

Berlin



Senatsverwaltung  
für Gesundheit, Umwelt  
und Verbraucherschutz

VERBRAUCHERSCHUTZ

## Rechtsgutachten

zur Zulässigkeit des  
Berliner Smiley-Modells



## Transparenz in der Lebensmittelüberwachung

---

September 2010

**Dr. Alexander Schink**

Staatssekretär a. D.

## **Zulässigkeit des Berliner Smiley-Modells**

**Rechtsgutachten**

**Im Auftrag der**

**Senatsverwaltung für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz, Berlin**

Neuss, September 2010

## Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung der Ergebnisse	6
B.	Sachverhalt	8
I.	Vorgeschichte	8
II.	Das Smiley-Projekt im Bezirk Pankow	10
III.	Weiteres Vorgehen	12
C.	Gutachtenauftrag	13
D.	Gutachten	14
I.	Die Auffassung von Holzner	14
II.	Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für eine Negativliste?	16
1.	Charakterisierung der Negativliste – Warnung oder bloße Information?	16
2.	Eingriffscharakter der Negativliste nach den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäben	19
a)	Transparenzlistenentscheidung des BVerwG	19
b)	Die Glykolweinscheidungen von BVerwG und BVerfG	20
c)	Der OSHO-Beschluss des BVerfG	22
d)	Zwischenergebnis zu 2.	23
3.	Bewertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Literatur	23
a)	Wesentliche Leitlinien der Kritik an der Rechtsprechung	24
b)	Beurteilungsmaßstab: Finalität und Eingriffsintensität	25
4.	Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs durch die Negativliste	27
a)	Gesetzesvorbehalt	27
b)	Verhältnismäßigkeit	28
aa)	legitimes öffentliches Interesse	28
bb)	Geeignetheit der Negativliste	29
cc)	Erforderlichkeit	29
dd)	Angemessenheit	30
5.	Verstoß gegen den unternehmerbezogenen Datenschutz	32
6.	Abkehr vom Grundsatz der Freiwilligkeit beim Smiley	33
7.	Zwischenergebnis	34
III.	Gesetzliche Grundlage für die Negativliste	36

1.	Keine Sperrwirkung des § 40 LFGB	36
	a) Negativliste: kein Fall des § 40 LFGB	36
	b) Keine Sperrwirkung des § 40 LFGB	37
2.	Keine Sperrwirkung aus Art. 7 VO (EG) 882/2004	38
3.	Ermächtigung aus § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG	39
	a) § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG als Rechtsgrundlage für antragslose amtliche Verbraucherinformationen	39
	b) Voraussetzungen der aktiven Verbraucherinformation nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG	41
	aa) Anspruch auf Zugang zu den Informationen der Negativliste	41
	bb) Veröffentlichung nur nach bestandskräftigem Abschluss von Verfahren?	42
	cc) Verpflichtung zur Prüfung der Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der Information?	43
	c) Ausschlusstatbestände, § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG	45
	aa) Verhältnis der Ausschlusstatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG zueinander	47
	bb) Verzicht auf Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren	50
	cc) Zeitpunkt der Eröffnung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens	53
	dd) Regelungsmöglichkeit zur Verbesserung der Vollzugsfähigkeit der Negativliste	53
	d) Verfahrensanforderungen	54
	aa) Gebot der Gleichbehandlung aller betroffenen Unternehmen	54
	bb) Selbsteintrittsrecht des Unternehmers entsprechend § 40 Abs. 2 LFGB?	56
	aaa) Notwendigkeit der entsprechenden Anwendung des § 40 Abs. 2 Satz 1 LFGB?	56
	bbb) Negativer Smiley de lege ferenda?	57
	cc) Gebot der Korrektur der Negativliste nach Mängelbeseitigung	57
	dd) Unterrichtung der Betroffenen	58
	e) Abwägung mit den Interessen der betroffenen Unternehmen	60
	f) Zwischenergebnis	61
IV.	Regelungsvorschlag	62
	1. Notwendigkeit einer Regelung	62
	2. Änderung des LFGB, des VIG oder des Berliner Gaststättenrechts?	63
	a) Verankerung der Befugnis zu aktiver Verbraucherinformation im LFGB oder im VIG?	63
	b) Regelung auf der Basis des Berliner Gaststättenrechts	64
	aa) Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin	64

bb)	Bedingungen für das Gebrauchmachen von dieser Kompetenz	66
3.	Regelungsvorschlag zur Änderung des VIG	67
a)	Ersetzung des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG durch eine neue Bestimmung über aktive Verbraucherinformation	67
b)	Inhalt der Regelung	67
c)	Erläuterungen	69

## A. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse des Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt die Negativliste keinen Eingriff in die Grundrechte der Betriebsinhaber aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG dar und bedarf keiner gesetzlichen Grundlage.
2. Beurteilt man die Eingriffsqualität an den hierfür in der Literatur entwickelten Kriterien, lässt sich die Eingriffsqualität nicht sicher, wohl aber mit den Stimmen bejahen, die entscheidend auf das Kriterium der Finalität abstellen.
3. Dann erfordert die Negativliste eine gesetzliche Grundlage, die selbst oder in einer Rechtsverordnung alle wesentlichen Fragen regeln muss.
4. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verlangt dann eine Norm, die die Verwendung der bei der amtlichen Überwachung gewonnenen Daten für Zwecke der Negativliste gestattet.
5. Die Negativliste kann den für Grundrechtseingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geltenden Kriterien genügen und verfassungsmäßig ausgestaltet werden.
6. Verfassungsrechtlich zulässig wäre auch eine verpflichtende Regelung über den Smiley. Die Berufsfreiheit würde hierdurch in rechtmäßiger Weise eingeschränkt, weil ein solches Vorgehen wegen der zwischen Verbraucherinnen und Verbrauchern einerseits und den Betriebsinhabern andererseits bestehenden Informationsasymetrie aus vernünftigen Gründen des Wohls der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.
7. § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG stellt neben § 40 LFGB eine eigenständige Rechtsgrundlage für aktive Verbraucherinformationen dar.
8. Die Negativliste kann auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG veröffentlicht werden. Die Ergebnisse der Überwachung stellen Sachverhalte dar, die dem Informationszugang nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften) und Nr. 5 VIG (Überwachungsmaßnahmen) unterliegen.
9. Vor Veröffentlichung muss das zugrundeliegende Verwaltungsverfahren nicht bestandskräftig abgeschlossen sein.
10. Die Ausnahmetatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG finden mit der Folge Anwendung, dass die Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften zwar während eines laufenden Verwaltungsverfahrens, nicht aber mehr während eines laufenden Straf- oder Bußgeldverfahrens oder eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, bei dem diese Informationen Verfahrensgegenstand sind, veröffentlicht werden dürfen.
11. Auf die Durchführung eines Bußgeldverfahrens kann die Behörde wegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht nicht verzichten. Unzulässig ist als Umgehung des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG auch ein Hinausschieben der Eröffnung des Bußgeldverfahrens bis zu einem Zeitpunkt nach der Veröffentlichung des Verstoßes in der Negativliste. Rechtlich zulässig ist eine Regelung, die es der Behörde gestattet, auch vor Abschluss des Bußgeldverfahrens eine Veröffentlichung in der Negativliste vorzunehmen, wenn eine sofort vollziehbare Entscheidung vorliegt und eine angemessene Frist von zwei Wochen verstrichen ist.
12. Vor der Veröffentlichung von Verstößen in der Negativliste sind die Betroffenen anzuhören.
13. Die Behörde entscheidet über die Veröffentlichung nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei hat sie die Belange der Betroffenen in die Ermessensausübung ebenso einzustellen, wie die

Schwere und Häufigkeit des Verstoßes und das Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher an einer Information.

14. Die Entscheidung über die Veröffentlichung ist den Betroffenen bekannt zu geben. Eine dahin gehende Regelung sollte in das VIG aufgenommen werden.
15. Ein Selbsteintrittsrecht der Betroffenen entsprechend § 40 Abs. 2 Satz 1 LFGB besteht nicht.
16. Die Behörde muss den Gleichheitssatz zur Gewährleistung von Wettbewerbsgleichheit aller beachten und damit eine gleichmäßige Kontrolle der Betriebe gewährleisten, wobei sie den risikobasierten Ansatz zugrundelegen kann.
17. Die Korrektur der Negativliste erst nach der nächsten Kontrolle ist ebenso zulässig wie die Aufnahme eines inzwischen behobenen Verstoßes im Wiederholungsfall oder bei fehlender Abhilfe bei der Nachkontrolle. Allerdings sollte ein Verfahren vorgesehen werden, das es in diesen Fällen auf Antrag der Betroffenen gestattet, die Negativliste zu korrigieren.
18. Die Berliner Praxis der Negativliste kann auf der Basis des VIG mit Modifikationen fortgeführt werden. Durch Erlass ist zu regeln, wann und wie über den Beginn von Bußgeldverfahren entschieden wird. Die Betroffenen sind von der Entscheidung der Aufnahme von Tatbeständen in die Negativliste zu unterrichten. Durch Erlass ist ein Verfahren festzulegen, das nach Korrektur des Verstoßes eine zeitnahe Entfernung aus der Negativliste auf Antrag des Betroffenen vorsieht.
19. Eine gesetzliche Regelung über die Negativliste und den Smiley ist wegen der rechtlichen Unsicherheiten über deren Zulässigkeit zwar nicht notwendig, aber sinnvoll.
20. Möglich sind Regelungen im LFGB, im VIG und im Berliner Gaststättengesetz.
21. Zu bevorzugen wegen der Sachnähe zu Verbraucherinformationen ist eine Regelung im VIG. Gegenüber einer Verankerung im LFGB hat dies auch systematische Vorteile. Dazu wird ein Regelungsvorschlag vorgelegt, der allerdings – mit gewissen Modifikationen wegen der Verweisungstechnik im Vorschlag - auch als § 39 a in das LFGB oder in das Berliner Gaststättengesetz integriert werden kann.
22. Das Land Berlin hat aus seiner ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht (Art. 70 Abs. 1 Satz 1, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) die rechtliche Befugnis zur Regelung von Negativliste und Smiley. Diese Regelung kann – anders als eine Bestimmung im VIG oder im LFGB – allerdings nur für Gaststätten und Imbissbuden, nicht aber für den Lebensmitteleinzelhandel, Bäckereien, Kioske und andere Verkaufsstellen für Lebensmittel an Endverbraucher gelten.

## B. Sachverhalt

### I. Vorgeschichte

In seiner Sitzung vom 10.11.2007 hat das Berliner Abgeordnetenhaus zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes durch Einführung des dänischen Smiley-Systems in der Lebensmittelwirtschaft folgendes beschlossen:

- Der Senat wird aufgefordert, dem Abgeordnetenhaus einen Bericht über die Möglichkeit der Verbesserung des gesundheitlichen Verbraucherschutzes durch Einführung des dänischen Smiley-Systems in der Lebensmittelwirtschaft vorzulegen. In dem Bericht sind insbesondere folgende Fragen zu prüfen:
  - Welche Voraussetzungen und spezielle Bedingungen lagen in Dänemark bei der Einführung des Smiley-Kennzeichnungssystems vor?
  - Über welchen Zeitraum wurde das System implementiert?
  - Welche positiven und negativen Erfahrungen wurden seit der Einführung des Systems gemacht?
  - Welche Position nehmen die bezirklichen Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsämter, die IHK, der Verband der Lebensmittelkontrolleure, die Lebensmittelwirtschaft und ihre Verbände zu einem Informationsinstrument wie dem Smiley-System ein?
  - Welche rechtlichen Erkenntnisse müssten erfüllt sein, um ein solches System in Berlin einzuführen?
- Darüber hinaus wird der Senat aufgefordert,
  - anhand eines Bezirks die Konsequenzen der Einführung eines solchen Smiley-Systems für die Lebensmittelüberwachung in den bezirklichen Veterinär- und Lebensmittellämtern modellhaft darzustellen,
  - darzulegen, ob es rechtlich und technisch bereits heute möglich ist, die Prüfungsberichte der bezirklichen Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsämter im Internet der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Durch Mitteilung vom 04.04.2008<sup>1</sup> berichtet der Senat dem Abgeordnetenhaus hierzu wie folgt:

- In Berlin würden derzeit jährlich ca. 2/3 der unter das Lebensmittelrecht fallenden Betriebe kontrolliert. Dazu gehörten u.a. die Unternehmen, die dem Lebensmittelrecht unterliegen, wie Hersteller, Importeure, Händler, Lebensmittel-Transportunternehmen, gastronomische Betriebe und Kioske. Die Kontrollen erfolgten auf der Grundlage einer Risikobewertung mit der Folge, dass die Kontrollfrequenzen der Betriebe von dieser Bewertung abhängig seien. Zur Risikobewertung gehörten u.a. folgende Faktoren:
  - die Verderblichkeit der Produkte
  - die Größe des Betriebes
  - die Sensibilität des Bereichs (z. B. Säuglingsnahrung, Trinkmilch)
  - Qualität des Eigenkontrollsystems des Betriebes
  - Art und Anzahl der bisherigen Verstöße im Hygienebereich.

---

<sup>1</sup> Mitteilung – zur Kenntnisnahme – Verbesserung des gesundheitlichen Verbraucherschutzes durch Einführung des dänischen Smiley-Systems in der Lebensmittelwirtschaft, Abgeordnetenhaus Berlin, Drucks. 16/1341 v. 04.04.2008

Da die Ergebnisse dieser systematischen Kontrollen nicht veröffentlicht würden, seien sie den Verbrauchern überwiegend nicht bekannt. Die Einführung eines Smiley-Systems sei eine Möglichkeit, die Informationen und damit das Qualitätsbewusstsein der Verbraucherinnen und Verbraucher zu erhöhen.

In Dänemark hänge in jedem Betrieb ein Kontrollbericht der Überwachung aus, auf dem je nach Ergebnis ein lächelnder, ein neutraler oder ein negativer Smiley abgebildet ist. Hierdurch habe in Dänemark die Beanstandungsquote in den Betrieben deutlich verringert werden können. Alle mit Lebensmitteln handelnden Geschäfte oder Restaurants und Imbissstände würden dort für den Verbraucher sichtbar mit dem Symbol gekennzeichnet, das auf den ersten Blick einen Eindruck zur allgemeinen Hygienesituation des Geschäftes gibt. Die Kennzeichnung habe vier Prädikate:

- Die Kontrolle hat keine Beanstandungen ergeben.
- Bestimmte Regeln müssen besser beachtet werden (Ermahnung).
- An das Unternehmen ist durch die Kontrollbehörde eine Verfügung oder ein Verbot ausgesprochen.
- Das Unternehmen hat eine Strafverfügung erhalten, wurde an die Polizei gemeldet oder die Geschäftszulassung wurde eingezogen.

Die Unternehmen müssten die Smileys und den vom Kontrolleur verfassten Kontrollbericht für die Verbraucher gut sichtbar anbringen. Der letzte Kontrollbericht stehe den Verbraucherinnen und Verbrauchern im Internet zur Verfügung. Außerdem seien die Smileys der letzten vier Prüfungen mit dazu gehörigem Prüfdatum abgebildet. Der Erfolg dieses Instruments sei deutlich messbar: Binnen vier Jahren sei der Anteil der Betriebe mit einem lächelnden Smiley von 70 auf 77 Prozent angestiegen. Laut Umfrage würden 79 % der Dänen kein Restaurant mit einem negativen Smiley besuchen.

Eine Akzeptanz für die Einführung eines Smiley-Systems nach dänischem Muster sei nach Einschätzung des Senats bei den Verbraucherinnen und Verbrauchern gegeben. So befürworte die Berliner Verbraucherzentrale die Veröffentlichung von Kontrollergebnissen. Ausdrücklich werde dabei nicht allein eine positive Kennzeichnung guter, sondern auch eine schlechter Ergebnisse befürwortet. Die Berliner Bezirke befürworteten ganz überwiegend ein solches System. Soweit Bedenken geäußert würden, gingen diese in folgende Richtung:

- Das „laienhafte und grobe“ Raster von vier Beurteilungskategorien sei unzureichend.
- Jede öffentliche Bekanntmachung von Kontrollergebnissen führe automatisch zu einem erhöhten Druck auf die Gewerbetreibenden.
- Zu bevorzugen sei eine genügende Personalausstattung der Ämter, um Beanstandungen zeitnah und umfassend festzustellen, Anordnungen zu treffen und zu vollziehen.

Bedenken seien von der IHK und DEHOGA geäußert worden. Die Einführung eines Smiley-Systems könne zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen, da Betriebe nicht gleichmäßig kontrolliert würden und sie deshalb zeitnah keinen Smiley erlangen könnten. Die geringe Kontrolldichte erschwerte es den Betrieben auch, einen negativen Smiley zeitnah wieder loszuwerden. Zudem bereite die Aufstellung einheitlicher Kriterien für die Vergabe des Smileys Schwierigkeiten. Die Einführung eines weiteren Gütesiegels sei nur dann gerechtfertigt, wenn sich bei der Überwachung der Betriebe in der jüngsten Vergangenheit eine große Zahl von Beanstandungen ergeben und dies zu einer Verunsicherung der Verbraucherinnen und Verbraucher geführt habe. Das System könne, so die IHK, auch nur dann hinreichend erfolgreich sein, wenn es den Verbrauchern bekannt sei. Dazu genüge

eine allein auf Berlin beschränkte Initiative nicht. Vielmehr sollte sie bundesweit abgestimmt sein. Ein Pilotprojekt in Berlin sei aber denkbar. Das Smiley-Projekt dürfe nicht geschäftsschädigend wirken.

In rechtlicher Hinsicht würde die Einführung des Systems mit § 40 LFGB kollidieren. Das System betreffe das Gaststättenrecht und das Lebensmittelrecht. Diese seien Teil der konkurrierenden Gesetzgebung. Mit dem LFGB habe der Bund im September 2005 das Lebensmittelrecht und das Gaststättenrecht geregelt. Zweck des LFGB sei u.a. eine Unterrichtung der Verbraucherinnen und Verbraucher über den Verkehr mit Lebensmitteln, kosmetischen Mitteln und Bedarfsgegenständen. Ein Smiley betreffe die Lebensmittel und Bedarfsgegenstände und die Unterrichtung der Verbraucherinnen und Verbraucher. Eine Einführung des Systems kollidiere mit § 40 LFGB.

Alternativ biete sich die Einführung eines Systems nach dänischem Vorbild auf freiwilliger Basis an. Dies sei vorteilhaft, da die Wirkungsweise des Systems zunächst untersucht und um Akzeptanz geworben werden könne. Der Bezirk Pankow habe sich bereit erklärt, an einem Modellprojekt zur Einführung eines Smiley-Systems mitzuwirken. In Pankow seien 2476 aktenkundige Betriebe und Küchen vorhanden. Bei einer Beteiligung von 25 % der Betriebe seien dies 619 Betriebe und 619 Kontrollen. In der Einführungsphase solle eine Antragskontrolle innerhalb der ersten 1 – 3 Monate erfolgen. Danach gelte der Smiley bis zur nächsten Routinekontrolle. Bei geringen Mängeln sollte auch dann eine Nachkontrolle möglich sein. Bei einem Betreiberwechsel entfalle der Smiley; dann sei ein Neuantrag notwendig.

Zusammenfassend sei festzustellen, dass das Smiley-System dem Verbraucher sofort bei Ausübung seiner Konsumentenrolle die relevanten „Schutzinformationen“ liefere, an denen er sein Verhalten orientieren könne. Der Senat werde aufgrund der fehlenden rechtlichen Voraussetzungen von einer rechtlich verbindlichen Einführung des Smiley-Systems nach dänischem Vorbild absehen, er werde jedoch die Einführung eines solchen Systems im Bezirk Pankow im Rahmen seiner Zuständigkeiten unterstützen, beobachten und begleiten.

## **II. Das Smiley-Projekt im Bezirk Pankow**

In Pankow wurde im Rahmen der amtlichen Lebensmittel-Überwachung ein Smiley-System eingerichtet. Dieses System besteht aus zwei Säulen:

(1) einer freiwilligen Smiley-Kennzeichnung in den Betrieben sowie der Veröffentlichung einer Positiv-Liste im Internet auf der Basis einer freiwilligen Vereinbarung und

(2) einer Negativ-Liste im Internet, in der das Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsamt Pankow Betriebe veröffentlicht, die in einer Weise, die mindestens den Tatbestand eine Ordnungswidrigkeit erfüllen, gegen das LFGB sowie die geltenden Rechtsakte und Rechtsvorschriften der Europäischen Union verstoßen haben; seit Mai 2009 enthalten die Negativlisten zu Beweis Zwecken aufgenommene Fotos aus den Betrieben, bei denen erhebliche Verstöße gegen Lebensmittel- und Hygienevorschriften festgestellt worden sind.

Im Einzelnen<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> Dazu: Bezirksamt Pankow, Das Smiley Projekt im Bezirk Pankow, im Internet unter: [www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smiley.html](http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smiley.html)

- Zu Teilnahme am Positiv-Smilely-System schließt das Bezirksamt Berlin-Pankow, Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsamt, mit Betrieben eine freiwillige Vereinbarung. Ziel dieser Vereinbarung ist es, Betrieben, die bei der amtlichen Lebensmittelkontrolle mit sehr gut oder gut bewertet wurden, die Möglichkeit einzuräumen, dieses Ergebnis in ihrem Betrieb den Kunden durch Aushang einer vom Bezirksamt ausgestellten amtlichen Bescheinigung, die mit einem Smilely versehen ist, bekannt zu geben. Damit soll ein Anreiz geschaffen werden, die geltenden Vorschriften einzuhalten und damit die Sicherheit der Verbraucherinnen und Verbraucher zu erhöhen. Mit der Teilnahme am System ist keine Erhöhung der Kontrollfrequenz oder eine Veränderung der Anforderungen der amtlichen Lebensmittelüberwachung verbunden. Die Kontrollen erfolgen weiterhin unangekündigt. Das System der risikobasierten Kontrollfrequenz bleibt unberührt. Den Smilely erhalten Betriebe, wenn sie bei der ersten Kontrolle nach Abschluss der Vereinbarung mindestens 90 % der in einem Bewertungsbogen dokumentierten Punkte erreichen. Werden die Anforderungen nicht erfüllt, ist eine Teilnahme erst bei der nächsten Regelkontrolle möglich<sup>3</sup>.
- Das Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsamt Pankow veröffentlicht eine Positivliste von Betrieben, die sich am Smilely-System beteiligen und dabei mindestens 90 % der im Bewertungsbogen ermittelten Punkte für ihren Betrieb erzielen konnten<sup>4</sup>.
- Im Internet werden seit März 2009 auch sog Negativ-Listen veröffentlicht. Hierin werden solche Betriebe erfasst, die gegen das LFGB und Rechtsakte oder Rechtsvorschriften der Europäischen Union verstoßen haben, wenn diese Verstöße mindestens den Tatbestand eine Ordnungswidrigkeit erfüllen und damit eine gewisse Schwere haben. Kleinere Verstöße werden nicht veröffentlicht. Die Negativ-Liste enthält auch Bilder, die zu Beweiszwecken in den Betrieben von den Lebensmittelkontrolleuren angefertigt wurden. Dies trifft allerdings nicht in jedem Fall zu, da die Fotos nicht immer zur Illustration des beanstandeten Zustandes geeignet sind<sup>5</sup>.

Im Einzelnen stellt sich das Verfahren wie folgt dar<sup>6</sup>:

Werden keine Mängel festgestellt werden die Ergebnisse in der Positiv-Liste veröffentlicht. Bei leichten Mängeln werden Auflagen erteilt; eine Veröffentlichung erfolgt nicht. Sind bei einem Erstfall gravierende Mängel festgestellt worden, und sind diese bei einer angemeldeten Nachkontrolle behoben, erfolgt ebenfalls keine Veröffentlichung. Ist dies nicht der Fall, wird der Betroffene vier Wochen zur Veröffentlichung angehört, innerhalb derer er seine Argumente gegen die Veröffentlichung darlegen kann. Nach Interessenabwägung gem. § 4 Abs. 1 VIG, in die auch die Ergebnisse vorangegangener Kontrollen einbezogen werden, wird über die Veröffentlichung entschieden. Werden gravierende

---

<sup>3</sup> Einzelheiten im Muster der Vereinbarung zur Teilnahme am Smilely-System des Bezirksamtes Pankow von Berlin, im Internet unter: [www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html](http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html)

<sup>4</sup> Die Positivliste findet sich im Internet unter: [www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html](http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html)

<sup>5</sup> Die Negativliste findet sich im Internet unter: [www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html](http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html)

<sup>6</sup> Schematische Darstellung dazu im Schaubild „Stufenmodell des Modellprojekts `Smilely` in Pankow. Im Internet unter: [www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html](http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smilely.html)

Mängel wiederholt festgestellt, findet – nach Interessenabwägung gem. § 4 Abs. 1 VIG – in der Regel eine Veröffentlichung in der Negativliste statt, und zwar unabhängig von der Mängelbeseitigung bei der angemeldeten Nachkontrolle.

### **III. Weiteres Vorgehen**

In ihrer Sitzung am 12.03.2010 haben die für die Veterinär- und Lebensmittelüberwachung zuständigen Stadträtinnen und Stadträte der Berliner Bezirke folgendes beschlossen:

- Nach dänischem Vorbild soll ein einheitliches Berliner Smiley-Modell eingeführt werden. Eine Arbeitsgruppe soll einen Verfahrensvorschlag und die genaue Beschreibung des Berliner Modells erarbeiten.
- Alle Kontrollen und die Ergebnisse sollen vor Ort in den Betrieben dokumentiert und im Internet veröffentlicht werden.
- Fotos der Beanstandungen im Internet werden nicht für erforderlich gehalten.
- Zu prüfen sei, ob das Gaststättengesetz geändert werden kann.
- Insbesondere sei zu prüfen, ob Betriebsschließungen vor der Anhörung im Internet veröffentlicht werden können.
- Die rechtlichen Möglichkeiten, die das VIG derzeit bietet, sollten ausgeschöpft werden.

## C. Gutachtauftrag

Die Zulässigkeit des Pankower Smiley-Modell ist rechtlich umstritten. Thomas *Holzner* hat jüngst die Auffassung vertreten, die Einführung eines solchen Modells bedürfe einer gesetzlichen Grundlage. Diese sei nicht vorhanden, so dass die Pankower Negativ-Liste rechtswidrig sei<sup>7</sup>. Eine Ausweitung des Verfahrens auf ganz Berlin wäre, trifft diese Auffassung zu, auf der Basis der geltenden Rechtslage nicht möglich. Hierzu bedürfte es einer Änderung des geltenden Rechts. Vor diesem Hintergrund befasst sich das Gutachten mit folgenden Fragestellungen:

- Kann – ob und inwieweit – das Berliner Smiley-Modell ohne rechtliche Änderungen auf der Basis des VIG bzw. des LFGB umgesetzt werden, auch unter Abkehr vom Grundsatz der Freiwilligkeit der Teilnahme?
- Ob und inwieweit würde eine Änderung des Berliner Gaststättengesetzes zu diesem Zweck genügen?
- Soweit das Berliner Smiley-Modell nur bundesrechtlich umgesetzt werden kann, soll ein Vorschlag zur Änderung des LFGB bzw. des VIG erarbeitet werden mit dem Ziel, eine möglichst umfassende Information der Öffentlichkeit zu gewährleisten und das Verwaltungsverfahren zu beschreiben.
- Die vorstehenden Fragestellungen werden insbesondere auch im Lichte der Kritik in der Fachliteratur an der Pankower Negativliste bewertet (Auseinandersetzung mit der Rechtsauffassung von Dr. Thomas Holzner, NVwZ 2010, 489 ff.)

---

<sup>7</sup> Thomas *Holzner*, Die Pankower Ekelliste, NVwZ 2010, 489 ff.

## D. Gutachten

### I. Die Auffassung von Holzner

*Holzner* hat die derzeitige Praxis der Pankower Negativliste in seinem Beitrag in der NVwZ auf ihre rechtliche Zulässigkeit untersucht. Zusammenfassend kommt er zum Ergebnis, dass die Pankower Negativliste rechtswidrig ist, da sie sich auf keine geeignete Rechtsgrundlage stützen lasse und das Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genüge. Er stellt fest, dass zur Abwehr von Gefahren neue, weiche Steuerungsinstrumente nicht an die Stelle der klassischen ordnungsrechtlichen Instrumente zur Gefahrenabwehr treten könnten. Diese seien zur Gewährleistung der Verbrauchersicherheit unverzichtbar. Die Informationsgewährung vermöge die klassischen Instrumente nicht zu ersetzen; aus diesem Bereich dürfe sich der Staat nicht zurückziehen. Überdies sollten moderne Steuerungsinstrumente, die Ähnlichkeit mit einem mittelalterlichen Pranger hätten, als weitere kumulative Sanktionsmöglichkeit unter Berücksichtigung des Parlamentsvorbehaltes ausgestaltet werden.

Im Einzelnen trifft er folgende Feststellungen:

- Die Negativliste stelle einen Grundrechtseingriff dar und sei nur aufgrund einer gesetzlichen Regelung zulässig. Obwohl das BVerfG im sog. Glykol- und im sog. Osho-Beschluss<sup>8</sup> den Eingriffscharakter von staatlichen Warnungen verneint bzw. hierfür keine gesetzliche Grundlage verlangt habe, sei eine solche Grundlage erforderlich. Ob ein Grundrechtseingriff vorliege, sei nach den Kriterien der Unmittelbarkeit, Finalität und Schwere zu beurteilen. Auf Grund der Prangerwirkung der Negativliste könne eine gewisse Schwere angenommen werden; auch ihre Zielrichtung, zumindest auch das Verbraucherverhalten zu lenken und damit ihre Finalität begründeten einen Grundrechtseingriff und erforderten demzufolge eine gesetzliche Grundlage. Dies sei auch deshalb erforderlich, weil die Negativliste nur als Alternative zu straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen in Betracht komme und damit ein „funktionales Äquivalent eines Eingriffs“ darstelle.
- Eine Rechtsgrundlage finde die Negativliste insbesondere nicht in § 5 Abs. 1 Satz 2 VfGH, denn Zweck dieser Regelung sei nicht die Befugnis der Behörden zur Information der Öffentlichkeit. Vielmehr solle die Behörde hiernach in Fällen, in denen eine Vielzahl von Anträgen eingeht oder zu erwarten ist, die Möglichkeit haben, von aufwändigen Einzelantworten abzusehen und auf öffentlich zugängliche Daten verweisen können. Das zeige auch die Wertung aus § 40 LFGB, dessen restriktive Voraussetzungen umgangen würden, ließe § 5 Abs. 1 Satz 2 VfGH eine öffentliche Warnung zu.
- Ist ein Straf- oder Bußgeldverfahren eröffnet, stehe einer Veröffentlichung auch § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VfGH entgegen. Diese Wirkung könne die Behörde nicht durch Verzicht auf die Einleitung solcher Verfahren umgehen. Denn die Negativliste sei nicht geeignet, in gleicher Weise wie die herkömmlichen ordnungsrechtlichen Instrumente den Gesundheitsschutz der Bevölkerung zu gewährleisten. Dem Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr komme eine dominierende Funktion zu, die gerade durch die Ersetzung hergebrachter effektiver Sanktionselemente durch eine ineffektive, unkalkulierbare Informationstätigkeit nicht erreicht werde. Weiter liege hierin ein Verstoß gegen die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, denn hierdurch würden die gesetzlichen Regelungsinstrumentarien durch die Behörde umgangen.

