

Stellungnahme des Einzelsachverständigen

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger (Universität Augsburg)

für die 53. Sitzung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz zur Öffentlichen Anhörung zum Thema:

„Verbraucherinformationsgesetz“

am Mittwoch, dem 09.11.2011, von 08:00 – 10:00 Uhr

Sitzungssaal: 3.101

Sitzungsort: Berlin, Marie-Elisabeth-Lüders-Haus,

Adele-Schreiber-Krieger-Straße 1

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht
und Öffentliches Wirtschaftsrecht

Universitätsstr. 24
86159 Augsburg

Tel +49 (0) 821 598-4550
Fax +49 (0) 821 598-4552

ferdinand.wollenschlaeger@jura.uni-
augsburg.de
www.jura.uni-augsburg.de/wollenschlaeger

Augsburg, den 02.11.2011

Schriftliche Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags

zur Reform des Verbraucherinformationsgesetzes (VIG)

– Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation (BT-Drs. 17/7374) –

am 9. November 2011

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	3
II.	Aktive Verbraucherinformation	3
	1. Neuregelung im Regierungsentwurf	3
	2. Bewertung des § 40 Abs. 1a VIG-E.....	4
	a) Europarechtliche Zulässigkeit von über die Abwehr von Gesundheitsrisiken hinausgehenden aktiven behördlichen Informationsbefugnissen.....	4
	b) Der verfassungsrechtliche Rahmen für staatliche Informationsbefugnisse und -pflichten	6
	c) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer schlichten Verbraucherinformation unabhängig von Gesundheitsrisiken.....	7
	d) Verdichtung der Informationsbefugnis zu einer Informationspflicht.....	11
	e) Notwendigkeit einer Beschränkung der verdachtsbasierten Informations- befugnis auf das Betroffensein gewichtiger (Verbraucher-)Interessen.....	12
	f) Gesetzesvorbehalt.....	14
	3. Bewertung des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E	14
	4. Perspektiven der Verbraucherinformation	15
III.	Verfahrens- und Rechtsschutzfragen	17
	1. Beschränkung der Anhörung, § 5 Abs. 1 S. 2 VIG-E.....	17
	a) Regelung des VIG-E	17
	b) Bewertung	18
	2. Modifikationen im Rechtsschutz, § 5 Abs. 4 S. 1 VIG-E.....	19
IV.	Zusammenfassung in Thesen	21
	1. Aktive Verbraucherinformation	21
	2. Anhörung	22
	3. Rechtsschutz.....	22

I. Einleitung

Die Reform des Verbraucherinformationsrechts wirft zahlreiche Fragen auf, die im Rahmen der öffentlichen Anhörung zu thematisieren sind. Vorab möchte ich zu den zentralen Themenkomplexen aktive staatliche Verbraucherinformation (II.) sowie Verfahren und Rechtsschutz (III.) anhand des Fragenkatalogs Stellung nehmen und die Ergebnisse in Thesen zusammenfassen (IV.).

II. Aktive Verbraucherinformation

1. Neuregelung im Regierungsentwurf

Informationsbefugnisse zu einer aktiven Information der Öffentlichkeit im hier interessierenden Zusammenhang finden sich bislang namentlich in § 5 Abs. 1 S. 2 des Verbraucherinformationsgesetzes (VIG) und § 40 des Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs (LFGB).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung lässt die zuerst genannte Vorschrift im Wortlaut unverändert; als Folgeänderung wird sie allerdings zu § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E. Diese Bestimmung, auf die etwa die bundesweit für Schlagzeilen sorgende, mittlerweile modifizierte „Pan-kower Negativliste“ gestützt wurde,¹ lautet:

Die informationspflichtige Stelle kann Informationen, zu denen Zugang zu gewähren ist, auch unabhängig von einem Antrag nach § 4 Absatz 1 über das Internet oder in sonstiger öffentlich zugänglicher Weise zugänglich machen; § 5 Absatz 1 gilt entsprechend.

Aufgrund der Bezugnahme auf zugangspflichtige Informationen i.S.d. §§ 2 f. VIG-E und auf das Anhörungserfordernis des § 5 Abs. 1 S. 2 VIG-E erweitern die insoweit mit der Novelle des VIG angestrebten Änderungen freilich auch die Tragweite des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E in verfassungsrechtlich problematischer Weise.

Eine erhebliche Verschärfung erfährt § 40 LFGB, der nunmehr bei einem hinreichend begründeten Verdacht auf bestimmte Verstöße gegen lebens- und futtermittelrechtliche Vorschriften eine zwingende Information der Öffentlichkeit anordnet, ohne dass im Einzelfall eine Abwägung mit gegenläufigen Interessen des betroffenen Unternehmens stattfindet. Der neue § 40 Abs. 1a LFGB-E lautet:

Die zuständige Behörde informiert die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels sowie unter Nennung des Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel oder Futtermittel hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, wenn der durch Tatsachen hinreichend begründete Verdacht besteht, dass

¹ Dazu *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20.

1. in Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegte zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen überschritten wurden oder
2. gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt verstoßen worden ist und die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens 350 Euro zu erwarten ist.

Es greifen einige der vorhandenen Kautelen, nämlich das Subsidiaritäts- (§ 40 Abs. 2 LFGB) und Anhörungserfordernis (§ 40 Abs. 3 LFGB), nicht aber das Abwägungsgebot (§ 40 Abs. 1 S. 3 LFGB).

2. *Bewertung des § 40 Abs. 1a VIG-E*

Der Fragenkatalog thematisiert die Zulässigkeit der geplanten Gesetzesänderung hinsichtlich § 40 Abs. 1a VIG-E:

- Wie beurteilen Sie die Veröffentlichungspflicht für Behörden bei Grenzwertüberschreitung und die Erstreckung dieser Pflicht auf die Verletzung von Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers vor Täuschung oder zur Einhaltung hygienischer Maßnahmen und halten Sie die in diesem Zusammenhang die vorgesehene Bagatellgrenze von 350 EUR (Bußgeldhöhe) für ausreichend?

Hierzu ist festzuhalten: Der deutsche Gesetzgeber ist, anders als teils vertreten, europarechtlich nicht an der Schaffung von Informationspflichten bzw. -befugnissen, die über die Abwehr von Gesundheitsrisiken hinausgehen, gehindert (a). Derartige Regelungen müssen sich allerdings namentlich an der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) messen lassen (b). Vor ihr hat eine schlichte Verbraucherinformation unabhängig von Gesundheitsrisiken (c) einschließlich einer Ausgestaltung als Informationspflicht (d) prinzipiell Bestand, nicht aber eine verdachtsbasierte Information, sofern keine gewichtigen (Verbraucher-)Interessen auf dem Spiel stehen (e). Der Gesetzesvorbehalt ist gewahrt (f).

a) Europarechtliche Zulässigkeit von über die Abwehr von Gesundheitsrisiken hinausgehenden aktiven behördlichen Informationsbefugnissen

Eine Erstreckung der aktiven behördlichen Informationsbefugnisse über Fälle der Abwehr von Gesundheitsrisiken hinaus erachten Stimmen im Schrifttum schon deshalb für unzulässig, weil eine aus Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002² folgende Sperr-

² Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009, ABl. L 188 vom 18.7.2009, S. 14.

wirkung dem entgegenstünde.³ Diese – mit „Information der Öffentlichkeit“ titulierte – Norm bestimmt:

Besteht ein hinreichender Verdacht, dass ein Lebensmittel oder Futtermittel ein Risiko für die Gesundheit von Mensch oder Tier mit sich bringen kann, so unternehmen die Behörden unbeschadet der geltenden nationalen oder Gemeinschaftsbestimmungen über den Zugang zu Dokumenten je nach Art, Schwere und Ausmaß des Risikos geeignete Schritte, um die Öffentlichkeit über die Art des Gesundheitsrisikos aufzuklären; dabei sind möglichst umfassend das Lebensmittel oder Futtermittel oder die Art des Lebensmittels oder Futtermittels, das möglicherweise damit verbundene Risiko und die Maßnahmen anzugeben, die getroffen wurden oder getroffen werden, um dem Risiko vorzubeugen, es zu begrenzen oder auszuschalten.

