg 2022

Gliederung

1. Vorbemerkung zur Aufgabenstellung und Ausgangssituation
2. Vorgehensweise
3. Die amtliche Bescheinigung im System der KVO und der BVO
 - a) Wie ist das Verhältnis von KVO und BVO zu bewerten?
 - (1) Historische Betrachtung: friedliche Koexistenz
 - (2) Nunmehr gilt ein Vorrang der KVO
 - (3) Welcher Anwendungsbereich verbleibt für die BVO?
 - (4) Auch die in beiden Verordnungen für die Zuständigkeit verwendete Terminologie ist identisch
 - b) Aufgaben der amtlichen Kontrolle dürfen auf beauftragte Stellen übertragen werden
 - c) Regelung der amtlichen Bescheinigung (künftig abgekürzt als „aB“) in der KVO
 - (1) Definition einer aB
 - (2) Voraussetzungen für die Übertragung von aB sind objektiviert
 - (3) Verfahren der aB ist daher nicht hoheitlich
 - (4) Auch die Erwägungsgründe der KVO tragen dieses Ergebnis
 - (5) Rechtsprechung und Literatur bestätigen das Ergebnis ebenfalls
 - (6) Europarechtliche Bedenken schließen die Auffassung der Behörden ebenfalls aus
4. Zusammenfassung

1. Vorbemerkung zur Aufgabenstellung und Ausgangssituation:

Durch die Neufassung der europäischen Verordnungen für den Ökologischen Landbau (EU) 2018/848 Bio-Basisverordnung (hier BVO) und der Kontrollverordnung (EU) 2017/625 (hier KVO) wird auch eine Neufassung des Öko-Landbaugesetzes (ÖLG) erforderlich. Der Bundesverband der Öko-Kontrollstellen e. V. (hier BVK) hat zu diesem Zweck ein Positionspapier erstellt und darauf aufbauend einen Gesetzentwurf zum ÖLG vorgelegt mit einem ergänzenden Gutachten der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte, Stuttgart. Ein Teilaspekt dabei ist die Frage, ob das Ausstellen des Zertifikates nach Art. 35 BVO zwangsläufig einen Verwaltungsakt darstellt oder ob diese Tätigkeit nicht auch anders qualifiziert werden könnte. Das Gutachten Oppenländer führt dazu aus, dass durch die vorgeschlagene unmittelbare Aufgabenübertragung der Zertifizierung auf die Kontrollstellen durch den Bundesgesetzgeber im ÖLG das bisher ohnehin nur in 5 Ländern praktizierte Beleihungsmodell nicht mehr notwendig ist. Wie die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte belegen, ist auch ohne Beleihung niemals an der Kompetenz der Kontrollstellen zur Ausstellung der Bescheinigung nach Art. 29 der Verordnung (EG) 834/2007 (Öko-Basisverordnung) gezweifelt worden. Das war weder in den Ländern, die nur eine Mitwirkung der Kontrollstellen im Kontrollsystem vorsehen noch in den Ländern der Fall, die die Ermächtigung des ÖLG in all den Jahren nicht genutzt haben und die Kontrollstellen sozusagen im „rechtsfreien Raum“ agieren ließen. Tatsächlich konnten die Kontrollstellen auch in diesen Ländern ihre Tätigkeit auf Grundlage der sog. Basisprivatisierung rechtssicher ausüben, wie in einem früheren Gutachten der Kanzlei Oppenländer unter Auslegung der Entstehungsgeschichte des ÖLG dargelegt wurde.

Das neuere Gutachten Oppenländer befasst sich auch mit Möglichkeiten der rechtlichen Qualifizierung von ausgestellten Bescheinigungen bzw. Prüfzeichen in anderen Rechtsgebieten. Im Produktsicherheitsgesetz beispielsweise werden ebenfalls private Prüfstellen eingesetzt, die entsprechende Bescheinigungen ausstellen und so die Übereinstimmung mit den entsprechenden, häufig ebenfalls europaweit geltenden, Richtlinien bestätigen, ohne dass diese Verwaltungsaktcharakter haben müssten.

Im Gutachten wird die Auffassung vertreten, dass bei der Ausstellung solcher Bescheinigungen keine hoheitliche Tätigkeit (als einem Merkmal für die Beurteilung als Verwaltungsakt) vorliegt und dass bei produktbezogenen Konformitätsbescheinigungen die Zertifizierung privatrechtlichen Charakter tragen könne, soweit allein die Übereinstimmung mit ex ante normierten Regelungen in Frage steht. Aber selbst wenn man diese Meinung nicht teile, mache das noch nicht zwingend eine Beleihung erforderlich. Denn gerade im Zusammenhang mit europarechtlich determinierten Qualitätssicherungsverfahren werde auch von einem „neuen Verfahrenstyp“ gesprochen, bei dem für die Berechtigung privater Stellen zur Zertifizierung Dritter nicht die Beleihung, sondern die Akkreditierung maßgeblich sei.

Durch die exakt und stark regulierte Akkreditierung übernehme der Staat nach außen hin die Gewähr dafür, dass private Akteure, die am Markt gemeinwohlrelevante Dienstleistungen erbringen, dauerhaft spezielle Qualitätsstandards erfüllen. Durch diese Qualitätsgarantie soll den Kontrollstellen ein ähnliches Vertrauen in Bezug auf eine sachgerechte und neutrale Aufgabenwahrnehmung entgegengebracht werden können wie einem Hoheitsträger und zwar