---

<sup>8</sup> BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621 – Glykol; BVerfGE 105, 279 = NJW 2002, 2626 – Osho.

- Weiter müsse das Verfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen. Dazu gehörten eine Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG genügende flächendeckende und lückenlose Erfassung der Betriebe, eine Anhörung der Betroffenen, die Einhaltung allgemeiner Verfahrensgrundsätze sowie eine Gleichstellung aller Betriebe durch die Art der Veröffentlichung. Letzteres sei schon deshalb nicht der Fall, weil eine Bebilderung in der Negativliste nicht immer beigefügt werde. Bedenklich sei auch, dass in Wiederholungsfällen trotz Feststellung der Mängelbeseitigung in einer Nachkontrolle eine Veröffentlichung erfolge und dass nicht vorhersehbar sei, wann eine weitere Kontrolle stattfinde, so dass eine Löschung des Eintrages nach Mängelbeseitigung erfolgen könne.
- Schließlich hätte – ebenso wie dies § 40 LFGB voraussetze – den Betrieben wegen der Schwere der Folgen der Negativliste Gelegenheit zur eigenen Unterrichtung der Verbraucher gegeben werden müssen.

## II. Verfassungsrechtliche Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für eine Negativliste?

Die rechtliche Zulässigkeit der Veröffentlichung der Pankower Negativliste hängt – unabhängig von Einzelfragen der Ausgestaltung des Verfahrens – entscheidend davon ab, ob die Veröffentlichung der Liste als Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist. Ist dies der Fall, bedarf es hierfür einer gesetzlichen Grundlage. Fehlt der Liste hingegen die Eingriffsqualität, kann sie auch ohne gesetzliche Grundlage im Rahmen der Befugnis der Berliner Bezirksämter zur Information der Öffentlichkeit veröffentlicht werden. Im Folgenden soll deshalb der Frage nach der Eingriffsqualität der Negativliste nachgegangen werden. Für diese Frage ist es zunächst erforderlich, die Negativliste selbst und die damit verfolgte Intention zu charakterisieren. Denn nur hierdurch ist es möglich, die Schwere und die Finalität dieser Maßnahme zu bewerten, die für die rechtliche Qualifizierung als Eingriff von besonderer Bedeutung sind. Darauf soll deshalb zunächst eingegangen werden (unter 1.). Danach (unter 2.) soll anhand der Rechtsprechung des BVerfG die Eingriffsqualität der Liste analysiert werden. Abschließend wird auf die kritischen Stimmen in der juristischen Literatur zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingegangen (unter 3) und hiernach die Eingriffsqualität bewertet. Abschließend (unter 4.) wird geprüft, ob die Negativliste am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG und des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (dazu 5.) gerechtfertigt werden kann.

### 1. Charakterisierung der Negativliste – Warnung oder bloße Information?

Der Eingriffscharakter der Negativliste ist von *Holzner* an den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der juristischen Literatur für behördliche Warnungen entwickelten Maßstäben gemessen worden<sup>9</sup>. Ob diese Maßstäbe unbesehen angewendet werden können, ist deshalb zweifelhaft, weil die Negativliste eine andere, nämlich eine doppelte Zielrichtung als die Warnungen hat, mit der sich die Rechtsprechung befasst hat, und sie zudem inhaltlich eine bloße Informationsmöglichkeit darstellt, ohne zugleich – wie Warnungen – den Adressaten zu einem bestimmten Verhalten aufzufordern. Wichtig ist die genaue Charakterisierung der Negativliste vor allem deshalb, weil für die Frage der Rechtmäßigkeit der Öffentlichkeitsarbeit und Informationspolitik staatlicher Stellen die Qualität der Maßnahme von Bedeutung ist: Bloße Tatsachenmitteilungen wiegen nicht so schwer wie Wertungen oder ehrverletzende Äußerungen oder solche mit schweren und unmittelbar wirkenden Folgen und unterliegen deshalb möglicherweise anderen Zulässigkeitskriterien. Überdies kommt für die rechtliche Beurteilung der Frage entscheidende Bedeutung zu, wo der Schwerpunkt der Maßnahme liegt<sup>10</sup>.

Die Negativliste verfolgt vor allem zwei Ziele<sup>11</sup>:

Zum einen soll sie eine Verhaltenslenkung bei den Betreibern von Gaststätten, Imbissbuden und anderen Lebensmittelbetrieben bewirken. Ihr Ziel ist es, durch die Öffentlichkeitmachung von Verstößen bei den Betreibern eine Verhaltensveränderung zu veranlassen. Diese sollen dadurch veranlasst werden, die einschlägigen Hygienevorschriften einzuhalten und sich so zu verhalten, dass Beanstandungen bei Kontrollen durch die Veterinär- und Lebensmittelüberwachungsbehörden nicht mehr auftreten. Damit soll zugleich der Gesundheitsschutz der Bevölkerung verbessert werden. Verstärkt wird dieser Effekt durch die Positivliste und den Smiley. Hierdurch werden weitere Anreize für die

<sup>9</sup> *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 490 unter II. 1.

<sup>10</sup> *Reimer*, Adverse Publizität. Der Pranger im Verwaltungsrecht, JöR n.F. 58 (2010), 275, 297 f., *Wollenschläger*, Staatliche Verbraucherinformation als neues Instrument des Verbraucherschutzes. Möglichkeiten und Grenzen der Informationsbefugnis nach dem Verbraucherinformationsgesetz am Beispiel der Pankower Ekelliste und das Problem staatlicher Marktinformation, n. v. Manuskript, S. 6 (demnächst in *VerwArch* 2011, Heft 1).

<sup>11</sup> Zu den Zielen auch *Wollenschläger* ebd. (Fußn. 10), S. 6 ff.

Betreiber gesetzt. Sie können den Smiley als Positivwerbung in ihrem Geschäft einsetzen. Zugleich wird über die Positivliste im Internet den Verbraucherinnen und Verbrauchern eine Information über die gute hygienische Qualität des Betriebes gegeben. Auch dies kann sich wirtschaftlich positiv für den Betrieb auswirken. Als weiterer Nebeneffekt mag damit auch eine Veränderung der Kontrollintensität einhergehen. Denn nach dem in Berlin in der Lebensmittelaufsicht angewendeten risikoorientierten Ansatz richten sich die Kontrollintervalle auch nach der Häufigkeit und Schwere der festgestellten Mängel. Nehmen diese ab, mag dies zu einer veränderten Risikobewertung und zu einer Veränderung in der Kontrollintensität führen.

Das zweite Ziel der Negativliste ist die Information der Verbraucherinnen und Verbraucher. Durch Veröffentlichung der Negativliste im Internet soll öffentlich gemacht werden, in welchen Betrieben es bei der Lebensmittelkontrolle gravierende Mängel gegeben hat. Damit ist auch eine Lenkung des Verbraucherverhaltens intendiert. Die Verbraucherinnen und Verbraucher sollen durch die Negativliste zwar nicht davon abgehalten werden, bestimmte Gaststättenbetriebe aufzusuchen. Durch die Information sollen sie aber die Möglichkeit erhalten, sich über die hygienische Qualität der Betriebe zu unterrichten und ihr Verhalten (auch) danach auszurichten. Deutlich wird dies auch aus dem Gesamtzusammenhang mit Smiley und Positivliste. Hierdurch werden den Verbraucherinnen und Verbrauchern insgesamt die Informationen zur Verfügung gestellt, die ihnen eine auch am Maßstab der hygienischen Qualität der Betriebe ausgerichtete Entscheidung ermöglichen. Ob die Verbraucherinnen und Verbraucher sich hieran wirklich orientieren ist dabei nicht sicher. Darauf nimmt die Negativliste keinen Einfluss. Sie stellt vielmehr lediglich Informationen über die amtlichen Kontrollergebnisse bereit und überlässt es den Verbraucherinnen und Verbrauchern, ob sie diese Informationen verwenden und welche Schlüsse sie daraus ziehen.

Ob durch die Negativliste für die betroffenen Betriebe negative wirtschaftliche Folgen eintreten, ist damit nicht gewiss. Trotz Aufnahme bestimmter Betriebe in die Liste kann eine solche Folge ausbleiben. Sie kann aber auch eintreten. Dies hängt ausschließlich vom selbst bestimmten Verhalten der Verbraucherinnen und Verbraucher ab. Darauf nimmt die Negativliste keinen Einfluss. Der Verbraucher entscheidet autonom.

Die Negativliste ist danach rechtlich unverbindlich, der Empfänger kann sein Verhalten daran ausrichten, muss es aber nicht, sondern kann sie ganz oder teilweise ignorieren. Weiter wirkt ihre Information indirekt. Der intendierte Lenkungseffekt kann (teilweise) wirkungslos ein; er kann aber auch erhebliche Effekte haben, die bis zur Existenzgefährdung oder -vernichtung von Betrieben reichen können<sup>12</sup>.

Wichtig ist weiter, dass die Information dauerhaft ist. Die Einstellung ins Internet bewirkt ihre Irreversibilität. Sie kann, anders als behördliche Rechtsakte gleich welchen Rechtscharakters nicht zurückgeholt werden<sup>13</sup>. Hieraus können sich insbesondere für nachteilig betroffene Dritte Probleme ergeben.

Bei näherem Hinsehen unterscheidet sich die Negativliste damit deutlich von Warnungen, mit denen sich die Rechtsprechung beschäftigt hat. Hierbei ging es um Maßnahmen, durch die die Behörden das Verhalten Dritter steuern wollten. Allgemein und nach allgemeinem Sprachgebrauch sind Warnungen behördliche Informationen an die Öffentlichkeit, durch die auf eine Gefahr, einen Nachteil hin-

---

<sup>12</sup> Allgemein zur Charakterisierung der Wirkung von Information in diesem Sinne: Friedrich *Schoch*, Neuere Entwicklungen im Verbraucherinformationsrecht, NJW 2010, 2241, 2242.

<sup>13</sup> So mit Recht *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2242.

gewiesen wird, und die durch drei Elemente gekennzeichnet sind: (1) eine Information in Form einer Tatsachenbehauptung, (2) ein Werturteil in Form einer Meinungsäußerung und (3) einer Aufforderung in Form eines Appells<sup>14</sup>.

Die beiden letzten Elemente enthält die Negativliste nicht. Sie will allein durch Information der Verbraucherinnen und Verbraucher wirken. Sie enthält indessen schon kein Werturteil. Vielmehr besteht die Information ausschließlich aus Tatsachen über die Ergebnisse der amtlichen Lebensmittelkontrollen. Die Einstellung der zu Beweis Zwecken aufgenommenen Fotos verdeutlicht dies. Die Tatsachenfeststellungen werden hierdurch visualisiert. Einer Meinungsäußerung enthält sich die Behörde indessen vollständig. Auch eine Aufforderung in Form eines Appells enthält die Negativliste nicht. Die Verbraucherinnen und Verbraucher werden – ganz anders als bei Warnungen – gerade nicht aufgefordert, bestimmte Betriebe nicht aufzusuchen. Es wird auch nicht vor dem Verzehr bestimmter Produkte gewarnt. Vielmehr wird es der autonomen Entscheidung der Verbraucherinnen und Verbraucher überlassen, welche Schlussfolgerungen sie aus der Liste ziehen. Die Lenkung der Verbraucherentscheidung erfolgt allein durch Information, nicht hingegen durch einen Negativappell. Die Negativliste wird damit eingesetzt, um die Selbstverantwortung und Selbstinitiative des mündigen Verbrauchers, aber auch die der Betreiber von Gaststätten und von anderen Lebensmittelbetrieben anzustoßen.

Die nähere Analyse zeigt damit, dass die Qualität der Negativliste eine ganz andere ist als die von Warnungen, durch die Behörden unmittelbar ein bestimmtes Verbraucherverhalten bewirken wollen. Die Intensität der möglichen Beeinträchtigung der Betriebe ist ebenso wie die Zielsetzung eine weniger gravierende, denn es werden nur Berichte über Tatsachen ins Internet eingestellt, ohne dass durch eine Werturteil und einen Appell unmittelbar das Verbraucherverhalten gelenkt werden soll. Überdies richten sich Warnungen auch eindimensional ausschließlich an die Verbraucherinnen und Verbraucher. Eine mehrpolige Zwecksetzung, die auch die Betriebsinhaber mit einbezieht, ist damit nicht verbunden. Damit ist nicht gesagt, dass die Negativliste für die betroffenen Betriebsinhaber keine fühlbare Beeinträchtigung darstellt. Auch die Veröffentlichung der darin enthaltenen Tatsachen kann für sie negative Folgen haben; allein die Veröffentlichung als solche kann von ihnen auch als herabsetzend und geschäftsschädigend empfunden werden. Folgen Verbraucherinnen und Verbraucher in ihrem Konsumverhalten der Negativliste, kann dies erhebliche wirtschaftliche Einbußen für die Betriebsinhaber haben, die bis zu einer Existenzgefährdung gehen können. Sicher treten diese Effekte freilich nicht ein; sie hängen von der Reaktion der Verbraucherinnen und Verbraucher auf die Liste ab.

Zwischen der Negativliste und dem ordnungsrechtlichen Instrumentarium, mit dem Verstößen gegen das Lebensmittelrecht in Gaststättenbetrieben begegnet wird, besteht im Übrigen ein enger Zusammenhang. Dieser ergibt sich schon aus der intendierten Lenkungswirkung der Liste für das Hygieneverhalten der Gastwirte. Er folgt zudem aus dem Zusammenhang zwischen den festgestellten Verstößen und der Liste. Nur gravierende Verstöße werden aufgenommen. Die ordnungsbehördliche Kontrolle ist damit Basis der Negativliste. Dennoch ist die Liste nicht, jedenfalls nicht in erster Linie ein Instrument der Gefahrenabwehr, wie schon daraus folgt, dass sie neben die ordnungsbehördlichen Maßnahmen tritt, die ihre Basis sind, diese aber nicht ersetzen soll. Dagegen lässt sich auch nicht anführen, dass ein Erfolg der Liste auch darin bestehen soll, dass mittels Instrumentalisierung

---

<sup>14</sup> *Dolde*, Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln, 1987, S. 7 f.; *Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 58; *Ibler*, Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat . Kirche . Verwaltung, Festschrift Maurer, 2001, S. 145, 146; *Gröschner*, DVBl. 1990, 619, 621, 627.

des Verbraucherverhaltens in den Gaststättenbetrieben für hygienische(re) Zustände gesorgt werden soll und der Liste damit eine (verfassungsrechtlich problematische) Sanktionswirkung zukomme<sup>15</sup>. Denn der Einzelne erhält die Informationen zu eigenen Informationszwecken und damit für seine eigene Verbraucherentscheidung. Zu Sanktionen wird er indessen nicht instrumentalisiert<sup>16</sup>.

Die Negativliste stellt damit vorrangig ein Instrument der Verbraucherinformation dar<sup>17</sup>.

## **2. Eingriffscharakter der Negativliste nach den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäben**

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind folgende Maßstäbe für die Bewertung von staatlicher Informationstätigkeit als Grundrechtseingriff entwickelt worden:

### **a) Transparenzlistenentscheidung des BVerwG**

Die sog. Transparenzlistenentscheidung des BVerwG vom 14.08.1985 befasste sich mit der vom Bundesgesundheitsministerium angestrebten sog. Transparenzlisten, in denen sämtliche Arzneimittel eines bestimmten Identifikationsgebietes mit Preisen, Wirksamkeitsangaben und Qualitätskennzeichen aufgenommen werden sollten. Hierdurch sollte eine Neuordnung des Arzneimittelmarktes und letztlich eine Kostendämpfung im Gesundheitswesen erreicht werden. Das BVerwG sah in den Listen eine finale und grundrechtsspezifische Beeinträchtigung der durch Art. 12 GG geschützten Unternehmerischen Betätigungsfreiheit, die mangels gesetzlicher Grundlage rechtswidrig sei<sup>18</sup>. Das BVerwG lehnte ausdrücklich die Argumentation des Berufungsgerichtes ab, das einen Grundrechtseingriff mit der Begründung verneint hatte, dass Art 12 GG keine Erwerbsmöglichkeiten schütze, die auf der Undurchsichtigkeit des Marktes beruhen<sup>19</sup>. Das BVerwG konzidierte zwar, dass sich der private Unternehmer der Dynamik von Veränderungen seiner Marktchancen durch rechtliche Rahmenbedingungen stellen müsse und deshalb nicht jede Veränderungen dieser Bedingungen als Grundrechtseingriff rügen könne. Dies könne aber dort nicht mehr gelten, wo der Staat zielgerichtet zu Lasten bestimmter Unternehmen Rahmenbedingungen verändere, um einen im öffentlichen Interesse erwünschten Erfolg herbeizuführen<sup>20</sup>. Keine Bedeutung hat das BVerwG schließlich dem Umstand beigemessen, dass sich die negativen Wirkungen der Transparenzlisten nur mittelbar, nämlich durch ärztliche Verschreibung einstellen. Denn angesichts der weitgehenden Bindungen des Arztes sei den Transparenzlisten eine Durchschlagskraft verliehen, „die der Wirkung eines unmittelbaren staatlichen Zwangseingriffs in das Marktgeschehen zu Lasten einzelner Unternehmen gleichkommt“<sup>21</sup>.

Nach dieser Entscheidung liegt in der Negativliste keine Eingriff in die Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG. Zwar ist auf den ersten Blick eine gewisse Gleichartigkeit des Sachverhaltes insofern gegeben, als es in beiden Fällen um die Weitergabe von Informationen und nicht um Warnungen oder die Abgabe von Werturteilen mit dem Ziel einer Verhaltenslenkung geht. Gleich liegen die Sachverhalte auch insoweit, als in beiden Fällen keine unmittelbare, sondern lediglich eine mittelbare

---

<sup>15</sup> So aber *Reimer*, JöR 58 (Fußn. 10), 291 f.

<sup>16</sup> *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), s. 8.

<sup>17</sup> Wie hier *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 6 ff.

<sup>18</sup> BVerwGE 71, 183, 194 f. Dazu: *Langer*, JuS 1993, 203, 208 f.; *Selmer*, JuS 1986, 321 ff.

<sup>19</sup> So OVG Berlin, Urt. v. 11.01.1984 – 7 B 3.83 -, veröffentlicht in *PharmaRecht* 1984, 214 ff.

<sup>20</sup> BVerwGE 71, 183, 193.

<sup>21</sup> BVerwGE 71, 183, 195.

Wirkung, vermittelt durch das Verhalten Dritter, eintreten soll. Der Unterschied liegt jedoch in der tatsächlichen Wirkung. Nach der Feststellung des BVerwG kommt die Transparenzliste faktisch einem unmittelbaren staatlichen Eingriff gleich, weil sie von den medikamentenverschreibenden Ärzten wegen der faktischen Bindungen, die diese unterliegen, befolgt werden wird. Das ist bei der Negativliste anders. Das Konsumentenverhalten wird nicht vergleichbar einer staatlichen Zwangsentscheidung sicher beeinflusst. Vielmehr liegt es in der autonomen Entscheidung der Verbraucherinnen und Verbraucher, ob und welche Schlussfolgerungen sie aus der Negativliste ziehen. Die Negativliste wirkt gerade nicht wie ein staatlicher Zwangseingriff, sondern stellt zunächst nicht mehr als eine Information dar. Damit fehlt es an dem nach der Transparenzlistenentscheidung des BVerwG wichtigsten Kriterium für die Einordnung einer staatlichen Information als Eingriff.

#### **b) Die Glykolweinentscheidungen von BVerwG und BVerfG**

Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht haben weitere Grundsatzentscheidungen zur Frage staatlicher Informationspolitik im wettbewerblichen Bereich in der sog. „Glykolwein-Entscheidung“ getroffen. Dort ging es um die Veröffentlichung regierungsamtlicher (Warn-)Listen mit den Abfüllerbezeichnungen und Produktnamen Diethylenglykol(DEG)-haltiger Weine.

Das BVerwG stellte – anders als in der Transparenzlisten-Entscheidung – nicht auf die Wirtschaftslenkung der Maßnahme ab. Es betonte vielmehr, dass der grundrechtliche Schutz unvollkommen bleibe, wenn an den Grundrechten nicht auch solche mit staatlicher Autorität ergangene Maßnahmen gemessen würden, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken<sup>22</sup>. Auch eine durch schlicht hoheitliches Verhalten bloß tatsächliche und mittelbare Betroffenheit kann danach grundrechtsrelevant sein, wenn und sofern dies eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Grundrechtsträgers zur Folge haben kann. Eine Eingriffsqualität hat das Bundesverwaltungsgericht im Glykolwein-Fall im Ergebnis verneint. Unter Hinweis darauf, dass bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 12 GG der Gesamtheit der Verfassungsbestimmungen Rechnung zu tragen sei, verweist das BVerwG darauf, dass Grundrechtsbegrenzungen, die sich aus der Verfassung selbst ergeben, notwendig einer dem einfachen Gesetzgeber überlassenen Begrenzungsmöglichkeit vorgehen<sup>23</sup>. Eine solche Grundrechtsbegrenzung sah das BVerwG in der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Verantwortlichkeit der Regierung für das Staatsganze. Es könne „nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass die Regierung von Verfassungs wegen das Recht haben muss und hat, zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter die Öffentlichkeit umfassend über die gegebene Sachlage zu informieren“. Insbesondere schließe diese Aufgabe die Befugnis ein, „konkrete Grundrechtsträger als Quelle der konkreten Gefahrensituation zu bezeichnen“<sup>24</sup>. Vor diesem Hintergrund liege ein Grundrechtseingriff nicht vor. Der Vorbehalt des Gesetzes greife nicht. Unabhängig davon finde die Maßnahme im Übrigen eine Rechtsgrundlage auch in Art. 65 GG<sup>25</sup>.

Das BVerfG hat die Entscheidung des BVerwG durch Beschluss vom 26.06.2002<sup>26</sup> im Ergebnis bestätigt. Auch das BVerfG hat eine Eingriffsqualität der Listenveröffentlichungen verneint. Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Reichweite des Freiheitsschutzes des Art. 12 GG dort, wo die unternehmerische Tätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs erfolgt, auch durch die

---

<sup>22</sup> BVerwGE 87, 37, 43 f.

<sup>23</sup> BVerwGE 87, 37, 43.

<sup>24</sup> BVerwGE 87, 37, 47.

<sup>25</sup> BVerwGE 87, 37, 51. Kritisch zu dieser Entscheidung z. B. *Schoch*, DVBl. 1991, 667 ff.; *Gusy*, JZ 1989, 1003 ff.; *Heintzen*, NJW 1990, 1448 ff.; *Meyn*, JuS 1990, 630 ff.; *Sachs*, JuS 1990, 496 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE 105, 252, 268.

rechtlichen Regeln mitbestimmt wird, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Daraus folgt das BVerfG, dass Art 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Einflüssen auf wettbewerbsbestimmende Faktoren biete. Dies gelte für die Kommunikation und für Kritik an Produkten von am Markt tätigen Unternehmen. Gegen belastende Informationen könne sich das betroffene Unternehmen seinerseits marktgerecht durch Information wehren. Art 12 Abs. 1 GG schütze „nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken“ und gewähre „kein Recht auf eigene Außendarstellung „<sup>27</sup>. Vor diesem Hintergrund beeinträchtigten „marktbezogene Informationen des Staates den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt“<sup>28</sup>. Für die Listenveröffentlichungen sah das BVerfG diese rechtlichen Vorgaben als erfüllt an, da es sich insoweit um eine Maßnahme der Staatsleitung gehandelt habe, die in den Aufgabenbereich der Bundesregierung falle.

Einschränkend fügt das BVerfG hinzu, dass Art. 12 Abs. 1 GG nur nicht vor der Verbreitung von inhaltlich zutreffenden und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit angemessener Zurückhaltung formulierten Informationen durch einen Träger von Staatsgewalt schützt. Die inhaltliche Richtigkeit einer Information sei grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass sie die Transparenz am Markt und damit dessen Funktionsfähigkeit fördere. Der Träger der Staatsgewalt könne allerdings zur Verbreitung von Informationen unter besonderen Voraussetzungen auch dann berechtigt sein, wenn ihre Richtigkeit noch nicht abschließend geklärt sei. In solchen Fällen hänge die Rechtmäßigkeit staatlicher Informationstätigkeit davon ab, ob der Sachverhalt vor seiner Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen, gegebenenfalls auch durch Anhörung Betroffener, sowie in dem Bemühen um die nach den Umständen erreichbare Verlässlichkeit aufgeklärt worden sei. Verblieben dennoch Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht, sei der Staat an der Verbreitung der Information jedenfalls dann nicht gehindert, wenn es im öffentlichen Interesse liege, dass die Marktteilnehmer über einen für ihr Verhalten wichtigen Umstand, etwa ein Verbraucherrisiko aufgeklärt würden. In solchen Fällen werde es angezeigt sein, die Marktteilnehmer auf verbleibende Unsicherheiten über die Richtigkeit der Informationen hinzuweisen<sup>29</sup>.

Nach diesen Entscheidungen stellt die Negativliste ebenfalls keinen Eingriff in Grundrechte der Betriebsinhaber aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 oder 14 Abs. 1 GG dar. In der Negativliste werden marktbezogene Informationen durch staatliche Stellen veröffentlicht. Es geht um Tatsachen, die überwiegend durch Bilder belegt werden. Damit geschieht genau das, was das BVerfG in seinem Glykol-Urteil als rechtlich zulässig angesehen hat: Es werden zutreffende und sachliche Informationen am Markt gegeben. Dass sich diese Informationen für einzelne Betreiber negativ auswirken (können), ist dabei ebenso unerheblich wie die Tatsache, dass solche negativen Wirkungen zum Gesundheitsschutz der Bevölkerung und zur Motivation der Betreiber, die Hygienevorschriften einzuhalten, auch beabsichtigt sind.

Auch nach der Rechtsprechung des BVerwG, das den Grundrechtseingriff verneint, wenn der Staat Informationen zum Schutz der Gesundheit oder anderer wichtiger Gemeinschaftsgüter herausgibt, stellt die Negativliste keinen Grundrechtseingriff dar und bedarf keiner gesetzlichen Ermächtigung.

---

<sup>27</sup> BVerfGE 105, 252, 266.

<sup>28</sup> BVerfGE 105, 252, 268.

<sup>29</sup> BVerfGE 105, 252, 272.

Denn es geht bei der Negativliste gerade um den Gesundheitsschutz, indem durch Veröffentlichung der Ergebnisse der amtlichen Veterinär- und Lebensmittelkontrolle zum einen die Betreiber zur Einhaltung der einschlägigen Hygienevorschriften veranlasst und zum anderen Verbraucherinnen und Verbraucher dazu zu motiviert werden sollen, Betriebe mit gravierenden hygienischen Mängeln zu meiden. Das System ist dabei im Grundsatz auch darauf ausgerichtet, Bagatellen nicht zu erfassen, sondern nur nachhaltige gravierende Fälle vor allem im Wiederholungsfall öffentlich zu machen. Gerade auch dadurch tritt die Intention des Gesundheitsschutzes deutlich zu Tage.

Sowohl das BVerfG als auch das BVerwG haben zur weiteren Rechtfertigung der staatlichen Maßnahmen im Glykol-Fall allerdings auf Art. 65 GG verwiesen und daraus abgeleitet, dass es sich um eine rechtmäßige Maßnahme der Staatsleitung gehandelt habe. Für das BVerwG stellt Art. 65 GG eine Rechtsgrundlage für das Handeln dar. *Holzner*<sup>30</sup> weist mit Recht darauf hin, dass die Negativliste nicht von der Regierung, sondern der Bezirksverwaltung veröffentlicht wird und damit eine administrative und keine gubernative Maßnahme darstellt mit der Folge, dass sie nicht auf Art. 65 GG gestützt werden kann. Daraus – wie *Holzner*<sup>31</sup> – zu folgern, dass für die Negativliste eine Ermächtigung erforderlich ist, ist freilich nicht angängig. Unabhängig von der – zu verneinenden – Frage, ob Art. 65 GG als Aufgabenzuweisungsnorm für die Regierung überhaupt eine Eingriffsermächtigung darstellen kann<sup>32</sup>, folgt dies schon daraus, dass jedenfalls das BVerfG Art. 65 GG nicht als Ermächtigungsnorm herangezogen hat, sondern hieraus die (kompetentielle und sachliche) Rechtmäßigkeit des Regierungshandelns abgeleitet hat. Art. 65 GG ist vom BVerfG herangezogen worden als Norm, die der Regierung zur Verfolgung von Zielen des Gesundheitsschutzes auch die Befugnis zur Information verleiht. Einer Eingriffsermächtigung bedurfte es dazu wegen der fehlenden Eingriffsqualität der Maßnahme nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht. Darauf aber kommt es letztlich an. Wenn eine Maßnahme keine Eingriffsqualität hat, dann bedarf es dafür keiner gesetzlichen Ermächtigung, sondern dann ist auch die Administrative ohne gesetzliche Grundlage ermächtigt, eine Information herauszugeben. Hinzuweisen ist auch darauf, dass der administrative Vollzug Aufgabe der Verwaltung ist und es deshalb erforderlich ist, die kompetentielle Zulässigkeit von Regierungshandeln, mit dem auch administrative Ziele verfolgt werden, zu belegen. Vor diesem Hintergrund ist die Begründung des Informationshandelns der Bundesregierung aus Art. 65 GG im Glykol-Fall durch das BVerfG und das BVerwG nachvollziehbar. Nichts gesagt ist damit freilich über die Eingriffsqualität als solche und damit die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Herausgabe einer Information auch ohne gesetzliche Grundlage. Wird eine Staatsaufgabe wahrgenommen, ist damit zugleich auch die Befugnis zur Information verbunden, soweit diese keine Eingriffsqualität hat<sup>33</sup>. Das gilt für alle Staatsorgane und folglich auch die Exekutive.

### c) Der OSHO-Beschluss des BVerfG

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus dem sog. Osho-Beschluss des BVerfG<sup>34</sup>. Hierbei ging es um eine regierungsamtliche Warnung vor Jugendsekten. Das BVerfG hat hier ausdrücklich die Er-

---

<sup>30</sup> NVwZ 2010 (Fußn. 7), 490

<sup>31</sup> Ebd. (Fußn. 30).

<sup>32</sup> Staatsleitung ist nur eine Aufgabe, aber noch keine Eingriffsbefugnis. So: *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7, 48; *Jeand'Heur/Cremer*, JuS 2000, 991, 995; *Gusy*, NJW 2000, 977, 980: Differenzierend *Ibler*, FS Maurer (Fußn. 14), 156: Warnungen, Werturteile und Informationen im Rahmen der Informationspflichten gegenüber dem Parlament seien von Art. 65 GG gedeckt, für Maßnahmen gegenüber Dritten, die die Regierung als gefahrenabwehrende Exekutive wahrnimmt, bedürfe es einer Ermächtigung.

<sup>33</sup> So mit Recht *Gusy*, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, § 23 Rdnr. 97 (S. 290 f.).

<sup>34</sup> BVerfGE 105, 279.

öffnung des Schutzbereichs von Art. 14 Abs. 1 und 2 GG abgelehnt. Denn die Ausführungen enthielten partiell „keine diffamierenden oder verfälschenden Darstellungen“<sup>35</sup>. Soweit aufgrund mittelbar-faktischer Wirkungen ein Eingriff vorliege, bedürfe dieser jedoch keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung, da diese ohnehin nicht normierbar seien<sup>36</sup>.