Die Ableitung einer derartigen, im Übrigen die partielle Rechtswidrigkeit des geltenden Rechts (§§ 40 LFGB, 5 Abs. 1 S. 2 VIG) nach sich ziehenden⁴ Sperrwirkung aus dieser Regelung setzt freilich zweierlei voraus: Zunächst müsste es sich bei dieser Norm um eine abschließende Regelung der behördlichen Informationsbefugnisse in dem Sinne handeln, dass eine Information der Öffentlichkeit nur erfolgen darf, wenn der Verdacht eines Gesundheitsrisikos besteht, nicht aber unterhalb dieser Schwelle. Mögen auch Harmonisierungsgründe dafür streiten, so lässt sich dies jedenfalls dem Wortlaut nach nicht hinreichend deutlich entnehmen; dieser lässt sich vielmehr auch als Anordnung einer Informationspflicht bei Verdacht eines Gesundheitsrisikos verstehen, ohne dass eine Aussage zur Zulässigkeit staatlicher Maßnahmen in anderen Fällen getroffen wird.⁵ Unabhängig davon, und dies ist die zweite Prämisse der teils vertretenen Sperrwirkung, dürfte sich der in Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002 enthaltene Vorbehalt zugunsten „der geltenden nationalen oder Gemeinschaftsbestimmungen über den Zugang zu Dokumenten“ nicht auf die aktive staatliche Informationstätigkeit beziehen; denn die von dem Vorbehalt erfassten Materien werden von der behaupteten Sperrwirkung von vornherein nicht erfasst.⁶ Unter Verweis darauf, dass unter „Zugang zu Dokumenten“ nur der Aktenzugang auf Antrag hin zu verstehen sei, wird dies mitunter abgelehnt.⁷ Dem ist jedoch nicht zu folgen. „Zugang zu Dokumenten“ kann schon sprachlich sowohl auf Antrag als auch antragsunabhängig durch aktives behördliches Handeln gewährt werden. Diese Wortlautauslegung bestätigt auch ein Blick in das nationale und europäische Informationsrecht, die – siehe VIG bzw. Umweltinformations-Richtlinie 2003/4/EG⁸ – beide Alternativen kennen.

³ So *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (400 ff., 422); *Grube/Immel*, ZLR 2011, S. 175 (190 ff.).

⁴ Siehe nur *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (402 f.).

⁵ A.A. *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (401 f.).

⁶ So auch *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (399 f.).

⁷ *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (399 f.).

⁸ Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates ABl. L 41 vom 14.2.2003, S. 26.

Damit steht Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002 staatlichen Informationsbefugnissen, die über die Abwehr von Gesundheitsrisiken hinausgehen, nicht entgegen. Am Rande vermerkt sei, dass, wie andernorts näher dargelegt, auch Art. 7 VO (EG) Nr. 882/2004 keine Sperrwirkung im Sinne einer kategorischen Geheimhaltungspflicht von Untersuchungsbefunden entfaltet.⁹

b) Der verfassungsrechtliche Rahmen für staatliche Informationsbefugnisse und -pflichten

Eine behördliche Information der Öffentlichkeit über Produkte und Dienstleistungen, die lebensmittelrechtlichen Anforderungen nicht genügen, stellt, wie andernorts näher dargelegt, nach herkömmlicher Dogmatik regelmäßig einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit dar.¹⁰ Dementsprechend muss sie den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts und der Verhältnismäßigkeit genügen, mithin zum einen auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen und zum anderen einen legitimen Zweck verfolgen, zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sein sowie einen angemessenen Ausgleich der gegenläufigen Belange herstellen.

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Glykol-Entscheidung die „Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst“ für den Fall aus der Berufsfreiheit ausgeklammert, dass „die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken.“¹¹ Wegen ihrer nachteiligen Konsequenzen für Grundrechtsschutz und Grundrechtsdogmatik ist diese Rechtsprechung zu Recht weitgehend auf Ablehnung gestoßen.¹² Freilich fordert auch das Bundesverfassungsgericht, dass „die rechtlichen Vorgaben für Informationshandeln“ gewahrt werden müssen.¹³ Hierzu rechnet „das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe und die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung ... sowie die Beachtung der Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit von Informationen“.¹⁴ Das Sachlichkeitsgebot verlangt insbesondere, „die Verbreitung von Informationen unter Berücksichtigung möglicher nachteiliger Wirkungen für betroffene Wettbewerber auf das zur Informationsge-

⁹ *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (31 f.).

¹⁰ Siehe nur *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (37 f.).

¹¹ BVerfGE 105, 252 (265).

¹² Näher *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (38 f.), m.w.N.

¹³ BVerfGE 105, 252 (268).

¹⁴ BVerfGE 105, 252 (268).

währung Erforderliche zu beschränken.“¹⁵ Gerade letzteres, aber auch das Richtigkeitsgebot verdeutlichen, dass das Bundesverfassungsgericht in der Sache eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt; Konsequenz seiner Rechtsprechung ist allerdings eine bedenkliche Preisgabe des Gesetzesvorbehalts.

Darüber hinaus ist die staatliche Informationstätigkeit – neben der hier in den Vordergrund gerückten Berufsfreiheit – auch am Art. 12 bzw. Art. 14 GG zugeordneten Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie am Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), insbesondere wenn man dieses auf juristische Personen für anwendbar erachtet, zu messen; angesichts im Wesentlichen gleicher Ergebnisse kann hier eine nähere Prüfung unterbleiben.¹⁶ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die mit Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002 unionsrechtlich vorgegebene Informationspflicht bei von Lebens- bzw. Futtermitteln ausgehenden Gesundheitsrisiken zur Folge hat, dass sich entsprechende nationale Regelungen (partiell § 40 LFBG und § 5 Abs. 1 S. 2 VIG) als Umsetzung EU-rechtlicher Vorgaben darstellen und damit auch der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte eröffnet ist (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Da angesichts des von Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002 belassenen Spielraums nationale Grundrechte parallel anwendbar bleiben¹⁷ und im Übrigen keine wesentlichen Wertungsdivergenzen zwischen unionalem und nationalem Grundrechtsschutz ersichtlich sind,¹⁸ kann für die begrenzten Zwecke der vorliegenden Stellungnahme auch der EU-Grundrechtsschutz ausgeklammert bleiben. Selbiges gilt für die EMRK, die zwar die Berufsfreiheit nicht (ausdrücklich) schützt, allerdings personenbezogene Informationen (Art. 8 EMRK).

c) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer schlichten Verbraucherinformation unabhängig von Gesundheitsrisiken

Die Information der Öffentlichkeit über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Anforderungen kann – neben einem präventiven Hinwirken auf die Einhaltung lebensmittelrechtlicher Standards und einer Erhöhung der Verwaltungstransparenz – zwei Hauptzwecke verfolgen: Zum einen kann sie als Maßnahme der Gefahrenabwehr bzw. der Risikobewältigung einer Warnung der Verbraucher vor aktuellen Gesundheitsgefahren bzw. -risiken dienen, zum ande-

¹⁵ BVerfGE 105, 252 (273).

¹⁶ Eingehend dazu *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (35 ff., 45 f.).