ohne dass damit notwendig eine Beleihung im herkömmlichen Sinne verbunden wäre. Da auch die Kontrollstellen aufgrund der europarechtlichen Vorgaben durch die Deutsche Akkreditierungsstelle GmbH (DAKKS), welche ihrerseits Beliehene ist, akkreditiert sind und zusätzlich der staatlichen Überwachung unterliegen, lässt sich ihre Tätigkeit diesem „neuen Verfahrenstyp“ zuordnen. Schließlich führt das Gutachten gegen das Beleihungsmodell europarechtliche Bedenken auf. Es vertrage sich zudem nicht mit der Europäisierung des Kontrollwesens in diesem Bereich. Während Kontrollstellen in fast allen Mitgliedstaaten privatrechtlich handeln, unterstehen die Kontrollstellen in Deutschland als (teilweise) Beliehene dem öffentlichen Recht. Dies stelle solange kein Problem dar, bis Kontrollstellen grenzüberschreitend tätig werden. Zu den Einzelheiten der Argumentation und Fundstellen wird auf das Gutachten S. 9 ff verwiesen.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass, wenn in einem Rechtsakt der EU von „amtlicher Tätigkeit“ die Rede ist, dies nicht automatisch eine hoheitliche Tätigkeit meint, wie es deutschem Rechtsverständnis regelmäßig entspricht. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Verwendung eines bestimmten Begriffes in einem europäischen Rechtsakt nicht als bloße Verweisung auf innerstaatliches Recht oder die dortige Begrifflichkeit eines oder mehrerer Mitgliedstaaten verstanden werden kann. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass sich aus dem in dem europäischen Rechtsakt verwendeten Begriff für alle Mitgliedstaaten und die dort betroffenen Personen soweit wie möglich gleiche und einheitliche Rechte und Pflichten, mithin ein einheitliches Verständnis des Inhalts des Begriffes ergeben. Deshalb handelt es sich in der Regel um **autonome Begriffe, die aus dem europäischen Recht heraus auszulegen sind ohne Rücksichtnahme auf ein etwaig abweichendes nationales Verständnis** eines solchen Begriffes¹. In den bisherigen Gesprächen mit den Bund-/Ländervertretern berichtet der BVK, dass sich die staatliche Seite schon mit diesen Ausführungen kaum befasse. Vielmehr werde die als Zertifikat bezeichnete Konformitätsbescheinigung ausdrücklich in Art. 35 Abs. 3 BVO als amtliche Bescheinigung im Sinne des Art. 86 Abs. 1 KVO bezeichnet und dies würde nach teilweise in der Verwaltung vertretener Ansicht zwangsläufig zu einem Beleihungsmodell führen. Diese Argumentation verkennt aber bereits die Tatsache, dass auch die Kontrolle selbst sowie die Auftragsanalyse in (privaten) Laboren in genau gleicher Weise als „amtliche Tätigkeiten“ qualifiziert werden. Auch ist in vergleichbaren europarechtlich geregelten Rechtsgebieten wie z.B. bei der Ausstellung von Pflanzenpässen (aufgrund der Verordnung (EU)2016/2031 geregelt, dass dieser Pflanzenpass eine amtliche Bescheinigung/Attestierung darstellt und sogar von den Unternehmen selbst ausgestellt werden darf, sofern das Unternehmen bestimmte Voraussetzungen erfüllt.

¹ vergleiche unter anderem EuGH C-641/18 Rn. 30

2. Vorgehensweise

Im Folgenden werden die relevanten Vorschriften untersucht, ihr Zusammenhang innerhalb des jeweiligen Regelungsumfelds dargestellt, Missverständnisse der Argumentation der Behörden aufgezeigt und die Ergebnisse mit den Entscheidungen der Gerichte und Ausführungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur begründet.

3. Die amtliche Bescheinigung (aB) im Zusammenspiel der KVO und der BVO

a) Wie ist das Verhältnis von KVO und BVO zu bewerten?

(1) Historische Betrachtung: friedliche Koexistenz

Bisher war in der alten KontrollVO VO(EU)882/2004 das Wort „ökologisch“ genau 1x enthalten und im Erwägungsgrund 9 das Verhältnis der Öko-Kontrolle zur allgemeinen Lebensmittelkontrolle so beschrieben, dass beide Vorgängerverordnungen von dem Prinzip einer „**friedlichen Koexistenz**“ geprägt sein sollten²:

(2) Nunmehr gilt ein Vorrang der KVO:

Allein der Begriff „ökologische Produktion“ ist in der KVO 20 x enthalten. Bereits in Art. 1 (Gegenstand und Anwendungsbereich) der Kontrollverordnung ist „die Durchführung amtlicher Kontrollen und anderer amtlicher Tätigkeiten der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten“ als Hauptthema geregelt. In Artikel 1 Abs. 2 i) KVO³ wird eindeutig und klar der sachliche Anwendungsbereich auch für die Biobranche beschrieben:

„Diese Verordnung gilt für
.....i) die ökologische/ biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Produkten;“ und ist nun eindeutig auch ein Thema der KVO.

² „**Die Verordnungen (EWG) Nr. 2092/91 des Rates vom 24. Juni 1991 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel (2), (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (3) und (EWG) Nr. 2082/92 des Rates vom 14. Juli 1992 über Bescheinigungen besonderer Merkmale von Agrarerzeugnissen und Lebensmitteln enthalten spezifische Maßnahmen zur Überprüfung der Einhaltung der darin festgelegten Bestimmungen. Die Anforderungen der vorliegenden Verordnung sollten so flexibel sein, dass die Besonderheiten dieser Bereiche berücksichtigt werden können.**“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

³ „Diese Verordnung gilt für die amtlichen Kontrollen, mit denen die Einhaltung der Vorschriften überprüft werden soll, die entweder auf Unionsebene oder von den Mitgliedstaaten zur Anwendung von Unionsrecht in diesen Bereichen erlassen wurden...“

(3) Welcher Anwendungsbereich verbleibt für die BVO?