Auch nach dieser Entscheidung liegt in der Negativliste kein Grundrechtseingriff. Veröffentlicht werden gerade keine diffamierenden oder verfälschenden Darstellungen, sondern Tatsachen. Diese mögen zwar mittelbare Folgewirkungen haben, indem hierdurch vor allem das Verhalten der Verbraucherinnen und Verbraucher gelenkt wird. Darauf kommt nach dem Osho-Beschluss des BVerfG aber gerade nicht an.

#### **d) Zwischenergebnis zu 2.**

Insgesamt kann damit als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Veröffentlichung der Negativliste nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, da sie hiernach keinen Grundrechtseingriff darstellt. Die Liste ist als Informationsmittel über Tatsachen zu bewerten, das zwar mittelbare Wirkungen verursachen kann, jedoch als bloße Tatsachenmitteilung keinen Eingriff in die Grundrechte der Betreiber aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 oder 14 Abs. 1 GG darstellt. Auch ohne gesetzliche Ermächtigung ist die Pankower Bezirksverwaltung befugt, diese Liste zu veröffentlichen. Einzelheiten des Vollzuges können in einer Verwaltungsvorschrift festgeschrieben werden, die freilich den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Gleichheitssatzes genügen muss.

### **3. Bewertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Literatur**

Fraglich ist, ob es politisch klug ist, sich zur Rechtfertigung der Negativliste allein auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu berufen. Diese hat in der juristischen Literatur zum Teil heftige Kritik erfahren. Die Frage des Grundrechtseingriffs durch staatliche Information oder Warnungen wird dort zum Teil nach anderen Kriterien beurteilt; die Eingriffsqualität von staatlichen Informationen wird dort erheblich strenger beurteilt mit der Folge, dass für viele staatliche Informationsmaßnahmen eine gesetzliche Ermächtigung gefordert wird<sup>37</sup>. Auch die Negativliste wird an den in der Literatur entwickelten Kriterien gemessen; für sie wird hiernach eine gesetzliche Grundlage verlangt<sup>38</sup>. Wie das BVerwG oder das BVerfG auf diese Kritik reagieren werden, ist ungewiss. Ausgeschlossen erscheint es jedenfalls nicht, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zukünftig auch die Frage des Grundrechtseingriffs durch staatliche Information strenger als bisher beurteilt. Im Folgenden soll deshalb die Negativliste an den in der juristischen Literatur entwickelten Maßstäben daraufhin überprüft werden, ob sie Eingriffsqualität hat und hierfür deshalb eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist.

---

<sup>35</sup> BVerfGE 105, 279, 301 ff.

<sup>36</sup> BVerfGE 105, 279, 204 ff.

<sup>37</sup> Zusammenfassend zur Kritik an der Rechtsprechung: *Dietlein*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 Die einzelnen Grundrechte, 2006, § 111 IV (S. 1841 ff.); *Gusy*, Informationsbeziehungen (Fußn. 33), Rdnr. 95 ff.; *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, vor Art. 1 Rdnr. 78 ff, insbes. 83 ff.; *ders.* In: Stern, Staatsrecht, Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, § 78.

<sup>38</sup> So z. B. *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 490.; *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 20 ff.

### a) Wesentliche Leitlinien der Kritik an der Rechtsprechung

Ganz überwiegend werden die Kriterien, an denen die höchstrichterliche Rechtsprechung die Eingriffsqualität von staatlichem Informationshandeln misst, als ungeeignet verworfen. Als Mindestvoraussetzung stehe lediglich die Kausalität einer faktischen Beeinträchtigung durch staatliches Handeln fest<sup>39</sup>.

Kritisiert wird schon der Ausgangspunkt der Rechtsprechung. Dieser liegt als zentrale These die Auffassung zugrunde, die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit schütze nicht vor einer den Wettbewerb beeinträchtigenden staatlichen Informationstätigkeit. Die Wettbewerbspositionen unterlägen dem Risiko zukünftiger Veränderungen, denn Art. 12 Abs. 1 GG verbürge keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und die Sicherung zukünftiger Erwerbsmöglichkeiten. Dagegen wird eingewandt, dass diese These zwar im Verhältnis von Wettbewerbern untereinander zutrefte, nicht aber gegenüber staatlichen Informationen, die sich auf den Wettbewerb auswirken. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleiste das Recht, sich im Wettbewerb frei von staatlichen Ingerenzen durchsetzen zu können. Staatliche Interventionen durch Information seien deshalb grundsätzlich rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Rechtsgüter. Entschiede man anders, bliebe staatliche Intervention durch Information „gänzlich ungebündigt“<sup>40</sup>.

Die in der Rechtsprechung zum Teil anklingende Anknüpfung an die Rechtmäßigkeit der Maßnahme und damit eine Beurteilung der Eingriffsqualität nach der Lehre vom Handlungsunrecht scheidet aus, da sie dem zentralen Ziel der grundrechtlichen Abwehrrechte, der Integrität der Schutzgegenstände, nicht gerecht werde. Deren Beeinträchtigung sei in jedem Fall zu vermeiden und rückgängig zu machen, ohne dass irgendwelche Verhaltensanforderungen verletzt sein müssten<sup>41</sup>. Diese Vorgehensweise sei auch aus grundrechtssystematischen Gründen abzulehnen. Sie setze nämlich Grundrechtseingriff und Grundrechtsverletzung gleich. Dies passe mit den allgemeinen Strukturen der Grundrechtsdogmatik nicht überein, denn hiernach entscheide sich nach der Rechtswidrigkeit staatlichen Handelns die Frage der Grundrechtsverletzung, nicht die des Grundrechtseingriffs<sup>42</sup>.

Auch das Kriterium der Unmittelbarkeit sei zur Beurteilung der Eingriffsqualität staatlicher Information nicht sonderlich geeignet. Mit diesem Maßstab ließen sich nur Fälle der Imperativität sicher beurteilen, in denen angeordnete und eingetretene Rechtswirkung übereinstimmen. Tauglich sei das Kriterium auch in Fällen, in denen zwischen der staatlichen Aktivität und dem Erfolg ein besonders enger Ursachenzusammenhang dergestalt bestehe, dass die Beeinträchtigung ohne Dazwischentreten Dritter durch die staatliche Aktivität einfach real-mechanisch ausgelöst werde. Es gebe indessen keine Begründung dafür, staatliche Verantwortung bei größerer Komplexität eines Kausalverlaufes generell auszuschließen. Denn die für die Beeinträchtigung der grundrechtlichen Sphäre verantwortliche Staatsgewalt stehe der Beeinträchtigung näher als der Grundrechtsträger<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> BVerfGE 66, 39, 60 ff.; *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 11; *Ramsauer*, VerwArch 72 (1981), 89, 99; *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 278 ff.; *Sachs*, in: ders., GG (Fußn. 37), Vor Art. 1 Rdnr. 83.

<sup>40</sup> Peter M. *Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290, 292.

<sup>41</sup> *Sachs*, in: ders., GG (Fußn. 37), vor Art. 1 Rdnr. 84; *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fußn. 37), S. 149 ff.; *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991, S. 312 ff.; *Eckhoff*, Grundrechtseingriff (Fußn. 39), s. 265 ff.

<sup>42</sup> *Huber*, JZ 2003 (Fußn. 40), 294; *Michael Sachs*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 2000, A 10 Rdnr. 2, 7, 54.

<sup>43</sup> *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fußn. 37), S. 145 f., *ders.*, in: *Sachs*, GG (Fußn. 37), vor Art. 1 Rdnr. 87; *Gusy*, Informationsbeziehungen (Fußn. 33), Rdnr. 105 f., jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

Nicht abgestellt werden könne auch auf das Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht. Denn diese bedürfe, werde der Staat zu ihrer Verwirklichung aktiv, gerade einer Umsetzung durch formelles Eingriffsrecht. „Die verfassungsrechtliche Legitimität (ersetze) nicht dessen einfachrechtliche Legalität“<sup>44</sup>.

Schwierigkeiten bereitet es auch, die Qualität einer Information als Grundrechtseingriff vom Normzweck der Grundrechte abhängig sein zu lassen, wie dies teilweise befürwortet wird<sup>45</sup>. Denn Eingriffsfreiheit und Freiheit vor staatlich verantworteter Beeinträchtigung sind Kennzeichen jedes Freiheitsrechts. Folge des Abstellens auf den Normzweck wäre damit, dass jede Maßnahme, die sich auf Grundrechte auswirkt, zugleich auch einen Eingriff darstellte. Das indessen würde jedwedes grundrechtsrelevante Handeln des Staates unter den Vorbehalt des Gesetzes stellen.

#### **b) Beurteilungsmaßstab: Finalität und Eingriffsintensität**

Auch das Kriterium der Finalität des Staatshandelns und damit die Frage, ob ein staatliches Handeln einem Eingriff gleichkommt, wird zum Teil als Eingriffskriterium verworfen. Denn Finalität sei keine notwendige Bedingung staatlicher Verantwortung. Dem Kriterium der Finalität fehle die für die Beurteilung der Eingriffsqualität notwendige Konturenschärfe<sup>46</sup>. Andere wollen hingegen ganz maßgebend auf das Kriterium der Finalität abstellen. Gerade durch Warnungen, aber auch durch bloße Information über Tatsachen, wolle der Staat lenkend auf den Markt einwirken. Warnungen, die über eine bloße Produktinformation hinausgingen, sei eine solche Lenkungsfunktion geradezu wesenseigen. Deshalb könne ihr Lenkungscharakter nicht bestritten werden<sup>47</sup>. Allerdings sei damit nicht gesagt, dass jegliches Zugänglichmachen oder Verbreiten von Information als Eingriff zu bewerten ist. Jenseits des Grundrechtseingriffs sei jedenfalls die marktneutrale nicht lenkende Informationstätigkeit einzuordnen<sup>48</sup>. Andere stellen darauf ab, ob der Staat gezielt (bewusst und gewollt) das Verhalten Dritter, etwa durch Warnungen, steuert und so ähnlich wie durch eine Imperative ein Verhalten herbeiführt<sup>49</sup>.

Stellt man auf das Kriterium der Finalität ab, ist die Negativliste als Eingriff zu bewerten. Zwar wird hierdurch nicht vor einem Produkt oder einem Betrieb gewarnt. Hierüber werden vielmehr nur Informationen verbreitet. Diese Informationen sollen aber gerade eine Lenkungswirkung entfalten, indem sie sowohl auf das Verhalten der Betriebsinhaber als auch der Verbraucherinnen und Verbraucher wirken<sup>50</sup>. Wirkungen auf die grundrechtlich geschützte Sphäre der Betriebsinhaber sind damit gerade beabsichtigt. Das genügt für die Finalität und damit Eingriffsqualität der Negativliste. Folgt man dem, bedarf die Negativliste einer gesetzlichen Ermächtigung.

---

<sup>44</sup> Stern/*Dietlein*, Staatsrecht IV/2 (Fußn. 37), S. 1856 f.; *ders.*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 67. A.A. Sachs/*Tettinger*, GG (Fußn. 37), Art. 12 Rdnr. 99 unter Hinweis darauf, ansonsten werde der Normenhierarchie nicht hinreichend Rechnung getragen und eine weitere Normenflut verursacht.

<sup>45</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, S. 277f.; *Ramsauer*, VerwArch 72 (1991), 99 ff.

<sup>46</sup> Stern/*Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fußn. 37), S. 145 f.; *ders.* In: *Sachs*, GG (Fußn. 37), vor Art. 1 Rdnr. 87; *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), 57, 88 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2006, Art. 12, Rdnr. 13; *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 12, Rdnr. 81.

<sup>47</sup> Stern/*Dietlein*, Staatsrecht IV/1 (Fußn. 37), S. 1859; Ebenso für staatliche Warnungen auch: *Murswiek*, NVwZ 2003, 1, 5; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl., Band I, 2005, Art. 12, Rdnr. 82 f.; *Di Fabio*, JZ 1993, 689, 696;

<sup>48</sup> *Dietlein*, ebd. (Fußn. 47).

<sup>49</sup> *Sachs*, in: *ders.*, GG (Fußn. 37), vor Art. 1 Rdnr. 89; Stern/*Sachs*, Staatsrecht III/1 (Fußn. 37), S. 187 ff, 192 f.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 59 f.; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 83.

<sup>50</sup> Dazu bereits oben III 1 a).

In enger Anlehnung an das Kriterium der Finalität bewertet auch *Gusy* die Eingriffsqualität von staatlichen Informationen. Abzustellen sei auf die Auswirkungen der Öffentlichkeitsarbeit auf die grundrechtlich geschützten Aktivitäten der Betroffenen. Auch faktische Wirkungen seien dabei zu berücksichtigen, soweit diese einem Eingriff gleichkommen oder Ersatz hierfür darstellen. Dabei sei zwischen den Auswirkungen von Tatsachenbehauptungen und Wertungen zu differenzieren: Letztere unterlägen engeren Grenzen als Tatsachenbehauptungen. Jedenfalls Äußerungen der Polizei- und Ordnungsbehörden zum Zwecke der Gefahrenabwehr seien als Grundrechtseingriffe zu qualifizieren, wenn sie sich auf konkrete Gefahren bezögen, einen Hinweis auf (möglichen) Zwangsmittel Einsatz enthalten oder als Ersatz für solche Zwangsmittel zu begreifen seien<sup>51</sup>.

Stellt man auf diese Kriterien ab, ist zweifelhaft, ob ein Eingriff vorliegt, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Bedenken bestehen deshalb, weil die Negativliste keinen Ersatz für Zwangsmittel darstellt. Sie soll nicht statt behördlicher Kontrollen durch die Veterinär- und Lebensmittelvollzugsämter veröffentlicht werden. Sie soll vielmehr ergänzend und unterstützend neben sie treten. Ohne Kontrollen ist nach der Systematik der Negativliste ihre Erstellung nicht möglich. Intention der Veröffentlichung der Liste ist damit gerade keine Ersetzung, sondern eine bloße Unterstützung der staatlichen Kontrollaktivitäten, die weiter bestehen bleiben. Ersatz für einen Eingriff ist die Negativliste damit nicht. Da sie auch lediglich Tatsachen und keine Werturteile oder Warnungen über bestimmte Betriebe verbreitet, hiermit ein zugelassener Zweck, nämlich der der Abwehr von Gesundheitsgefahren durch Nichtbeachtung von Hygienevorschriften beim Umgang mit Lebensmitteln verfolgt wird, spricht einiges dafür, dass die Negativliste auch nach dieser Sicht nicht als Eingriff zu qualifizieren und damit auch ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig ist. Zweifel könnten allerdings insoweit angebracht sein, als die Negativliste die Aktivitäten der Veterinär- und Lebensmittelüberwachung unterstützen sollen und damit letztlich dem gleichen Zweck wie jene unmittelbaren Eingriffe dienen soll. Dieser Umstand wäre dann erheblich, wenn die Liste dazu dienen würde zumindest teilweise Eingriffe zu ersetzen. Das gerade ist jedoch nicht der Fall. Sie soll unterstützen, nicht aber eine Alternative sein.

Die Kriterien der Finalität, Intensität und Unmittelbarkeit will auch *Wollenschläger* der Frage zugrunde legen, ob die Negativliste Eingriffsqualität hat<sup>52</sup>. Die Vorgehensweise der Rechtsprechung sei abzulehnen. Diese laufe darauf hinaus, dass die Wettbewerbsfreiheit lediglich nach den gesetzlichen Funktionsbedingungen des Wettbewerbs, ja durch Ausgestaltung der Exekutive geschützt werde. Dies sei mit der Rechtsnatur der Berufsfreiheit als Abwehrgrundrecht nicht vereinbar. Zudem werde von der Rechtsprechung die Bedeutung staatlicher Marktinformation verkannt, der eine besondere Autorität zukomme. Dies verlange nach einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Aktivierung des Gesetzesvorbehalts<sup>53</sup>. Die Rechtsprechung des BVerfG sei im Übrigen inkonsistent, weil trotz Ablehnung eines Grundrechtseingriffs Teile der Verhältnismäßigkeitsprüfung - wie die Richtigkeit und Sachangemessenheit der Information - doch problematisiert werden. Schließlich sei fraglich, ob die Entbehrlichkeit einer speziellen Befugnis zur Information überhaupt jenseits der gu-

---

<sup>51</sup> *Gusy*, Informationsbeziehungen (Fußn. 33), Rdnr. 108 f.

<sup>52</sup> Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 21 ff.

<sup>53</sup> Wie *Wollenschläger* auch: *Huber*, JZ 2003 (Fußn. 40), 290; *ders.*, Meldepflichten, Information und Warnung - zwischen Art. 19 BasisVO, § 40 a LMGB, § 8 ProdSG und dem Glykol-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, ZLR 2004, 241, 257 f., *Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), 167, 189 ff.; *Schoch*, Information und Kommunikation im Lebensmittelrecht: Europarechtliche und verfassungsrechtliche Grundlagen staatlichen Informationshandelns und privater Informationspflichten, ZLR 2010, 133. Auch: *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 201 f.

bernativen Tätigkeit vom BVerfG anerkannt werde. Die Negativliste stelle deshalb einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar und müsse deshalb den dafür geltenden Rechtfertigungsmaßstäben genügen.

Insgesamt ergibt sich damit bei Anwendung der in der Literatur zur Bewertung der Eingriffsqualität faktischer Grundrechtsbeeinträchtigungen durch staatliche Information kein einheitliches Bild. Bei strenger Anwendung des Finalitätskriteriums liegt ein Grundrechtseingriff vor. Stellt man hingegen auf die Ersetzung imperativen (ordnungsbehördlichen) Staatshandelns ab, liegen die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff nicht vor. Zu bevorzugen ist die zuletzt genannte Auffassung. Sie bietet zum einen hinreichend handhabbare Abgrenzungskriterien. Zum anderen orientiert sie sich am klassischen Eingriffsbegriff, indem sie danach fragt, ob eine staatliche Information Ersatz für einen Eingriff sein soll. Sie bewegt sich damit auf der gleichen Ebene wie unmittelbar imperatives staatliches Handeln.

Damit spricht alles dafür, dass die Negativliste keinen Grundrechtseingriff darstellt und auch ohne gesetzliche Ermächtigung veröffentlicht werden kann.

#### **4. Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs durch die Negativliste**

Angesichts dessen, dass ganz überwiegend die Negativliste als Eingriff in die Berufsfreiheit angesehen wird, überdies Fragen der Verhältnismäßigkeit der Belastung durch die Negativliste bei einer Anwendung des § 5 VIG im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle spielen und schließlich bei Überlegungen de lege ferenda von Bedeutung sind, soll im Folgenden geprüft werden, ob die Negativliste, gemessen an den für Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG geltenden Maßstäben gerechtfertigt werden kann.

##### **a) Gesetzesvorbehalt**

Stellt die Negativliste einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit dar, bedarf sie einer gesetzlichen Grundlage. Diese muss alle für die Berufsausübung wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. § 5 VIG lässt sich lediglich entnehmen, dass nach Anhörung der Betroffenen und unter Abwägung der im Einzelfall widerstreitenden Interessen eine aktive Verbraucherinformation zulässig ist. Alle weiteren Fragen, die sich im vorliegenden Zusammenhang stellen, lässt diese Bestimmung offen. Weder ist geregelt, welche Verstöße im einzelnen in die Negativliste aufgenommen werden dürfen, wie schwer der Verstoß im Einzelnen sein muss, ob und wann eine Löschung erfolgt, ob erfolgte Nachbesserungen von Relevanz sind, wie lange die Veröffentlichung von Verstößen in der Negativliste andauert, ob der betroffene Dritte zu bescheiden und etwaige Rechtsmittel des Dritten abzuwarten sind und welche Mittel, insbesondere Fotos, zur Verbraucherinformation eingesetzt werden können.

Daraus wird gefolgert, dass für die Negativliste eine spezielle (materiell) gesetzliche Grundlage erforderlich ist<sup>54</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das in der OSHO-Entscheidung die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage verneint hat, weil Information als Regierungshandeln nicht normierbar sei<sup>55</sup>, stehe dem nicht entgegen. Denn es gehe bei der Negativliste um administratives Handeln und zudem um eine punktuelle Verbraucherinformation. Dieses Handeln sei durchaus normierbar<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 23 f.

<sup>55</sup> BVerfGE 105, 279, 304 f.

<sup>56</sup> Wollenschläger, ebd. (Fußn. 10), S. 24 f.

Nimmt man an, dass die Negativliste einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt und als Berufsausübungsregelung zu bewerten ist, ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Fraglich ist allerdings, ob es für die Negativliste eine spezielle Ermächtigung geben muss, die alle relevanten Fragen regelt. Auch bei Berücksichtigung der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG genügt eine allgemeine Ermächtigung zur aktiven Verbraucherinformation, wie sie § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG darstellt. Freilich müssen dann die oben angesprochenen Fragen im Gesetz selbst oder in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Insoweit ist § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG, der wesentliche Fragen, die für die von der Negativliste Betroffenen von gravierender Bedeutung sind, nicht regelt, sicher defizitär. Hier besteht deshalb Nachbesserungsbedarf<sup>57</sup>. Als gesetzliche Grundlage für aktive staatliche Information ist diese Norm dennoch rechtmäßig<sup>58</sup>. Sie enthält hierzu eine Ermächtigung. Sie stellt die Informationsweitergabe in das Ermessen der zuständigen Behörde. Sie verpflichtet zu einer Anhörung der Betroffenen. Zudem stellt sie eine bereichsspezifische Ausnahme der Zweckbindung von Daten (§ 16 Abs. 4 BDSG) dar und genügt damit auch den Anforderungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>59</sup>.

## **b) Verhältnismäßigkeit**

### *aa) legitimes öffentliches Interesse*

Die Negativliste verfolgt ein legitimes öffentliches Interesse. Hierdurch sollen zum einen die Betreiber von Gaststätten und Imbissbuden zu einem Verhalten veranlasst werden, das im Einklang mit den lebensmittelrechtlichen Vorschriften steht. Die Liste verfolgt damit einen präventiven Zweck, durch den letztlich der Belang des Gesundheitsschutzes bei der Zubereitung und beim Verzehr von Lebensmitteln unterstützt werden soll. Darüber hinaus soll Verbraucherinnen und Verbrauchern durch das Schutzinstrument Verbraucherinformation eine adäquate Basis für Konsumententscheidungen eröffnet werden. Sie sollen in die Lage versetzt werden, auch hygienische Fragen bei der Entscheidung zu berücksichtigen, welche Gaststätte sie besuchen. Ihr Marktverhalten soll durch Information gestärkt werden. Dem Leitbild des mündigen Verbrauchers, der seine Konsumententscheidungen auf der Basis der erforderlichen Informationen trifft, soll so Rechnung getragen werden. Darüber hinaus dient die Negativliste auch der Transparenz des Staatshandelns im Bereich der Lebensmittelüberwachung, wie sie von Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 882/2004 gefordert wird. Sie dient damit auch der Stärkung des Vertrauens der Verbraucherinnen und Verbraucher in staatliches Vollzugshandeln in der Lebensmittelkontrolle. Dies fördert die Akzeptanz und Legitimation der getroffenen Entscheidungen und dient letztlich auch der Möglichkeit demokratischer Teilhabe der Bürger an verbraucher-schutzpolitischen Debatten.

Die vorgenannten Aspekte der Negativliste, insbesondere die der Verbraucherinformation, stellen legitime öffentliche Zwecke dar, denen auch Verfassungsrang zukommt. Denn Markttransparenz durch Information setzt den Verbraucher überhaupt erst in die Lage, von seiner durch Art 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit Gebrauch zu machen<sup>60</sup>. Für die vom Grundgesetz verbürgte demokratische Teilhabe der Bürger gilt dies in gleicher Weise<sup>61</sup>. Durch die Negativliste werden damit legitime öffentliche Zwecke verfolgt.

---

<sup>57</sup> Zur Frage, wo eine Regelung zweckmäßig erfolgen sollte, näher unten

<sup>58</sup> Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12), 2246

<sup>59</sup> Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12), 2245.

<sup>60</sup> Wie hier: Kube, Die Macht der Information: Konsultation, Information, Rechte der Betroffenen, ZLR 2007, 165, 183; Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn.10), S. 25 f.

<sup>61</sup> Schoch, ZLR 2010 (Fußn. 53), 133; Wollenschläger, ebd. (Fußn. 10).

### bb) *Geeignetheit der Negativliste*

Die Negativliste muss auch geeignet sein, die von ihr verfolgten Zwecke zu erreichen.

Dies wird zum Teil bezweifelt. Angeführt wird, dass die Negativliste als Information lediglich eine Momentaufnahme über Missstände liefere, die bei Kontrollen aufgefallen sind. Ein verlässliches Urteil über das Verhalten des Gastwirts in der Zukunft ermöglichte sie indessen nicht. Überdies sei die Information für den Verbraucher häufig von allenfalls geringem Wert, da er sie nicht einordnen könne<sup>62</sup>. Diese Einwände sind nicht durchschlagend. Der Negativliste kann nicht abgesprochen werden, dass sie geeignet ist, das Verhalten des Verbrauchers zu lenken. Mit der Beschreibung und Dokumentation lebensmittelrechtlicher Verstöße gibt sie den Verbraucherinnen und Verbrauchern eine Beurteilungsgrundlage für ihre Konsumententscheidung. Dabei ist vergangenes Fehlverhalten sehr wohl aussagekräftig für das zukünftige Gebaren der betroffenen Gastwirte. Dokumentiert wird nämlich etwa, dass im Wiederholungsfall oder trotz Mängelbeseitigungsaufgabe Verstöße vorgekommen sind oder nicht beseitigt wurden. Daraus lässt sich jedenfalls auf die Intensität und die Dauerhaftigkeit von Verstößen schließen. Für das Verbraucherverhalten sind solche Informationen durchaus von Relevanz. Auch sind Verbraucher in der Lage, die Schwere und Art der dokumentierten Verstöße im Einzelnen zu bewerten und ihre Schlussfolgerungen daraus zu ziehen. Jedem leuchtet unmittelbar ein, dass ein Schädlings- oder Mäusebefall im Küchenbereich unter hygienischen Gesichtspunkten anders zu bewerten ist als ein fehlender Farbanstrich. Die Dokumentation der Verstöße in der Negativliste prangern deshalb auch nicht lediglich ein Fehlverhalten in der Vergangenheit an, sondern sind für Verbraucherentscheidungen von erheblicher Relevanz und damit geeignet, die legitimen Ziele der auf einer guten Information basierenden autonomen Verbraucherentscheidung dienenden Verbraucherinformation zu erfüllen<sup>63</sup>.

Dass die Negativliste wegen ihrer Intention der bipolaren Verhaltenslenkung sowohl der Verbraucherinnen und Verbraucher als auch der Gastwirte geeignet ist, dazu beizutragen, die lebensmittelrechtlichen Vorschriften einzuhalten, ist nicht zweifelhaft.

Die Negativliste ist deshalb geeignet, die mit ihr verfolgten Ziele zu erreichen.

### cc) *Erforderlichkeit*

Sie ist hierzu auch erforderlich. Das wird zum Teil mit der Begründung bezweifelt, über das ordnungsrechtliche Instrumentarium sowie die einschlägigen Straf- und Bußgeldvorschriften bestünden hinreichende Möglichkeiten, einen adäquaten Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit zu gewährleisten. Ein intensiver Grundrechtseingriff wie der Negativliste bedürfe es dazu nicht<sup>64</sup>. Dieses Argument trägt indessen nicht. Es nimmt einseitig das Ziel der Lebensmittelsicherheit in den Blick und berücksichtigt den Aspekt der Verbraucherinformation und die damit bezweckte Verbesserung der Verbraucherentscheidung in keiner Weise. Die hierzu notwendige Öffentlichkeit kann durch den ordnungsbehördlichen Vollzug in keiner Weise sichergestellt werden. Transparenz und Öffentlichkeit sind gerade kein Merkmal dieser Handlungsform. Entsprechende Informationen sind im Übrigen für Verbraucherinnen und Verbraucher auch nicht verfügbar, so dass die Information durch die Negativ-

---

<sup>62</sup> *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 493; *Mettke*, Die Ekelliste aus Pankow, ZLR 2009, 399 f; *Wallau*, Die Negativliste von Pankow – Ein Kommentar, ZLR 2010, 382,385.

<sup>63</sup> Wie hier: *Beck*, Kontrolle durch Information: Transparenz und Geheimnisschutz, ZLR 2009, 123, 127; *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 26.

<sup>64</sup> Erklärung des wissenschaftlichen Beirates für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. (BLL) zur Pankower Negativliste, ZLR 2009, 767, 768 f.

liste auch nicht entbehrlich erscheint<sup>65</sup>. Angesichts der Häufigkeit der Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, die bei amtlichen Kontrollen der Veterinär- und Lebensmittelbehörden in Gaststätten und Imbissbuden festgestellt werden, lässt sich schließlich auch begründen, dass eine Verbraucherinformation zur Schutzverstärkung im Lebensmittelbereich erforderlich ist. Aus der Statistik der Verstöße lässt sich ableiten, dass es weiterer, verstärkender Instrumente bedarf, um eine Befolgung der bestehenden lebensmittelrechtlichen Regelungen zu gewährleisten. Allein das Ordnungsrecht gewährleistet dies jedenfalls nicht. Eine „Anschärfung“ des Instrumentariums durch Verbraucherinformation über begangene Verstöße ist wegen der Motivationswirkung für Lebensmittelunternehmer hierzu neben dem ordnungsrechtlichen Vollzug vonnöten.

#### *dd) Angemessenheit*

Berufsausübungsregelungen müssen schließlich aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheinen<sup>66</sup>. Wirken sie wie subjektive Berufszulassungsregelungen sind strengere Maßstäbe anzulegen<sup>67</sup>.

Die Veröffentlichung der bei amtlichen Kontrollen festgestellten Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften im Internet stellt für den betroffenen Gastwirt einen erheblichen Eingriff dar. Zunächst hat er ein erhebliches Interesse, dass solche Verstöße nicht publik werden, denn neben einer Rufschädigung können sich aus der Publizität dieser Tatbestände erhebliche wirtschaftliche Folgen ergeben, die bis zu einer Existenzgefährdung reichen können. Zu berücksichtigen ist dabei weiter, dass die Beeinträchtigung der Interessen durch eine Veröffentlichung im Internet eine dauerhafte ist. Einmal ins Internet eingestellte Informationen lassen sich angesichts der vielfältigen Speichermöglichkeiten selbst bei Löschung der Information nicht mehr, jedenfalls nicht verlässlich zurückholen. Zudem kann die Information von einer unbestimmten Vielzahl von Personen abgerufen werden; ihre Verbreitung lässt sich nicht begrenzen. Schließlich kann sie über Suchmaschinen mit anderen über den Betroffenen im Internet verfügbaren Informationen zusammengefügt und so gegen den betroffenen Unternehmer auch in anderen Zusammenhängen als dem der Hygiene in seiner Gaststätte eingesetzt werden. Die Wirksamkeit der gebotenen zeitlichen Begrenzung der Speicherung und der Löschung bei Behebung des Verstoßes<sup>68</sup> werden hierdurch relativiert<sup>69</sup>.

Demgegenüber werden durch die Negativliste öffentliche Interessen von erheblichem Gewicht verfolgt, die trotz der Schwere der Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen überwiegen.