¹⁷ Umfassend zum Verhältnis des EU- und nationalen Grundrechtsschutzes *Wollenschläger*, Die Gewährleistung von Sicherheit im Spannungsfeld der nationalen, unionalen und EMRKGrundrechtsordnungen: Überlegungen zu Grundrechtsregimekonkurrenzen und ihrer Bewältigung im Europäischen Mehrebenensystem, in: Iliopoulos-Strangas/Digelmann/Bauer (Hrsg.), *Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa*. SIPE 6 (2010), S. 45 (52 ff.).

¹⁸ Gleichfalls von einer Konvergenz ausgehend *Becker*, *ZLR* 2011, S. 391 (405).

ren kann sie als Maßnahme der (schlichten) Verbraucherinformation unabhängig von aktuellen Gefährdungslagen Fakten für (zukünftige) Konsumententscheidungen des Verbrauchers liefern.¹⁹ Es liegt auf der Hand, dass die zweite Alternative verfassungsrechtlich schwieriger zu rechtfertigen ist.

Bereits in seiner geltenden Fassung scheint § 40 LFGB jedenfalls seinem Wortlaut nach beide Arten der Unterrichtung der Öffentlichkeit zu ermöglichen, d.h. die Informationsbefugnis besteht auch dann, wenn kein aktuelles Risiko für den Verbraucher vorliegt, etwa wenn „der hinreichende Verdacht besteht, dass gegen Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes, die a) dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen dienen, verstoßen wurde, oder b) dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Täuschung dienen, in nicht unerheblichem Ausmaß verstoßen wurde“ (§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 LFGB). Systematische Gründe (Einordnung in den Gesetzesabschnitt „Überwachung“ sowie die Bezugnahme auf § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB und damit auf Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung [EG] Nr. 178/2002, der ein Gesundheitsrisiko voraussetzt), vor allem aber die über § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB zu berücksichtigenden gegenläufigen unternehmerischen Interessen sprechen allerdings für ein restriktives Verständnis dieser Norm in dem Sinne, dass eine Information aktuelle Risiken für den Verbraucher voraussetzt.²⁰

Die Aufgabe der Abwägungsklausel im Zuge der geplanten Novelle verunmöglicht eine derart restriktive Auslegung, was in Gesetzeswortlaut oder -materialien noch deutlicher herausgestellt werden sollte. Erwägenswert erscheint aus systematischen Gründen auch, das LFGB auf die Bewältigung von Gefahren bzw. Risiken zu beschränken und die schlichte Verbraucherinformation im VIG zu regeln.

Eine Verbraucherinformation (auch) jenseits von Gesundheitsgefahren und -risiken ist, wie andernorts im Einzelnen dargelegt, verfassungsrechtlich zulässig.²¹

Einleitend herausgestrichen sei, dass der Staat nicht nur dann, wenn die behördliche Information der Abwehr von Gesundheitsgefahren, auch präventiv, dient, verfassungslegitime Ziele verfolgt (insoweit greift die im Grundgesetz verankerten Schutzpflicht für Leib und Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Denn auch für eine Ausdehnung der Informationsbefugnis über Fälle der Abwehr von Gesundheitsgefahren hinaus streiten, anders als teils vertreten, Belange von

¹⁹ Näher und weiter differenzierend *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (22 ff.).

²⁰ Im Einzelnen *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (27 ff.), m.w.N.

²¹ *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (40 ff.), m.w.N., worauf die folgenden Ausführungen beruhen.

Verfassungsrang.²² Die Verbraucherinformation erhöht nämlich die Markttransparenz und ermöglicht informierte Konsumententscheidungen (vgl. auch § 1 VIG-E), was sich als Voraussetzung für die Ausübung der grundgesetzlich garantierten Vertragsfreiheit des Verbrauchers (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) darstellt; im Übrigen stärkt ein transparentes Staatshandeln die gleichfalls im Grundgesetz verbürgte demokratische Teilhabe der Bürger, indem es Akzeptanz und Legitimation getroffener Entscheidungen erhöht und eine öffentliche Debatte befördert.²³ Schließlich trägt die drohende Negativpublizität zu einer Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Anforderungen bei und dient damit der Durchsetzung der Rechtsordnung.

Die Veröffentlichung ist zur Zielerreichung *geeignet*, da sie den Verbraucher über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Anforderungen in Kenntnis setzt und ihm damit eine informierte Konsumententscheidung ermöglicht.²⁴ Es ist auch bei der Veröffentlichung vergangener Verstöße mitnichten so, dass dieser kein Aussagegehalt zukommt oder hierin lediglich die Anprangerung begangener Rechtsverstöße liegt; vielmehr stellt die lebensmittelrechtliche Unzuverlässigkeit in der Vergangenheit eine für die Konsumententscheidung des Verbrauchers in Gegenwart und Zukunft wesentliche Tatsache dar. Hinsichtlich des Ziels, die Lebensmittelsicherheit zu erhöhen, steht schließlich außer Frage, dass die drohende Negativ-Publizität zu einer Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Standards anhält.

Angesichts des vom Ordnungs- und Sanktionsrechts zu unterscheidenden Anliegens der Verbraucherinformation ist auch deren *Erforderlichkeit* zur Erreichung der skizzierten Ziele zu bejahen.

Trotz des Geheimhaltungsinteresses seitens des Unternehmers und der mit einer Internet-Publizität einhergehenden intensiven Eingriffsform ist die Information der Öffentlichkeit auch *angemessen*, da sie öffentliche Interessen von überragendem Gewicht verfolgt.²⁵ Dies gilt nicht nur für den mit der Präventionswirkung verbesserten Gesundheitsschutz und die mit der Verwaltungstransparenz gestärkte demokratische Teilhabe des Einzelnen. Dies gilt vielmehr auch für das Hauptanliegen der Veröffentlichung, nämlich eine adäquate Verbraucherinformation zu gewährleisten. Diese ist unerlässlich, um den Verbraucher zu befähigen, eigenver-

²² *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (40 f.), m.w.N. A.A. *Becker*, *ZLR* 2011, S. 391 (415) – partiell; *Grube/Immel*, *ZLR* 2011, S. 175 (182 f.); *Wiemers*, *ZLR* 2009, S. 413 (421).

²³ Näher *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (40 f.).

²⁴ Kritisch wegen der drohenden Informationsflut *Becker*, *ZLR* 2011, S. 391 (402); *Grube/Immel*, *ZLR* 2011, S. 175 (191); *dies.*, *ZLR* 2011, S. 644 (651).

²⁵ Zum „erheblichen verfassungsrechtlichen Gewicht“ des Informationsanspruchs nach dem VIG *Kugele*, Schutz privater und geschäftlicher Interessen im Verwaltungsprozess, in: *Böhm/Freund/Voit*, Verbraucherinformationsgesetz, 2009, S. 102 (112); für einen grundsätzlichen Vorrang auch VG Saarlouis, Urteil vom 24.8.2010, 3 K 228/10 – juris, Rn. 24.

antwortliche Konsumententscheidungen zu treffen. Denn der Einzelne hat regelmäßig keinen Einblick in das lebensmittelrechtliche Gebaren des Unternehmers, ist hierauf aber für eine informierte Konsumententscheidung angewiesen. Hierbei handelt es sich auch um ein volkswirtschaftlich bedeutsames Anliegen, da das Marktsystem bei uninformierten Kaufentscheidungen „seine Lenkungskräfte und damit seine besondere Effizienz bei der Allokation der Ressourcen“ verliert.²⁶ Geschützt werden zudem die lauter operierenden Hersteller, bei denen die Einhaltung der Lebensmittel- und Hygienestandards höhere Kosten verursacht.²⁷ Schließlich ist in Rechnung zu stellen, dass die Schutzwürdigkeit des Geheimhaltungsinteresses erheblich durch den Umstand gemindert ist, dass die Veröffentlichung nicht nur ein Fehlverhalten des Betroffenen zur Grundlage hat, sondern dieses angesichts seiner Konsequenzen für die Verbraucher auch einen Öffentlichkeitsbezug aufweist²⁸. Gegenüber der Eingriffsintensität des Publikationsmediums „Internet“ ist (zudem) zu berücksichtigen, dass nur dieses einen effektiven Informationszugang gewährleistet.²⁹