Daher stellt sich zwangsläufig die Frage, wie das Verhältnis zwischen der vorrangigen KVO und der BVO darstellt. Ganz eindeutig beantwortet dies Artikel 1 der BVO, wenn es dort heißt, dass die Grundsätze der ökologischen/biologischen Produktion (= Kapitel III), die Zertifizierung (Kapitel V) und Kennzeichnung (Kapitel IV) sowie Vorschriften zu Kontrollen (Kapitel VI) festgelegt werden, „**die über die in der KVO aufgeführten Vorschriften hinausgehen**“. Dies bedeutet dann, dass die in Artikel 1 aufgeführten Bereiche in der BVO als Spezialvorschriften zu sehen sind, allerdings nur sofern sie speziellere Regelungen beinhalten würden. Somit gilt auch der allgemeine Grundsatz der lex-specialis-Regelung:

Die speziellere Regel geht der allgemeinen Regel vor. Zunächst ist die BVO anzuwenden, ergänzend dann die KVO, soweit in der BVO keine besonderen Regeln enthalten sind. Das nicht in Artikel 1 erwähnte Kapitel II mit den Zielen und Grundsätzen der Bioproduktion legt nur diese fest und steht von daher ohnehin in keinem zu regelnden Spannungsverhältnis zur KVO.

Ergebnis: Wir können also festhalten, dass Regelungen der KVO gelten, wenn es in der BVO keine Spezialregelung gibt. Dies gilt dann auch, wenn es zur Auslegung des Begriffs der amtlichen Bescheinigung in der BVO keine Sonderregelung (dort kommen die Kapitel V und VI zur Zertifizierung und zu Kontrollen in Betracht) gibt. Das bedeutet auch, dass evtl. in der BVO enthaltene Gestaltungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber nicht gelten, wenn die KVO eindeutig Vorrang hat und dort gerade kein Gestaltungsspielraum besteht.

(4) Auch die in beiden Verordnungen für die Zuständigkeiten verwendete Terminologie ist gleich

Die beiden Verordnungen gehen für die Umsetzung von jeweils einer oder mehreren **zuständigen Behörden** aus, die für die Durchführung der Kontrolle im Mitgliedstaat verantwortlich sind. Art. 3 Nr. 3 KVO und Art. 3 Nr. 56 BVO stellen insoweit eine Einheit her. Auch der Begriff **Kontrollbehörde** wird in beiden Verordnungen identisch verwendet: Art. 3 Nr. 55 BVO verweist auf Art. 3 Nr. 4 KVO, die jedoch den Begriff inhaltlich auf Kontrollbehörde für ökologische/biologische Produktion verengt. Dann gibt es allerdings terminologisch einen Bruch. In der KVO existiert der Begriff „**beauftragte Stellen**“: Art. 3 Nr. 5 KVO; in der BVO gibt es nur „**Kontrollstellen**“ Art. 3 Nr. 56 BVO. Diese wird aber sodann im Text als beauftragte Stelle im Sinne der KVO definiert. Kontrollstellen heißen also nur anders. Gemeint ist dasselbe. Auch daraus kann keine Abweichung der beiden Verordnungen abgeleitet werden.

b) Aufgaben der amtlichen Kontrolle dürfen auf beauftragte Stellen übertragen werden.

Art. 28 KVO lässt die Übertragung bestimmter **Aufgaben der amtlichen Kontrolle** auf beauftragte Stellen oder natürliche Personen allgemein zu, sofern eine wirksame Wahrnehmung der Aufgabe sichergestellt ist. Art. 28 Abs. 2 KVO regelt für die

Biokontrolle dann ausdrücklich, dass bei Übertragungen an beauftragte Stellen diesen jeweils eine Kennnummer zuzuteilen ist und Aufsichtsbehörden für die Zulassung und Beaufsichtigung der beauftragten Stellen zu benennen sind. Art. 29 KVO regelt die Bedingungen für die Übertragung bestimmter Aufgaben der amtlichen Kontrolle an beauftragte Stellen. Auch andere amtliche Tätigkeiten dürfen übertragen werden, Art. 31 KVO. Das führt dann zu bestimmten Pflichten (Art. 32 KVO) wie regelmäßige Unterrichtung über die Prüfungsergebnisse, unverzügliche Unterrichtung bei Verstößen und zur Gewährung von Zutrittsrechten zu Geschäftsräumen, zu einer Kooperationsverpflichtung und Unterstützung.

Ob und wie diese Aufgaben übertragen werden, regelt die KVO nicht. Das gilt auch für die BVO. Jedes Mitgliedsland hat **insoweit Gestaltungsspielräume, allerdings nur in Bezug auf die Organisationsstruktur**. All dies bezieht sich aber nur auf Kompetenzen, nicht auf einzuhaltende Formalien wie z.B. die amtliche Bescheinigung. Auf die komplexen Regelungen ab Art. 37 BVO, wo auch das Verhältnis zur KVO und auch weitere Übertragungsmöglichkeiten von zum Teil schwerwiegenden Eingriffsbefugnissen auf die Kontrollstellen ermöglicht werden, braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden, da sie im Zusammenhang mit der Thematik aB keine Regelungen enthalten. **Für Bereiche, die mit der Organisation der Zuständigkeit nicht zusammenhängen, gibt es aber auch für die Mitgliedstaaten keine Gestaltungsmöglichkeiten**. Dies wird nachfolgend in Bezug auf die aB dargestellt.

c) Regelung der amtlichen Bescheinigung (aB) in der KVO

Nachfolgend wird untersucht, welche Regelungen die KVO und die BVO zur aB beinhalten und wie sie inhaltlich zu definieren sind. Anschließend wird unter Heranziehung der Erwägungsgründe, der Rechtsprechung und der Literatur untersucht, ob es überhaupt Gestaltungsspielräume für die zuständigen Behörden bei der inhaltlichen Ausgestaltung gibt. Ist dies nämlich nicht der Fall, gibt es auch für den nationalen Gesetzgeber keine Gestaltungs- oder Abweichungsmöglichkeiten und es gilt der Vorrang des Europarechts.