Dies gilt zunächst für die angestrebte Verbesserung des Gesundheitsschutzes durch die über die Negativliste bewirkte Steigerung der Effizienz des Gesundheitsschutzes beim Konsum von Speisen in Gaststätten und Imbissbuden. Hierbei geht es um die Verfolgung eines grundrechtlich (Art. 2 Abs. 2 GG) geschützten Belanges, den zu gewährleisten der Staat aufgrund der grundrechtlichen Pflicht zum Schutz der Gesundheit verpflichtet ist. Geschützt werden durch die Negativliste überdies auch die Gastwirte, die sich rechtstreu verhalten und hierfür ggfs. höhere Aufwendungen haben<sup>70</sup>.

Hinzu kommt die Verbesserung der Verwaltungstransparenz, die das Vertrauen in die Arbeit der Lebensmittelkontrolle stärkt. Hieran besteht insbesondere nach zahlreichen Lebensmittelskandalen, in

<sup>65</sup> Im Ergebnis wie hier auch *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 27.

<sup>66</sup> BVerfGE 7, 377, 405 f.; 16, 286, 297, 65, 116, 125; 70, 1, 28; 77, 308, 332, 78, 155, 162; 81, 70, 84; 85, 248, 259; 93, 362, 369.

<sup>67</sup> BVerfGE 77, 84, 106.

<sup>68</sup> Einzelheiten dazu unten

<sup>69</sup> Darauf weist hin *Wiemers*, Quo vadis Verbraucherinformationsgesetz?, ZLR 2009, 413, 423.

<sup>70</sup> *Kube*, ZLR 2010 (Fußn. 60), 189; *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 29.

deren Mittelpunkt verdorbenes Fleisch stand, das auch in Gaststätten und Imbissbuden verzehrt wurde (Stichwort Gammelfleischskandal), ein erhebliches öffentliches Interesse. Angesichts der verschwindend geringen Einflussmöglichkeiten des Einzelnen auf den Gesundheitsschutz und die hygienischen Zustände in Gaststätten und Imbissbuden und der damit verbundenen Unmöglichkeit der Einschätzung der tatsächlichen Verhältnisse, kann das Vertrauen in die Wirksamkeit der Lebensmittelkontrolle letztlich nur durch Transparenz gesteigert werden. Dieses Vertrauen ist wegen der beschriebenen Unmöglichkeit sachgerechter Beurteilung und Einflussnahme durch den Verbraucher selbst essentiell.

Letztlich hat auch der Belang der Verbraucherinformation erhebliches Gewicht. Markttransparenz, wie sie durch die Negativliste hergestellt werden soll, setzt Verbraucherinnen und Verbraucher erst in die Lage, eine Entscheidung über ihr Konsumverhalten unter Einbeziehung aller Belange zu treffen. Welchen Belang der Verbraucher dabei wie gewichtet, unterliegt seiner autonomen Willensentscheidung. Zu einer Gewichtung und Berücksichtigung des Hygienebelangs beim Besuch von Gaststätten muss er allerdings mangels eigener Möglichkeiten der Kenntniserlangung durch staatliche Verbraucherinformation erst in die Lage versetzt werden. Das Leitbild des mündigen Verbrauchers erfordert damit geradezu in einem der wichtigsten Aspekte, nämlich einer auch hygiene- und damit gesundheitsorientierten Entscheidung über einen Gaststättenbesuch, Transparenz durch Information über die Ergebnisse der amtlichen Veterinär- und Lebensmittelkontrolle. Die Negativliste stellt genau dieses sicher. Gegenüber dieser Notwendigkeit zur Transparenz ist auch und gerade angesichts der Gesundheitsgefahren, die durch mangelnde Hygiene in Gaststätten verursacht werden können, das Geheimhaltungsinteresse der Gastwirte an Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften letztlich nicht schutzwürdig. Denn der Verstoß weist angesichts seiner Konsequenzen für den Verbraucher und seiner ohne Verbraucherinformation nicht vorhandenen Wahlfreiheit zu hygienisch einwandfreien Betrieben auch einen gewissen Öffentlichkeitsbezug auf<sup>71</sup>.

Was die Eingriffsintensität durch die Internetveröffentlichung angeht, ist zu berücksichtigen, dass nur eine solche Vorgehensweise überhaupt eine Publizität der vorgekommenen Verstöße gewährleistet<sup>72</sup>.

Insgesamt kann damit als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Negativliste mit der Berufsfreiheit aus Art 12 Abs. 1 GG prinzipiell vereinbar ist<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 30.

<sup>72</sup> Wollenschläger, ebd. (Fußn. 65).

<sup>73</sup> Einzelfragen des Vollzuges werden unten im Zusammenhang mit der Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG erörtert.

## 5. Verstoß gegen den unternehmerbezogenen Datenschutz

Die Negativliste berührt auch Fragen des Datenschutzes, denn es geht um Daten von Unternehmen, die für den Zweck ihrer veterinär- und lebensmittelrechtlichen Kontrolle erhoben wurden und jetzt für einen anderen Zweck verwendet werden.

Ob deshalb das Grundrecht auf Datenschutz anwendbar ist, ist freilich in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft. Zum einen werden in der Negativliste nicht die Namen der Betriebsinhaber veröffentlicht, sondern lediglich Daten über Vorgänge in den Betrieben. Grundsätzlich ist das Datenschutzgrundrecht aber nur auf personenbezogene Daten und damit auf natürliche Personen anwendbar<sup>74</sup>. Hinzu kommt, dass die hier fragliche Verbraucherinformation schon an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen ist und damit möglicherweise bereits von einem spezielleren Grundrechtstatbestand erfasst wird, so dass das Grundrecht auf Datenschutz keine Anwendung finden könnte<sup>75</sup>.

Diese Fragen können indessen letztlich offen bleiben. Denn im Ergebnis führt die Prüfung der Negativliste am Datenschutzgrundrecht nicht zu anderen Ergebnissen als diejenige am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG. Stellt man sich mit der Glykol-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf den Standpunkt, dass die Negativliste keinen Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit darstellt, kann im vorliegenden Zusammenhang nichts anderes gelten. Denn anderenfalls wäre die Glykol-Rechtsprechung hinfällig, gewährleistete dann nämlich der Datenschutz einen Schutz vor unternehmerbezogenen Informationen der Öffentlichkeit. Das kann nicht angenommen werden<sup>76</sup>.

Im Übrigen unterliegt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ähnlichen Eingriffsschranken wie die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG: Die Verwendung der Daten für einen anderen Zweck als dem, zu dem sie erhoben worden sind, bedarf einer gesetzlichen Grundlage<sup>77</sup>, in der der Zweck der Datenerhebung hinreichend präzise und vorhersehbar festgelegt wird<sup>78</sup>. Misst man der Negativliste Eingriffsqualität zu, bedarf es also einer Ermächtigung, aus der folgt, dass die bei der amtlichen Veterinär- und Lebensmittelkontrolle gewonnenen Daten auch für Zwecke der Verbraucherinformation verwendet werden dürfen. Der Gesetzesvorbehalt greift also auch hier, muss freilich den besonderen Bestimmtheitsanforderungen für Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung tragen. Schließlich müssen Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verhältnismäßig sein und gerechtfertigt werden können<sup>79</sup>. Insoweit ergeben sich gegenüber der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG keine Besonderheiten oder anderen Aspekte, die ein anderes Ergebnis rechtfertigten.

---

<sup>74</sup> BVerfGE, 65, 1, 42 ff. Das BVerfG hat den Schutz inzwischen in Grenzen auch auf juristische Personen ausgedehnt, nämlich soweit der Schutz von Daten von Relevanz für den freiheitsgeschützten Bereich juristischer Personen ist. BVerfGE 118, 168, 202 ff. Kritisch hierzu z. Bsp. *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fußn. 47) Art. 19 Rdnr. 316; *Schoch*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 252, 356. Zustimmung etwa *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG (Fußn. 37), Art. 2 I Rdnr. 224 f.; *Murswiek*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 2 Rdnr. 77. Zum Ganzen auch *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 30 f.

<sup>75</sup> So etwa *Reimer*, JöR 58 (Fußn. 10), 294 f.

<sup>76</sup> Wie hier *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 31 f.

<sup>77</sup> BVerfGE 65, 1, 46 ff.; *Murswiek*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 2 Rdnr. 121.

<sup>78</sup> BVerfGE 120, 378, 408; *Schoch*, Jura 2008 (Fußn. 74), 357 f.

<sup>79</sup> Vgl. Nur *Murswiek*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 2 Rdnr. 121.

## 6. Abkehr vom Grundsatz der Freiwilligkeit beim Smiley

Ergänzend ist weiter zu prüfen, ob eine Abkehr vom Grundsatz der Freiwilligkeit beim Smiley verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Abkehr von der Freiwilligkeit hätte zum Inhalt, dass Unternehmern verpflichtend aufgegeben würde, die Ergebnisse der veterinär- oder lebensmittelrechtlichen Kontrolle deutlich sichtbar in ihren Geschäftsräumen auszuhängen und mit einem Smiley (lächelnd, neutral oder sauer) zusätzlich in allgemein verständlicher Form auf das Ergebnis der Kontrolle zu verweisen.

Anders als im Fall aktiver Information durch die Negativliste stellt dieses Vorgehen einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Absatz 1 GG dar. Es geht nicht um eine bloße behördliche Information, sondern von den Betriebsinhabern wird ein Handeln verlangt. Für eine solche Anordnung bedarf es wegen des Eingriffscharakters einer gesetzlichen Grundlage.

Für die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs gelten die unter C II 4.) näher dargestellten Kriterien: Dieser Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit muss durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein.

Das lässt sich mit den oben angestellten Erwägungen bejahen:

Auch durch die Verpflichtung, die Ergebnisse der amtlichen Kontrolle und einen Smiley im Geschäftslokal deutlich sichtbar auszuhängen, werden die Ziele der Verbraucherinformation und der Verhaltenslenkung der Betriebsinhaber verfolgt. Verbraucher sollen über die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften in der Betriebsstätte unterrichtet werden, um ihre Konsumententscheidung vor Ort auch an diesen Kriterien ausrichten zu können. Die Betriebsinhaber sollen dazu veranlasst werden, zukünftig diese Vorschriften wegen der Wirkung des Smileys auf die Verbraucher strikt zu beachten. Dies sind legitime öffentliche Ziele.

Zur Zielerreichung ist der Smiley auch geeignet. Verbraucherinnen und Verbraucher erhalten eine verbesserte Informationsmöglichkeit, und zwar über Tatbestände, zu denen sie ansonsten keine Zugangsmöglichkeit haben. Sie können deshalb wegen des Smileys eine Konsumententscheidung auch unter Einbeziehung dieser Aspekte treffen. Das Ziel, mündigen Verbrauchern unter Verbraucherschutzaspekten bessere Entscheidungen zu ermöglichen, wird auf diese Weise erreicht. Der Aushang des Smileys wird die Betriebsinhaber auch dazu veranlassen, die lebensmittelrechtlichen Vorschriften besser zu beachten. Daran haben sie wegen der Wirkung des Smileys, der jedem Verbraucher in ihrem Geschäftslokal sofort ins Auge springt und seine Entscheidung zum Nachteil der Betriebsinhaber beeinflussen kann, ein nachhaltiges Interesse. Zur Auslösung der beabsichtigten mittelbaren Wirkung ist der Smiley geeignet.

Auch die Erforderlichkeit ist zu bejahen. Über ordnungsrechtliche Instrumente lässt sich der gleiche Erfolg nicht erzielen. Das gilt schon für die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften. Vor allem aber kann eine Verbraucheraufklärung, die diese in die Lage versetzt, ihre Konsumententscheidung unter Einbeziehung von Aspekten der Lebensmittelhygiene zu treffen, durch ordnungsrechtliche Instrumente nicht erfolgen.

An der Erforderlichkeit fehlt es auch deshalb nicht, weil neben dem Aushang des Smileys und des Untersuchungsprotokolls eine Veröffentlichung schwerwiegender Verstöße in der Negativliste erfolgt. Die mit dem Smiley und der Negativliste verfolgten Zwecke sind zwar ähnlich, aber nicht identisch. Bei der Negativliste geht es um eine Verbraucherinformation, die außerhalb des Geschäftslokals zu Hause am Bildschirm abgerufen wird und damit das Vorfeld der Konsumententscheidung betrifft.

Der Smiley hingegen hilft Verbraucherinnen und Verbrauchern vor Ort im unmittelbaren Zusammenhang mit ihrer Entscheidung. Er kann deshalb durch die Negativliste nicht insgesamt ersetzt werden.

Der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne steht nicht entgegen, dass auch der gut sichtbare Aushang eines Smileys und des Protokolls der amtlichen Untersuchung mit wirtschaftlichen Nachteilen für den Betriebsinhaber verbunden sein kann. Angesichts der mit der Negativliste vergleichbaren Zielsetzung kann auf die obigen Ausführungen zur Negativliste verwiesen werden. Unterschiede aus der Örtlichkeit der Wahrnehmung von Smiley und Negativliste rechtfertigen keine andere Beurteilung.

Fraglich ist indessen, ob der Smiley nicht deshalb unverhältnismäßig ist, weil die Negativliste ein milderer Mittel darstellt und Smiley und Negativliste zu einer Doppelung der Information über denselben Sachverhalt und damit zu einem größeren Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen führt. Das ist jedoch nicht der Fall. Smiley und Negativliste wirken auf das Verbraucherverhalten unterschiedlich. Die Negativliste wird zu Hause am Bildschirm und damit in zeitlichem Abstand von der Konsumententscheidung wahrgenommen, während der Smiley im Geschäftslokal und damit in unmittelbarem Zusammenhang mit der Konsumententscheidung wirkt. Dieser Unterschied verbreitert und vertieft sicher die Beeinträchtigung der Betriebsinhaber, denn wer sich von der Negativliste im Internet nicht hat beeinflussen lassen, wird dies möglicherweise durch den Smiley in den Geschäftsräumen tun. Wenn aber, wie oben näher erläutert, die Verbraucherinformation über die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen (Hygiene-)Regelungen wegen der Informationsasymmetrie zwischen Verbraucherinnen und Verbrauchern und Geschäftsinhabern von letzteren hingenommen werden muss, weil ihre Belange zur Geheimhaltung dieser Informationen nicht schutzwürdig sind, gilt dies auch für die Doppelung der Verbraucherinformation durch Smiley und Negativliste. Denn hierdurch soll die Effizienz dieser Information im Interesse des die Betriebsinhaberinteressen überwiegenden Verbraucherschutzes gesteigert und diesem zu möglichst großer Wirkung verholfen werden.

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass eine Bestimmung, die dazu verpflichtet, einen Smiley und das Protokoll der letzten amtlichen Veterinär- und Lebensmittelkontrolle gut sichtbar im Geschäftslokal auszuhängen, mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Hinzuweisen ist im vorliegenden Zusammenhang darauf, dass auch bei einer verpflichtenden Einführung des Smileys die oben näher beschriebenen Verfahrensanforderungen eingehalten werden müssen. Dazu gehört eine Anhörung der Betroffenen. Als Ausfluss des Prinzips des Grundrechtsschutzes durch Verfahren ist eine Anhörung der Betroffenen zumindest dann geboten, wenn ein neutraler oder negativer Smiley angeordnet werden soll. Ob dies auch bei positivem Smiley geboten ist, erscheint rechtlich zweifelhaft, da hierdurch in Grundrechtspositionen der Betroffenen nicht eingegriffen wird. Aus Gründen der Gleichbehandlung aller Betroffenen empfiehlt sich indessen auch hier eine Anhörung. Weitere Verfahrensanforderungen bestehen in der Bekanntgabe der Entscheidung an die Betroffenen und einer Frist vor Aushang, in der sie Rechtsschutz begehren können.

## **7. Zwischenergebnis**

Die grundrechtliche Prüfung ergibt damit folgendes Ergebnis:

- Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt die Negativliste keinen Eingriff in die Grundrechte der Betriebsinhaber aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG dar und bedarf keiner gesetzlichen Grundlage.

- Beurteilt man die Eingriffsqualität an den hierfür in der Literatur entwickelten Kriterien, lässt sich die Eingriffsqualität nicht sicher, wohl aber mit den Stimmen bejahen, die entscheidend auf das Kriterium der Finalität abstellen.
- Dann erfordert die Negativliste eine gesetzliche Grundlage, die selbst oder in einer Rechtsverordnung alle wesentlichen Fragen regeln muss.
- Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verlangt dann eine Norm, die die Verwendung der bei der amtlichen Überwachung gewonnenen Daten für Zwecke der Negativliste gestattet.
- Die Negativliste kann den für Grundrechtseingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geltenden Kriterien genügen und verfassungsmäßig ausgestaltet werden.
- Verfassungsrechtlich zulässig wäre auch eine verpflichtende Regelung über den Smiley. Die Berufsfreiheit würde hierdurch in rechtmäßiger Weise eingeschränkt, weil ein solches Vorgehen wegen der zwischen Verbraucherinnen und Verbrauchern einerseits und den Betriebsinhabern andererseits bestehenden Informationsasymetrie aus vernünftigen Gründen des Wohls der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

### III. Gesetzliche Grundlage für die Negativliste

Die Negativliste kann ihre gesetzliche Grundlage in § 40 LFGB oder § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG finden. Beide Regelungen enthalten Ermächtigungen für aktive Verbraucherinformationen bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Regelungen. Voraussetzungen und Ausgestaltung des Verfahrens sind freilich unterschiedlich. Während § 10 LFGB eine Abwägung mit entgegenstehenden Rechten Drittbetroffener zwingend voraussetzt und ein Selbsteintrittsrecht betroffener Unternehmer statuiert, enthält § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG kaum Voraussetzungen für eine behördliche Informationsaktivität und verzichtet z. B. auf das Selbsteintrittsrecht Betroffener. Hieraus könnte sich eine Spezialität des § 40 LFGB mit einer Sperrwirkung gegenüber § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG ergeben. Im Folgenden soll deshalb zunächst geprüft werden, ob § 40 LFGB als speziellere Norm vorgeht (dazu 1.). Weiter wird der Frage nachgegangen, ob Art. 7 VO (EG) 882/2004 einer Veröffentlichung der Negativliste entgegensteht. Dort sind spezielle Einschränkungen für die Information der Öffentlichkeit über die Ergebnisse amtlicher Kontrollen geregelt (dazu 2.). Danach wird untersucht, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG gegeben und ob sie ggfs. aus verfassungsrechtlichen Gründen modifiziert werden müssen (unter 3.).

#### 1. Keine Sperrwirkung des § 40 LFGB

Die Veröffentlichung der Negativliste wäre dann rechtswidrig, wenn von § 40 LFGB eine Sperrwirkung für behördliche Informationen dergestalt ausgeht, dass nur in den von § 40 LFGB erfassten Fallgestaltungen eine behördliche Information der Öffentlichkeit erfolgen darf, diese in anderen Fällen jedoch ausgeschlossen ist und die Negativliste die Voraussetzungen des § 40 LFGB nicht erfüllt.

Nach § 40 LFGB kann die zuständige Behörde unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels und des Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel oder Futtermittel hergestellt oder behandelt wurde oder in den Verkehr gelangt ist, und, wenn dies zur Gefahrenabwehr geeigneter ist, auch unter Nennung des Inverkehrbringers, nach Maßgabe des Artikels 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 informieren. Hiernach ist eine Information möglich, wenn gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen worden ist (§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LFGB)<sup>80</sup>. Satz 2 des § 40 Abs. 1 LFGB nennt Fälle, in denen eine Veröffentlichung erfolgen soll. Insbesondere sind genannt Sachverhalte, in denen durch das Inverkehrbringen von Lebensmitteln oder Futtermitteln Gefahren für die menschliche Gesundheit verursacht werden können, oder es sich um nicht gesundheitsschädliche, aber zum Verzehr ungeeignete, insbesondere ekelerregende Lebensmittel handelt, die in nicht unerheblicher Menge in den Verkehr gelangt sind (§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, 4 LFGB). In den zuletzt genannten Fällen ist eine Information der Öffentlichkeit nach § 40 Abs. 1 Satz 3 LFGB zulässig nach Abwägung der Belange der Betroffenen mit den Interessen der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung.

#### a) Negativliste: kein Fall des § 40 LFGB

Die Negativliste ist von § 40 LFGB nicht erfasst. Bei unbefangener Sicht scheint § 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. a LFGB allerdings zur Veröffentlichung auch einer Negativliste zu ermächtigen. Denn in den dafür relevanten Fällen liegen Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften vor, die dem Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsgefahren dienen. Dies entspräche allerdings weder dem Zweck noch dem systematischen Zusammenhang dieser Regelung. Dieser Bestimmung liegt ein Konzept der

---

<sup>80</sup> *Pache*, in: Meyer/Streinz, LFGB, BasisVO, Kommentar, 2007, § 40 LFGB, Rdnr. 17.

Gefahrenabwehr bzw. der Risikoprävention zugrunde<sup>81</sup>. Dies folgt aus dem systematischen Zusammenhang dieser Norm. Die aktive Verbraucherinformation soll im Rahmen der Ermächtigung des § 40 Abs. 1 LFGB unterstützend zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr und Risikoprävention eingesetzt werden. Das verdeutlicht vor allem die Bezugnahme auf Maßnahmen der Gefahrenabwehr in § 40 Abs. 1 Satz 1 LFGB selbst. Es geht um die Steigerung der Effektivität der Gefahrenabwehr und Risikovorsorge in Fällen, in denen Gefahren für die menschliche Gesundheit von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften oder von verdorbenen Lebensmitteln ausgehen oder in denen es um in Verkehr gebrachte größere Mengen von ekelerregenden Lebensmitteln geht. Die Vorschrift stellt eine Reaktion auf den sog. Gammelfleischskandal dar<sup>82</sup>. Sie soll Verbraucherinnen und Verbraucher vor den Gefahren des Verzehrs verdorbener Lebensmittel sowie vor ekelerregenden Lebensmitteln schützen. Als Mittel dienen hierzu eine staatliche Warnung bzw. die Information über Hersteller und Vertreiber derartiger Lebensmittel<sup>83</sup>.

Um solche Fälle geht es bei der Negativliste hingegen nicht. Diese unterrichtet über das Ergebnis der amtlichen Kontrollen bei Gaststätten, Imbissbuden und anderen Betrieben, in denen Lebensmittel vertrieben werden. Ein Bezug zu einem konkreten Lebensmittel wird nicht hergestellt. Vielmehr geht es ausweislich des Bewertungsbogens Smiley um den hygienischen Zustand des Betriebes. Abgeprüft werden das Hygienemanagement, die Bauhygiene, die Einrichtung und Ausstattung, das Vorhandensein und die Qualität betrieblicher Eigenkontrollsysteme, die Einhaltung weiterer lebensmittelrechtlicher Vorschriften (Schulung des Personals, Lebensmittelkennzeichnung), die Zuverlässigkeit des Unternehmers und die Entsorgung der Abfälle. Das Ergebnis dieser Prüfung wird bei gravierenden Mängeln in der Negativliste dokumentiert. Der Inhalt der Veröffentlichung in der Negativliste entspricht damit nicht Veröffentlichungen nach § 40 LFGB, sondern unterscheidet sich hiervon nach Inhalt und Zielsetzung.

Auf § 40 Abs. 1 LFGB lässt sich die Veröffentlichung der Negativliste damit nicht stützen.

#### **b) Keine Sperrwirkung des § 40 LFGB**

Damit wäre eine Veröffentlichung der Negativliste auf der Basis des geltenden Rechts nicht möglich, wenn § 40 Abs. 1 LFGB Ausschließlichkeitsfunktion in den Sinne hätte, dass nur in den von dieser Vorschrift erfassten Fällen eine öffentliche Information über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften zulässig sein soll. Eine Sperrwirkung kann von § 40 Abs. 1 LFGB für die Negativliste nur dann ausgehen, wenn diese Norm bezweckt, staatliche Informationen über Sachverhalte, die Lebensmittel oder Hygienevorschriften betreffen, auf die in § 40 LFGB genannten Fälle zu beschränken. Das kann nicht angenommen werden.

Dagegen spricht schon, dass § 40 LFGB staatliche Informationen und Warnungen im Zusammenhang mit der Gefahrenabwehr regelt. Das folgt aus dem Gesamtzusammenhang dieser Vorschrift mit Art. 10 BasisVO, deren Umsetzung sie dient. Art. 10 BasisVO zielt gerade auf den Gesundheitsschutz ab und ordnet zu diesem Zweck Informationen der Verbraucherinnen und Verbraucher für den Fall an,

---

<sup>81</sup> Kube, ZLR 2007 (Fn 60), 179; Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12), 2241, 2246; Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 10 f.

<sup>82</sup> Zur Genese der Vorschrift: Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12) 2242 f.

<sup>83</sup> Dazu Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Verbraucherinformationen, BR Drucks. 373/07, S. 14; auch: BT Drucks. 16/5405, S. 14. Dazu auch: Gemeinsame Hinweise des BMELV und der Länder zur Auslegung des § 40 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB), im Internet unter: [www.vigwirkt.de/fileadmin/user\\_upload/PDF/Auslegungshinweise\\_\\_§40\\_LFGB\\_endgueltig\\_.pdf](http://www.vigwirkt.de/fileadmin/user_upload/PDF/Auslegungshinweise__§40_LFGB_endgueltig_.pdf). Vgl. auch *Pache*, ebd. (Fußn. 80), § 40 LFGB, Rdnr. 13, der die gefahrenabwehrende Funktion des § 40 LFGB betont.

dass von Lebensmitteln Gefahren ausgehen<sup>84</sup>. Auch wenn § 40 LFGB weitere Zwecke als die in Art. 10 BASISVO ausdrücklich genannten verfolgt und sein Anwendungsbereich hierüber hinausgeht<sup>85</sup>, bleibt doch die Beschränkung auf Informationen mit dem Ziel einer Gefahrenabwehr oder Risikovor-sorge. Darum geht es bei der Negativliste aber gerade nicht. Sie dient der schlichten Verbraucherin-formation, mögen damit auch weitere, vor allem präventive Zwecke der Verhaltenslenkung der be-troffenen Lebensmittelunternehmer verbunden sein. Solche erweiterten Informationen sieht das geltende Recht in §§ 1, 5 VIG gerade vor; diese Bestimmungen enthalten eine Anspruchsgrundlage bzw. Ermächtigung für die Verwaltung zu gegenüber § 40 Abs. 1 LFGB erweiterten Informationen der Verbraucherinnen und Verbraucher über verbraucherrelevanten Fragestellungen. §§ 1, 5 VIG dienen der schlichten Verbraucherinformation und verfolgen damit einen von § 40 LFGB zu unterscheiden- den gesetzlichen Zweck<sup>86</sup>. Zu den erfassten Informationen gehören gerade auch die Ergebnisse amt-licher Kontrollen, die zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern durchgeführt wurden (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 VIG). Für Informationen im Bereich des Verbraucherschutzes haben §§ 1, 5 VIG damit einen anderen Anwendungsbereich als § 40 LFGB<sup>87</sup>. Vor diesem Hintergrund hätte im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht werden müssen, dass § 40 LFGB eine Sperrwirkung für andere als dort ge-nannte behördliche Verbraucherinformationen haben sollte und nur in den dort genannten Fällen eine Berechtigung zur Information der Öffentlichkeit besteht.

## 2. Keine Sperrwirkung aus Art. 7 VO (EG) 882/2004

Möglicherweise enthält aber Art. 7 VO (EG) 882/2004 eine Sperrwirkung für die Veröffentlichung der Negativliste. Diese VO enthält ins Einzelne gehende Regelungen über amtliche Kontrollen in lebens-mittelproduzierenden oder –verarbeitenden Betrieben. Ziel ist die Prüfung der Einhaltung der Be-stimmungen, die darauf abzielen, Risiken für die menschliche Gesundheit, die bei der Herstellung und Verarbeitung von Lebensmitteln entstehen können, zu vermeiden, zu beseitigen oder auf ein annehmbares Maß zu begrenzen und den Verbraucherschutz und die Verbraucherinformation zu gewährleisten. Der Transparenz der Kontrolltätigkeit soll dabei eine besondere Bedeutung zukom-men: Nach Art 7 Abs. 1 VO 882/2004 haben die zuständigen Behörden zu gewährleisten, dass sie ihre Tätigkeiten mit einem hohen Maß an Transparenz ausüben. Zu diesem Zweck haben sie die ihnen vorliegenden Informationen so rasch wie möglich der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Öff-entlichkeit hat hiernach u.a. generell Zugang zu Informationen über die amtlichen Kontrollen. Aller-dings muss die zuständige Behörde nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO 882/2004 entsprechende Schritte unternehmen, „um sicherzustellen, dass die Angehörigen ihres Personals dazu angehalten sind, keine in Wahrnehmung ihrer amtlichen Kontrollen erworbenen Informationen weiterzugeben, die ihrer Art nach in hinreichend begründeten Fällen der Geheimhaltung unterliegen“. Diese erstreckt sich gemäß Art. 7 Abs. 3 VO (EG) 882/2004 insbesondere auf die Vertraulichkeit von Voruntersuchungen oder laufenden rechtlichen Verfahren und auf personenbezogene Daten.

---

<sup>84</sup> Dazu *Pache*, ebd. (Fußn. 80), Art. 10 BasisVO, Rdnr. 29, 31, 33 ff.

<sup>85</sup> *Pache*, ebd. (Fußn. 80), § 40 LFGB, Rdnr. 13.

<sup>86</sup> VG Stuttgart, GewArch 2009, 459, 460; *Borchert*, in: Beyerlein/Borchert, Verbraucherinformationsgesetz, 2010, § 5 Rn 6, 9; *Schoch*, ZLR 2010, 121, 136; *Wiemers*, Zwischen Smiley und Pranger – Zwei Aspekte des Rechtsstaates im Lebensmittelrecht, Stoffrecht 2009, 126, 129; *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. ), S. 13.

<sup>87</sup> Wie hier: *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2246

Daraus wird zum Teil gefolgert, eine Verbraucherinformation durch die Negativliste sei wegen einer von Art. 7 VO (EG) 882/2004 ausgehenden Sperrwirkung unzulässig<sup>88</sup>. Dem ist nicht zu folgen<sup>89</sup>.

Durch die Negativliste kann zunächst die Vertraulichkeit der Voruntersuchungen nicht beeinträchtigt werden. Denn diese sind spätestens mit der Beanstandung als Bewertung des Ergebnisses dieser Untersuchungen beendet<sup>90</sup>. Allerdings stellen Gerichtsverfahren, die wegen der Ergebnisse der amtlichen Kontrollen angestrengt werden, amtliche Verfahren i. S. d. Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 882/2004 dar<sup>91</sup>. Daraus aber für die Dauer dieser Verfahren eine Sperrwirkung für eine aktive Verbraucherinformation ableiten zu wollen, wäre verfehlt. Zum einen spricht nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 882/2004 alles dafür, dass hierdurch lediglich die Verschwiegenheit des Kontrollpersonals gefordert und von den Mitgliedstaaten rechtlich durchgesetzt werden soll. Entscheidend aber sind Sinn und Zweck und der Gesamtzusammenhang des Art. 7 VO (EG) 882(2004: Betont wird in dieser Norm die Notwendigkeit der Transparenz und der Verbraucherinformation über amtliche Kontrollen. Ausdrücklich bestimmt die Regelung, dass die Öffentlichkeit Zugang zu den Ergebnissen der amtlichen Kontrolltätigkeiten und ihrer Wirksamkeit hat. Zudem lässt die Bestimmung die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG unberührt, die eine Veröffentlichung auch personenbezogener Daten u.a. gestattet, wenn diese für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, übertragen wurde (Art. 7 lit. e RL 95/46/EG). Aus diesem Gesamtzusammenhang folgt, dass Art. 7 VO (EG) 882/2004 keine Sperrwirkung entfaltet, sondern eher im Gegenteil das Ziel verfolgt, über die Ergebnisse amtlicher Kontrollen Verbraucherinformationen anzustoßen und so Transparenz im Bereich der Lebensmittelkontrolle herzustellen.