Angesichts der auf dem Spiel stehenden unternehmerischen Interessen ist die Veröffentlichung freilich an Kautelen zu knüpfen: Erforderlich ist ein gleichheitskonformes Kontrollkonzept, ein hinreichend gewichtiger und nachhaltiger Verstoß sowie eine Löschung nach einer bestimmten Veröffentlichungsdauer.³⁰ Hinsichtlich der geforderten Intensitätsschwelle erscheint es akzeptabel, an die Wertung des einfachen Gesetzgebers, wegen des Gewichts des Verstoßes einen Ordnungswidrigkeiten- oder Straftatbestand anzuordnen, anzuknüpfen und ein Mindestbußgeld zu verlangen.³¹ An Überzeugungskraft gewönne die vorgesehene 350 € Schwelle (§ 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB-E) freilich, wenn sich die Gesetzesbegründung nicht in einer Behauptung von deren Sachgerechtigkeit aufgrund bisheriger Erfahrungen erschöpfte,³² sondern dies untermauerte.³³ Angemerkt sei des Weiteren, dass nicht ganz klar ist, wie sich das Tatbestandsmerkmal „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ zum kumulativen Erfordernis eines Mindestbußgelds verhält – ist die Bußgeldhöhe nicht bereits Ausdruck der Erheblichkeit

²⁶ BT-Drs. 16/5404, S. 7. Siehe auch Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 20. BVerfGE 105, 252 (267): „Defizite in der Verfügbarkeit entscheidungserheblicher Informationsinhalte bedrohen ... die Selbststeuerungskraft des Marktes“.

²⁷ Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 20; *Kube*, ZLR 2007, S. 165 (189).

²⁸ Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 5.7.2010, 2 BvR 759/10, Rn. 14; *Gurlit*, DVBl. 2003, S. 1119 (1124); *Martini*, DÖV 2010, S. 573 (579).

²⁹ Vgl. EGMR, Entscheidung vom 25.10.2005, Nr. 2428/05, n.v. – *Wypych/Polen*; *Martini*, DÖV 2010, S. 573 (574).

³⁰ Näher *Wollenschläger*, VerwArch 102 (2011), S. 20 (46 ff.).

³¹ *Wollenschläger*, VerwArch 102 (2011), S. 20 (47). *Grube/Immel*, ZLR 2011, S. 644 (648 f.), erachten das Mindestbußgeld für nicht hinreichend aussagekräftig (Divergenz Erwartung / tatsächlich verhängter Betrag; Entscheidungsspielraum der Behörde) und damit für verfassungswidrig.

³² Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 31.

³³ Siehe auch *Grube/Immel*, ZLR 2011, S. 644 (648).

des Verstoßes? Festgehalten sei schließlich, dass eine Veröffentlichung parallel zu einem laufenden Ordnungswidrigkeiten- bzw. Strafverfahren möglich erscheint; denn die Veröffentlichung knüpft primär an den beanstandeten Verstoß an, wofür die Strafbewehrung bzw. die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands lediglich eine sekundäre Rolle spielen, nämlich als Indikator für das Gewicht des Verstoßes.³⁴

Außer in Eilfällen ist zur Absicherung von Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens schließlich zu fordern, dass die Behörde den Betroffenen über das Ergebnis der nach dessen Anhörung getroffenen Entscheidung über die Veröffentlichung informiert und ihm durch Abwarten einer angemessenen Frist ermöglicht, einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung vor dem Verwaltungsgericht zu stellen.³⁵ Insoweit empfiehlt sich eine Ergänzung des § 40 LFGB.

d) Verdichtung der Informationsbefugnis zu einer Informationspflicht

Da eine Veröffentlichung der Informationen unter den geschilderten Voraussetzungen verfassungskonform ist, spricht nichts dagegen, insoweit nicht nur eine Veröffentlichungsbefugnis, sondern eine Veröffentlichungspflicht vorzusehen. Genauso wie die Konkretisierung von Einzeltatbeständen trägt die Anordnung einer Informationspflicht, für die das Abwägungsgebot des § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB nicht greift, zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels bei, bei den örtlichen Behörden bestehende Unsicherheiten zu beseitigen, „in welchen Fällen eine Information der Öffentlichkeit angezeigt ist.“³⁶ Erwogen werden könnte, eine in besonderen Ausnahmefällen greifende, restriktiver als die Abwägungsklausel formulierte Härtefallklausel zu verankern.

Hinsichtlich der Formulierung des Tatbestands anzumerken ist, dass, während Nr. 1 mit klaren Begrifflichkeiten operiert (Überschreiten von Grenzwerten, Höchstgehalten oder Höchstmengen), Nr. 2 mit den unbestimmten Rechtsbegriffen „wiederholt“ bzw. „in nicht unerheblichem Ausmaß“ Interpretationsspielräume eröffnet, die (auch) im Lichte der Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen zu sehen sind.

Was das Gleichgewicht der beiden Alternativen betrifft, ist schließlich festzuhalten, dass bei Nr. 1 bereits eine minimale, einmalige Grenzwertüberschreitung zur Warnung führt. Dies rechtfertigt die Entwurfsbegründung mit einem entsprechenden Informationsinteresse der

³⁴ Wollenschläger, VerwArch 102 (2011), S. 20 (32).

³⁵ Wollenschläger, VerwArch 102 (2011), S. 20 (33).

³⁶ Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 17, 30.

Verbraucher: So haben „[d]ie Geschehnisse im Zusammenhang mit Dioxin in Futtermitteln ... gezeigt, dass bei Rechtsverstößen durch Grenzwertüberschreitungen unabhängig vom jeweiligen Schweregrad des Verstoßes ein besonderes Interesse der Verbraucher besteht zu erfahren, welche Lebensmittel oder Futtermittel mit unzulässigen Schadstoffen belastet sind“.³⁷ Zudem seien insoweit Anliegen des vorsorgenden Gesundheitsschutzes gewichtiger.³⁸

Wenn schließlich die gegenständliche Beschränkung der Informationspflicht auf die Futter- und Lebensmittelwirtschaft kritisiert wird,³⁹ ist dem entgegenzuhalten, dass sich für die gesetzgeberische Differenzierung angesichts der Sensibilität der betroffenen Interessen (Lebensmittelsicherheit) und öffentlich diskutierter Missstände (z.B. Dioxin in Futtermitteln) beachtliche Sachgründe anführen lassen. Damit scheidet ein Gleichheitsverstoß aus.

Unabhängig von diesen verfassungsrechtlichen Erwägungen stellt sich rechtspolitisch die Frage, inwieweit eine Einzelfallentscheidungsbefugnis für die behördliche Praxis dienlich ist (etwa Verwaltungsaufwand, Bagatellfälle).

e) Notwendigkeit einer Beschränkung der verdachtsbasierten Informationsbefugnis auf das Betroffensein gewichtiger (Verbraucher-)Interessen

Verfassungsrechtlich nur eingeschränkt zulässig ist eine Information der Öffentlichkeit bei bloßem Verdacht eines Rechtsverstoßes. Bestätigt sich dieser nämlich nicht, können unternehmerische Interessen in erheblichem Umfang beeinträchtigt worden sein, ohne dass ein Beitrag zur Abwehr von Gesundheitsgefahren oder zur Erhöhung der Markttransparenz geleistet worden wäre.⁴⁰ Umgekehrt gilt freilich auch, dass, wenn sich der Verdacht auf gewichtige Verbraucherinteressen, namentlich Gesundheitsgefahren, bezieht, ein behördliches Handeln oftmals nicht bis zur vollständigen Ermittlung des Sachverhalts aufgeschoben werden kann.

