

Dr. Sonja Sojka

Vorläufiger Rechtsschutz und Informationspolitik

Der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 VwGO

(unter besonderer Berücksichtigung des Inhalts der gerichtlichen Entscheidung)

im Bereich der medialen Informationspolitik des Staates und der Presse

im Lebensmittelbereich

Bibliographische Beschreibung

Vorläufiger Rechtsschutz und Informationspolitik

Der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 VwGO (unter besonderer Berücksichtigung des Inhalts der gerichtlichen Entscheidung) im Bereich der medialen Informationspolitik des Staates und der Presse im Lebensmittelbereich

von Sonja, Sojka, 2016

364 Seiten

Dissertation der Technischen Universität Chemnitz, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften

Die Arbeit befasst sich zunächst mit allgemeinen Ausführungen zum vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO sowie im Anschluss daran mit der Problematik des Entscheidungsinhalts. Im besonderen Teil der Arbeit werden vier aktuelle staatliche Informationspraktiken auf ihre Verfassungs- und Rechtmäßigkeit hin untersucht. Hierzu werden allgemeine, aber umfassende Ausführungen zur staatlichen Informationspolitik der Untersuchung vorangestellt. Anschließend erfolgt eine schwerpunktmäßige Auseinandersetzung mit dem spezifisch presserechtlichen Auskunftsanspruch, um abschließend die Ausgleichsmöglichkeiten bei Interessenkonflikten zu konzipieren.

Schlagworte:

Einstweiliger Rechtsschutz, Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache, staatliche Informationspolitik, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Wettbewerbsfreiheit, faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, presserechtlicher Auskunftsanspruch, Informationszugang, Akteneinsichtsrecht

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Technischen Universität Chemnitz, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften als Dissertation angenommen. Die für diese Arbeit verwendete Literatur und Rechtsprechung konnte bis Oktober 2015 berücksichtigt werden.

Ich möchte mich bei Prof. Dr. Gramlich ganz herzlich dafür bedanken, dass er mein Promotionsverfahren jederzeit mit seiner unkomplizierten, unkonventionellen und stets freundlichen und sympathischen Art und Weise unterstützt hat. Herrn Prof. Dr. Korte möchte ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Ganz besonders möchte ich mich bei meinen Eltern, Luzie und Paul, für ihr grenzenloses Verständnis und Vertrauen in mich bedanken.

Nürnberg, im März 2016

Sonja Sojka

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Literaturverzeichnis	XXI
Problemstellung	1
Erster Teil – Vorläufiger Rechtsschutz durch (Verwaltungs-)Gerichte	5
A. Grundlagen	5
I. Gesamtsystem	5
II. Historische Entwicklung des § 123 VwGO	6
III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes	7
1.) Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG	7
a.) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen	7
b.) Besondere verfassungsrechtliche Anforderungen	9
c.) Erfordernis von „Hängebeschlüssen“	10
2.) Umsetzung der Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG in § 123 VwGO	11
3.) Anforderungen aus weiteren GG-Vorschriften	11
IV. Zusammenfassung	12
B. Materiell-rechtliche und prozessuale Besonderheiten	13
I. Inhalt des § 123 VwGO	13
1.) Materielle Fragen	13
a.) Anordnungsanspruch	13
(1.) Allgemeines	13
(2.) Sicherungsanordnung	15
(3.) Regelungsanordnung	15
(4.) Feststellungsanordnung	16
b.) Anordnungsgrund	17
(1.) Sicherungsgrund	17
(2.) Regelungsgrund	18
2.) Prüfungsinhalt	19
a.) Terminologie: Folgen- und Interessenabwägung	20
b.) Erfolgsaussichten in der Hauptsache	21