### **3. Ermächtigung aus § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG**

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG kann die informationspflichtige Stelle Informationen, zu denen Zugang zu gewähren ist, auch unabhängig von einem Antrag nach § 3 Abs. 1 VIG über das Internet oder in sonstiger öffentlich zugänglicher Weise zugänglich machen. Nach seinem Wortlaut stellt § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG eine Ermächtigung für eine antragslose Informationstätigkeit der Verbraucherschutzbehörden dar, so dass die Veröffentlichung der Negativliste auf diese Regelung gestützt werden könnte.

#### **a) § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG als Rechtsgrundlage für antragslose amtliche Verbraucherinformationen**

*Holzner* geht davon aus, dass § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG keine Rechtsgrundlage für die Negativliste darstellt. Zur Begründung weist er darauf hin, dass der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG zwar eine behördliche Berechtigung für Verbraucherinformationen auch ohne Antrag darstellt. Aus der systematischen Stellung der Norm folge jedoch etwas anderes. Das VIG regle in erster Linie ein Informationsverfahren, das einen Antrag voraussetzt. In diesen systematischen Zusammenhang sei auch § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG eingebunden. Nach Sinn und Zweck gehe es bei dieser Regelung darum, in Fällen, in denen eine Vielzahl von Anträgen eingeht oder zu erwarten ist, der Behörde die Möglichkeit zu eröffnen, von aufwändigen Einzelantworten abzusehen und auf öffentlich zugängliche Daten zu verweisen. Die Befugnis der Behörden zur Information der Öffentlichkeit sei nicht Regelungsgehalt des VIG.

---

<sup>88</sup> *Tsambikakis/Wallau*, *Moderner Pranger: Die sog. Negativliste von Pankow. Verbraucherinformation auf Kosten von Beschuldigten?*, *StraFo* 2010, 177, 178.

<sup>89</sup> Wie hier: *Wollenschläger*, *Verbraucherinformation (Fußn. 10)*, S. 166 ff.

<sup>90</sup> *Bay VGH ZLR* 2010, 219, 226 f.; *OVG NRW, NVwZ* 2009, 1510, 1512; *Wollenschläger*, ebd. (Fußn. 81).

<sup>91</sup> *Bay VGH*, ebd. (Fußn. 90).

Hierzu rechne nur die passive Verwaltungstransparenz, nicht hingegen die aktive Informationstätigkeit<sup>92</sup>.

Diese Auffassung ist abwegig. Bestreiten lässt sich zwar sicher nicht, dass zwischen dem sachlichen Regelungsgehalt des § 5 VIG, der vorwiegend die Art der Antragsbescheidung betrifft, und einer aktiven behördlichen Informationspolitik, die § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG regelt, kein innerer Zusammenhang besteht<sup>93</sup>. Auch lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass eine Bestimmung über die amtliche staatliche Verbraucherinformation besser in § 40 LFGB aufgenommen worden wäre, denn dort ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen Verbraucherinformationen über Gefahren zulässig sind, die von Lebensmitteln ausgehen, deren Verzehr eine Gesundheitsgefährdung darstellen kann oder die ekelregend sind<sup>94</sup>. Dies ändert indessen nichts daran, dass der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG eine Befugnisnorm für eine amtliche behördliche Informationsgewährung geschaffen hat. Aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm ergibt sich, dass ein antragloses aktives staatliches Informationshandeln der Behörden in Verbraucherangelegenheiten auch außerhalb der Gefahrenabwehr gestattet ist<sup>95</sup>. Dieser eindeutige Wortlaut kann durch eine teleologische Reduktion nicht auf eine bloße Regelung über die Modalität der Antragsbescheidung in Form einer öffentlichen Beantwortung beschränkt werden. Denn ausdrücklich sind Fälle erfasst, in denen die Behörde gänzlich ohne Antrag tätig wird. Der Regelungsgehalt der Norm würde damit durch die von *Holzner* vorgeschlagene teleologische Reduktion einen völlig anderen Inhalt erhalten, obwohl der Wortlaut dem entgegensteht. Eine solche Interpretation überschreitet die Grenzen der möglichen Wortbedeutung und ist schon deshalb unzulässig<sup>96</sup>.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung zum VIG durch § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG den zuständigen Behörden die Möglichkeit zu aktiver Informationstätigkeit in Verbraucherangelegenheiten einräumen wollte. Dort<sup>97</sup> heißt es: „Nach Abs. 1 Satz 2 kann die informationspflichtige Stelle auch unabhängig von einem Antrag Informationszugang über das Internet oder in sonstiger öffentlich zugänglicher Weise gewähren, wie etwa über Informationsblätter. Es liegt im Ermessen der informationspflichtigen Stelle, durch standardisierte Informationen die Kosten für alle Beteiligten sinken zu lassen“. Die antraglose öffentliche Information ist in der amtlichen Begründung deutlich angesprochen. Sie entspricht ausdrücklich dem Willen des Gesetzgebers.

Schließlich verkennt *Holzner* auch den Sinn des VIG; auch bei teleologischer Interpretation eröffnet § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG den zuständigen Behörden die Möglichkeit zu antragsloser aktiver Verbraucherinformation. Gefördert werden sollte, ausgehend von den mit dem Begriff „Gammelfleischskandal“ beschriebenen Lebensmittelskandal, das gesteigerte Interesse der Verbraucher an Informationen, bevor sie sich zur Kaufentscheidung entschließen. Zu diesem Zweck sollten ihnen Informationsan-

---

<sup>92</sup> *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 491. Ebenso: *Werner*, Verbraucherinformation ohne Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit ZLR 2008, 115, 124 f.; *Wiemers*, ZLR 2009, 413, 423; *Wehlau*, LFGB, 2010, § 40, Rdnr. 6.

<sup>93</sup> So mit Recht *Grube/Weyland*, Verbraucherinformationsgesetz, Kommentar, 2007, § 5 Rdnr. 3: Die Bestimmung sei ein Beispiel dafür, wie der Gesetzgeber wichtige Regelungen von großer Bedeutung in einem Nachsatz versteckt, ohne dass ein echter Sachzusammenhang ... mit dem übrigen Kontext der Norm gegeben wäre

<sup>94</sup> So *Werner*, , ZLR 2008 (Fußn. 92), 123.

<sup>95</sup> *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 5 Rdnr. 3; *Kube*, ZLR 2007 (Fußn. 60), 197; *Borchert*, in: Beyerlein/Borchert, Verbraucherinformationsgesetz, Kommentar, 2010, § 5 Rdnr. 6; *Beck*, Verbraucherinformationsgesetz, Kommentar, 2009, § 5 Anm. 1.3.

<sup>96</sup> Dazu *Müller*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 1993, S. 258: Die grammatische Auslegung ist Grenze zulässiger Entscheidungsbildung. Dazu auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983/1989, S. 82 ff.

<sup>97</sup> BR Drucks. 273/07, S. 27 f.

sprüche eingeräumt und die Behörden zu aktiver Informationspolitik verpflichtet werden<sup>98</sup>. Die aktive Informationsaufgabe der zuständigen Behörden ist damit auch Gegenstand des VIG und von seinem Sinn und Zweck erfasst<sup>99</sup>. Zwar mag dieser Aspekt schon wegen der Stellung des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG im Zusammenhang mit den Modalitäten der Antragsbescheidung – anders als in § 40 LFGB – nicht deutlich hervortreten. Vom Telos der Verbraucherinformationsgesetzgebung ist er aber mit erfasst.

#### **b) Voraussetzungen der aktiven Verbraucherinformation nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG**

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG ist eine allgemeine öffentliche Informationsgewährung nicht schrankenlos eröffnet, sondern nach Ermessen der informationspflichtigen Stelle nur für Informationen eröffnet, zu denen Zugang zu gewähren ist. Damit müssen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 VIG für einen Anspruch auf Informationszugang vorliegen<sup>100</sup>.

##### *aa) Anspruch auf Zugang zu den Informationen der Negativliste*

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 VIG hat jeder nach Maßgabe des VIG Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten über Verstöße gegen das LFGB, gegen die aufgrund des LFGB erlassenen Rechtsverordnungen und gegen unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft im Anwendungsbereich des LFGB sowie Maßnahmen und Entscheidungen, die im Zusammenhang mit solchen Verstößen getroffen worden sind. Nr. 5 des § 1 Abs. 1 VIG gewährt einen Anspruch auf Informationen zu Daten über Überwachungsmaßnahmen oder andere behördliche Tätigkeiten oder Maßnahmen zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern einschließlich der Auswertung dieser Tätigkeiten und Maßnahmen. Erfasst sind damit Informationen im Anwendungsbereich des LFGB<sup>101</sup>.

Nach dem Wortlaut dieser Regelung unterfallen die in der Negativliste enthaltenen Daten dem Informationsanspruch des § 1 Abs. 1 VIG:

In der Negativliste werden Verstöße in Gaststätten und Imbissbuden gegen Vorschriften des LFGB und der hierzu ergangenen Rechtsvorschriften sowie von unmittelbar geltenden Rechtsakten der Europäischen Union publiziert. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 LFGB ist es verboten, Lebensmittel für andere derart herzustellen oder zu behandeln, dass ihr Verzehr gesundheitsschädlich i. S. d. Art 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EG) 178/2002<sup>102</sup> ist. Nach der zuletzt genannten Bestimmung dürfen Lebensmittel nicht in den Verkehr gebracht werden, die nicht sicher sind. Letzteres ist gemäß Art. 14 Abs. 2 VO (EG) 178/2002 dann der Fall, wenn sie gesundheitsschädlich oder zum Verzehr durch Menschen ungeeignet sind. Soweit im Einzelfall in Gaststätten, Imbissbuden oder anderen, von der Negativliste

---

<sup>98</sup> Amtliche Begründung, Problem- und Zielbeschreibung, BR Drucks. 273/07, S. 1 f. Dazu ausführlich auch *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2241 f. Auch: *Marion Albers/Bettina Ortler*, Verbraucherschutz und Markttransparenz im Recht der Verbraucherinformationen, GewArch 2009, 225f.

<sup>99</sup> Wie hier: VG Stuttgart, GewArch 2008, 115, 124 f.; 229; *Albers/Ortler*, GewArch 2009 (Fußn. 98), 229; *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 5 Rdnr. 3; *Beck*, VIG (Fußn. 95), § 3 Anm. 1.3; *Pache*, in: Meyer/Streinz, LFGB/BasisVO (Fußn. 80), Art. 10 BasisVO, Rdnr. 62; *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2246

<sup>100</sup> Wie hier: *Beck*, VIG (Fußn. 95), § 5 Anm. 1.3.

<sup>101</sup> *Borchert*, in: Beyerlein/Borchert, VIG (Fußn. 95), § 1 Rdnr. 4 unter Hinweis auf die amtl. Begründung, Br. Drucks. 273/07, Vorblatt, s. 1 f.; ähnlich *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 1 Rdnr. 4: Erfasst sind Informationen auf Daten über Erzeugnisse i. S. d. LFGB.

<sup>102</sup> Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts und zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. L 31 vom 01.02.2002.

erfassten Betrieben gesundheitsschädliche Speisen hergestellt werden, kommt ein Verstoß gegen diese Regelungen in Betracht. Wichtiger aber sind im vorliegenden Zusammenhang die Bestimmungen der EU- Lebensmittelhygieneverordnung (VO EG 882/2004)<sup>103</sup>. Nach Art. 4 Abs. 2 VO EG 882/2002 in Verbindung mit Anhang II dieser VO haben die Betreiber von Betriebsstätten, in denen Lebensmittel behandelt oder zubereitet werden, die dort genannten hygienischen Anforderungen insbesondere an die Reinheit der Räume (Kap I, II) einzuhalten. Verstöße gegen diese Regelungen werden von § 1 Abs. 1 Nr. 1 VIG erfasst<sup>104</sup>. Die ins Internet gestellten Ergebnisse der amtlichen Kontrollen der Gaststättenbetriebe betreffen diese Hygienevorschriften. Es geht hierbei vor allem um die Hygiene in den Betriebsstätten. Schwerwiegende Verstöße gegen diese Hygienebestimmungen werden nach dem oben näher beschriebenen Verfahren ins Internet eingestellt. Ergänzend ist schließlich auf die Lebensmittelhygieneverordnung<sup>105</sup> hinzuweisen. Nach § 4 dieser Verordnung gelten bestimmte Schulungs- und Fortbildungserfordernisse, die ebenfalls im Rahmen der Hygienekontrolle abgeprüft werden.

*bb) Veröffentlichung nur nach bestandskräftigem Abschluss von Verfahren?*

Schon auf der tatbestandlichen Ebene wird wegen des schweren Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, den eine Weitergabe von Informationen über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften darstellt, dafür plädiert, dass für eine Weitergabe von Informationen nach § 1 Abs. 1 VIG nur endgültig festgestellte Verstöße in Betracht kommen. Verstöße müssten in einem Straf- und Bußgeldverfahren durch rechtskräftig abgeschlossene Entscheidung festgestellt sein, um auskunftspflichtig zu sein<sup>106</sup>. Dies folge auch aus der Wertung des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG, wonach eine Auskunftserteilung während eines laufenden Straf- oder Bußgeldverfahrens über Informationen ausgeschlossen ist, die Gegenstand dieses Verfahrens sind.

Unter systematischen Aspekten bestehen gegen diese Auffassung Bedenken: § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG stellt einen Ausschlussstatbestand dar. Es ist deshalb systematisch verfehlt, diesen Ausschlussstatbestand bereits auf der Tatbestandsseite des § 1 Abs. 1 VIG zu berücksichtigen. Auch der Hinweis auf den Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geht im vorliegenden Zusammenhang fehl. Der hierzu notwendige Schutz vor Weitergabe von Informationen, die noch Gegenstand eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind, soll gerade durch die Ausschlussstatbestände des § 2 VIG gewährleistet werden. Diese Regelung und vor allem der Ausschlussgrund des laufenden Verwaltungsverfahrens in § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG liefern leer, dürften Informationen nur nach Abschluss eines Verwaltungsverfahrens weitergegeben werden<sup>107</sup>. Sollten hiernach noch Bedenken wegen einer gravierenden Verletzung der grundrechtlich geschützten Sphäre Betroffener bestehen, können diese Umstände auch in der Verhältnismäßigkeits- und Ermessensprüfung Berücksichtigung finden, die vor Veröffentlichung der von § 1 Abs. 1 VIG erfassten Daten im Wege der allgemeinen Verbraucherinformation durchzuführen ist. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 1 VIG

<sup>103</sup> Verordnung EG 852/2004 vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene, Abl. L 139 vom 30.04.2004, S. 1.

<sup>104</sup> Vgl. nur *Beck*, VIG (Fußn. 95), § 1 Anm. 1.3.2.1; *Borchert*, in: Beyerlein/Borchert, VIG (Fußn. 95), § 1 Rdnr. 10.

<sup>105</sup> Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von Lebensmitteln (Lebensmittelhygieneverordnung – LMHV) vom 08.08.2007, BGBl. I 1816, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 14.07.2010, BGBl. I, 929. Zu ihrer Geltung im Rahmen des § 1 VIG: *Borchert*, ebd. (Fußn. 103), § 1 Rn 7.

<sup>106</sup> *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 1 Rdnr. 5; *Borchert*, ebd. (Fußn. 95), § 1 Rdnr. 30 ff, 32; *Grube/Immel*, ZLR 2009, 649, 654; *Wiemers*, ZLR 2009 (Fußn. 86), 313, 419 f..

<sup>107</sup> Wie hier *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2244; *Zilkens*, Bereichsspezifisches Informationszugangsrecht im Verbraucherschutz: Das neue Verbraucherinformationsgesetz, NVwZ 2009, 1465, 1466 f.; *Beck*, VIG (Fußn. 95), § 1 Anm. 1.3.2.1.

genügt es deshalb, wenn Tatsachen bekannt und in Daten erfasst sind, aus denen sich ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften i. S. dieser Bestimmung ergibt. Auf die Frage der Rechtskraft eines Straf- oder Bußgeldverfahrens kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

Beck weist im vorliegenden Zusammenhang auch zutreffend darauf hin, dass auch der Sachzusammenhang mit §§ 39, 40 LFGB gegen die Annahme spricht, nur rechtskräftig festgestellte Informationen dürften herausgegeben werden. Nach diesen Vorschriften kann die Behörde z. B. Erzeugnisse beschlagnahmen und vernichten lassen, wenn sie von einem Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften mit Gesundheitsgefährdung für die Verbraucher ausgeht; diese Informationen muss sie auf Antrag auch herausgeben. Zu diesen Regelungen ergäben sich Wertungswidersprüche<sup>108</sup>.

Letztlich kommt es auf die Frage, welchen Stand das Verfahren hinsichtlich der Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften heben muss, um von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG erfasst zu werden, im vorliegenden Zusammenhang auch wegen § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG nicht an. Nach dieser Regelung erfasst der Auskunftsanspruch nämlich auch Überwachungsmaßnahmen und andere behördliche Tätigkeiten und Maßnahmen zum Schutz von Verbraucherinnen oder Verbraucher. Es geht hierbei um Maßnahmen i. S. d. §§ 38 ff LFGB<sup>109</sup>. Dazu gehören auch Betriebsinspektionen<sup>110</sup> und damit gerade die Überwachungsmaßnahmen, deren Ergebnisse in die Negativliste aufgenommen werden.

cc) *Verpflichtung zur Prüfung der Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der Information?*

Einschränkend wird weiter zum Teil hinzugefügt, dass es sich um Informationen handeln müsse, die aufgrund von rechtmäßigem Verwaltungshandeln erlangt wurden; insbesondere rechtswidrig erlangte Informationen dürften nicht weitergegeben werden<sup>111</sup>. Zudem müsse das Verwaltungsverfahren, aus dem diese Informationen stammen, rechtskräftig abgeschlossen sein; die zugrunde liegende Verwaltungsentscheidung müsse unanfechtbar sein<sup>112</sup>.

Bei den in die Negativliste aufgenommenen Informationen handelt es sich um Ergebnisse amtlicher Kontrollen, die häufig auch durch Fotos dokumentiert sind. Die Frage einer Falschinformation stellt sich damit im vorliegenden in Zusammenhang in aller Regel nicht.

Fraglich kann in Einzelfällen allenfalls sein, ob eine Information in einem rechtmäßigen Verwaltungsverfahren erlangt wurde, bei dem insbesondere alle Verfahrensvorschriften eingehalten wurden. Dies zu prüfen und festzustellen, ist indessen nicht Aufgabe der Behörden, die die Auskunft nach dem VIG erteilen. Das folgt schon aus § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG. Hiernach können Verbraucherinformationen in den hier relevanten Fallgestaltungen auch während eines laufenden Verwaltungsverfahrens und damit vor endgültiger Feststellung auch der Richtigkeit der Information weitergegeben werden. Weiter lässt sich verweisen für den Fall der aktiven Veröffentlichung auf § 5 Abs. 3 Satz 1 VIG. Danach ist die informationspflichtige Stelle nicht verpflichtet, die inhaltliche Richtigkeit der Information zu prüfen, es sei denn, es handelt sich um personenbezogene Daten. Ihr bekannte Hinweise auf Zweifel an der Richtigkeit hat sie allerdings mitzuteilen (§ 5 Abs. 3 Satz 3 VIG). Aus der Wertung dieser Regelung folgt, dass der Gesetzgeber der informationspflichtigen Stelle keine Pflicht auf-

<sup>108</sup> Beck, VIG (Fußn. 95), § 5 Anm. 1.3.2.1.

<sup>109</sup> Borchert, ebd. (Fußn. 95), § 1 Rdnr. 56.

<sup>110</sup> Grube/Weyland, VIG (Fußn. 93), § 1 Rdnr. 12; Girnau, Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Verbraucherinformation, ZLR 2006, 651, 657.

<sup>111</sup> Grube/Weyland, VIG (Fußn. 93), § 1 Rdnr. 12.

<sup>112</sup> Borchert, ebd. (Fußn. 95), § 1 Rdnr. 32. Dazu auch Girnau, ZLR 2006 (Fußn. 110), 656. Kritisch auch Wustmann, „VIG - Klappe – die Vierte“ Dauerbrenner Verbraucherinformation, ZLR 2007, 242, 248.

erlegt, die Richtigkeit der Informationen festzustellen<sup>113</sup>. Diese Frage soll nach der Systematik des Gesetzes vielmehr bei der Betätigung des Ermessens und der dabei durchzuführenden Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit an der Veröffentlichung und dem gegenläufigen Interesse des von der Veröffentlichung nachteilig Betroffenen berücksichtigt werden. Denn nur so können gewichtige Verbraucherschutzinteressen, die für eine Veröffentlichung im Einzelfall sprechen mögen, bei Informationen, deren vollständige Verifizierung schwierig ist, überhaupt und angemessen berücksichtigt werden. Bei ihrer Entscheidung über die Veröffentlichung von nicht sicher verifizierbaren Verbraucherinformationen wird die Behörde allerdings folgende Aspekte zu beachten haben:

- Bei antragsloser Verbraucherinformation besteht ein wesentlich größerer Adressatenkreis als bei einer Antragsbescheidung. Daraus folgt eine gewisse Richtigkeitserwartung der Adressaten, der die Behörde durch Überprüfung der Richtigkeit Rechnung tragen muss. In der Abwägung hat sie Zweifel über die Richtigkeit die Belange der Betroffenen, die für eine Geheimhaltung streiten, wegen der Irreversibilität der Internetveröffentlichung in besonderer Weise zu berücksichtigen<sup>114</sup>.
- Auch dem Umstand, dass es sich um Ergebnisse der Überwachung und damit behördlich erzeugte Daten handelt kommt besondere Bedeutung zu. Zweifel an der Richtigkeit sind in der Regel vor Veröffentlichung auszuräumen<sup>115</sup>.
- Auf verbleibende Unsicherheiten der Richtigkeit der Informationsgewährung ist bei der amtlichen Verbraucherinformation hinzuweisen<sup>116</sup>.

Die gesetzgeberische Wertung des §§ 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b, 5 Abs. 3 Satz 3 VIG lässt sich auch für Informationen fruchtbar machen, die möglicherweise aufgrund einer rechtswidrigen Überwachungsmaßnahme erlangt sind. Auch an der aktiven Veröffentlichung dieser Informationen kann ein überragendes öffentliches Interesse bestehen. Ort der Abwägung zwischen diesem Interesse und dem schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse des möglicherweise nachteilig Betroffenen ist die Ermessensentscheidung der informationspflichtigen Stelle über die Frage einer aktiven Veröffentlichung. Dort sind diese Aspekte allerdings auch zu berücksichtigen.

Für die Frage, ob das Überwachungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sein muss, ist zunächst von Bedeutung, welche Maßnahmen im Einzelnen zum Überwachungsverfahren i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG gehören. Nach Nr. 1 dieser Norm unterliegen Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften dem Auskunftsanspruch aus dem VIG. In dieser Vorschrift geht es um festgestellte Einzelverstöße, und zwar unabhängig davon, in welchem Verfahren diese festgestellt wurden. Demgegenüber regelt § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG die Auskunftserteilung über Überwachungsmaßnahmen. Dabei muss es sich nicht um konkrete Einzelmaßnahmen der Überwachung handeln. Insbesondere werden nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG auch Statistiken und andere Auswertungen erfasst. Anknüpfungspunkt dieser Regelung ist damit nicht der tatbestandliche Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, sondern sind die Überwachung und ihre Ergebnisse. Das spricht dafür, dass unter Überwachungsmaßnahmen nur der tatsächliche Vorgang der Überwachung, nicht hingegen auch das sich ggfs. anschließende Verwaltungsverfahren zu verstehen ist. Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut dieser Regelung, in der nicht von Verfahren, sondern von Überwachungsmaßnahmen die Rede ist. Nach dem Normzweck des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG muss das Überwachungsverfahren damit nicht rechtskräftig abgeschlossen sein. Abzustellen ist vielmehr

---

<sup>113</sup> Albers/Ortler, GewArch 2009 (Fußn. 99), 224 f.; Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12), 2245

<sup>114</sup> Albers/Ortler, GewArch 2009 (Fußn. 99), 230.

<sup>115</sup> Albers/Ortler, GewArch 2009 (Fußn. 99), 230.

<sup>116</sup> Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12), 2245.

auf die Maßnahme der Überwachung und damit auf die einzelne Kontrollmaßnahme. Hinzuweisen ist im vorliegenden Zusammenhang im Übrigen auf den Ausschlussbestand des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG. Dort ist geregelt, ob Informationen dem Auskunftsanspruch während der Dauer eines Verwaltungsverfahrens unterliegen, in dem diese Informationen Verfahrensgegenstand sind. Auch aus systematischen Gründen kommt es deshalb im Rahmen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG auf den rechtskräftigen Abschluss der Überwachungsmaßnahme nicht an.

Insgesamt ist damit festzustellen, dass die Informationen, die in die Negativliste aufgenommen werden, dem Auskunftsanspruch des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 5 VIG unterliegen. Sie können deshalb auch Gegenstand einer aktiven Information der Veterinär- und Lebensmittelüberwachungsämter im Internet sein.

### **c) Ausschlussbestände, § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG**

Ein Informationsanspruch besteht gemäß § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG nicht

- während der Dauer eines Verwaltungsverfahrens, es sei denn, es handelt sich um in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 VIG genannte Informationen, und
- Während der Dauer eines Gerichtsverfahrens, eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens oder eines ordnungsrechtlichen Verfahrens,
- und zwar hinsichtlich der Informationen, die Gegenstand dieser Verfahren sind.

Diese Bestimmung ist auch im Rahmen der aktiven Information nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG zu beachten. Sie schließt Informationen aus, auf die einer der Ausschlussbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG Anwendung findet.

Nach dieser Regelung ist für die Informationen, die in die Negativliste aufgenommen werden dürfen, zu unterscheiden:

Ist bezüglich der Informationen aus dem amtlichen Überwachung, die in die Negativliste aufgenommen werden sollen, kein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren anhängig, besteht kein Ausschlussbestand. Diese Informationen können – vorbehaltlich entgegenstehender Belange der Betroffenen, die bei der Ermessensbetätigung zu berücksichtigen sind, in die Negativliste aufgenommen und ins Internet eingestellt werden.

Ist ein Straf- oder Bußgeldverfahren anhängig, können die Informationen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, erst mit rechtskräftigem Abschluss dieses Verfahrens in die Negativliste aufgenommen werden. Dasselbe gilt für die Dauer eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Abzustellen für die Sperrwirkung der Auskunftserteilung, die während der Dauer von Straf-, Bußgeld- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren besteht, ist auf die einschlägigen Regelungen über die jeweiligen Verfahren. Verwaltungsgerichtliche Verfahren beginnen mit der Antragstellung bzw. Klageerhebung beim Verwaltungsgericht und enden durch Urteil oder Beschluss oder eine sonstige Einstellung des Verfahrens nach Klage- bzw. Antragsrücknahme, Erledigung der Hauptsache oder Vergleich<sup>117</sup>. Ausgeschlossen ist der Informationsanspruch weiter während der Dauer eines strafrechtlichen Verfahrens. Darin eingeschlossen ist auch das strafrechtliche Ermittlungsverfahren. Dieses beginnt gemäß § 160 StPO mit der Entscheidung des berufenen Ermittlungsbeamten, gegen die betreffende Person vorzugehen. Einer besonderen Einleitungsverfügung bedarf es dazu nicht. Das strafrechtliche Gerichtsverfahren beginnt mit der Einreichung der Anklageschrift. Strafrechtliche Verfahren können

---

<sup>117</sup> Wie hier: *Beyerlein*, in: *Beyerlein/Borchert*, VIG (Fußn. 95), § 2 Rn 38.

rechtskräftig durch Urteil oder Einstellung des Verfahrens beendet werden. Bis zu diesem Zeitpunkt unterliegen Informationen, die Gegenstand dieser Verfahren sind, der Auskunftssperre des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG.

Für das Ordnungswidrigkeitenverfahren gilt Vergleichbares: Dieses Verfahren beginnt mit Ermittlungsmaßnahmen der für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten zuständigen Behörden. Dabei genügt es, wenn ein Verfolgungsorgan mit seinen Maßnahmen darauf abzielt, wegen einer Ordnungswidrigkeit zu ermitteln bzw. einen Sachverhalt zu erforschen, der ggfs. eine Ordnungswidrigkeit darstellt (§ 53 OWiG)<sup>118</sup>. Bei gravierenden Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, die bei veterinär- oder lebensmittelrechtlichen Kontrollen in Gaststätten oder Imbissbuden aufgedeckt werden, gehört allerdings nicht schon die Überwachungsmaßnahme selbst zum Ordnungswidrigkeitsverfahren. Zwar werden in der Überwachung die Tatsachen festgestellt und – schriftlich in einem Überwachungsbericht und ggfs. durch Fotografien – dokumentiert, die später Gegenstand des Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind<sup>119</sup>. Notwendig ist jedoch für den Beginn eines Bußgeldverfahrens, dass der Wille deutlich wird, wegen bekannt gewordener Sachverhalte ein solches Verfahren zu eröffnen. Bei Durchführung der Überwachungsmaßnahme ist dies noch nicht der Fall. Hierzu bedarf es vielmehr noch einer Bewertung der Ergebnisse und – in der Regel – der Anlegung einer Bußgeldakte zur Eröffnung des auf den Erlass eines Bußgeldbescheides gerichteten Verfahrens. Das Verfahren endet mit der Bestandskraft des Bußgeldbescheides (§§ 65, 67 OWiG), seiner Einstellung (§ 47 OWiG) oder der Vorlage der Akten beim Richter, wenn Einspruch gegen den Bußgeldbescheid eingelegt wurde<sup>120</sup>; dann beginnt allerdings ein gerichtliches Verfahren, dessen Sperrwirkung so lange andauert, bis dieses Verfahren beendet ist.

Sperrwirkung haben auch Verwaltungsverfahren. Diese ist allerdings geringer als die von gerichtlichen Verfahren oder von Straf- oder Bußgeldverfahren. Ein Verwaltungsverfahren ist gem. § 9 VwVfG auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines Verwaltungsvertrages gerichtet. Es beginnt, wenn es, wie in den hier erörterten Fallgestaltungen von Amts wegen eingeleitet wird, mit den ersten Handlungen der Behörde, die auf die Vorbereitung eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines Verwaltungsvertrages gerichtet sind, ohne dass es einer förmlichen Einleitung bedarf<sup>121</sup>. Das Verfahren endet mit der Unanfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes, dem Abschluss eines Verwaltungsvertrages, durch Einstellung oder Vergleich oder Beendigung auf andere Weise<sup>122</sup>. Ausgenommen von der Sperrwirkung, die Verwaltungsverfahren generell haben, sind allerdings Informationen über Sachverhalte, die in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 VIG genannt sind. Diese Informationen unterliegen unabhängig vom Abschluss des Verwaltungsverfahrens dem Auskunftsanspruch<sup>123</sup>. Aus dieser Regelung folgt, dass Informationen in die Negativliste aufgenommen werden können, die zwar noch Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind, die jedoch Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften begründen (können). Das ist typischerweise bei den in die Negativliste aufgenommenen Informationen der Fall, denn

<sup>118</sup> Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, 3. Aufl. 2008, Rdnr. 331. Auch: Holzner, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 491; Beyerlein, ebd. (Fußn. 117), § 2 Rn 46.