Dementsprechend ist, wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Glykol-Entscheidung herausgestellt hat, eine Information der Öffentlichkeit bei bloßem Verdacht möglich, allerdings nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes: „Verbleiben ... Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht, ist der Staat an der Verbreitung der Informationen gleichwohl jedenfalls dann

³⁷ Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 30.

³⁸ Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 30 f.

³⁹ *Grube/Immel*, ZLR 2011, S. 175 (183).

⁴⁰ Siehe auch *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (413 f.).

nicht gehindert, wenn es im öffentlichen Interesse liegt, dass die Marktteilnehmer über einen für ihr Verhalten wichtigen Umstand, etwa ein Verbraucherrisiko, aufgeklärt werden.⁴¹

Unterhalb der Schwelle einer Gesundheitsgefahr oder eines Risikos für den Verbraucher oder einer Täuschung desselben bzw. jenseits sonst anerkennenswerter Drittinteressen (vgl. § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LFGB), insbesondere wenn nur die schlichte Information des Verbrauchers über vergangene Rechtsverstöße bezweckt ist, erfordern Maßnahmen der aktiven Publizität mit Rücksicht auf Grundrechtspositionen der betroffenen Unternehmen jedoch die inhaltliche Richtigkeit der Information.⁴² Dieser Anforderung genügt § 40 Abs. 1a LFGB-E nicht, da er eine darüber hinausgehende verdachtsbasierte Information zulässt, etwa wenn ein vergangener Verstoß – abgesehen vom Informationsinteresse – keine Verbraucherbelange mehr berührt, weil das Lebensmittel sich z.B. nicht mehr im Verkehr befindet (vgl. demgegenüber § 3 S. 4 Nr. 2 VIG-E). Hinzu kommt, dass die unbedingte Informationspflicht keine Einzelfallabwägung zulässt, auf die beim bloßen Verdacht wegen des Interessenskonflikts nicht verzichtet werden kann.

Auch in Fällen, in denen eine verdachtsbasierte Informationsbefugnis anzuerkennen ist, greifen in der Glykol-Entscheidung herausgestrichene verfassungsrechtliche Kautelen: „In solchen Fällen hängt die Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationstätigkeit davon ab, ob der Sachverhalt vor seiner Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen, gegebenenfalls auch unter Anhörung Betroffener, sowie in dem Bemühen um die nach den Umständen erreichbare Verlässlichkeit aufgeklärt worden ist.“⁴³ Dem genügt § 40 Abs. 1a LFGB-E dadurch, dass er einen „durch Tatsachen hinreichend begründete[n] Verdacht“ verlangt, was entsprechend auszulegen ist. Zudem „wird es angezeigt sein, die Marktteilnehmer auf verbleibende Unsicherheiten über die Richtigkeit der Information hinzuweisen, um sie in die Lage zu versetzen, selbst zu entscheiden, wie sie mit der Ungewissheit umgehen wollen.“⁴⁴ Dem ist in der Informationspraxis Rechnung zu tragen. Schließlich besteht eine Korrekturpflicht: Art. 12 Abs. 1 GG ist verletzt, „wenn eine Information sich im Nachhinein als unrichtig erweist und dennoch weiterverbreitet oder nicht korrigiert wird, obwohl sie für das Marktverhalten weiter von Belang ist. Mit der Feststellung der Beeinträchtigung des Schutzbereichs steht in solchen Fällen auch die Rechtswidrigkeit fest,

⁴¹ BVerfGE 105, 252 (272).

⁴² *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (416 f.); *Schoch*, ZLR 2010, S. 121 (137); *ders.*, NJW 2010, S. 2241 (2246 f.); *Wollenschläger*, VerwArch 102 (2011), S. 20 (47).

⁴³ BVerfGE 105, 252 (272).

⁴⁴ BVerfGE 105, 252 (272).

da eine Rechtfertigung der Weiterverbreitung der als unrichtig erkannten Information ausgeschlossen ist“.⁴⁵ Diese verfassungsrechtliche Anforderung setzt § 40 Abs. 4 LFGB um.

Infolge der partiellen Unzulässigkeit einer verdachtsbasierten Verbraucherinformation ist die Richtigkeit des Rechtsverstoßes entscheidende Voraussetzung. Dies wirft die Frage auf, ob die Veröffentlichung einen bestandskräftigen Bescheid voraussetzt und wie drohenden Verzögerungen aufgrund der Einlegung von Rechtsbehelfen begegnet werden kann; als Kompromiss zwischen Richtigkeitsgewähr sowie effektivem Rechtsschutz einerseits und der Realisierbarkeit der Verbraucherinformation andererseits stellt ein vollziehbarer Bescheid eine ausreichende Veröffentlichungsgrundlage dar, wobei durch ein Zuwarten nach Erlass einer sofort vollziehbaren Primärmaßnahme Gelegenheit zum Außervollzugsetzen der Primärmaßnahme im Wege des Eilrechtsschutzes zu geben ist.⁴⁶ Insoweit besteht Regelungsbedarf.

f) Gesetzesvorbehalt

Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG knüpft Beschränkungen der Berufsfreiheit an die Voraussetzung, dass diese durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das alle für die Berufsausübung wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Obgleich sich keinerlei Vorgaben für die Dauer der Publizität finden, lässt sich die Regelung als noch hinreichend bestimmt ansehen, da ersichtlich ist, welche Daten unter welchen Voraussetzungen veröffentlicht werden sollen. Weiterer Regelungsbedarf entsteht allerdings infolge der partiellen Unzulässigkeit einer verdachtsbasierten Veröffentlichung. Wie bereits ausgeführt, greift der Gesetzesvorbehalt freilich nur, wenn man nicht mit guten Gründen die Glykol-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ablehnt⁴⁷ bzw. diese auf Akte der Regierung beschränkt⁴⁸.

3. Bewertung des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E

Obgleich verfassungsrechtlich im oben aufgezeigten Rahmen grundsätzlich nichts gegen eine aktive Verbraucherinformation einzuwenden ist, begegnet die aktive Informationsbefugnis des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E verfassungsrechtlichen Einwänden. Die Novelle des VIG hat diese Bedenken verschärft: Zwar hat die aktive Informationsbefugnis des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG keine Änderung im Wortlaut erfahren; allerdings schlagen anderweitige geplante Änderungen des VIG auf sie durch, da der Wortlaut des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E auf „Informationen, zu denen Zugang zu gewähren ist“, sowie auf § 5 Abs. 1 VIG-E Bezug nimmt.

⁴⁵ BVerfGE 105, 252 (273).

⁴⁶ Siehe *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (32 f., 47).

⁴⁷ Näher *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (38 f.), m.w.N.

⁴⁸ So etwa *Holzner*, *NVwZ* 2010, S. 489 (490).