(1) Definition einer aB,

- In der BVO kommt der Begriff der „amtlichen Bescheinigung“ einmal vor, nämlich in Art. 35 Absatz 3 BVO, wenn es dort heißt: „Das in diesem Artikel genannte Zertifikat ist eine amtliche Bescheinigung im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2017/625.“ Der Verweis auf die KVO ist hier auch schon im Wortlaut vorgegeben.
- In der KVO kommt der Begriff der aB zunächst im Zusammenhang mit der Definition amtlicher Kontrollen vor, die von Behörden oder auch beauftragten Stellen zur Einhaltung der Vorschriften des Art. 1 Abs. 2 (dort ist unter litt. i) auch die ökologische/biologische Produktion enthalten) durchgeführt werden; ausdrücklich wird dazu auch die Überprüfung im Hinblick auf die Ausstellung einer amtlichen Bescheinigung erwähnt (Art. 2 Abs. 1 b KVO). In Absatz 2 der Vorschrift werden dann „andere amtliche Tätigkeiten“ definiert und dort auch die Ausstellung aB erwähnt.

Dabei spielt es keine Rolle, wer diese Tätigkeit ausübt. Es können zuständige Behörden sein, aber auch beauftragte Stellen oder sogar natürliche Personen, denen bestimmte andere amtliche Tätigkeiten übertragen wurden. Amtliche Bescheinigungen können somit bei amtlichen Kontrollen oder anderen amtlichen Tätigkeiten eine Rolle spielen.

- Bei den Begriffsbestimmungen des Artikel 3 KVO finden wir in Ziff. 25 zunächst eine Definition, was ein „amtliches Bescheinigungsverfahren“ ist: **das Verfahren**, durch das die zuständigen Behörden die **Einhaltung einer oder mehrere der Anforderungen in den Vorschriften gemäß Artikel 1 Absatz 2 bestätigen**. Wer zuständige Behörde ist, ist hier noch offen, da es ja Wahlmöglichkeiten gibt, ebenso wie Übertragungsmöglichkeiten auf private Stellen.
- In den folgenden Ziffern werden dann die Begriffe „Bescheinigungsbefugte“ und amtliche Bescheinigung“ definiert:
 - Ziff. 26: „*Bescheinigungsbefugte*“
 - a) *alle Bediensteten der zuständigen Behörden, die von diesen Behörden zur Unterzeichnung amtlicher Bescheinigungen ermächtigt wurden oder*
 - b) *alle anderen natürlichen Personen, die nach den Vorschriften gemäß Artikel 1 Absatz 2 von den zuständigen Behörden zur Unterzeichnung amtlicher Bescheinigungen ermächtigt wurden;*
 - Ziff. 27: „*amtliche Bescheinigung*“ *ein Dokument in Papierform oder elektronischer Form, das vom Bescheinigungsbefugten unterzeichnet ist und das die **Einhaltung einer oder mehrerer der Anforderungen in den Vorschriften gemäß Artikel 1 Absatz 2 gewährleistet**;(Hervorhebungen vom Verfasser)*

(2) Voraussetzungen für die Übertragung von aB sind objektiviert

Im Kapitel VII der KVO ist sodann das amtliche Bescheinigungsverfahren geregelt und in Absatz 2 des Artikel 86 festgelegt: wenn die zuständigen Behörden bestimmte Aufgaben in Verbindung mit der Ausstellung von amtlichen Bescheinigungen oder amtlichen Attestierungen oder mit der amtlichen Aufsicht gemäß Artikel 91 Absatz 1 übertragen, hat dies im Einklang mit den Artikeln 28 bis 33 zu geschehen. Im Folgenden werden dann Vorgaben für die Anforderungen an die Ausstellung und Unterzeichnung amtlicher Bescheinigungen (Artikel 88) gestellt und Garantien für die Zuverlässigkeit amtlicher Bescheinigungen (Artikel 89) gefordert. Mit anderen Worten: die Verordnung selbst schreibt ein objektiviertes Prüfprogramm für die Qualität der aB vor, das von allen Beteiligten einzuhalten ist, egal ob es Behörden oder von diesen auf beauftragte Stellen oder natürliche Personen sind. Interessant ist bei Artikel 91, dass amtliche Attestierungen **von den Unternehmern unter der amtlichen Aufsicht** der zuständigen Behörden oder von den zuständigen Behörden selbst ausgestellt werden dürfen. Erfüllt also ein Unternehmer die weiteren dort genannten Voraussetzungen, so kann **er selbst eine amtliche Attestierung** ausstellen. Er muss dazu weder beliehen noch in sonstiger Form bestellt sein. Er muss lediglich die Anforderungen von Absatz 2 und gegenüber der

prüfenden Behörde wiederum Zuverlässigkeitsvoraussetzungen erfüllen. Das heißt nichts anderes als dass auf allen 3 Ebenen von amtlichen Bescheinigungen bzw. amtlicher Attestierung **bestimmte Formalvoraussetzungen zur Sicherung der Zuverlässigkeit des Inhalts vorliegen müssen, um die Bezeichnung „amtliche“ Bescheinigung bzw. Attestierung zu rechtfertigen**. Sogar der betroffene Unternehmer selbst kann unter diesen Voraussetzungen eine amtliche Attestierung ausstellen.

- Der Verweis auf die Artikel 28 bis 33 der KVO betrifft eine ganz andere Thematik, nämlich die Übertragung von bestimmten Aufgaben der zuständigen Behörden, wie schon die Kapitelüberschrift klarmacht. Die Rückverweisung aus Artikel 91 auf diesen Abschnitt will lediglich sicherstellen, dass diese Delegationsmöglichkeiten bei der Übertragung eingehalten und nicht überschritten werden. Es geht in keinem Fall um eine Konnexität zwischen der Art der Übertragung und daraus folgenden spezifischen anderen Anforderungen an die amtliche Bescheinigung. Diese Anforderungen sind abschließend in der KVO definiert. Es wäre ein unzulässiger Zirkelschluss, dass beauftragte Stellen einen Behördenstatus haben müssten, nur weil die Übertragung der Ausstellung einer aB von einer Behörde auf private Stellen möglich ist. Dieser Zirkelschluss würde bedeuten, dass als Bedingung für die Übertragungsmöglichkeit auch die beauftragten Stelle Behördenstatus haben müssten, also selbst hoheitlich handeln. Bei dieser Argumentation werden zwei unterschiedliche Ebenen vermischt.
- Der europäische Ordnungsgeber ist in anderen Fällen sehr wohl in der Lage, differenziert solche Anordnungen zu treffen, wenn er es will, wie es in der Verordnung zur Lebensmittelüberwachung VO (EG) 2019/628 und der delegierten VO 2019/624 bei amtl. Bescheinigungen im Bereich Lebensmittel eindeutig geregelt ist.
- Denn das Beispiel der Selbstattestierung durch einen Unternehmer⁴, aber insbesondere auch die Definition des Bescheinigungsverfahrens belegen, dass es bei der aB lediglich darauf ankommt, dass hier „*ein Dokument in Papierform oder elektronischer Form, das vom Bescheinigungsbefugten unterzeichnet ist*“ vorliegt, „*das die **Einhaltung einer oder mehrerer der Anforderungen in den Vorschriften gemäß Artikel 1 Absatz 2 gewährleistet***“, (Artikel 3 Nr. 26 KVO)⁵.