<sup>119</sup> So aber: Holzner, ebd. (Fußn. 118). Kritisch Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 14.

<sup>120</sup> Beyerlein, ebd. (Fußn. 117), § 2 Rdnr. 46.

<sup>121</sup> Kopp/Ramsauer, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 10. Aufl. 2008, § 9 Rdnr. 28.

<sup>122</sup> Kopp/Ramsauer, ebd. (Fußn. 121), § 9 Rdnr. 30; Beyerlein, ebd. (Fußn. 117), § 2 Rdnr. 38..

<sup>123</sup> Diese Regelung wird allgemein heftig kritisiert, da sie inhaltlich mit der Sperrwirkung von gerichtlichen Verfahren sowie Straf- und Bußgeldverfahren nicht abgestimmt ist, der Behörde eine Information über Sachverhalte ermöglicht, die noch nicht auf ihre Richtigkeit geprüft worden sind – mit möglicherweise existenzbedrohenden Wirkungen für die Betroffenen. Hierin wird ein Verstoß gegen Art. 12 GG gesehen. Dazu: Beyerlein, ebd. (Fußn. 117), § 2 Rn 39; Girna, ZLR 2006 (Fußn. 110), 660 f.; Grube/Weyland, VIG (Fußn. 93), § 2 Rdnr. 4; Wustmann, ZLR 2008 (Fußn. 112), 249.

menen Informationen der Fall, denn dokumentiert werden gravierende Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften und hier insbesondere solche gegen die VO (EG) 882/2004. Eine Sperrwirkung für die Dauer von verwaltungsgerichtlichen Verfahren tritt damit auf der Basis von § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG nicht ein.

Die Ausnahmetatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG beziehen sich auf die Informationen, die Gegenstand des Verfahrens sind. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es deshalb nicht darauf an, ob ein Verfahren, das diese Informationen betrifft, bereits abgeschlossen ist, wie es bei den der Information zugrundeliegenden Überwachungsverfahren häufig der Fall sein mag. Entscheidend ist, dass die Information noch Gegenstand eines Verfahrens ist, auf das sich die Sperrwirkung des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG erstreckt, mag ein anderes Verfahren wegen derselben Informationen bereits abgeschlossen sein. Das folgt aus dem Zweck des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG, eine – abgestufte – Schutzwirkung jedem Verfahren zu Gute kommen zu lassen, das Basis eines Ausschlusstatbestandes ist.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich ein gewisses Dilemma:

- Zum einen ergibt die Anwendung der Ausschlusstatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG ein unterschiedliches Ergebnis: Während in gravierenden Fällen, in denen es zu einem Straf- oder Bußgeldverfahren kommt, die Sperrwirkung eintritt, tritt sie in dem parallel durchgeführten Verwaltungsverfahren nicht ein. Das wirft die Frage nach dem Verhältnis der Ausschlusstatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG zueinander auf (dazu aa).
- Zum anderen stellt sich die Frage, ob das Ziel, eine Negativliste zur Verbesserung der Verbraucherinformation zu erreichen, wegen des Ausschlusstatbestandes des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG überhaupt erreicht werden kann. Tritt eine Sperrwirkung wegen eines Straf- oder Bußgeldverfahrens oder eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ein, können die Informationen, die Gegenstand dieser Verfahren sind, erst nach ihrem rechtskräftigen Abschluss veröffentlicht werden. Dann aber handelt sich nicht mehr um aktuelle Informationen, so dass der Zweck der Negativliste, dem Verbraucher aktuelle Informationen zur Verfügung zu stellen, die er in seine (Konsum-)Entscheidung einfließen lassen kann, nicht erreicht wird. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, zu Gunsten der Veröffentlichung in der Negativliste auf die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens zu verzichten oder dies erst nach der Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse in der Negativliste zu beginnen (dazu bb).

*aa) Verhältnis der Ausschlusstatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG zueinander*

§ 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG selbst trifft keine Entscheidung über das Verhältnis der Ausschlusstatbestände „Verwaltungsverfahren“ und „Gerichtsverfahren“ zueinander. Denkbar sind zwei Lösungen: Entweder ist jeder Ausschlusstatbestand für sich auf die jeweils anhängigen Verfahren anwendbar mit der Folge, dass Informationen, die Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind, unabhängig davon veröffentlicht werden können, ob sie gleichzeitig oder später Gegenstand eines Straf- oder Bußgeldverfahrens oder eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sind. Die andere Lösung besteht darin, der jeweils weitestgehenden Ausnahmeregelung eine umfassende Sperrwirkung zuzumessen und sie auf alle anhängigen Verfahren zu erstrecken, die sich auf die fraglichen Informationen beziehen. Die Sperrwirkung würde dann bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VIG dann gelten, wenn das Überwachungsverfahren bereits Teil des Straf- oder Ord-

nungswidrigkeitenverfahrens ist – was der Fall sein kann – oder das Überwachungsverfahren in ein Straf- oder Bußgeldverfahren mündet, münden kann oder münden muss<sup>124</sup>.

Für eine parallele Anwendung der Ausschlussstatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG mit der Folge, dass solange ein Verwaltungsverfahren wegen der Informationen aus der amtlichen Überwachung besteht, diese Informationen in die Negativliste aufgenommen werden können, spricht der Zweck der Einschränkung des Informationsverbotes für den Fall der Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften. Nach der Wertung des Gesetzgebers besteht in diesen Fällen ein überragendes Interesse des mündigen Verbrauchers, diese Informationen auch zu erhalten. Der Verbraucher soll so in die Lage versetzt werden, sein Konsumverhalten (auch) am Vorliegen eines solchen Verstoßes ausrichten zu können. Weiter lässt diese Norm erkennen, dass der Gesetzgeber Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften für besonders gewichtig hält. Sie stellen nach seiner Bewertung keine Bagatellen, sondern gravierende Rechtsverletzungen dar. Letztlich geht es um Verstöße, die schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen zur Folge haben können. Der Schutz des Verbrauchers durch Information und damit die Schaffung einer (Wissens-)Basis für eine Selbsthilfe durch Konsumentscheidung des mündigen Verbrauchers sind Sinn der restriktiven Ausnahmeregelung bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften. Letztlich geht es dem Gesetzgeber damit um den Gesundheitsschutz der Verbraucherinnen und Verbraucher. Dieser soll nicht nur durch ordnungsbehördliche Maßnahmen erreicht werden, sondern – zumindest unterstützend – auch seine Basis in der Information des Verbrauchers finden. Seiner auf den Gesundheitsschutz gerichteten Schutzpflicht<sup>125</sup> will der Gesetzgeber damit auch durch Information nachkommen und eine Schutzverstärkung bewirken. Diese soll die originäre Regelung zum Gesundheitsschutz der Verbraucherinnen und Verbraucher über die polizeirechtlichen Bestimmungen des LFGB bzw. der VO (EG) 852/2004 ergänzen, nicht aber ersetzen.

Für eine teleologische Reduktion der Ausschlussregelung in Verwaltungsverfahren wird angeführt, dass sie notwendig sei, um schwerwiegende wirtschaftliche Folgen für die Betroffenen Unternehmen zu vermeiden. Durch ungeprüfte und nicht verifizierte (frühzeitige) Informationen könnten diese erhebliche wirtschaftliche Nachteile, bis hin zur Existenzgefährdung erleiden. Das VIG schaffe damit über seinen Gesetzeszweck hinaus unkontrollierte Risiken für die Unternehmen<sup>126</sup>. Eine Information zu einem laufenden Verwaltungsverfahren, das einen – noch näher zu untersuchenden - angenommenen Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften zum Gegenstand hat, hätte zur Folge, dass Dritten Zugang zu Informationen in einem Stadium gewährt werden müsste, in dem die Informationen über Verstöße noch in keiner Weise belastbar überprüft oder abgesichert sind<sup>127</sup>. Gerade die vorschnelle Offenlegung angeblicher, aber noch nicht überprüfter Rechtsverstöße könne für die betroffenen Unternehmen unumkehrbare und existenzgefährdende Folgen haben<sup>128</sup>. Im Übrigen bestehe für eine Anwendung des engen, auf Verwaltungsverfahren bei Verstößen gegen lebensmittel-

---

<sup>124</sup> So: *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 2 Rdnr.4, die annehmen, dass ein Auskunftsanspruch im Verwaltungsverfahren in diesen Fällen bestehen kann, wenn die Voraussetzungen der §§ 49 b OWiG oder 475 Abs. 4 StPO erfüllt sind.

<sup>125</sup> Zur Schutzpflichtendiskussion ausführlich: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV 1, Die einzelnen Grundrechte, 2006, S. 240 ff., 904 ff., 928 ff.; *Murswiek*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 2 Rdnr. 24 ff. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2006, jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG.

<sup>126</sup> *Beyerlein*, in: *Beyerlein/Borchert*, VIG (Fußn. 95), § 2 Rdnr. 39; *Girнау*, ZLR 2006 (Fußn. 110), 660 f.; *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 2 Rdnr. 4; *Wustmann*, ZLR 2007 (Fußn. 110), 249.

<sup>127</sup> *Girнау*, ZLR 2006 (Fußn. 108), 660 f.; *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 2 Rdnr. 4; *Wustmann*, ZLR 2007 (Fußn. 112), 249.

<sup>128</sup> *Grube/Weyland*, ebd. (Fußn. 127).

rechtliche Vorschriften geltenden Ausnahmetatbestandes keine sachliche Notwendigkeit. Die zuständige Behörde könne bei einer Gefahr für Verbraucherinteressen nach § 40 LFGB aktiv werden, dann aber auf der Grundlage einer Interessenabwägung<sup>129</sup>.

Der zuletzt genannte Einwand ist nur bedingt tragfähig: Erfasst von der hiernach möglichen aktiven Verbraucherinformation werden nur Informationen zur Abwehr einer besonderen Gefahrenlage, die von Lebensmitteln oder Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften ausgeht. Nicht erstreckt sich diese Vorschrift hingegen auf bloße Verbraucherinformationen ohne Bestehen einer Gefahrenlage. Die Anwendungsbereiche von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VIG und § 40 LFGB sind damit nicht deckungsgleich. Im Übrigen ist § 40 LFGB als Sollvorschrift ausgestaltet. Damit soll die Schutzwirkung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VIG nicht ersetzt, sondern bei besonders schweren Verstößen gegen das Lebensmittelrecht verstärkt werden. Gefahrenabwehr durch Information ist Leitbild des § 40 LFGB. Der regelmäßigen Pflicht der Behörde zur Information<sup>130</sup> setzt der Gesetzgeber dabei Schranken durch den Abwägungsvorbehalt mit den Rechten der Betroffenen und dem Selbsteintrittsrecht der Unternehmen, die gemäß § 40 Abs. 2 LFGB berechtigt sind, statt der Behörde die Öffentlichkeit selbst zu unterrichten. Strukturell unterscheiden sich §§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 5 Satz 2 VIG erheblich von dieser Norm: Es geht um alle Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften; die Behörde handelt bei aktiver Verbraucherinformation nach Ermessen, das nicht durch eine Sollvorschrift rechtlich im Sinne einer weitgehenden Handlungspflicht gebunden ist. Dabei ist im Rahmen der Ermessensbetätigung eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Unternehmen schon wegen der Grundrechtsrelevanz der möglicherweise einer aktiven Verbraucherinformation entgegenstehenden Belange und Interessen der betroffenen Unternehmen nicht nur zulässig, sondern auch rechtlich geboten<sup>131</sup>. Aus § 40 LFGB folgt vor diesem Hintergrund nicht, dass eine wortgetreue Anwendung des Ausschlussstatbestandes „laufendes Verwaltungsverfahren bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften“ unzulässig und wegen einer Umgehung des § 40 LFGB eine teleologische Reduktion dieser Regelung erforderlich ist.

Eine vorschnelle Information der Öffentlichkeit über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften im laufenden Verwaltungsverfahren kann allerdings schwerwiegende Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen haben, die bis zur Existenzgefährdung gehen können. Die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des Ausschlussstatbestandes laufendes Verwaltungsverfahren folgt daraus indessen bei aktiver Information keineswegs. Denn die Behörde muss im Rahmen der von ihr anzustellenden Ermessenserwägungen neben der Schwere des Verstoßes, seiner Verifizierung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und der Bedeutung der Information für Verbraucherinnen und Verbraucher die möglichen wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Unternehmen in ihre Entscheidung einbeziehen. Jedenfalls bei aktiver Verbraucherinformation ist ein Schutz der grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Unternehmen damit nicht nur möglich, sondern im Rahmen der Ermessensbetätigung der Behörde auch rechtlich geboten. Nur auf diesem Wege wird im Übrigen erreicht, dass der verbraucherpolitische Effekt, der durch die Begrenzung des Ausnahmetatbestandes bei Verstößen gegen lebensrechtliche Vorschriften nach dem Willen des Gesetzgebers erreicht werden soll, auch tatsächlich möglich wird. Nicht ein ausschließlich auf die

---

<sup>129</sup> *Girnau*, ZLR 2006 (Fußn. 110), 660 f.; *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 2 Rdnr. 4; *Beyerlein*, ebd. (Fußn. 126).

<sup>130</sup> Zur Wirkung von Sollvorschriften in diesem Sinne: BVerwGE 40, 323, 330; Jost-Dietrich *Busch*, in: Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 1998, § 39 Rdnr. 7.1; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 31 Rdnr. 34.

<sup>131</sup> Anders *Girnau*, ZLR 2006 (Fußn. 110), 660 f.; *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 2 Rdnr. 4.

Belange der Unternehmen ausgerichtetem Schutz, sondern auch ein Verbraucherschutz durch Information, der dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wird so möglich.

Im Falle der aktiven Verbraucherinformation nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG ist deshalb eine wortgetreue Interpretation des Ausschlusstatbestandes „Verwaltungsverfahren bei Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften“ i. S. d. des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VIG angezeigt.

Ob dies für die Negativliste die Möglichkeit eröffnet, dort in großem Umfang Informationen über lebensmittelrechtliche Vorschriften Verbraucherinnen und Verbrauchern zugänglich zu machen, lässt sich allerdings bezweifeln. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die festgestellten Verstöße in der Regel sehr zeitnah, ja häufig unmittelbar in ein Ordnungswidrigkeiten- oder ein Strafverfahren einmünden. Mit dem Beginn dieser Verfahren soll der Ausschlusstatbestand des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VIG zur Anwendung kommen. Denn anderenfalls würde die Schutzwirkung, die der Gesetzgeber dem Unternehmen nicht nur wegen seiner grundrechtlich geschützten Interessen, sondern auch mit dem Ziel der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) gewährt, nicht zum Tragen kommen können. Dieser Schutzwirkung hat der Gesetzgeber Vorrang vor den Verbraucherinteressen eingeräumt. Denn er hat für laufende Ordnungswidrigkeiten- und Strafverfahren einen umfassenden Ausschluss der Verbraucherinformation angeordnet, ohne die Information der Verbraucherinnen und Verbraucher durch aktives behördliches Handeln zu ermöglichen. Das ist nach der Wertung des Gesetzgebers nur in den Fällen des § 40 LFGB und dann auch nur unter den dort geltenden einschränkenden Vorgaben (Abwägungsvorbehalt, Selbsteintrittsrecht des Unternehmers) zulässig. Das gilt auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, das dem Verwaltungsverfahren nachfolgt. Gerade aus dieser Wertung des Gesetzgebers, die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dem Schutz des Unternehmers unbedingten Vorrang vor den Verbraucherinteressen einräumt, folgt eine zeitliche Begrenztheit des auf Verwaltungsverfahren bezogenen engen Ausnahmetatbestandes bei Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften. Die Öffnung der aktiven Informationsgewährung im laufenden Verwaltungsverfahren im Interesse des Verbraucherschutzes kann vor diesem Hintergrund zeitlich nur begrenzt bis zum Beginn eines Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahrens und eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wirken.

Vor diesem Hintergrund kann die Negativliste ihren Zweck kaum erfüllen. Da sich bei gravierenden Fällen stets ein Bußgeldverfahren den Feststellungen der Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften anschließen wird, tritt mit Beginn dieses Verfahrens, der häufig in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsaufnahme bei der amtlichen Überwachung mit dem des Verwaltungsverfahrens stehen wird, eine Sperrwirkung für die Information über Verstöße in Gaststätten und Imbissbuden ein.

#### *bb) Verzicht auf Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren*

Nicht eintreten würde diese Sperrwirkung nur dann nicht, wenn auch und gerade bei der Feststellung gravierender Verstöße auf die Durchführung eines Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahrens verzichtet werden könnte. Dies entspricht in etwa der bisherigen Praxis. Auf die förmliche Einleitung eines Bußgeldverfahrens wird so lange verzichtet, bis eine Veröffentlichung in der Negativliste erfolgt ist<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Dazu *Wollenschläger*, *Verwaltungsinformation* (Fußn. 10), S. 14.

*Holzner*<sup>133</sup> lehnt einen Verzicht auf die Durchführung von Ordnungswidrigkeitenverfahren mit der Begründung ab, dass bei den von der Negativliste erfassten erheblichen Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften das an sich bestehende Ermessen der Behörde zur Einleitung eines solchen Verfahrens soweit reduziert sei, dass sie zum Handeln verpflichtet ist. Dem ist zuzustimmen:

Das Ermessen zur Einleitung eines Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahrens ist rechtlich gebundenes Ermessen<sup>134</sup>. Nach dem Opportunitätsprinzip kann die Behörde zwar von der Einleitung dieser Verfahren absehen. Sie muss indessen vor allem die Schwere des Verstoßes und die Bedeutung für das durch den Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand geschützte Rechtsgut und die Wirkung auf die Öffentlichkeit berücksichtigen. Bei geringer Bedeutung der Tat für das geschützte Rechtsgut und bei geringer öffentlicher Relevanz kommt ein Verzicht auf eine Verfolgung eher in Betracht als bei schwerwiegenden Verstößen. Außerdem ist der Gleichheitssatz zu beachten<sup>135</sup>.

Hiernach kommt bei den Verstößen, die in die Negativliste aufgenommen werden sollen, ein Verzicht auf die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens nicht in Betracht. Aufgenommen werden sollen erhebliche Verstöße und Wiederholungsfälle. Damit sollen gerade solche Sachverhalte erfasst werden, bei denen gravierende Verstöße gegen die Lebensmittelsicherheit und damit Gefahren für die menschliche Gesundheit in Rede stehen. Würde hier auf die Einleitung von Ordnungswidrigkeitenverfahren verzichtet, käme dies dem partiellen Ersatz ordnungsbehördlicher und pönalisierender Instrumente der Gefahrenabwehr durch Information der Verbraucherinnen und Verbraucher gleich. Das ist im vorliegenden Zusammenhang unzulässig:

Gerade im Lebensmittelbereich ist der Gesetzgeber durch die staatliche Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit verpflichtet, durch rechtliche Regelungen dem Bürger ein angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten<sup>136</sup>. Welche Mittel er dazu einsetzt, steht in seinem gesetzgeberischen Ermessen. Dieses ist nur dann verletzt, wenn der Schutz evident unzulässig ist<sup>137</sup>. Allerdings gilt für die Frage, welche Mittel der Gesetzgeber einsetzen muss, das Untermaßverbot. Danach muss der Schutz effektiv sein. Der Gesetzgeber muss ein Mittel wählen, das einen effektiven Schutz des im Einzelfall gefährdeten Rechtsgutes gewährleistet; je höher eine Gefahr für ein im Einzelfall gefährdetes Rechtsgut ist, umso weitergehende Schutzmaßnahmen muss der Gesetzgeber treffen<sup>138</sup>.

Wird bei gravierenden Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften auf die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens zu Gunsten einer Information der Öffentlichkeit verzichtet, muss hierdurch ein effektiver Schutz der durch die lebensmittelrechtlichen Vorschriften geschützten Rechtsgüter, des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung, gewährleistet sein. Für einen solchen effektiven Schutz lässt sich anführen, dass die ordnungsbehördlichen Verwaltungsverfahren, durch die die festgestellten Mängel abgestellt werden sollen, auch weiterhin durchgeführt werden. Die Ursachen für die Gesundheitsgefährdung werden damit beseitigt. In besonders gravierenden Einzelfällen sind auch Betriebsschließungen möglich<sup>139</sup>. Damit steht an sich ein effektives Handlungsinstrumentarium

---

<sup>133</sup> NVwZ 2010 (Fußn. 7), 491.

<sup>134</sup> Dazu: *Bohnert*, OWiG (Fußn. 116), § 47 Rdnr. 1 ff.; *Seitz*, in: *Göhler/Gürtler/Seitz*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 15. Aufl. 2009, § 47 Rdnr. 1 ff., 9 ff.; *Lemke/Mosbacher*, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 2005, § 47 Rdnr. 1 ff, 8.

<sup>135</sup> Zu diesen Kriterien: *Bohnert*, OWiG (Fußn. 118), § 47 Rdnr. 5.

<sup>136</sup> BVerfGE 39, 1, 41 f.; 49, 89, 141 f.; 53, 39, 57; 56, 54, 73; 77, 170, 214; 79, 174, 201 f.

<sup>137</sup> BVerfGE 88, 203, 254

<sup>138</sup> BVerfGE 88, 203, 254. Zum Ganzen auch *Murswiek*, in: *Sachs*, GG (Fußn. 37), Art. 2 Rdnr. 24 ff, 33.

<sup>139</sup> Wegen Unzuverlässigkeit des Betreibers kann eine Gaststättenerlaubnis auch bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften entzogen werden; die Entziehung muss dabei verhältnismäßig sein, was nicht der

zur Gefahrenabwehr zur Verfügung, so dass sich die Frage stellt, ob das Untermaßverbot im vorliegenden Zusammenhang wirklich die Durchführung von Ordnungswidrigkeitenverfahren gebietet.

Dafür lässt sich anführen, dass das Ordnungswidrigkeitenverfahren eine repressive, pönalisierende und präventive, vorsorgende Wirkung hat, die allein durch die Mittel der Gefahrenabwehr nicht erreicht werden können. Durch die Auferlegung der Geldbuße soll der Verstoß für den Unternehmer über den zur Beseitigung des Verstoßes notwendigen Aufwand hinaus spürbar sein. Die Geldbuße soll eine pönalisierende Wirkung mit Straffunktion haben. Gleichzeitig soll damit ein vorsorgender Effekt der Gefahrenabwehr verbunden sein. Die auferlegte Geldbuße soll einen Abschreckungseffekt für zukünftige Verstöße haben und so gewährleisten, dass die lebensmittelrechtlichen Vorschriften zukünftig beachtet werden. Ob hieraus folgt, dass ein Ordnungswidrigkeitenverfahren bei erheblichen Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften geboten ist, ist aber deshalb zweifelhaft, weil dieselben Zwecke auch durch Information der Öffentlichkeit über die Negativliste erreicht werden können: Die Veröffentlichung gravierender Verstöße im Internet kann erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den Unternehmer haben. Zweck ist, den Verbraucher zu motivieren, diese Information in seine Konsumüberlegungen einzubeziehen und sie dabei zu berücksichtigen. Daraus können sich Umsatzeinbußen und damit nicht unerhebliche Folgen ergeben. Hinzu kommt eine Rufschädigung, die ebenfalls wirtschaftlich nachteilige Folgen haben kann. Wirtschaftliche Effekte, die in ihrer Wirkung einer Pönale durch ein Bußgeld gleichkommen, diese bei existenzgefährdender Wirkung auch übertreffen können, lassen sich auch durch öffentliche Informationen erzielen. In der Schwere der Beeinträchtigung für den Betriebsinhaber unterscheiden sich Bußgeldverfahren und Negativliste dabei kaum<sup>140</sup>. In beiden Fällen können erhebliche wirtschaftliche Nachteile eintreten. Allerdings kann die Negativliste wegen ihrer Außenwirkung dauerhafte Wirkung haben und damit im Ergebnis den Betriebsinhaber stärker als ein Bußgeld belasten. Im Unterschied zum Bußgeld ist diese Wirkung freilich nicht sichergestellt. Sie hängt von der autonomen Entscheidung der Verbraucherinnen und Verbraucher ab<sup>141</sup>. Sie kann deshalb eintreten, muss es aber nicht. Auch eine Präventivwirkung lässt sich der Veröffentlichung der Negativliste im Internet nicht absprechen. Ihr Sinn ist gerade auch eine vorsorgende Verhaltenslenkung der Betriebsinhaber. Allein durch die Existenz der Liste sollen sie dazu veranlasst werden, keine Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften zu begehen. Auch diese Wirkung hängt indessen ganz davon ab, ob das Informationsangebot im Internet von den Verbraucherinnen und Verbrauchern genutzt wird und ob sie dann in einem zweiten Schritt ihr Verhalten danach einrichten.

Entscheidend kommt es damit auf die Frage der Geeignetheit des eingesetzten Mittels „Verbraucherinformation im Internet“ statt Durchführung eines Bußgeldverfahrens an. Wegen der Ungewissheit des Verbraucherverhaltens ist die öffentliche Information sicherlich kein gleich geeignetes Mittel wie ein Bußgeldverfahren. Ob deswegen das Untermaßverbot bei Ersetzung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens durch Verbraucherinformation verletzt ist, ist eine Bewertungsfrage. Bezieht man in diese Bewertung die gesetzgeberische Anordnung der Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften ein, wird man freilich der Behörde wegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht nicht die Befugnis einräumen können, zugunsten einer Verbraucherinformation auf die Durchführung eines Bußgeldverfahrens verzichten zu können. De lege ferenda ist dies nach den vorstehenden Feststellungen allerdings zulässig.

---

Fall ist, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen zum Erfolg führen. Dazu: *Michel/Kienzle/Pauly*, Das Gaststättengesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2003, § 4 Rdnr. 17.

<sup>140</sup> Dazu auch *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 10), 492.

<sup>141</sup> Darauf weisen zu Recht hin: *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 10), 492; *Kube*, ZLR 2007 (Fußn. 60), 165, 194.

Als Zwischenergebnis kann damit festgestellt werden, dass der Ausnahmetatbestand des § 2 Satz 1 Nr. 1 b VIG auf die Negativliste Anwendung findet. Die Behörde kann auf der Grundlage der geltenden lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht von sich aus zu Gunsten der Aufnahme bestimmter Tatbestände in die Negativliste auf die Durchführung eines Bußgeldverfahrens verzichten.

*cc) Zeitpunkt der Eröffnung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens*

Von Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings, dass die Eröffnung eines Bußgeldverfahrens im Ermessen der zuständigen Behörden steht. Die Behörde kann im Rahmen der Ermessensbetätigung auch festlegen, wie sie bei der Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens verfährt. Hierzu kann auch die Festlegung von Fristen gehören, die zwischen der Tatbestandsfeststellung bei der behördlichen Überwachung und der Einleitung des Verfahrens liegen. Diese Fristen müssen dabei zwei Anforderungen genügen: Zum einen müssen sie wegen der Bindung an den Gleichheitssatz bei der Betätigung des Ermessens gleichmäßig gehandhabt werden. Zum anderen dürfen sie nicht so gewählt werden, dass damit die Ausnahmetatbestände des § 2 Satz 1 VIG ausgehöhlt werden. Dies wäre rechtsstaatswidrig und verstieße gegen die Bindung an Gesetz und Recht. Werden bei schwerwiegenden Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften Ordnungswidrigkeitenverfahren eröffnet, steht der Behörde hiernach kein freies Ermessen darüber zu, zu welchem Zeitpunkt dies geschieht. Jedenfalls darf die Behörde den Beginn der Verfahren nicht zeitlich so staffeln, dass es ihr ermöglicht wird, vor Geltung des Ausnahmetatbestandes „Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren“ des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG eine aktive Verbraucherinformation über den Verstoß in die Negativliste einzustellen.

Folge davon ist, dass der Zweck der Negativliste über die Ermächtigung zu einer aktiven Information in § 5 Satz 2 VIG nicht verwirklicht werden kann. In der Regel muss der Abschluss des Bußgeldverfahrens abgewartet werden; vorher können Informationen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, häufig nicht ins Internet eingestellt werden. Eine zeitnahe Information über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften im Internet und damit eine Aufklärung der Verbraucher ist damit auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht immer zeitnah möglich.

§ 5 Satz 2 VIG in der geltenden Fassung ist deshalb wegen des Ausschlusstatbestandes des § 2 Satz 1 Nr. 2 b VIG als Grundlage für eine Negativliste, die ihren Zweck erreichen soll, ungeeignet.

*dd) Regelungsmöglichkeit zur Verbesserung der Vollzugsfähigkeit der Negativliste*

Soll die Negativliste ihren Zweck erfüllen, ist es notwendig, die strikte Bindung an den Ausnahmetatbestand „Straf- und Bußgeldverfahren“ in § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG für den Fall von aktiven Verbraucherinformationen zu lockern. Das ist rechtlich zulässig, denn diese Bestimmung dient zwar auch dem Schutz der Rechte der Betroffenen. Vorrangig hat sie jedoch – ähnlich wie vergleichbare Regelungen in §§ 8 Abs. 1 Nr. 3 UIG, 3 Nr. 1 lit. g IFG – den Schutz der Rechtspflege und den Schutz des Gesetzesvollzuges im Auge<sup>142</sup>. Unter dem zuletzt genannten Gesichtspunkt ist der Ausnahmetatbestand des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG verfassungsrechtlich nicht geboten. Insoweit muss dem Zweck dieses Ausnahmetatbestandes bei einer aktiven Verbraucherinformation durch die zuständigen Behörden nicht Rechnung getragen zu werden. Das zeigt – einfachgesetzlich - § 8 IFG, der eine Weitergabe von Informationen, die Rechte Dritter betreffen, ohne Rücksicht auf ein laufendes Verfahren des Dritten zulässt, dessen Schutz freilich prozedural durch Einbeziehung des Dritten in das Verfah-

---

<sup>142</sup> Beck, VIG (Fußn. 95), § 2 Anm. 2.4. Für § 3 Satz 1 lit. g IFG in diesem Sinne: Matthias Rossi, Verbraucherinformationsgesetz, Kommentar, 2006, § 3 Rdnr. 29; Friedrich Schoch, Verbraucherinformationsgesetz, Kommentar, 2009, § 3 Rdnr. 74.

ren und eine vollziehbare Entscheidung gegenüber dem Dritten gewährleistet. Letzteres ist rechtlich – auch im VIG – geboten. Betroffene sollen grundsätzlich Rechtsschutz erlangen können, bevor eine Information über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften weitergegeben wird, die nachteilige Folgen für sie haben kann. Sie sollen vorher effektiven Rechtsschutz erlangen können und so vor Folgen bei unberechtigter Verfolgung durch die Behörden geschützt werden. Die Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz erlangen zu können, bevor eine Veröffentlichung von Vorgängen in der Negativliste – möglicherweise irreversible – Folgen zeitigt, ist angesichts der Notwendigkeit des Grundrechtsschutzes durch Verfahren und von Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich geboten<sup>143</sup>. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, in das VIG Regelungen aufzunehmen, die dieses Ziel auch tatsächlich gewährleisten:

- Die Betroffenen sind über die Absicht, Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften in der Negativliste zu veröffentlichen, zu unterrichten<sup>144</sup>. Erst dies setzt sie in die Lage, effektiven Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung erlangen zu können. Das VIG sollte entsprechend ergänzt werden.
- Nach Benachrichtigung ist vor der Veröffentlichung eine Frist einzuhalten, um den Betroffenen Gelegenheit zu geben, Rechtsschutz zu erlangen. Eine Frist von zwei Wochen ist hierzu angemessen<sup>145</sup>. Dabei ist einerseits berücksichtigt, dass die Betroffenen in dieser Frist tatsächlich in der Lage sind, ein Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes einzuleiten. Andererseits wird durch diese Frist dem Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher Rechnung getragen, aktuelle Informationen über die Negativliste zu bekommen, die sie ihrer Konsumentscheidung auch wirklich zugrundelegen können.
- Lässt der Betroffene die Frist verstreichen, kann die Information in die Negativliste eingestellt werden.
- Ansonsten sollte geregelt werden, dass die Entscheidung über die Aufnahme von Tatbeständen in die Negativliste sofort vollziehbar sein muss<sup>146</sup>.