Bereits der geltenden Fassung ist eine mangelnde Bestimmtheit zu attestieren: § 5 Abs. 1 S. 2 VIG (§ 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E) enthält keine nähere Regelung von Tatbeständen, Voraussetzungen, Dauer und Aufbereitung der Veröffentlichung.⁴⁹ Auch wenn man den Verweis auf zugangspflichtige Informationen als Vollverweis auf die §§ 2 f. VIG-E verstünde, stellte sich im Rahmen des von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E eröffneten Ermessens angesichts der höheren Eingriffsintensität einer aktiven staatlichen Informationspolitik die (zu verneinende) Frage, ob jede Information, zu der auf Antrag Zugang zu gewähren ist, auch veröffentlicht werden darf.

Unzulässig im Rahmen der schlichten Verbraucherinformation ist etwa, wie soeben aufgezeigt, eine Veröffentlichung vor hinreichender Klärung der Richtigkeit des Vorwurfs. Zwar kann aus Aktualitätsgründen ein sofort vollziehbarer, gerichtlich nicht bzw. erfolglos angegriffener Bescheid genügen; eine Anwendung des § 3 S. 1 Nr. 1 lit. b VIG-E ermöglichte aber eine Veröffentlichung zu einem früheren Zeitpunkt.

Ebenso wenig kann angesichts der Eingriffsintensität auf eine Anhörung verzichtet werden, was die entsprechende Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VIG-E im Wege einer Ermessensentscheidung nunmehr gestattete.

Daher sollte die aktive Informationsbefugnis gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 VIG (§ 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E) im laufenden Gesetzgebungsverfahren eine Präzisierung erfahren.

4. *Perspektiven der Verbraucherinformation*

Die proaktive Verbraucherinformation wirft auch perspektivisch Fragen auf, die der Fragenkatalog ebenfalls thematisiert:

- Welche rechtlichen Änderungen in § 40 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch bzw. § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG (alt) sind erforderlich, damit Behörden die Öffentlichkeit proaktiv und unverzüglich über Untersuchungsergebnisse informieren, z.B. durch ein sog. Restaurantbarometer zur Kennzeichnung der Betriebshygiene von Lebensmittelunternehmen?
- Wie bewerten Sie die Forderung nach einer gesetzlichen Kompetenznorm für öffentliche Warnungen durch Behörden, z.B. vor riskanten Geldanlagen, unsicheren Fluglinien, unethischen Arbeits- und Produktionsbedingungen oder vorsorgliche Hinweise bei Neuheiten?

⁴⁹ Dazu *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (39 f.).

Die in § 40 Abs. 1a LFGB geplante Informationspflicht stellt eine unverzügliche Information der Öffentlichkeit über Untersuchungsergebnisse im Bereich der Lebens- und Futtermittel sicher. Daneben sieht § 5 Abs. 1 S. 2 VIG (§ 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E) eine aktive Information der Öffentlichkeit vor, auf die bereits jetzt Informationsmaßnahmen im Bereich der Restaurantüberwachung gestützt werden; auf die Probleme dieser Rechtsgrundlage wurde soeben hingewiesen.

Was Ausweitungen der staatlichen Informationstätigkeit im Übrigen betrifft,⁵⁰ so hat bereits das Bundesverfassungsgericht in seiner Glykol-Entscheidung festgehalten:

Allerdings garantiert der Markt als Einrichtung nicht, dass stets ein bestimmter oder gar ein hoher Informationsstand besteht. Die am Markt verfügbaren Informationen sind häufig nicht vollständig. Informationen werden vielfach in selektiver Weise verbreitet. Auch haben nicht alle am Markt verfügbaren Informationen gleich gute Voraussetzungen, um von ihren Adressaten aufgenommen und folgenreich verarbeitet zu werden. Es fördert die Funktionsweise des Marktes, wenn in solchen Situationen durch zusätzliche, gegebenenfalls auch staatliche Informationen Gegengewichte gesetzt werden oder wenn die überlegene Informationsmacht einzelner Marktteilnehmer ausgeglichen wird.⁵¹

Eine proaktive Information hat Konjunktur: So hat der Gesetzgeber angesichts der Diskussion um Qualitätsmängel im Bereich der ambulanten und stationären Pflege sowie um „mehr Transparenz und Vergleichbarkeit für die Pflegebedürftigen“⁵² herzustellen, bestimmt, dass die Ergebnisse der gesetzlich vorgesehenen Qualitätsprüfungen von Pflegeeinrichtungen nicht mehr nur diesen und den Kostenträgern bekanntgegeben werden müssen, sondern nunmehr auch im Internet zu veröffentlichen sind (§ 115 Abs. 1a SGB XI). Dieses, von den Sozialgerichten schon kurz nach der Freigabe der ersten Bewertungen Ende 2009 kontrovers beurteilte Informationsregime wirft ungleich schwierigere Fragen auf, da hier nicht nur festgestellte Mängel publiziert werden, sondern eine umfassende Leistungsbewertung mit Benotung erfolgt. In diese Richtung weist auch die aktuell in Berlin praktizierte Hygiene-Bewertung von Restaurants.⁵³ Mit dem Ende 2010 zur Verfügung gestellten AOK-Arztnavigator⁵⁴ scheint schließlich eine weitere Facette der staatlichen Produktbewertung auf: Zur Erleichterung der Arztsuche betreibt die AOK, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, eine Internet-Datenbank, in der sie Patientenbewertungen von Ärzten veröffentlicht. Sie erfolgen auf der Basis eines von der AOK entwickelten Fragebogens, der die Bereiche Praxis und Personal, Arztkommunikation, Behandlung und Gesamteindruck abdeckt.

⁵⁰ Der folgende Text adaptiert *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), S. 20 (49 f.).

⁵¹ BVerfGE 105, 252 (267).

⁵² Begründung RegE Entwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz), BT-Drs. 16/7439, S. 41.

⁵³ <http://www.berlin.de/sicher-essen> (30.10.2011); <http://www.berlin.de/ba-pankow/verwaltung/ordnung/smiley.html> (30.10.2011).

⁵⁴ <http://www.aok-gesundheitsnavi.de/aerzte.20.de.html> (30.10.2011).

Antworten finden muss das Recht der Verbraucherinformation demnach auf die Frage, auf welchen Märkten und unter welchen Voraussetzungen der Staat zur Marktintervention durch Information berechtigt, vielleicht sogar verpflichtet ist. Staatliches Tätigwerden insoweit muss freilich subsidiär bleiben;⁵⁵ gerechtfertigt erscheint es nur dann, wenn Missstände bestehen, die Leistung für den Verbraucher von besonderer Bedeutung ist⁵⁶ und dieser sich nicht anderweitig – auch mittels eines funktionierenden Systems der Produktinformation (z.B. Stiftung Warentest) – informieren kann, mithin Informationsasymmetrien bestehen⁵⁷. Ferner stellt sich die Frage, in welchem Umfang zu informieren ist: Sind Systeme mit einer umfassenden Leistungsbewertung, wie dies im Pflegebereich der Fall ist, der punktuellen Information über Missstände, wie bei der früheren Pankower Negativliste praktiziert, vorzuziehen? Oder hat sich der Staat, wie im Fall des AOK-Arzt Navigators, auf die Bereitstellung von Informationsplattformen für Kundenbewertungen zu beschränken? Bei Beantwortung dieser Fragen in Rechnung zu stellen ist, dass eine extensive staatliche Informationsvorsorge nicht nur dem Leitbild des mündigen Verbrauchers widerspricht, sondern auch Manipulationsgefahren birgt.⁵⁸ Ebenfalls zu verweisen ist auf den entstehenden Verwaltungsaufwand.