(1.) Erfolgsaussichten offensichtlich nicht gegeben	21
(2.) Erfolgsaussichten offensichtlich gegeben	22
c.) Eigenständige Folgenabwägung	23
3.) Prüfungsmaßstab bei Zeitknappheit	24
4.) Eigene Bewertung	26
II. Anforderungen an gerichtliche Geltendmachung	27
III. Sonstige verwaltungsgerichtliche Besonderheiten	28
IV. Vollstreckung der einstweiligen Anordnung	29
V. Zusätzliche Voraussetzungen im Bereich des Europarechts	30
C. Zusammenfassung	31
Zweiter Teil – Grenzen des vorläufigen Rechtsschutzes	33
A. Das sog. „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“	33
I. Das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung	33
1.) Ausgangslage	33
2.) Wandel	36
a.) Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	36
b.) Rechtsprechung des BVerwG	36
c.) Oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung	37
d.) Zwischenfazit	38
II. Beurteilungsmaßstab und Entscheidungsinhalt	39
1.) Dogmatische Grundlage für den Beurteilungsmaßstab beim vorläufigen Rechtsschutz	39
a.) Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes	39
b.) Rechtfertigung des vorläufigen irreparablen Entscheidungsinhalts	42
(1.) Die aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO	42
(a.) Rechtsnatur	42
(b.) Übertragung auf § 123 VwGO	44
(2.) Materielle Befriedigungsfunktion	45
(a.) Varianten bei der Verbindung des vorläufigen Rechtsschutzes und der Hauptsache	46
(b.) Entscheidungsinhalt unter Berücksichtigung der materiellen Befriedigungsfunktion	47

c.) Kein Verbot der Deckungsgleichheit von Hauptsacheantrag und Antrag nach § 123 VwGO	48
d.) Eigene Bewertung	49
2.) Endgültiger Entscheidungsinhalt	49
a.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	50
b.) Erhöhte Verfahrensanforderungen	51
(1.) Prüfungsdichte	51
(a.) Prüfungsdichte im Allgemeinen	51
(b.) Berücksichtigung multipolarer Interessen	52
(c.) Eigene Bewertung	53
(2.) Als Ausgleich zum vorläufigen irreparablen Entscheidungs- inhalt: Sorgfältigere Prüfung des Anordnungsgrundes	53
(3.) Eigene Bewertung	54
3.) Faktischer Entscheidungsinhalt	55
4.) Vorwegnahme der Hauptsache als Änderung der Prüfungsdichte	56
5.) Zusammenfassende Bewertung	57
III. Entscheidungsinhalt aus verfassungsrechtlicher Perspektive	57
1.) Vorläufiger irreparabler Entscheidungsinhalt	57
2.) Endgültiger Entscheidungsinhalt	58
IV. Einstweilige Anordnung in anderen Verfahrens- und Prozessordnungen	58
1.) Die einstweilige Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG	59
a.) „Vorwegnahme“ des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens	59
b.) „Vorwegnahme“ der verfassungsgerichtlichen Entscheidung	60
2.) Die einstweilige Anordnung nach § 114 FGO	61
3.) Die einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 – 4 SGG	62
a.) Maßnahmevorwegnahme	62
b.) Prüfungsvorwegnahme	63
4.) Die einstweilige Anordnung nach §§ 935 – 940 ZPO	63
a.) Entscheidungsinhalt im Bereich der Regelungsverfügung	63
b.) Entscheidungsinhalt im Bereich der Leistungsverfügung	64
5.) Vergleich der Regelungen untereinander	65
V. Lösungsansätze zu allgemeinen Kriterien	66
1.) Einführung	66
2.) Einzelne Löschungsschritte	66

a.) Lösungsschritt 1: Antragsvoraussetzungen	66
b.) Lösungsschritt 2: Festlegung der Anordnungsart	66
c.) Lösungsschritt 3: Richterliches Ermessen	67
d.) Lösungsschritt 4: Vorläufiger endgültiger Entscheidungsinhalt	67
e.) Lösungsschritt 5: Endgültiger Entscheidungsinhalt	68
VI. Fazit	68
B. Ermessensentscheidungen	70
I. Allgemeines	70
II. Anwendung des vorläufigen Rechtsschutzes auf Ermessensentscheidungen	70
1.) Ablehnende Begründung	70
2.) Befürwortung	71
III. Inhalt der einstweiligen Anordnung bei Ermessensentscheidungen	72
IV. Eigene Bewertung	73
C. Kritik und Fazit	75
Dritter Teil – Vorläufiger Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung staatlicher und presserechtlicher Informationspolitik in „neuen“ Medien im Lebensmittelrecht	76
A. Einführung	76
B. Staatliche Informationspolitik	79
I. Entwicklung	80
1.) Allgemeine Überlegungen	81
a.) Einführung	81
b.) Staatliche Handlungsinstrumente	83
(1.) Allgemeines	83
(2.) Verwaltungsakt	84
(3.) Realakt	85
(4.) Folge der Einordnung	86
c.) Informationsstufen	87
(1.) Allgemeines	87
(2.) Hinweis	88
(2.) Empfehlung	89
(3.) Warnung	90
2.) Staatliche Informationspolitik im Lebensmittelsektor	91