#### **d) Verfahrensanforderungen**

Auch für die aktive Verbraucherinformation nach § 5 Satz 2 VIG gelten die Verfahrensanforderungen des § 4 Abs. 1 VIG. Betroffene Dritte sind auch hier unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 VIG anzuhören<sup>147</sup>. Diese Verfahrensanforderungen sind bei der Negativliste gewahrt, da betroffene Dritte mit einer Frist von vier Wochen angehört werden.

Weitere Verfahrensanforderungen stellt § 5 Satz 2 VIG nicht auf. Diskutiert wird über vier weitere – ungeschriebene - Verfahrensregeln, nämlich

- ein Gleichbehandlungsgebot für alle betroffenen Unternehmen,
- ein Selbsteintrittsrecht des Unternehmers entsprechend § 40 Abs. 2 LFGB
- ein Gebot der Korrektur der Liste nach Mängelbeseitigung und
- eine Pflicht zur Unterrichtung der Betroffenen.

##### *aa) Gebot der Gleichbehandlung aller betroffenen Unternehmen*

---

<sup>143</sup> Dazu noch unten in diesem Abschnitt d dd.

<sup>144</sup> Dazu auch unten in diesem Abschnitt d dd.

<sup>145</sup> Wie hier: *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 33.

<sup>146</sup> Ebenso: *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 33. Dies entspricht auch § 8 IFG.

<sup>147</sup> *Grube/Weyland*, VIG (Fußn. 93), § 5 Rdnr. 3; *Holzner*, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 492.

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, im Verwaltungsverfahren vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln. Für die Aufstellung der Negativliste ergibt sich daraus Folgendes:

- Die Auswahl der Betriebe, die einer Kontrolle unterzogen werden und die damit Gefahr laufen, in die Negativliste aufgenommen zu werden, muss nach für alle gleichen Kriterien erfolgen. *Holzner*<sup>148</sup> folgert daraus, dass die Behörde sicherzustellen habe, dass „eine flächendeckende, lückenlose als auch zeitlich unmittelbar folgende und damit personal- und sachmittelintensive Erfassung sowie Überwachung aller Betriebe gewährleistet ist“. Anderenfalls trete eine Verzerrung des Wettbewerbs ein. Diese Anforderungen sind angesichts der Finanz- und Personalsituation in den Berliner Bezirken praktisch nicht zu verwirklichen. Sie sind rechtlich aber auch nicht geboten. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG lässt bei seiner Anwendung durchaus Differenzierungen zu. Gleichbehandelt werden müssen nur gleiche Sachverhalte, gibt es Unterschiede, können sich daraus auch Unterschiede in der Sachbehandlung ergeben. Das BVerfG sieht den Gleichheitssatz vor allem dann als verletzt an, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“<sup>149</sup>. Legt man diesen Maßstab zugrunde, darf beim Verwaltungsvollzug aus sachlichen Gründen durchaus eine unterschiedliche Behandlung unterschiedlicher Sachverhalte erfolgen. Voraussetzung ist dabei freilich, dass diese Differenzierung in der Sache gerechtfertigt und zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist<sup>150</sup>. Der Kontrolle von Gaststätten, Imbissbuden und anderen lebensmittelverarbeitenden Betrieben liegt ein risikobasierter Ansatz zugrunde. Hiernach werden die Unternehmen, die wegen der dort verarbeiteten Lebensmittel oder weil sie gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen haben, häufiger kontrolliert als andere Betriebe. Dieser Ansatz, der den EU-rechtlichen Vorgaben der Risikobewertung im Vollzug des Lebensmittelrecht (vgl. Art. 6 VO (EG) 178/2003) entspricht, ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar, weil in geeigneter Weise und unter Beachtung des Übermaßverbotes unterschiedlichen Gefährdungen der menschlichen Gesundheit, die von diesen Betrieben ausgehen können, in der gebotenen differenzierten Weise Rechnung getragen wird. Im Vollzug ist es freilich geboten, diese Praxis, die eine Selbstbindung der Behörde zur Folge hat<sup>151</sup>, gleichmäßig anzuwenden und hiervon nicht ohne Grund abzuweichen<sup>152</sup>. Im Ergebnis kann die Anwendung des risikobasierten Ansatzes dazu führen, dass Unternehmen mit einem hohen Gefährdungspotential eher in die Negativliste aufgenommen werden, weil sie in der Tendenz häufiger kontrolliert werden. Dies findet seine sachliche Rechtfertigung allerdings in dem erhöhten Gefährdungspotential, das von diesen Betrieben ausgeht. In praktischer Hinsicht ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass in Berlin 2/3 der Gaststättenbetriebe jährlich einer Kontrolle unterzogen werden. Dies verdeutlicht, dass eine gleichmäßige Kontrolle orientiert an für alle gleichermaßen geltenden Grundsätzen stattfindet.

---

<sup>148</sup> NVwZ 2010 (Fußn. 10), 492

<sup>149</sup> BVerfGE 55, 72, 88. St. Rechtsprechung des erster Senats des BVerfG: BVerfGE 88, 126, 146; 84, 133, 157; 84, 197, 199; 84, 348, 395; 85, 191, 210; 85, 238, 244; 85, 360, 383; 87, 1, 36; 87, 234, 255; 88, 5, 12; 95, 39, 45.

<sup>150</sup> Zu diesen Aspekten der Beachtung des Gleichheitssatzes: *Osterloh*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 3 Rdnr. 19 ff.

<sup>151</sup> BVerfGE 73, 73, 280, 299 f.; BVerwGE 44, 72, 74 f.; NJW 1988, 2907, NVwZ 1998, 273; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 24 Rdnr. 21 ff.; *Osterloh*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 3 Rdnr. 117 f.

<sup>152</sup> Die Notwendigkeit einer gleichmäßigen Verwaltungspraxis betont auch *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 32

- In der Negativliste sind die Ergebnisse der amtlichen Kontrollen nach den gleichen Grundsätzen zu dokumentieren. Hieraus wird gefolgert, eine differenzierte Wiedergabe von Fotos im Internet sei wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG unwirksam<sup>153</sup>. Dem ist nicht zu folgen. Die differenzierte Darstellung von Fotos beruht darauf, dass nicht immer die Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften durch Fotos dokumentiert werden können. Diese Differenzierung ist sachgerecht und deshalb mit Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG vereinbar. Allerdings folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG die rechtliche Verpflichtung, in allen Fällen Fotos nach den gleichen Maßstäben ins Internet einzustellen bzw. hierauf zu verzichten.

*bb) Selbsteintrittsrecht des Unternehmers entsprechend § 40 Abs. 2 LFGB?*

*aaa) Notwendigkeit der entsprechenden Anwendung des § 40 Abs. 2 Satz 1 LFGB?*

Nach § 40 Abs. 2 LFGB ist die aktive Information der Öffentlichkeit nur subsidiär zulässig, wenn andere ebenso wirksame Maßnahmen, insbesondere eine Information der Öffentlichkeit durch den Lebensmittelunternehmer selbst, nicht oder nicht rechtzeitig getroffen werden oder die Verbraucherinnen und Verbraucher nicht erreichen. Unter Hinweis darauf, eine aktive Information nach § 5 Satz 2 VIG sei einer Warnung gleichzustellen, so dass hierfür die verfassungsrechtlichen Regelungen über Warnungen Anwendung finden, wird dafür plädiert, § 5 Satz 2 VIG verfassungskonform dahin zu interpretieren, dass die Behörde in den Fällen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 VIG nur unter den Voraussetzungen des § 40 LFGB informieren dürfe. Insbesondere müsse die Behörde dem Lebensmittelunternehmen in diesen Fällen die Möglichkeit geben, den Verbraucher selbst zu informieren<sup>154</sup>.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Für die Negativliste folgt dies schon daraus, dass die Information durch den Lebensmittelunternehmer kein gleich geeignetes Mittel darstellt. Diese Information erreicht nämlich, wird sie z. B. über das Internet verbreitet, voraussichtlich den Verbraucher nicht. Jedenfalls ist der Aufwand, diese Information zu erhalten, für ihn größer als der Blick in die Negativliste. Entscheidend aber ist, dass der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG gerade kein Selbsteintrittsrecht normiert hat. Eine allgemeine Verbraucherinformation soll nach dieser Regelung auch dann durch die Behörde gegeben werden können, wenn der Lebensmittelunternehmer sie auch selbst geben könnte. Grund dafür ist, dass § 40 LFGB der Gefahrenabwehr und Risikoprävention dient; es geht gerade darum, durch Information (Gesundheits-)gefahren, die von Lebensmitteln ausgehen, abzuwehren. In diesem Zusammenhang kann auch die Selbstinformation durch den Lebensmittelunternehmer ein gleich geeignetes Mittel wie die staatliche Information sein. Das Selbsteintrittsrecht dient im Falle des § 40 LFGB der Effektivität der Gefahrenabwehr. Demgegenüber dient § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG der schlichten Verwaltungsinformation<sup>155</sup>. Die Regelung soll die Behörde in die Lage versetzen, zur Aufklärung des Verbrauchers ohne Rück-

<sup>153</sup> Holzner, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 493.

<sup>154</sup> Werner, Verbraucherinformation ohne Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit, ZLR 2008, 115, 124 f.; Borchert, in: Beyerlein/Borchert, VIG (Fußn. 95), § 5 Rdnr. 9. Ähnlich auch Holzner, NVwZ 2010 (Fußn. 7), 493: Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei die amtliche Unterrichtung der Öffentlichkeit Ultima Ratio; ebenso wirksame Maßnahmen, insbesondere die Information durch den Lebensmittelunternehmer seien vorrangig. Ähnlich auch Schoch, NJW 2010 (Fußn. 12), 2247: Es gelte wegen des Übermaßverbotes der Vorrang privater Initiative; die Vorrangregel des § 40 Abs. 2 Satz 1 LFGB könne deshalb im allgemeinen Verbraucherinformationsrecht zur Geltung gebracht werden.

<sup>155</sup> Zu diesen Unterschieden schon oben und Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 13 m. w. Nachw.

sicht auf eine konkrete Gefahrenlage die Öffentlichkeit über verbraucherrelevante Fragen zu unterrichten.

Verfassungsrechtlich geboten ist es auch keineswegs, dass dem Lebensmittelunternehmer die Möglichkeit gegeben werden muss, die Informationen selbst öffentlich zu machen. Denn im Rahmen der vor einer aktiven Veröffentlichung notwendigen Ermessensbetätigung ist auch die Verhältnismäßigkeit der amtlichen Veröffentlichung zu prüfen; hierbei mag im Einzelfall auch ein Selbsteintrittsrecht als milderes Mittel in Betracht kommen<sup>156</sup>.

#### bbb) Negativer Smiley de lege ferenda?

Bei Beachtung des Übermaßverbotes, dem im vorliegenden Zusammenhang erhebliche Bedeutung zukommt<sup>157</sup>, ist de lege ferenda allerdings erwägenswert, dem Unternehmer alternativ zur Veröffentlichung in der Negativliste die Möglichkeit zu geben, über einen Negativsmiley und den Aushang der Überwachungsergebnisse in seinen Geschäftsräumen auf den Verstoß aufmerksam zu machen und auf diese Weise selbst die Verbraucherinnen und Verbraucher zu unterrichten. Diese Vorgehensweise ist indessen unzweckmäßig. Sie sieht sich folgenden Einwänden ausgesetzt:

- Zum einen ist ein solches Vorgehen nicht verlässlich. Eine Kontrolle lässt sich nicht sicher durchführen.
- Zum anderen erreicht die Information die Verbraucherinnen und Verbraucher nicht in gleicher Weise wie eine Negativliste. Sie erhalten Kenntnis erst in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrer Konsumentenentscheidung, nämlich bei Betreten der Gastwirtschaft. Dann aber ist es häufig schon zu spät, weil es nicht selten an der notwendigen Zivilcourage fehlen dürfte. Jedenfalls ist dieses Vorgehen nicht gleich effizient wie die Negativliste.
- Schließlich gibt es für die Betroffenen auch graduelle Unterschiede, die ein solches Vorgehen als gleichheitswidrig erscheinen lassen. Wer nicht zur Veröffentlichung in seinen Geschäftsräumen bereit ist, findet sich in der Negativliste wieder, und zwar unabhängig von davon, ob sein Verstoß im Einzelfall weniger schwer wiegt.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich nicht, bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften den Negativsmiley und das Aushängen der Untersuchungsergebnisse bei einer Änderung des VIG als vom Betroffenen selbst wählbare Alternativen vorzusehen.

Eine zusätzliche Regelung über den Smiley ist allerdings sinnvoll, damit Endverbraucherinnen und –verbraucher sich auch im Geschäftslokal über die Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften unterrichten und dies vor Ort in ihre Konsumententscheidung einbeziehen können.

#### cc) Gebot der Korrektur der Negativliste nach Mängelbeseitigung

*Holzner*<sup>158</sup> sieht Art 12 Abs. 1 GG auch dadurch als verletzt an, dass die Veröffentlichung von Verstößen in der Negativliste im Wiederholungsfall trotz Mängelbehebung erfolgt. Rechtlich unzulässig sei es auch, dass der Eintrag in die Negativliste, der bei im Zeitpunkt der Nachkontrolle nicht behobenen Mängeln vorgenommen wird, nicht unmittelbar nach einer Beseitigung des Mangels, sondern erst nach der – beanstandungsfreien – nächsten Routinekontrolle gelöscht wird.

---

<sup>156</sup> Wie hier auch *Wollenschläger*, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 13

<sup>157</sup> So mit Recht *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2247.

<sup>158</sup> NVwZ 2010 (Fußn. 7), 493.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt für veröffentlichte Informationen das Gebot der inhaltlichen Richtigkeit. Übermittelte Tatsachenbehauptungen müssen zutreffen<sup>159</sup>. Die öffentliche Darstellung darf auch nicht unvollständig sein<sup>160</sup>. Hiernach ist die bei der Negativliste geübte Praxis jedenfalls dann bedenklich, wenn in Wiederholungsfällen bei der Veröffentlichung nicht darauf hingewiesen wird, dass eine Mängelbeseitigung inzwischen erfolgt ist. Denn dann ist die Information nicht vollständig und gibt den Sachverhalt nicht zutreffend wieder. Allerdings ist es nicht zu beanstanden, Wiederholungsfälle trotz Mängelbeseitigung in die Negativliste aufzunehmen. Ihr Zweck besteht darin, Verbraucherinnen und Verbrauchern ein Informationsinstrument an die Hand zu geben, das sie in die Lage versetzt, ihre Konsumententscheidung auch unter Berücksichtigung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften in bestimmten Lebensmittelbetrieben zu treffen. Für diese Entscheidung ist die Frage, ob ein einmaliger Verstoß vorliegt oder ob mehrfach lebensmittelrechtlichen Vorschriften zuwider gehandelt worden ist, von großer Wichtigkeit. Wiederholte Verstöße haben bei dieser Entscheidung ein anderes Gewicht als ein einmaliger Vorfall. Vor diesem Hintergrund entspricht es gerade dem Zweck der Negativliste, Wiederholungsfälle trotz Mängelbeseitigung zu veröffentlichen. Dabei muss freilich, wie erwähnt, auf die Mängelbeseitigung hingewiesen werden. Der Vorwurf, es werde eine falsche Information veröffentlicht, trifft dann im Übrigen auch nicht zu. Im Rahmen der bei der Ermessensbetätigung durchzuführenden umfassenden Abwägung des Informationsinteresses der Öffentlichkeit mit entgegenstehenden Interessen des Lebensmittelunternehmers können seine wirtschaftlichen Interessen, die ggfs. einer Veröffentlichung trotz Mängelbeseitigung entgegenstehen, Berücksichtigung finden. Sie werden umso eher zu einem Ausschluss der Veröffentlichung im Wiederholungsfall führen, je geringer das Gewicht des Verstoßes gegen das Lebensmittelrecht im Einzelfall ist und je geringer die Zahl der Wiederholungsfälle ist.

Letztlich ist die Behörde auch nicht verpflichtet, unmittelbar nach Behebung des Mangels, der auch bei der Nachkontrolle nicht beseitigt war, eine Löschung des Eintrags aus der Negativliste vorzunehmen. Sie darf bis zur nächsten Routinekontrolle warten. Denn die Liste unterrichtet über festgestellte Mängel. Sie muss deshalb nicht zu jederzeit aktuell sein, sondern kann bei der Frage der Löschung von Einträgen auch die üblichen Verwaltungsabläufe berücksichtigen. Allerdings ist es aus Gründen des Schutzes der betroffenen Lebensmittelunternehmer erforderlich, ein (Antrags-)Verfahren vorzusehen, das es ermöglicht, eine Eintragung zu löschen, wenn nachgewiesen wird, dass die Mängel beseitigt sind. Dies ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit rechtlich geboten.

#### *dd) Unterrichtung der Betroffenen*

Wird ein Informationszugang auf Antrag gewährt, ist nach § 4 Abs. 3 Satz 2 VIG die Entscheidung über den Informationszugang betroffenen Dritten bekannt zu geben. Diese sollen hierdurch die Möglichkeit haben, vor Übermittlung der sie betreffenden Daten an den Antragsteller Rechtsmittel einlegen und so effektiven Rechtsschutz erlangen zu können. Dies folgt aus § 4 Abs. 3 Satz 3 VIG, wonach ein Informationszugang erst erfolgen darf, wenn die Entscheidung bestandskräftig ist oder zwei Wochen nach der Anordnung der sofortigen Vollziehung<sup>161</sup>. Einen solchen Schutz für den betroffenen Unternehmer sieht das VIG bei aktiver antragsunabhängiger Informationserteilung nicht vor. § 5 Abs. 1 Satz 2 2. HS VIG verweist lediglich auf die Regelung über die Anhörung des Betroffenen in § 4

<sup>159</sup> BVerfGE 105, 252, 276. Auch: BVerwG, NJW 1991, 1770, 1771; BayVGH NVwZ 1996, 793 ff.; HessVGH DVBl 1996, 819 ff.; Gusy, Informationsbeziehungen (Fußn. 33), § 23 Rn 109.

<sup>160</sup> BVerfGE 105, 252, 271; Gusy, ebd. (Fußn. 159).

<sup>161</sup> Zu dieser Zielsetzung des § 4 Abs. 2 Satz 2 VIG: Beyerlein, in: Beyerlein/Borchert, VIG (Fußn. 95), § 4 Rdnr. 34. Kritisch dazu Schomerus/Tolkmitt, Informationsfreiheit durch Zugangsvielfalt? – Ein Vergleich der Informationszugangsrechte nach IFG, UIG und VIG, DÖV 2007, 985, 991, die hierin eine Gefahr für eine zügige Gewährung des Informationszugangs sehen.

Abs. 1 UIG, nicht hingegen auf die in § 4 Abs. 2 Satz 2, 3 UIG geregelte Bescheidung Drittbetroffener und die Wartefristen. De lege lata gelten diese Bestimmungen deshalb bei einer aktiven Verbraucherinformation nicht.

Ob sie verfassungsrechtlich geboten sind, erscheint zweifelhaft, denn Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nur das Offenstehen des Rechtsweges gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt. Dem einfachen Gesetzgeber bleibt es hingegen nach politischem Gestaltungsermessen überlassen, das Verfahren unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu gestalten<sup>162</sup>. Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz können von der Negativliste nachteilig betroffene Dritte aber unabhängig von einer Bescheidung oder der Normierung von Wartefristen erlangen. Dieser Gesichtspunkt ist freilich nicht entscheidend. Die angesprochenen verfahrensrechtlichen Regelungen dienen nicht allein der Möglichkeit Dritter, effektiven Rechtsschutz zu erlangen. Sie sollen auch und vor allem den Schutz ihrer Rechte durch Verfahren bewirken. Unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren und zur prozeduralen Absicherung der durch die aktive Informationsgewährung betroffenen Rechtsgüter der Betriebsinhaber spricht deshalb alles dafür, dass eine derartige Verfahrensregelung erforderlich ist<sup>163</sup>. Für den vergleichbaren Fall der Betroffenheit eines Dritten durch Weitergabe einer Verwaltungsinformation sieht § 8 Abs. 2 UIG ein Verfahren vor, das den Schutz des Dritten eben aus den genannten Gründen bezweckt. Hiernach gelten folgende Regelungen:

- Dritten ist schriftlich innerhalb eines Monats Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- Die Entscheidung über den Informationszugang ist schriftlich zu treffen und dem Dritten bekannt zu geben.
- Der Informationszugang darf erst gewährt werden, wenn die Entscheidung dem Dritten gegenüber bestandskräftig ist oder die sofortige Vollziehung angeordnet ist und seit der Bekanntgabe der Anordnung an den Dritten zwei Wochen verstrichen sind.

De lege ferenda ist es sinnvoll, auch im UIG in Anlehnung an § 8 Abs. 2 IFG eine solche Verfahrensbestimmung zu treffen. Zumindest sollte es Drittbetroffenen möglich sein, vor Veröffentlichungen von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften in der Negativliste einstweiligen Rechtsschutz suchen zu können. Dazu bietet es sich an, neben der Bescheidung des Drittbetroffenen eine Wartefrist von zwei Wochen vorzusehen. Innerhalb dieser Frist hat der Drittbetroffene die Möglichkeit, beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zu stellen. Wird dieser gestellt, sollte die Entscheidung des Verwaltungsgerichts abgewartet werden.

Nicht sinnvoll ist es hingegen, die Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 3 UIG über die Notwendigkeit der Bestandskraft der Entscheidung auf die Veröffentlichung von Informationen in der Negativliste anzuwenden. Hierdurch würde die Aktualität der Negativliste in erheblichem Maße gefährdet. Der Schutz der berechtigten Interessen Drittbetroffener kann in ausreichendem Maße durch das Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes und die dort vorgesehene Interessenabwägung erfolgen<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rdnr. 177; Krüger, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 19 Rdnr. 133.

<sup>163</sup> BVerfG, NJW 2007, 1052, das für die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten wegen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung eine vorherige Anhörung betroffener Dritter verlangt. Ebenso zur Notwendigkeit prozeduralen Schutzes zu § 8 Abs. 1, 2 IFG: Rossi, IFG (Fußn. 142), § 8 Rdnr. 1; Schoch, IFG (Fußn. 142), 2009, § 8 Rdnr. 2, 6; Ziekow/Debus, in: Fluck/Theuer, UIG, IFG, UIG, Kommentar, Loseblatt, Stand: 2009, § 8 IFG, Rdnr. 11.

<sup>164</sup> Im Ergebnis wie hier: Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 15 f.

### e) Abwägung mit den Interessen der betroffenen Unternehmen

Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 i. V. § 4 Abs. 1 Satz 3 VIG ist über die Informationsgewährung unter Abwägung der Interessen an der Veröffentlichung und denen des Antragstellers zu entscheiden, wenn dem Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde.

In dieser Weise wird bei der Negativliste verfahren: Den betroffenen Gastwirten und lebensmittelverarbeitenden Unternehmen wird Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben; über die Veröffentlichung in der Negativliste wird unter Abwägung mit ihren Interessen entschieden.

In die Abwägung hat die Behörde zunächst die vom Betroffenen in der Anhörung vorgetragene Aspekte einzubeziehen. Insbesondere ein Vorbringen, aus dem sich nachvollziehbare Gründe für den Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften ergeben und das geeignet ist, einen Schuldvorwurf zu entkräften, hat die Behörde in die Entscheidung einzustellen. Da für die Veröffentlichung in der Negativliste an die Schwere der Vorwürfe angeknüpft wird und i.d.R. nur solche Verstöße publik gemacht werden, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen, kommt solchen Umständen trotz der Verschuldensunabhängigkeit der ordnungsbehördlichen Haftung ein besonderes Gewicht in der Interessenabwägung zu.

Weiter sind in diesem Zusammenhang die personenbezogenen Daten der Dritten von Bedeutung. Zwar werden solche Daten in der Negativliste nicht veröffentlicht, da hier nicht der Name des Betreibers, sondern lediglich die Betriebsdaten und die Art des Verstoßes dokumentiert werden<sup>165</sup>. Der Betreiber ist freilich leicht bestimmbar. Seiner Individualisierbarkeit kommt in Rahmen der Abwägung deshalb durchaus Gewicht zu. Hieraus kann freilich nicht gefolgert werden dass eine Veröffentlichung dieser – mittelbar erfassten – personenbezogenen Daten oder anderer personenbezogenen Daten in der Negativliste generell unzulässig ist<sup>166</sup>. Entscheidend ist, ob diese Preisgabe personenbezogener Daten und die Möglichkeit der Individualisierbarkeit verhältnismäßig sind. Das ist vor allem abhängig von der Schwere des Verstoßes. Da generell nur schwerwiegende Verstöße in die Negativliste aufgenommen werden, kommt der Individualisierbarkeit der Verstöße in der Regel kein Vorrang vor den mit der Negativliste verfolgten Zwecken der Verbraucherinformation zu.

Hat sich der Betroffene in der Anhörung nicht geäußert, ist die Behörde nicht verpflichtet, nach schützenswerten Interessen Dritter zu suchen; denn dem Dritte ist durch die Anhörung die Möglichkeit eingeräumt worden, seine Belange und Interessen zu artikulieren<sup>167</sup>.

Generell sind im Übrigen folgende Aspekte in die Abwägung einzustellen:

- Informationsinteresse der Verbraucherinnen und Verbraucher
- Schwere des Verstoßes
- Wiederholungsfälle
- Zeitraum des Verstoßes
- Zeitliche Nähe zur Veröffentlichung
- Unsicherheiten über das Vorliegen eines Verstoßes

Zu diesen Aspekten ist, wie sich aus dem Ablaufschema über die Aufnahme von Verstößen in die Negativliste ergibt, eine Verwaltungspraxis festgelegt worden, die vor allem ein gleichmäßiges Vorgehen gewährleisten und damit dem Gleichheitssatz Genüge tun soll. Eine solche Festlegung ist vor

<sup>165</sup> Wollenschläger, Verbraucherinformation (Fußn. 10), S. 30.

<sup>166</sup> So aber: Grube/Weyland, VIG (Fußn. 93), § 4 Rdnr. 8.

<sup>167</sup> Beyerlein, in: Beyerlein/Borchert, VIG (Fußn. 95), § 4 Rdnr. 31.

dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur zulässig, sondern rechtlich auch geboten. Die hierdurch bewirkte rechtliche Bindung des Ermessens muss freilich rechtlich zulässig und damit vor allem verhältnismäßig sein. Das ist, wie oben näher erläutert, der Fall<sup>168</sup>.

#### **f) Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich damit folgendes feststellen:

- § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG stellt neben § 40 LFGB eine eigenständige Rechtsgrundlage für aktive Verbraucherinformationen dar.
- Die Negativliste kann auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG veröffentlicht werden. Die Ergebnisse der Überwachung stellen Sachverhalte dar, die dem Informationszugang nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften) und Nr. 5 VIG (Überwachungsmaßnahmen) unterliegen.
- Vor Veröffentlichung muss das zugrundeliegende Verwaltungsverfahren nicht bestandskräftig abgeschlossen sein.
- Die Ausnahmetatbestände des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG finden mit der Folge Anwendung, dass die Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften zwar während eines laufenden Verwaltungsverfahrens, nicht aber mehr während eines laufenden Straf- oder Bußgeldverfahrens oder eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, bei dem diese Informationen Verfahrensgegenstand sind, veröffentlicht werden dürfen.
- Auf die Durchführung eines Bußgeldverfahrens kann die Behörde wegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht nicht verzichten. Unzulässig ist als Umgehung des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG auch ein Hinausschieben der Eröffnung des Bußgeldverfahrens bis zu einem Zeitpunkt nach der Veröffentlichung des Verstoßes in der Negativliste. Rechtlich zulässig ist eine Regelung, die es der Behörde gestattet, auch vor Abschluss des Bußgeldverfahrens eine Veröffentlichung in der Negativliste vorzunehmen, wenn eine sofort vollziehbare Entscheidung vorliegt und eine angemessene Frist von zwei Wochen verstrichen ist.
- Vor der Veröffentlichung von Verstößen in der Negativliste sind die Betroffenen anzuhören.
- Die Behörde entscheidet über die Veröffentlichung nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei hat sie die Belange der Betroffenen in die Ermessensausübung ebenso einzustellen, wie die Schwere und Häufigkeit des Verstoßes und das Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher an einer Information.
- Die Entscheidung über die Veröffentlichung ist den Betroffenen bekannt zu geben. Eine dahin gehende Regelung sollte in das VIG aufgenommen werden.
- Ein Selbsteintrittsrecht der Betroffenen entsprechend § 40 Abs. 2 Satz 1 LFGB besteht nicht.
- Die Behörde muss den Gleichheitssatz zur Gewährleistung von Wettbewerbsgleichheit aller beachten und damit eine gleichmäßige Kontrolle der Betriebe gewährleisten, wobei sie den risikobasierten Ansatz zugrundelegen kann.
- Die Korrektur der Negativliste erst nach der nächsten Kontrolle ist ebenso zulässig wie die Aufnahme eines inzwischen behobenen Verstoßes im Wiederholungsfall oder bei fehlender Abhilfe bei der Nachkontrolle. Allerdings sollte ein Verfahren vorgesehen werden, das es in diesen Fällen auf Antrag der Betroffenen gestattet, die Negativliste zu korrigieren.