III. Verfahrens- und Rechtsschutzfragen

Namentlich mit Modifikationen beim Erfordernis der Anhörung des betroffenen Unternehmens (1.) sowie bei dessen Rechtsschutz (2.) möchte der Gesetzentwurf eine Beschleunigung des Informationszugangs erreichen. Hierauf bezieht sich die Frage:

- Gewährleisten die im Gesetzentwurf enthaltenen Verfahrensregelungen, dass die Auskunftserteilung nach dem VIG künftig schneller und einfacher möglich ist und gleichzeitig die verfassungsrechtlichen Grundsätze des rechtlichen Gehörs und des effektiven Rechtsschutzes gewahrt bleiben?

1. Beschränkung der Anhörung, § 5 Abs. 1 S. 2 VIG-E

a) Regelung des VIG-E

Wie bislang auch ist Dritten, deren rechtliche Interessen durch einen Antrag auf Informationszugang betroffen sein können, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In Erweiterung des §

⁵⁵ Vgl. ferner *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (417 f.).

⁵⁶ Siehe insoweit auch *Knitsch*, ZRP 2003, S. 113 (118).

⁵⁷ Vgl. insoweit auch *Martini*, DÖV 2010, S. 573 (580).

⁵⁸ *Wollenschläger*, VerwArch 102 (2011), S. 20 (41 f.).

28 VwVfG gestattet § 5 Abs. 1 S. 2 VIG-E nunmehr ein Absehen von der Anhörung im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, wenn es sich

- um die Weitergabe von Informationen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG handelt, mithin um Informationen über Abweichungen von lebensmittelrechtlichen Anforderungen und deshalb getroffenen Entscheidungen bzw. Maßnahmen (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VIG-E), oder
- um Fälle, „in denen dem oder der Dritten die Erhebung der Information durch die Stelle bekannt ist und er oder sie in der Vergangenheit bereits Gelegenheit hatte, zu derselben Information Stellung zu nehmen, insbesondere wenn bei gleichartigen Anträgen eine Anhörung zu derselben Information bereits durchgeführt worden ist“ (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VIG-E).

b) Bewertung

Regelungen des Anhörungserfordernisses müssen dem grundgesetzlich verbürgten Recht auf ein faires Verfahren Rechnung tragen und stehen nicht zur beliebigen Disposition des einfachen Gesetzgebers.⁵⁹

Die Bundesregierung begründet die Möglichkeit, von einer Anhörung bei Rechtsverstößen gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VIG-E abzusehen, damit, dass dies „insbesondere Fälle [sind], in denen schützenswerte Rechtspositionen von Unternehmen wegen des Vorliegens von Rechtsverstößen gegenüber dem öffentlichen Interesse der Verbraucher an der Informationserteilung eher zurückstehen können ... Die Regelung ... orientiert sich dabei insbesondere am Beispiel des Rechtsgedankens aus § 28 Absatz 2 Nummer 1 VwVfG, wonach im öffentlichen Interesse oder bei Gefahr im Verzug von Anhörungen abgesehen werden kann.“⁶⁰

Die in Bezug genommene Regelung des § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG setzt freilich voraus, dass eine *sofortige Entscheidung* aus den genannten Gründen notwendig erscheint, was weder im Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VIG-E noch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, die vielmehr allein auf die Schutzwürdigkeit von Rechtspositionen abstellen. In der besonderen Dringlichkeit liegt aber der Rechtfertigungsgrund für die Ausnahme vom Anhörungserfordernis. Es wäre mithin darzutun, dass entsprechende Informationszugangsbegehren

⁵⁹ Siehe nur BVerfGE 101, 397 (405).

⁶⁰ Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 27. Gleichzeitig wird *ibid.* ausgeführt: „Mit Blick auf die durch das Grundgesetz geschützten Verfahrensrechte betroffener Dritter erfordert das Absehen von der Anhörung in jedem Einzelfall im Rahmen der erforderlichen Ermessensausübung eine sorgfältige Interessenabwägung sowie die positive Feststellung, dass schützenswerte Rechtspositionen Dritter mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht betroffen sind.“

unter Berücksichtigung der Rechtsposition des betroffenen Unternehmens generell derart dringlich sind, dass auch die Gelegenheit zu einer kurzfristigen Stellungnahme die Informationsgewährung in Frage stellt. Dies erscheint jedoch zweifelhaft. Hinzu kommt, dass mit der VIG-Novelle ohnehin die materielle Rechtsposition der Unternehmen durch eine Restriktion der Ausschluss- und Beschränkungsgründe (§ 3 VIG-E) eingeschränkt wurde, was verfahrensrechtlichen Sicherungen eine größere Bedeutung zuweist.⁶¹ Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bei im Einzelfall bestehender besonderer Dringlichkeit ein Rückgriff auf § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG möglich bleibt. Nicht überzeugend erscheint es, das Absehen von der Anhörung damit zu begründen, dass ohnehin kein materieller Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in diesem Fall besteht (§ 3 S. 4 Nr. 1 VIG-E); denn klärungsbedürftig können etwa der Umfang der Informationsherausgabe oder die Richtigkeit sein.

Hinsichtlich § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VIG-E ist anzumerken, dass dieser Ausnahmetatbestand seinem Wortlaut nach nicht ganz eindeutig ist und je nach Auslegung verfassungsrechtlichen Einwänden begegnet. Die Gesetzesbegründung führt aus: „Bereits nach dem bisherigen VIG war eine Anhörung zudem regelmäßig dann entbehrlich, wenn der oder die Dritte in der Vergangenheit bereits Gelegenheit zur Stellungnahme hatte ... Zu Erhöhung der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wird dies in § 5 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 VIG nunmehr ausdrücklich klargestellt.“⁶² Insoweit bereits hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme bestanden hat, ist gegen einen Verzicht auf eine weitere Anhörung nichts einzuwenden (z.B. Parallelverfahren). Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VIG-E scheint aber über diese Konstellation hinauszugehen und auch dann einen Verzicht zu ermöglichen, wenn Gelegenheit lediglich zu einer Stellungnahme zur Informationserhebung, nicht aber zur Weitergabe bestand. Da die Informationserhebung anlässlich betrieblicher Kontrollen andere Aspekte betrifft als die spätere Weitergabe des Kontrollergebnisses an Dritte, kann die Gelegenheit zur Stellungnahme im ersten Fall nicht als adäquate Beteiligung hinsichtlich der Weitergabe angesehen werden. Insoweit erscheint ein Verzicht auf die Anhörung nicht gerechtfertigt.⁶³

2. Modifikationen im Rechtsschutz, § 5 Abs. 4 S. 1 VIG-E

Nach § 5 Abs. 4 S. 1 VIG-E entfällt die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 1 VwGO) in Fällen, in denen sich der Unternehmer gegen die Her-

⁶¹ Siehe auch *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (419); *Grube/Immel*, ZLR 2011, S. 175 (184 f.).

⁶² Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 27.

⁶³ So auch *Becker*, ZLR 2011, S. 391 (418 f.).

ausgabe von Angaben über Abweichungen von lebensmittelrechtlichen Anforderungen i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VIG wendet.