⁴ Ebenso möglich bei der Ausstellung eines Pflanzenpasses durch einen Unternehmer (VO 2016/2031 Art. 84)

⁵ Für eine rein formale Betrachtung spricht sich auch Rathke in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht Werkstand: 176. EL März 2020, Rn. 77, 78 aus:

„ **Amtliche Bescheinigungen** im Sinne der Definition in den Nrn. 25 bis 27 setzen

- –inhallich eine Aussage zur Einhaltung der in den Vorschriften des Art. 1 Abs. 2 bestimmten Anforderungen,
- –die Unterzeichnung durch einen Bescheinigungsbefugten im Sinne der Nr. 26 sowie
- –Papierform oder elektronische Form

voraus. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich bei dem Papier oder der Datei nicht um eine Bescheinigung, sodass an eine amtliche Bescheinigung geknüpfte Rechtsfolgen nicht eintreten.

- Für diese Gewährleistung bedarf es der Einhaltung der in Artikel 88 Absatz 2 und 3 genau vorgegebenen Anforderungen, mehr aber auch nicht:
- Unparteilichkeit
 - Keine Interessenkonflikte
 - Ausreichende Schulung in Bezug auf die inhaltlichen Vorschriften der Bescheinigung
 - Unmittelbare Kenntnis der für die Bescheinigung relevanten Daten und Fakten, die erlangt wurden
 - entweder aufgrund einer amtlichen Kontrolle oder einer Bescheinigungskette (Artikel 88 Abs. 3 a) ii) und b) KVO).
 - Ausreichend sind dafür auch verifizierte Eigenkontrollsysteme des Unternehmers selbst (Artikel 88 Abs. 3 c) KVO).

Aus den dort definierten Voraussetzungen ist klar ersichtlich, dass damit die Begriffsdefinition ebenso konsequent umgesetzt wird: es kommt nur auf die Einhaltung der Anforderungen der Verordnung an, die vom Bescheinigungsbefugten **persönliche Voraussetzungen** verlangt, unabhängig davon, ob es sich um Mitarbeiter der Behörde oder beauftragter Stellen handelt. Bei Mitarbeitern von beauftragten Stellen werden die aufgezählten Anforderungen sämtlich im Rahmen seiner Zulassung geprüft und vorgegeben. Der zweite Bereich der genannten Voraussetzungen erfordert Daten und Fakten, deren Kenntnis in bestimmter Weise erlangt werden muss (am besten durch Unmittelbarkeit). Gestaltungs- oder gar Ermessensspielräume bei der Entscheidung selbst, wie dies z. B. bei Verwaltungsakten häufig der Fall ist, spielen hier keine Rolle. Das Bescheinigungsverfahren ist rein förmlich gestaltet. Dies reicht aber für die Bezeichnung „amtlich“ auch aus, wie die nähere Analyse der Begriffsdefinition und der Voraussetzungen ergeben hat.

Damit ist klar erkennbar, dass die Voraussetzungen für eine aB von allen Bescheinigungsbefugten in gleicher Weise objektiv und unabhängig und lediglich orientiert an den sachlichen und subjektiven Vorgaben der VO auszustellen sind. Die Regelungen haben mit der Art und Weise der Übertragung der jeweiligen Aufgaben nichts zu tun und lassen daher auch keinen Rückschluss auf eine hoheitliche Tätigkeit zu.

(3) Das Verfahren der aB ist daher nicht hoheitlich

Die Darstellung belegt am Beispiel der aB auch nachdrücklich die im Gutachten Oppenländer (Seite 10 f.) ausgeführte Auffassung, dass es sich nicht um eine Regelung im Sinne eines Verwaltungsverfahrens bzw. nicht um hoheitliche Tätigkeiten handelt. Denn bei produktbezogenen Konformitätsbescheinigungen könne die Zertifizierung privatrechtlichen Charakter tragen, soweit allein die Übereinstimmung mit ex ante normierten technischen Daten in Frage steht. Erst bei eigenverantwortlicher Entscheidungsmacht, die immer dann eingeräumt

wird, wenn ausfüllungsbedürftige Normen anzuwenden sind, läge eine hoheitliche Tätigkeit vor, für die eine Beleihung zu fordern sei⁶.