---

<sup>168</sup> Dazu oben

#### **IV. Regelungsvorschlag**

##### **1. Notwendigkeit einer Regelung**

Die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Prüfung hat ergeben, dass die Negativliste nach der Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zulässig ist, dass hieran allerdings in der juristischen Literatur erhebliche Bedenken erhoben werden. Wenngleich diese Bedenken nicht berechtigt sind, ergeben sich hieraus jedoch Zweifel daran, ob die Negativliste in der Rechtsprechung Bestand haben wird. Die einfachgesetzliche Prüfung hat darüber hinaus ergeben, dass die Ermächtigung in § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG zwar die Veröffentlichung einer Negativliste gestattet, dass das Verfahren nach § 4 VIG indessen wegen der fehlenden Bescheidung der Drittbetroffenen lückenhaft ist und überdies der Ausnahmetatbestand des § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG, der eine Sperrwirkung für die Veröffentlichung während eines laufenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens anordnet, die Aktualität der Negativliste nicht unerhebliche beeinträchtigt. Überdies werden in der juristischen Literatur in Einzelfragen bei der Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG erhebliche - teils verfassungsrechtlich untermauerte - Bedenken erhoben, die freilich letztlich nicht begründet sind. Selbst wenn sich bei Durchsicht der kritischen literarischen Stellen der Eindruck aufdrängt, dass diese ausschließlich die Perspektive der Drittbetroffenen widerspiegeln und verbraucherpolitische Aspekte zum Teil noch nicht einmal artikuliert, geschweige denn gewichtet werden, sind die massiv vorgetragenen Einwände ernst zu nehmen. Vor allem im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung lässt sich nicht zuletzt wegen der festgestellten verfahrensrechtlichen Defizite und der faktischen Unsicherheiten darüber, ob der Sperrwirkung von Ordnungswidrigkeitenverfahren bei der Veröffentlichung von Verstößen in der Negativliste stets Rechnung worden ist, nicht ausschließen, dass drittbetroffene Kläger erfolgreich sind. Für das Projekt „Negativliste“ und Smiley könnte dies nicht unerhebliche Folgen haben. Der damit einhergehende Nimbus der Rechts- und Verfassungswidrigkeit könnte zur Beendigung dieses Projektes führen. Verbraucherpolitisch wäre dies ein erheblicher Rückschritt. Vor diesem Hintergrund sollte eine Regelung angestrebt werden, gegen die rechtliche Bedenken bei Veröffentlichung der Negativliste nicht erhoben werden können, weil sie die gegen die jetzt geltende Regelung erhobenen Einwände aufgreift und insbesondere Veränderungen im Verfahren bringt.

Bis zum Erlass einer solchen Bestimmung kann das Projekt allerdings – wenn auch mit gewissen Modifikationen – weitergeführt werden. Modifikationen sind in folgender Hinsicht erforderlich:

- Es ist sicherzustellen, dass die Betroffenen (Gastwirte, Betreiber von Imbissbuden) darüber unterrichtet werden, dass die von ihnen begangenen Verstöße ins Internet eingestellt werden.
- Das Verfahren der Eröffnung von Bußgeldverfahren sollte durch Erlass geregelt werden, um Klarheit darüber zu schaffen, welcher Zeitraum zwischen der Überwachung und dem Beginn eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens liegt. Nur so ist es möglich, für alle Betroffenen gleiche Regeln anzuwenden, die der Sperrwirkung der Bußgeldverfahren nach § 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b VIG Rechnung tragen, zugleich aber auch eine Aktualität der Negativliste sicherstellen können.
- Schließlich sollte eine Möglichkeit der Korrektur der Negativliste auf Antrag für den Fall vorgesehen werden, dass vom Betroffenen nachgewiesen wird, dass die bei der Überwachung festgestellten Mängel beseitigt sind.

## **2. Änderung des LFGB, des VIG oder des Berliner Gaststättenrechts?**

Für eine bessere gesetzliche Verankerung der Negativliste kommen drei Ansatzpunkte in Betracht:

- Möglich ist eine Ergänzung des § 40 LFGB um eine Bestimmung, die die zuständigen Behörden zur Veröffentlichung von Verbraucherinformationen (auch im Internet) über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften und Überwachungsmaßnahmen ermächtigt und Regelungen über das Verfahren trifft.
- Möglich ist auch eine Anpassung des 5 Abs. 1 Satz 2 VIG
- Schließlich könnte das Land Berlin von seiner Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenwesen Gebrauch machen und eine eigenständige, dann allerdings nur für Gaststätten geltende Bestimmung über die Negativliste und den Smiley erlassen.

### **a) Verankerung der Befugnis zu aktiver Verbraucherinformation im LFGB oder im VIG?**

Auf den ersten Blick spricht Vieles dafür, eine Befugnis zur allgemeinen Verbraucherinformation durch die zuständigen Behörden im LFGB zu verankern. Denn in § 40 LFGB ist eine spezielle Regelung zur Verbraucherinformation für den Fall normiert, dass von Lebensmitteln oder ihrer Behandlung Gefahren für die menschliche Gesundheit ausgehen. Diese Bestimmung ließe sich ergänzen um eine Befugnisnorm, die den zuständigen Behörden gestattet, bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften allgemeine Verbraucherinformationen zu veröffentlichen. Auf diese Weise ließen sich alle Befugnisnormen zu einer aktiven behördlichen Verbraucherinformation in einem Gesetz zusammenfassen. Dies hätte systematische Vorteile und würde überdies dem Anspruch des LFGB, ergänzend zu den einschlägigen EU-rechtlichen Normen Fragen des Lebensmittel-, Futtermittel- und Bedarfsgegenständerechts zentral in einem Gesetzbuch zu regeln, besser als die bisherige Aufsplitterung der Regelungen im LFGB und im VIG gerecht. Zu empfehlen wäre dann allerdings, das VIG selbst in das LFGB zu integrieren, denn dort geht es – anders als der Gesetzestitel suggeriert – ebenfalls, und zwar ausschließlich um Verbraucherinformationen aus dem Bereich des Lebensmittelrechts.

Für eine Regelung im VIG spricht demgegenüber, dass dieses Gesetz die allgemeinen Regelungen über Verbraucherinformationen zusammenfasst, soweit es nicht um Aspekte der Gefahrenabwehr geht. Durch das VIG werden den Verbraucherinnen und Verbrauchern Ansprüche auf lebensmittelrelevante Verbraucherinformation eingeräumt (§ 1 Abs. 1 VIG). Zudem enthält dieses Gesetz hierfür die einschlägigen Ausschlussregelungen und Bestimmungen über das Verfahren. Schließlich ist hier – wenn auch in unsystematischer und ergänzungsbedürftiger Weise - die Befugnis der zuständigen Stellen zu allgemeiner Verbraucherinformation geregelt. Das VIG hat sich inzwischen als gesetzliche Grundlage für Verbraucherinformationen etabliert. Eine Regelung in einem anderen – sehr speziellen – Gesetz könnte deshalb leicht als verbraucherpolitischer Rückschritt empfunden werden. Schon das spricht gegen eine Regelung einer allgemeinen Befugnis der Verbraucherschutzbehörden zur aktiven Verbraucherinformation außerhalb dieses Gesetzes und gegen seine Integration in das LFGB.

Hinzu kommen zwei systematische Aspekte:

Das LFGB regelt spezielle Informationsbefugnisse bei Gefahrensituationen, die von Lebensmitteln oder ihrer Behandlung ausgehen. Die Verbraucherinformation hat hier die Funktion der Gefahrenabwehr. Sie soll ergänzend neben die behördlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Gefahrenquelle

treten und vor allem eines bewirken: Dort wo solche Maßnahmen nicht mehr greifen, etwa weil verdorbene oder ekelerregende Lebensmittel bereits in den Verkehr gebracht oder verarbeitet wurden, soll die Gefahr über das Mittel der allgemeinen Verbraucherinformation bekämpft werden. Dies soll auch ganz gezielt geschehen, indem das Lebensmittel oder der Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften einschließlich der Hersteller oder Vertrieber konkret benannt werden. Gefahrenabwehr durch Information ist Gegenstand der Befugnis in § 40 LFGB. Demgegenüber ist Regelungsgegenstand des VIG die gefahrenunabhängige allgemeine Verbraucherinformation. Die Verbraucherinnen und Verbraucher sollen die Möglichkeit erhalten, auf Antrag und durch eine allgemeine Information auf Initiative der zuständigen Behörden über verbraucherrelevante Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften und Überwachungsmaßnahmen und behördliche Initiativen unterrichtet zu werden. Im Mittelpunkt steht damit die Verbraucherinformation, nicht die Gefahrenabwehr. Das VIG schafft die rechtlichen Möglichkeiten, um den mündigen Verbraucher mit den für seine Konsumententscheidung notwendigen Informationen auszustatten, sei es auf seinen Antrag oder auf Initiative der zuständigen Behörden hin. Die von Gesetzgeber konstatierte strukturelle Informationsasymmetrie zu Lasten der Verbraucherinnen und Verbraucher soll durch dieses Gesetz beseitigt werden. Dem Ausfall der Selbstregulierung des Marktes, der sich gerade in der fehlenden Information der Verbraucherinnen und Verbraucher über marktrelevante Tatsachen manifestiert, soll auf diese Weise entgegengewirkt werden<sup>169</sup>. Dieser systematische Zusammenhang spricht dafür, eine Regelung über die allgemeine Verbraucherinformation im VIG zu verankern.

Hinzu kommt der Regelungszusammenhang mit den im VIG enthaltenen Ausschluss- und Verfahrensregelungen für den antragsgebundenen Anspruch auf Verbraucherinformationen. Die Verankerung der Befugnis zu allgemeiner Verbraucherinformation ermöglicht es, über Verweise diese Regelungen auch für den Regelungszusammenhang der allgemeinen Verbraucherinformation fruchtbar zu machen und so ein Verbraucherinformationsrecht aus einem Guss zu schaffen.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden ein Vorschlag unterbreitet, das VIG um eine Befugnisnorm über die allgemeine Verbraucherinformation zu ergänzen.

#### **b) Regelung auf der Basis des Berliner Gaststättenrechts**

Den Ländern ist durch die Föderalismusreform I 2006 die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht übertragen worden<sup>170</sup>. Da die in der Negativliste veröffentlichten Vorkommnisse in Gaststätten oder Imbissstuben stattfinden, liegt es nahe, zumindest ergänzend zu erwägen, eine landesrechtliche Bestimmung auf der Basis der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin für das Gaststättenrecht aus Art. 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu erlassen.

##### *aa) Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin*

Erste Voraussetzung hierfür ist eine Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin.

Diese kann unter zwei Gesichtspunkten fraglich sein: Zum einen hat der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Lebensmittelrecht zur Regelung von Verbraucherinformationen für Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften und Überwachungsmaßnahmen bereits durch das VIG und § 40 LFGB Gebrauch gemacht. Hierdurch könnte eine eigenständige Regelung für Gaststätten aufgrund der ausschließlichen Landesgesetzgebungskompetenz für das Gaststätten-

<sup>169</sup> Zum Vorstehenden: *Schoch*, NJW 2010 (Fußn. 12), 2242 f. unter Hinweis auf die Amtliche Begründung zum VIG, BR-Drucks. 16/5404, S. 7.

<sup>170</sup> Dazu nur: *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 74 Rdnr. 127 f.; *Hans Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, 2008, S. 149 ff., 156.

recht ausgeschlossen sein. Zum anderen haben die Länder gem. Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG eine Ersetzungsbefugnis für das Gaststättenrecht. Zweifelhaft ist deshalb, ob die Landesgesetzgebungskompetenz aus Art. 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG das Land Berlin ermächtigt, bloße Ergänzungen zum weitergeltenden GastG des Bundes zu erlassen oder ob es nicht vielmehr eine Vollregelung treffen muss.

Den Ländern ist die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht eingeräumt worden, weil dieses Rechtsgebiet einen starken regionalen Bezug aufweist. Hier besteht ein Bedürfnis für landesspezifische Regelungen<sup>171</sup>. Freilich wurde das Gaststättenrecht lediglich insoweit in die ausschließliche Landeskompetenz übertragen, als es Gegenstand „Recht der Wirtschaft“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG a. F. war. Andersartige Bundeskompetenzen, die ebenfalls das Gaststättenwesen erfassen, werden durch die Übertragung nicht berührt<sup>172</sup>.

Dem Bund steht die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Lebensmittel-, Futtermittel- und Bedarfsgegenständerecht zu (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG). Diese Kompetenz erfasst jetzt nicht nur – wie bis zur Föderalismusreform I 2006 – den Verkehr mit Lebensmitteln, sondern das gesamte Recht der Lebens- und Futtermittel<sup>173</sup>. Die auf den Schutz beim Verkehr mit Lebensmitteln ausgerichtete alte Fassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zielte ab auf Regelungen des Gesundheits- und Verbraucherschutzes<sup>174</sup>, wie sie im LFGB und VIG getroffen worden sind<sup>175</sup>. Die vorhandenen Bestimmungen über den Verbraucherschutz und die Verbraucherinformation bei lebensmittelrelevanten Tatbeständen sind auf diese Bundeskompetenz gestützt worden. Deshalb könnten solche Regelungen von der ausschließlichen Länderkompetenz zur Regelung des Gaststättenrechts nicht erfasst sein, denn diese Kompetenz reicht, wie erwähnt, nur so weit wie die bisherige konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung dieser Materie aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG a. F.

Diese Auffassung ließe indessen unberücksichtigt, dass die bisherige Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft, von der das Gaststättenrecht mit umfasst war, auch zu Regelungen zur Abwehr von gaststättentypischen Gefahren ermächtigte<sup>176</sup>. Hierzu mag man zwar in erster Linie die Bekämpfung des Alkoholismus, von Gefahren für die „Sittlichkeit“, für das in Gaststätten tätige Personal oder von Umwelt- und Lärmauswirkungen auf die Umgebung rechnen<sup>177</sup>. Indessen gehen gaststättentypische Gefahren auch von unhygienischen Zuständen in Gaststätten und Imbissbuden aus. Diese zu bekämpfen, ist deshalb von der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG a. F. mit erfasst gewesen<sup>178</sup>. Diese gaststättentypischen Gefahren werden in erster Linie von der Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Gaststättenrechts erfasst, mögen sie auch über den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG mit geregelt werden können. Eine ausschließliche Kompetenzzuweisung zur Materie „Lebensmittelrecht“ und damit eine Sperrwirkung für die Länder lässt sich damit nicht feststellen.

---

<sup>171</sup> So: *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., GG (Fußn. 170), Art. 74, Rn 127; *Friedrich*, in: Holtschneider/Schön (Hrsg.), Die Reform des Bundesstaates, 2007, S. 239, 244.

<sup>172</sup> *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., GG (Fußn. 170), Art. 74 Rn 128; *Friedrich*, in: Holtschneider/Schön, Reform (Fußn. 171), S. 239, 244.

<sup>173</sup> *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., GG (Fußn. 170), Art. 74 Rn 258.

<sup>174</sup> *Degenhart*, in: Sachs, GG (Fußn. 37), Art. 74 Rdnr. 79.

<sup>175</sup> *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., GG (Fußn. 170), Art. 74 Rdnr. 260.

<sup>176</sup> *Michel/Kienzle/Pauly*, GastG (Fußn. 139), Einleitung, Rdnr. 13.

<sup>177</sup> Dazu *Michel/Kienzle/Pauly*, ebd. (Fußn. 176).

<sup>178</sup> Dazu *Michel/Kienzle/Pauly*, ebd. (Fußn. 176), die feststellen, dass das Gaststättenrecht auch der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit dient.

Dem Land Berlin steht damit über seine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht aus Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG das Recht zu, durch Landesrecht Regelungen über Gefahren, die bei der Verarbeitung und dem Verzehr von Lebensmitteln in Gaststätten bestehen, zu treffen. Davon erfasst sind auch Verbraucherinformationen als Mittel, diese Gefahren durch mittelbare Einwirkung auf die Gastwirte und Information der Verbraucher zu bekämpfen.

Fraglich ist freilich weiter, ob das Land Berlin isolierte Bestimmungen über die Negativliste und - diese ergänzend – den Smiley treffen kann oder ob sich seine Gesetzgebungsaktivität darauf erstrecken muss, das GastG des Bundes insgesamt durch eigene Regelungen abzulösen und zu ersetzen. Nach der Überleitungsvorschrift des Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG gilt das GastG des Bundes unverändert fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden (Art. 125 Abs. 1 Satz 2 GG). Die Frage, ob die Länder nur dazu befugt sind, das Bundesrecht insgesamt zu ersetzen, Teiländerungen jedoch ausgeschlossen sind, ist umstritten<sup>179</sup>. Wenngleich einiges dafür spricht, dass die Länder zur Vermeidung einer unübersichtlichen Mischlage zwischen Bundes- und Landesrecht nur eine Vollersetzungskompetenz für das Gaststättenrecht haben<sup>180</sup>, ist eine Befugnis des Landes Berlin zum Erlass von Vorschriften über die Veröffentlichung einer Negativliste gegeben. Vorliegend geht es nämlich um eine Ergänzung des Gaststättenrechts, nicht aber um dessen (partielle) Ersetzung. Das GastG des Bundes soll vielmehr insgesamt unangetastet bleiben. Neben das GastG soll lediglich eine verbraucherschutzrelevante Bestimmung zur allgemeinen Verbraucherinformation durch eine Negativliste gestellt werden. Dieser Fall ist von Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG nicht erfasst, und zwar weder vom Wortlaut noch vom Sinn dieser Bestimmung.

Festgestellt werden kann damit, dass dem Land Berlin eine Gesetzgebungskompetenz zur Verbraucherinformation durch eine Negativliste aus seinem Kompetenztitel Gaststättenrecht (Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zusteht.

#### *bb) Bedingungen für das Gebrauchmachen von dieser Kompetenz*

Von dieser Kompetenz sollte das Land Berlin jedoch nur nachrangig für den Fall Gebrauch machen, dass Initiativen auf der Bundesebene zur Änderung des VIG scheitern. Das folgt schon daraus, dass das Recht der aktiven Verbraucherinformation im VIG schon wegen seiner systematisch falschen Stellung und seiner Unvollständigkeit geändert werden sollte. Zudem ist es zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit sinnvoll, dass die Befugnisse zur aktiven Verbraucherinformation bundeseinheitlich geregelt werden. Eine ausschließlich auf das Land Berlin bezogene Gesetzgebung für diesen Sachverhalt ist lediglich in der Lage, Verbraucherinformationen für Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften in Gaststätten und Imbissbuden einer Neuregelung zuzuführen, nicht aber das Verbraucherinformationsrecht für aktive Verbraucherinformationen umfassend neu zu gestalten. Daran besteht jedoch ein erhebliches Interesse. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin aus dem Gaststättenrecht nur Bestimmungen über Verbraucherinformationen gestattet, die gaststättentypische Gefahrenlagen erfassen. Die Schaffung weitergehenden Rechts, das auch andere Betriebe erfasst und auch bei diesen beim Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften eine Negativliste ermöglicht, ist hingegen nicht möglich. Daran besteht jedoch ein Interesse, weil das Ziel, Verbraucherinnen und Verbrauchern die Möglichkeit einzuräu-

---

<sup>179</sup> Für eine Befugnis auch zu Teiländerungen z. B. *Maiwald*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., GG (Fußn. 170), Art 125 a Rdnr. 7; Kyrill-Alexander *Schwarz*, in: Starck, Föderalismusreform, 2007, Rdnr. 120; Maunz/Dürig/Uhle, GG, Art. 125 a, Rdnr. 26; Mangoldt/Klein/Starck/Wolff, GG, Art 125 a, Rdnr. 11. Dagegen *Meyer*, Föderalismusreform (Fußn. 171), S. 214 ff., 216 unter Hinweis auf das Ladenschlussurteil des BVerfG, BVerfGE 111, 10, 29;

<sup>180</sup> So die Begründung in BVerfGE 111, 10, 29 und bei *Meyer*, ebd. (Fußn. 179).

men, sich über lebensmittelrechtliche Missstände in Unternehmen zu unterrichten, nicht nur für Gaststätten, sondern auch für andere lebensmittelverarbeitende Unternehmen besteht.

Von seiner Gesetzgebungsbefugnis sollte das Land Berlin deshalb nur nachrangig Gebrauch machen.

### **3. Regelungsvorschlag zur Änderung des VIG**

Es wird vorgeschlagen, Das VIG wie folgt zu ändern:

#### **a) Ersetzung des § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG durch eine neue Bestimmung über aktive Verbraucherinformation**

§ 5 Abs. 1 Satz 2 VIG sollte schon wegen seiner systematisch falschen Stellung im Zusammenhang mit Bestimmungen, die die Art der Informationsgewährung und die Behandlung von Anträgen nach § 1 VIG betreffen, aufgehoben und durch eine eigenständige, umfassende Bestimmung über die aktive Verbraucherinformation, wie sie etwa auch in § 10 Abs. 1 UIG für Umweltinformationen getroffen wurde, ersetzt werden.

#### **b) Inhalt der Regelung**

Die Neuregelung sollte im Einzelnen folgende Inhalte enthalten:

- Schaffung einer Befugnisnorm für aktive Verbraucherinformationen nach Ermessen der zuständigen Behörden unter Einbeziehung des Internets, aber auch von anderen Informationsmedien.
- Pflicht zur Anhörung der nachteilig Betroffenen.
- Abwägungsvorbehalt mit den Interessen der nachteilig Betroffenen.
- Verpflichtung zur Unterrichtung der nachteilig Betroffenen von der Veröffentlichung.
- Vorbehalt der (sofortigen) Vollziehbarkeit der Entscheidung über die Veröffentlichung.
- Einhaltung einer zweiwöchigen Frist nach Bekanntgabe an die Betroffenen vor Veröffentlichung.
- Korrektur der Veröffentlichung bei Nachweis der Mängelbeseitigung auf Antrag des Betroffenen nach Ermessen der Behörde.

Vorgeschlagen wird die Einführung eines § 5 a in das VIG mit folgendem Wortlaut:

## § 5 a Unterrichtung der Öffentlichkeit

- (1) Die für den Vollzug des Lebensmittelrechts zuständigen Behörden unterrichten die Öffentlichkeit in angemessenem Umfang aktiv über die Sicherheit, Gefahren und Risiken bei der Herstellung, dem Verzehr und dem Gebrauch von in den Verkehr gebrachten Lebensmitteln, Futtermitteln und Bedarfsgegenständen. In diesem Rahmen verbreiten sie solche Informationen, die für ihre Aufgaben von Bedeutung sind und über die sie verfügen. Dazu gehören insbesondere
  - Der Wortlaut von völkerrechtlichen Verträgen, Rechtsvorschriften der Europäischen Union, von Bund, Ländern und Kommunen über Lebensmittel, Futtermittel und Bedarfsgegenstände,
  - politische Konzepte, Pläne und Programme mit Bezug auf Lebensmittel, Futtermittel und Bedarfsgegenstände,
  - Berichte über den Stand der Umsetzung von Konzepten, Plänen und Programmen mit Bezug auf Lebensmittel, Futtermittel und Bedarfsgegenstände, sofern solche Berichte von den informationspflichtigen Stellen in elektronischer Form bereitgehalten werden,
  - Daten, Zusammenfassungen und Statistiken über durchgeführte Überwachungsmaßnahmen i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5
- (2) Die Verbreitung der Informationen nach Abs. 1 soll in für die Öffentlichkeit verständlicher Darstellung und leicht zugänglichen Formaten erfolgen. Hierzu sollen, soweit vorhanden, elektronische Kommunikationsmittel verwendet werden. Die Anforderungen an die Unterrichtung der Öffentlichkeit nach Abs. 1 können auch dadurch erfüllt werden, dass Verknüpfungen zu Internet-Seiten eingerichtet werden, auf denen die zu verbreitenden Informationen zu finden sind.
- (3) In den Fällen des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 und 5 kann die zuständige Behörde die Öffentlichkeit aktiv unterrichten, soweit hieran ein Interesse der Öffentlichkeit besteht und dieses Interesse gegenüber den Belangen der Betroffenen überwiegt. Absatz 2 gilt entsprechend. § 2 Satz 1 Nr. 2 b ist nicht anzuwenden. Die Betroffenen sind nach Maßgabe des § 4 Absatz 1 anzuhören. Die Entscheidung, die Öffentlichkeit zu unterrichten, ist den Betroffenen bekanntzugeben. Die Veröffentlichung darf erst erfolgen, wenn die Entscheidung dem Betroffenen gegenüber bestandskräftig ist oder die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist und seit der Bekanntgabe der Anordnung an den Betroffenen zwei Wochen verstrichen sind. Auf Antrag des Betroffenen soll die zuständige Behörde im Fall des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 von einer Veröffentlichung absehen oder diese zurücknehmen, wenn der Betroffene nachweist, dass der Verstoß beseitigt oder die Gefahr oder das Risiko nicht bestehen.
- (4) In Gaststätten, Imbissbuden, Verkaufsräumen, in denen Lebensmittel in Verkehr gebracht werden, und in ähnlichen, dem Absatz von Lebensmitteln an Letztverbraucherinnen und -verbraucher dienenden Einrichtungen ist der Bericht über die letzte amtliche veterinär- oder lebensmittelrechtliche Kontrolle gut sichtbar auszuhängen. An den Eingangstüren dieser Betriebsstätten ist gut sichtbar ein Smiley-Symbol nach dem Muster in Anlage I anzubringen. Absatz 3 Sätze 4 bis 6 gelten entsprechend.

### c) Erläuterungen

- Absatz 1 enthält eine allgemeine Regelung über Verbraucherinformationen. Die Regelung ist § 10 Abs. UIG nachgebildet. Die zuständigen Behörden sind hiernach zu allgemeinen Verbraucherinformationen über Lebensmittel, Futtermittel und Bedarfsgegenstände verpflichtet. Damit soll eine Aufklärung der Verbraucherinnen und Verbraucher über für den Verbraucherschutz relevante Fragestellungen erreicht werden. Erfasst von dieser Verpflichtung werden alle allgemein gehaltenen Verbraucherinformationen, die der Verbraucheraufklärung dienen. Ein Anspruch des Einzelnen auf Verbraucherinformation wird nicht begründet. Die Verpflichtung zur Verbraucherinformation bezieht sich nach Satz 2 nur auf die bei den zuständigen Behörden vorhandenen Daten. Satz 3 nennt Beispiele für Verbraucherinformationen, die die zuständigen Behörden veröffentlichen müssen. Hierzu zählen die einschlägigen Rechtsvorschriften, politische Konzepte, Pläne und Programme mit Bezug auf Lebensmittel, Futtermittel und Bedarfsgegenstände, Berichte über deren Durchführungen sowie Statistiken und zusammenfassende Berichte über durchgeführte Überwachungsmaßnahmen.
- Nach Absatz 2 steht die Art der Veröffentlichung im Ermessen der zuständigen Behörde. Sie soll in verständlicher Form und in für die Öffentlichkeit leicht verständlicher Darstellung erfolgen. Eine Veröffentlichung ist damit insbesondere im Internet möglich; sie soll hierin erfolgen (Satz 2). Für diesen Fall bestimmt Satz 3 des Absatzes 2, dass auch Verknüpfungen zu Internet-Seiten eingerichtet werden könne, auf denen die Informationen vorhanden sind.
- Absatz 3 stellt eine spezielle Ermächtigung zur aktiven Verbraucherinformation bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, Gefahren oder Risiken für die menschliche Gesundheit und die Sicherheit von Verbraucherinnen und Verbrauchern, die von Erzeugnissen im Sinne des LFGB ausgehen, und Überwachungsmaßnahmen dar. In diesem Absatz sind die besonderen Bestimmungen zusammengefasst, die für solche Informationen gelten. Die Bestimmung beschränkt sich nicht auf bestimmten Unternehmen und Betriebsstätten (z. B. Gaststätten oder Imbissbuden), sondern ist auf alle Betriebe anwendbar, für deren Tätigkeit die in § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 2 genannten Regelungen gelten. Erfasst werden nicht nur Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften und Überwachungsmaßnahmen, sondern auch die in Nr. 2 des § 1 Absatz 1 Satz 2 geregelten Sachverhalte. Gerechtfertigt ist dies deshalb, weil in diesen Fällen ein gleichrangiges Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher auf Information wie im Fall der Nr. 1 und 5 besteht. Satz 1 bringt zum Ausdruck, dass eine aktive Verbraucherinformation nur nach Abwägung möglich ist, wenn das Interesse der Öffentlichkeit an der Information das Interesse des Betroffenen überwiegt. Diese Bestimmung trägt dem grundrechtlichen Schutzbedürfnis der Betroffenen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung. Sie ermöglicht insbesondere, bei der Veröffentlichung zwischen schweren und leichten Verstößen und Wiederholungsfällen zu unterscheiden. Für die Art der Veröffentlichung verweist Satz 2 des Absatzes 3 auf Absatz 2; damit ist insbesondere eine Veröffentlichung im Internet zulässig. Um eine schnelle und für die Verbraucherinnen und Verbraucher aktu-

elle Information zu ermöglichen, schließt Absatz 3 Satz 3 eine Geltung des Ausschlussgrundes „Verwaltungs- und Gerichtsverfahren“ generell aus. Die hierdurch erfassten schutzwürdigen Belange der Betroffenen werden durch die besonderen Verfahrensregelungen der Sätze 4 bis 6 geschützt. Sie sind § 8 Abs. 2 IFG nachgebildet. Diese ordnen an: Eine Anhörung der Betroffenen nach Maßgabe des § 4 Absatz 1, eine Bekanntgabe der Entscheidung über die aktive Veröffentlichung an die Betroffenen und eine Frist für die Veröffentlichung von 2 Wochen seit der Bekanntgabe. Außerdem muss die Entscheidung über die Veröffentlichung vollziehbar sein. Dazu bedarf es einer bestandskräftigen Entscheidung oder der Anordnung der sofortigen Vollziehung. Dem Interesse der Betroffenen, gegen die Veröffentlichung effektiven Rechtsschutz erlangen zu können und vor Falschinformationen geschützt zu werden, wird auf diese Weise Rechnung getragen. Satz 7 enthält eine Regelung über die Zurücknahme der Information für den Fall, dass der Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften oder die Gefahr oder das Risiko für Verbraucherinnen und Verbraucher inzwischen beseitigt sind. Auf Antrag des Betroffenen, der die Abhilfe nachzuweisen hat, soll die zuständige Behörde die Veröffentlichung zurücknehmen. Hiernach kann es nur ausnahmsweise, etwa in besonders schwerwiegenden Wiederholungsfällen, bei der Veröffentlichung verbleiben.

- Absatz 4 enthält eine Regelung über den Smiley. Betriebsinhaber aller der Veterinär- und Lebensmittelaufsicht unterliegenden Betriebe, in denen Lebensmittel an Letztverbraucher abgegeben werden, werden verpflichtet, die Ergebnisse der letzten amtlichen Kontrolle gut sichtbar im Geschäftslokal auszuhängen. Erfasst werden Gaststätten, Imbissbuden, Lebensmitteleinzelhandelsbetriebe, Bäckereien, Kioske und ähnliche Einrichtungen. Außerdem werden sie verpflichtet, an den Eingangstüren gut sichtbar ein Smiley-Symbol anzubringen. Dabei sind die in einem Anhang I grafisch darzustellenden Muster zu verwenden. Die Entscheidung, welcher Smiley anzubringen ist, soll in einem der Entscheidung über die Aufnahme von Kontrollergebnissen in die Negativliste vergleichbaren Verfahren erfolgen. Die Betroffenen sind anzuhören. Die Entscheidung über den Smiley ist ihnen bekannt zu geben. Sie darf erst aufgrund einer vollziehbaren Anordnung vollzogen werden. Dies stellt sicher, dass die Betroffenen die Möglichkeit haben, auch gegen die Entscheidung über den Smiley gerichtlichen Rechtsschutz erlangen zu können.

Der Vorschlag für die Änderung des VIG ist so abgefasst, dass er auch in das Berliner Gaststättengesetz oder als § 39 a in das LFGB integriert werden kann.