Der Regierungsentwurf begründet dies wie folgt:

Das VIG hat in den ersten beiden Anwendungsjahren wegen der Verzögerung der Auskunftserteilung durch Rechtsbehelfe betroffener Unternehmen um teilweise mehr als 1 Jahr in der Öffentlichkeit erhebliche Kritik erfahren. Dies ist insofern zutreffend, als die erteilten Informationen nach einem derart langen Zeitraum für die Verbraucher häufig weitgehend wertlos sind, da sie nicht mehr als Grundlage für eine aktuelle Präferenzentscheidung für oder gegen ein bestimmtes Produkt verwendet werden können. Hinzu kommt, dass die Vollzugsbehörden von der Möglichkeit einer Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 VwGO in der Vergangenheit offenbar nur zögernd Gebrauch gemacht haben ... Die auch im öffentlichen Interesse liegende wirksame, d. h. zeitnahe Information über marktrelevante Tatsachen wird auf diese Weise erschwert. Andererseits ist der Schutz gegen vorläufige Rechtsnachteile wesentliches Element der durch Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes statuierten Rechtsweggarantie. Dies gilt umso mehr, da Verwaltungshandeln durch „Information“ grundsätzlich irreversibel ist, da eine von der Behörde herausgegebene Information nachträglich nicht mehr „zurückgeholt“ werden kann ... Bei einer Abwägung der widerstreitenden Interessen erscheint es daher sachgerecht, in § 5 Absatz 4 Satz 1 VIG lediglich bei Informationen über Rechtsverstöße die sofortige Vollziehbarkeit gesetzlich anzuordnen, da hier regelmäßig ein überragendes Interesse der Öffentlichkeit an einer schnellen Information bestehen wird.⁶⁴

Diese Regelung ist an der Garantie effektiven Rechtsschutzes zu messen (Art. 19 Abs. 4 GG), die nicht nur den Zugang zu gerichtlicher Kontrolle, sondern auch deren Effektivität fordert.⁶⁵

Besonderes Gewicht verleiht dem Rechtsschutzinteresse des betroffenen Unternehmens der Umstand, dass mit der Informationsherausgabe irreparable Fakten geschaffen werden, da sich die Information dann im Umlauf befindet und nicht mehr zurückgeholt werden kann. Demgegenüber ist freilich zu berücksichtigen, dass es vorliegend nicht um die Rechtswahrung im bipolaren Staat-Bürger-Verhältnis geht, sondern ein multipolarer Interessenkonflikt vorliegt, in dem sich gegenläufige private Interessen gegenüberstehen, nämlich das Informationsinteresse des Antragstellers und das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens. Es liegt auf der Hand, dass nicht die Maximierung einer der beiden Positionen zu suchen ist, sondern ein angemessener Interessenausgleich, der praktische Konkordanz zwischen den betroffenen Rechtspositionen herstellt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Telekom-Entscheidung mit Blick auf die widerstreitenden Interessen Informationszugang und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen herausgestrichen: „[D]ie für bipolare Konfliktlagen entwickelten Regeln zur abwägenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs [können] nicht ohne Anpassung an die Besonderheiten der Mehrpoligkeit, und damit nicht ohne

⁶⁴ Begründung Gesetzentwurf BReg, BT-Drs. 17/7374, S. 27.

⁶⁵ Siehe nur BVerfGE 35, 263 (274); E 46, 166 (178); E 51, 268 (284); E 65, 1 (70); NJW 1994, S. 717 (718); E 93, 1, (13).

Beachtung der Möglichkeit jeweils unterschiedlicher Beeinträchtigungen und Begünstigungen, angewendet werden.“⁶⁶

Insoweit ist festzuhalten, dass auch das Informationsinteresse des Antragstellers, wie aufgezeigt, verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Unter Berücksichtigung des besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit bei Rechtsverstößen und dem in diesem Fall geminderten Schutzanspruch des Unternehmens erscheint das Entfallen des Suspensiveffekts verfassungsrechtlich zulässig.

Die Irreparabilität der Informationsherausgabe hat allerdings zur Folge, dass der Unternehmer die Möglichkeit haben muss, zuvor eine gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 1. Alt. VwGO zu erreichen. Hierfür ist Sorge getragen, da § 5 Abs. 4 S. 2 VIG-E eine entsprechende Wartefrist vorsieht; diese ist so handzuhaben, dass tatsächlich gerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden kann. Die Rechtsprechung zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten bietet hierfür Anschauungsmaterial.

Am Rande vermerkt sei, dass im vorläufigen Rechtsschutz wegen der drohen Irreparabilität der Weitergabe dann trotz des grundsätzlich nur summarischen Charakters des Eilverfahrens eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage zu erfolgen hat.⁶⁷

IV. Zusammenfassung in Thesen

1. Aktive Verbraucherinformation

- Art. 10 der Lebensmittel-Basisverordnung (EG) Nr. 178/2002 steht staatlichen Informationsbefugnissen, die über die Abwehr von Gesundheitsrisiken hinausgehen, nicht entgegen.
- Die Berufsfreiheit gestattet prinzipiell eine schlichte Verbraucherinformation unabhängig von Gesundheitsrisiken einschließlich einer Ausgestaltung als Informationspflicht.
- Eine verdachtsbasierte Information widerspricht der Berufsfreiheit, sofern keine gewichtigen (Verbraucher-)Interessen auf dem Spiel stehen; insoweit ist auch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erforderlich. Die daraus resultierende partielle Verfassungswidrigkeit des § 40 Abs. 1a VIG-E zieht Regelungsbedarf für die Konstel-

⁶⁶ BVerfGE 115, 205 (234); siehe im Kontext des Rechtsschutzes ferner die Entscheidung zum Rechtsschutz bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte (E 116, 135.). Allgemein dazu *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 89 ff.

⁶⁷ Siehe nur BVerfG, NVwZ-RR 1999, S. 217 (218).

lationen nach sich, in denen auf eine Richtigkeit der Information nicht verzichtet werden kann: Eine (sofort) vollziehbare Primärmaßnahme stellt eine ausreichende Veröffentlichungsgrundlage dar, wobei vor Veröffentlichung Gelegenheit zur Erreichung von Eilrechtsschutz zu geben ist.

- Darüber hinaus ist – außer bei einer besonderen Dringlichkeit der Veröffentlichung – zur Absicherung von Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens zu fordern, dass die Behörde den Betroffenen über das Ergebnis der nach dessen Anhörung getroffenen Entscheidung über die Veröffentlichung informiert und ihm durch Abwarten einer angemessenen Frist ermöglicht, einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung vor dem Verwaltungsgericht zu stellen. In soweit empfiehlt sich eine Ergänzung des § 40 LFGB.
- § 40 Abs. 1a LFGB-E wahrt den Gesetzesvorbehalt.
- § 6 Abs. 1 S. 3 VIG-E bedarf einer Präzisierung aufgrund seiner mangelnden Bestimmtheit, um eine taugliche Grundlage für aktive staatliche Informationsmaßnahmen zu sein. Angesichts der hohen Eingriffsintensität unzulässig ist eine (schlichte) Verbraucherinformation ohne hinreichende Richtigkeitsgewähr und ohne vorherige Anhörung des Betroffenen.

2. Anhörung

- § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VIG-E sieht die Möglichkeit vor, von einer Anhörung des Unternehmens bei der Weitergabe von Informationen über Rechtsverstöße i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG-E abzusehen; dass in diesem Fall generell – auch unter Berücksichtigung des Rechts der betroffenen Unternehmen auf ein faires Verfahren – eine sofortige Entscheidung geboten ist, erscheint jedoch zweifelhaft.
- Der Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VIG-E ist deutlicher zu fassen und auf den Fall einer bereits erfolgten Anhörung zur Weitergabe zu beschränken; eine erfolgte Anhörung zur Informationserhebung – etwa im Kontext behördlicher Überwachungsmaßnahmen – rechtfertigt wegen ihres andersartigen Bezugspunkts kein Absehen von der Anhörung zur Informationsweitergabe.

3. Rechtsschutz

- Das Entfallen der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage in Fällen, in denen sich der Unternehmer gegen die Herausgabe von Angaben über Abweichungen von lebensmittelrechtlichen Anforderungen i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VIG-E wendet, ist mit der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) vereinbar, solan-

ge – wie in § 5 Abs. 4 S. 2 und 3 VIG-E vorgesehen – eine effektive Möglichkeit besteht, eine Weitergabe der Information im vorläufigen Rechtsschutz zu verhindern.