„Da die Kontrollstellen die Übereinstimmung mit ex ante normierten Kriterien prüfen und dabei keine ausfüllungsbedürftigen Normen anwenden, lässt sich auch dieser Gedanke übertragen.“ Auch die Tatsache, dass private Kontrollstellen im Drittland, die von der Europäischen Union zugelassen wurden, gültige Zertifikate ausstellen dürfen, ist ein Beleg dafür, dass es sich dabei nicht um eine hoheitliche Tätigkeit handelt. Auch die in Artikel 88 Absatz 2 und 3 KVO festgelegten Kriterien belegen im Zusammenspiel mit der Verweisung in Artikel 86 Absatz 2 KVO und der Weiterverweisung auf Artikel 28 bis 33 KVO mit weiteren bzw. teildentischen Voraussetzungen (Artikel 29 KVO !) die weiteren im Gutachten Oppenländer ausgeführten Einordnungen, dass auf jeden Fall (selbst bei hoheitlicher Qualifizierung) dies nicht zu einer Beleihung führen müsse, sondern eine Akkreditierung ausreichend ist: Denn „durch die Akkreditierung übernimmt der Staat nach außen hin die Gewähr dafür, dass private Akteure, die am Markt gemeinwohlrelevante Dienstleistungen erbringen, dauerhaft spezielle Qualitätsstandards erfüllen. Durch diese Qualitätsgarantie soll ein ähnliches Vertrauen in Bezug auf eine sachgerechte und neutrale Aufgabenwahrnehmung entgegengebracht werden können wie einem Hoheitsträger und zwar ohne dass damit notwendig eine Beleihung im herkömmlichen Sinne verbunden wäre. Durch das ausdifferenzierte Anforderungsprofil der Akkreditierung soll aber nicht nur eine sachlich kompetente und vor allem neutrale Aufgabenwahrnehmung durch die privaten Akteure gewährleistet werden.“ Es handelt sich darüber hinaus auch um vertrauensbildende Maßnahmen, mit denen die geringe demokratische Legitimation der Zertifizierungsstellen zusätzlich abgestützt werden kann⁷. Nochmals: die Analyse der Vorschriften zur amtlichen Bescheinigung belegt diese Beurteilung nachdrücklich.

(4) Auch die Erwägungsgründe der KVO tragen dieses Ergebnis

Die Erwägungsgründe der KVO stellen an mehreren Stellen klar, dass es um einheitliche Standards für die Verlässlichkeit der amtlichen Bescheinigungen geht (vgl. Erwägungsgrund 69), egal wer sie ausstellt und dass auf solcher Grundlage ausgefertigte amtliche Bescheinigungen als amtliche Kontrolle **gelten** (Erwägungsgrund 24⁸). Diese Fiktionsvermutung bestätigt den oben dargestellten

⁶ Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1999, S. 329 f.

⁷ Oppenländer Gutachten, S. 11 mit weiteren Nachweisen: Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 319; Röhl, *Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht: Zur Entwicklung einer neuen Europäischen Verwaltungsstruktur*, 2000, S. 26 f.

⁸ Erwägungsgrund 24: „Wenn in den Unionsvorschriften zur Lebensmittelkette vorgesehen ist, dass die zuständigen Behörden überprüfen, ob die Unternehmer die einschlägigen Unionsvorschriften einhalten und ob die Tiere oder Waren die spezifischen Anforderungen

Ansatz: wer befugtermaßen eine amtliche Bescheinigung ausstellt und diese Bescheinigung die Einhaltung aller Vorgaben bestätigt, führt dabei eine amtliche Kontrolle durch. Einer staatlichen Beleihung bedarf es dazu nicht.

(5) Rechtsprechung des EuGH und Literatur bestätigen das Ergebnis ebenfalls

Bereits in der Einleitung wurde darauf hingewiesen, dass die Verwendung eines bestimmten Begriffes in einem europäischen Rechtsakt nicht als bloße Verweisung auf innerstaatliches Recht oder die dortige Begrifflichkeit eines oder mehrerer Mitgliedstaaten verstanden werden kann, sondern vielmehr sichergestellt sein muss, dass sich aus dem in dem europäischen Rechtsakt verwendeten Begriff für alle Mitgliedstaaten und die dort betroffenen Personen soweit wie möglich gleiche und einheitliche Rechte und Pflichten, mithin ein einheitliches Verständnis des Inhalts des Begriffes ergeben. Deshalb handelt es sich in der Regel um **autonome Begriffe, die aus dem europäischen Recht heraus auszulegen sind ohne Rücksichtnahme auf ein etwaig abweichendes nationales Verständnis** eines solchen Begriffes⁹. So hat der EuGH in einer Entscheidung vom 29.11.2007 (C – 404/05) auf die Tätigkeit der deutschen Öko-Kontrollstellen Art. 49 AEUV angewandt und dabei unterstrichen, dass dessen Anwendung deshalb gerechtfertigt sei, weil es sich bei deren Tätigkeit nicht um eine Tätigkeit der öffentlichen Gewalt im Sinne des heutigen Art. 51 AEUV handelt. Der Europäische Gerichtshof geht in dieser Entscheidung ganz klar davon aus, dass die Wahrnehmung der Kontrolle in Deutschland durch Private keine „Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ mit sich bringe. Die Tätigkeit stelle keine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ dar¹⁰. Auch die Kommentierung zu Art. 51 AEUV¹¹ zeigt, dass im europäischen Recht „hoheitliche Tätigkeit“ äußerst restriktiv verstanden wird. Dies wird von hiesigen Kommentatoren stark kritisiert, ändert aber nichts daran, dass der europäische Gerichtshof an seiner Linie festhält und jüngst bestätigt hat. Sehr deutlich hat er in einer sehr aktuellen Entscheidung vom 07.05.2020 (C-641/18) zu Tätigkeiten privatrechtlicher Einrichtungen, die mit der Überprüfung und Zertifizierung betraut sind, in einer der Kontrollen nach KVO oder BVO vergleichbaren Konstellation bei der Schiffsklassifizierung¹² folgendes ausgeführt:

*erfüllen, damit amtliche Bescheinigungen oder Attestierungen ausgestellt werden können, **sollte diese Überprüfung der Einhaltung als amtliche Kontrolle gelten.*** (Hervorhebungen vom Verfasser)

⁹ vergleiche unter anderem EuGH C-641/18 Rn. 30

¹⁰ EuGH vom 29.11.2007, Rs C 404/05, Rn. 44 f: „It follows that the auxiliary and preparatory role devolved on private bodies by that regulation vis-à-vis the supervisory authority cannot be regarded as being directly and specifically connected with the exercise of official authority“

¹¹ z.B. bei Callies/Ruffert, EUV/AEUV 5. Aufl.

¹² auch dabei erfolgt die Beauftragung und Überwachung der anerkannten Stelle durch den Staat und die von den überprüften Unternehmen einzuhaltenden Vorschriften sind ausschließlich

Es ist für die Frage einer hoheitlichen Tätigkeit „unerheblich, dass bestimmte Tätigkeiten im Auftrag eines Staates ausgeübt werden“; ebenso bedeute „die bloße Tatsache, dass bestimmte Befugnisse durch einen Hoheitsakt übertragen werden nicht, dass diese Befugnisse iure imperii¹³ werden“, also hoheitlich ausgeübt werden¹⁴. Auch Handeln im Interesse eines Staat bedeutet für sich genommen nicht immer die Ausübung hoheitlicher Befugnisse¹⁵. Auch der Umstand, dass bestimmte Tätigkeiten einem öffentlichen Zweck dienen, reicht nicht aus, um eine Tätigkeit hoheitlich einzustufen, wenn ähnliches auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen geregelt sein könnte¹⁶. Übertragen auf die hier vorliegende Fragestellung kann nämlich die Lizenzierung einer Marke als „bio“ oder „öko“ genauso gut im Rahmen eines privatrechtlichen Lizenzvertrages erfolgen. Schließlich fasst der EuGH zum rechtlichen Charakter von Zertifizierungstätigkeiten seine Überlegungen wie folgt zusammen: „Überdies ist im Rahmen einer weiteren systematischen Auslegung darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit und zum freien Dienstleistungsverkehr Zertifizierungstätigkeiten von Gesellschaften, die Zertifizierungseinrichtungen sind, nicht unter die Ausnahme in Art. 51 AEUV fallen, weil es sich bei diesen Gesellschaften um gewinnorientierte Unternehmen handelt, die ihre Tätigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen ausüben und über keine Entscheidungsbefugnis im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verfügen ...“¹⁷. Damit schließt sich der Kreis zur Entscheidung vom 29.11.2007. Die in Deutschland tätigen Kontrollstellen stehen bislang untereinander im Wettbewerb, es besteht kein regionales Monopol, sie rechnen mit unterschiedlichen Konditionen ab, halten sehr unterschiedliche personelle Kapazitäten vor und haben spezifisches Know-how entwickelt. Sie haben zudem die Fähigkeit, in anderen Mitgliedstaaten oder Drittstaaten tätig werden und üben dies auch aus. Zusätzlich werden Prüfungen auf Basis weiterer privatrechtlicher Standards (wie z.B. Demeter oder Bioland) erledigt. Dieses seit Jahrzehnten vorhandene und praktizierte Wettbewerbsverhältnis soll und darf auch nicht weiter eingeschränkt werden. Aus dieser Rechtsprechung kann eine klare Schlussfolgerung gezogen werden: Wenn schon nach der Rechtsprechung des EuGH die Zertifizierungstätigkeit als solche keine hoheitliche Tätigkeit ist, dann kann auch das Zertifikat einer Öko-Kontrollstelle trotz seiner Bezeichnung als „amtliche Bescheinigung“ weder eine hoheitliche Tätigkeit sein noch dies einem Verwaltungsakt gleichgesetzt werden. Schließlich wird der aus der

gesetzlich/staatlich vorgegeben. Die Feststellung einer Abweichung oder Entzug des Zertifikats führt zu einer gesetzlich vorgesehenen Sanktion

¹³ Mit diesem völkerrechtlichen Begriff wird die hoheitliche Verwaltung eines Staates definiert.

¹⁴ EuGH Entscheidung vom 07.05.2020 (C-641/18), Rn. 39

¹⁵ EuGH Entscheidung vom 07.05.2020 (C-641/18), Rn. 42

¹⁶ EuGH Entscheidung vom 07.05.2020 (C-641/18), Rn. 41

¹⁷ EuGH Entscheidung vom 07.05.2020 (C-641/18), Rn. 50 mit weiteren Nachweisen

Auslegung der Kontrollverordnung abgeleitete Befund durch die Rechtsprechung damit bestätigt.

Auch Hammann¹⁸ führt in ihrer Dissertation ausführlich und überzeugend aus, dass sich die Konstruktion der KS im Kontext der Verordnungen wie in anderen Bereichen auch („benannte Stellen“ im Produktsicherheitsgesetz) nicht ohne weiteres den hergebrachten Strukturen des deutschen Verwaltungsrechts zuordnen lässt und legt die damit verbundenen Deregulierungstendenzen im deutschen Recht dar, die sich letztlich durch zwingende Vorgaben des Europarechts ergeben¹⁹. Auch wird dort ausgeführt, dass sich die KS in Bezug auf die Ausstellung der Kontrollbescheinigung nicht hoheitlich verhalten. Dabei werden ausführlich die Argumente pro und contra überprüft und im Ergebnis völlig zu Recht die hoheitliche Qualifizierung abgelehnt, weil KS im Ergebnis keine eigene Entscheidung treffen. Alle Prüfschritte sind vorgegeben und bei Erfüllung aller Kriterien sei die Bescheinigung zwingend zu erteilen. Die Erteilung führt zwar zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrauenstatbestand, aber insoweit nicht zu einer hoheitlichen Tätigkeit²⁰. Alle weiteren Befugnisse wie Untersagungen oder Anordnungen nach Art. 30 der Verordnung (EG) 834/2007 sind nur vorzunehmen, wenn sie in welcher Weise auch immer übertragen worden sind. Auch das BVerwG entschied, dass von der Ausübung hoheitlicher Gewalt dann nicht gesprochen werden kann, wenn der Private lediglich „technisches Ausführungsorgan“ ist, ohne selbst Anordnungen treffen zu können²¹. Ein Gedankenexperiment und die Anwendung der actus-contrarius-Theorie belegt das ebenfalls: Nehmen wir ein Unternehmen, das ein gefälschtes Bio-Zertifikat verwendet und natürlich auch keinen Kontrollvertrag mit einer KS hat. Selbst wenn diese KS beliehen wäre, kann sie in diesem Fall rein gar nichts unternehmen, um die Weiterverwendung des Zertifikats zu unterbinden. Alle verwaltungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse oder strafrechtliche Konsequenzen können nur die zuständigen Behörden einleiten. Weil die KS in diesem Fall auch wegen eines nicht vorhandenen Kontrollvertrags keine Tätigkeit ausüben kann, kann sie auch keine hoheitliche Massnahme einleiten. Denn die Regel lautet ja: wer die Befugnis zur Erteilung einer öffentlichen Genehmigung übertragen erhalten hat, kann diese auch im Rahmen des rechtlich Möglichen wieder zurücknehmen (actus-contrarius-Theorie). Im gewählten Beispielfall geht das eben nicht.

(6) Europarechtliche Vorgaben schließen die Auffassung der Behörden ebenfalls aus

¹⁸ Isabelle Hammann, *Das Kontrollsystem der Verordnung (EG) Nr. 834/2007 und seine Durchführung in Deutschland, Dissertation 2015, Humboldt-Universität Berlin*

¹⁹ aao (Fn. 8), S.208 ff.

²⁰ aao (Fn. 8), S.214 ff (220)

²¹ BVerwG vom 26.6.70, DVBl. 1970, S. 736(737)

Die derzeitige Auffassung der deutschen Behörden verträgt sich zudem nicht mit der Europäisierung des Kontrollwesens in diesem Bereich. Während Kontrollstellen in allen anderen Mitgliedstaaten privatrechtlich handeln, unterliegen die Kontrollstellen in Deutschland als (teilweise) Beliehene dem öffentlichen Recht. Dies stellt solange kein europarechtliches Problem dar, bis Kontrollstellen grenzüberschreitend tätig werden. Für deutsche Kontrollstellen bedeutet dies, dass sie zwei Regelungsregimen unterliegen, was zu zusätzlichem Aufwand und Rechtsunsicherheit führt. Für Kontrollstellen aus einem anderen Mitgliedstaat hat dies zur Folge, dass sie beliehen werden oder auf andere Weise zu der Aufgabenwahrnehmung zugelassen werden müssten. Im Fall einer Beliehung ergäben sich Probleme bei der Einfügung der Kontrollstellen in den Apparat der staatlichen Aufsicht. Sollten Kontrollstellen aus anderen Mitgliedstaaten stattdessen auf privatrechtlicher Grundlage tätig werden dürfen, ergäbe sich ein Systembruch und eine Ungleichheit zu deutschen Kontrollstellen im Hinblick auf das anzuwendende Rechtsregime. Im Ergebnis sind damit identische Regelungstypen unterschiedlichen Regelungsregimen unterworfen. In Anbetracht der europaweiten Tätigkeit der KS und der europaweiten Regelungswirkung der Zertifikate sollte das Rechtsregime, das die Beziehung zu den kontrollierten Unternehmen regelt, daher kein nationales öffentliches Recht sein. Da ein eigenständiges europäisches Recht fehlt, sollten die Rechtsbeziehungen vielmehr in die in allen Mitgliedstaaten vorhandenen Strukturen des Privatrechts eingekleidet werden²².

Dies entspricht auch der Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV, wonach der nationale Gesetzgeber dort, wo es notwendig ist, das nationale Recht so zu ändern, aufzuheben, zu erlassen bzw. zu ergänzen hat, dass die Vorgaben des EU-Rechts ihre volle praktische Wirksamkeit (effet utile) entfalten können²³. Letztlich werden die deutschen KS auch ohne entsprechende Gleichstellung als Inländer diskriminiert.

²² *Oppenländer Gutachten vom 10.9.2020, S. 11 f. mwNachweisen: (vgl. Röhl, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht: Zur Entwicklung einer neuen Europäischen Verwaltungsstruktur, 2000, S. 26 f.; Pünder, ZHR 2006, 567 [579]; Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag, 2006, S. 44).*

²³ *Calliess/Kahl/Puttler, in: Calliess/Ruffert, EU-Vertrag, 5. Aufl. 2016, Art. 4 Rdnr. 55*

4. Zusammenfassung

Die Darstellung führt zu folgendem Ergebnis:

- Bei der Beurteilung der rechtlichen Bedeutung der aB spielt das Verhältnis von KVO und BVO eine wichtige Rolle.
- Nunmehr gilt hierzu ein Vorrang der Regelungen der KVO.
- Die Möglichkeit der zuständigen Behörden, amtliche Aufgaben auf beauftragte Stellen zu übertragen, ist eine reine Organisationsregelung, die dem nationalen Gesetzgeber zwar Gestaltungsmöglichkeiten bei der Übertragung gibt.
- Eine Auswirkung auf den Inhalt und die rechtliche Beurteilung einer aB hat diese Organisationsregelung aber nicht.
- Definition, Erwägungsgründe und das Verfahren zur Ausstellung einer aB sind ausschließlich aus den Definitionen und dem Sinn der Regelungen der KVO abzuleiten: **Das Zertifikat muss ausschließlich den objektiven und subjektiven Anforderungen der KVO entsprechen, um die Einhaltung der Anforderungen der BVO zu gewährleisten.**
- Mit dieser Voraussetzung gleichzeitig Handlungsformen der nationalstaatlichen Organisationsentscheidungen zu verknüpfen, ist nicht von der KVO gedeckt. Es widerspricht auch dem Vorrang des Europarechts.
- Die Überlegungen der Länder, allein aus der Bezeichnung „amtliche Bescheinigung“ die Notwendigkeit für eine hoheitliche Tätigkeit abzuleiten, ist ein unzulässiger und falscher Zirkelschluss.
- Dies steht auch in klarem Widerspruch zur gelebten Praxis z.B. im Bereich der Pflanzenpässe, die als amtliche Attestierung bezeichnet werden und sogar von den Unternehmen selbst nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ausgestellt werden dürfen.
- Die hier vertretene Auffassung bestätigt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und die jüngste Entscheidung des EuGH zu Zertifizierungsstellen.
- Der nationale Gesetzgeber hat auch aus europarechtlicher Sicht Loyalitätspflichten, um den Wirksamkeitsgrundsatz umzusetzen und darf inländische KS nicht diskriminieren.

Augsburg/Stadtbergen, den 4. August 2022