a.) Politische Intension	91
b.) Eilrechtsschutz	93
c.) Weiteres aktuelles staatliches Informationsprojekt	93
d.) Wirkung	95
II. Staatliche Informationspolitik in der Rechtsprechung	95
1.) Volkszählungsentscheidung	95
2.) Transparenzlistenentscheidung	96
3.) Glykolentscheidung BVerwG	96
4.) Glykolentscheidung BVerfG	96
5.) Negativlistenentscheidung	96
6.) Förderungsentscheidung	97
7.) Warentestentscheidung	97
III. Weitere Entwicklung bis ins digitale Zeitalter	97
1.) Allgemeines	97
2.) Smiley-Modell	98
3.) Verbraucherportal www.lebensmittelklarheit.de	99
4.) Informationen auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB	100
5.) Website www.lebensmittelwarnung.de	100
IV. Informationspolitik durch und in „neuen“ Medien	101
1.) Begriff der „neuen“ Medien	102
2.) Besondere Auswirkungen im lebensmittelrechtlichen Bereich	103
a.) Allgemeines	103
(1.) Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten	104
(2.) Bereiche des Informationshandelns	104
b.) Grundrechtlicher Schutzbereich	104
(1.) Grundrechtlich geschützte unternehmerische Interessen	105
(a.) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	106
(aa.) Sachlicher Schutzbereich	106
(bb.) Persönlicher Schutzbereich	108
(i.) Ablehnung	108
(ii.) Befürwortung	109
(b.) Wettbewerbsfreiheit	111
(aa.) Wettbewerbsbegriff	111
(bb.) Diskussionsstand Zuordnung	111

(cc.) Art. 12 Abs. 1 GG	112
(i.) Sachlicher Schutzbereich im Allgemeinen	112
(ii.) Sachlicher Schutzbereich im Besonderen	113
(iii.) Persönlicher Schutzbereich	116
(dd.) Art. 14 Abs. 1 GG	117
(c.) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	119
(d.) Unternehmensruf	120
(aa.) Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG	120
(bb.) Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG	121
(cc.) Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG	122
(e.) Gleichheitsgrundsatz	122
(aa.) Persönlicher Anwendungsbereich	122
(bb.) Sachlicher Anwendungsbereich	123
(f.) Unionsgrundrechte	123
(aa.) Anwendbarkeit	123
(i.) Ausgangslage	124
(ii.) Rechtsprechung EuGH	124
(iii.) Kritik	124
(iv.) Eigene Bewertung	126
(bb.) Art. 7 und 8 GrCh	126
(cc.) Art. 15 GrCh	127
(dd.) Art. 16 GrCh	128
(g.) Grundfreiheiten	128
(aa.) Verhältnis zur GrCh	128
(bb.) Betroffene Grundfreiheit	129
(2.) Verbraucherschutzinteressen	131
(a.) Allgemeines	131
(b.) Art. 2 Abs. 2 GG	133
(c.) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	133
(d.) Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG	133
(e.) Art. 10 Abs. 1 GG	135
(f.) Art. 20 Abs. 1 GG	135
(g.) Art. 20 Abs. 2 GG	137
(h.) Rechtsstaatsprinzip	137

(i.) Unionsrecht	138
(aa.) Recht auf Zugang zu Dokumenten	138
(bb.) Recht auf Verbraucherschutz	138
(j.) Zwischenfazit	139
(3.) Zusammenfassung	141
c.) Eingriffsqualität	141
(1.) Eingriffsarten	141
(a.) Klassischer Eingriffsbegriff	141
(b.) Weiter Eingriffsbegriff	142
(aa.) Allgemeines	142
(i.) Transparenzlistenentscheidung	143
(ii.) Glykolentscheidung des BVerwG	143
(iii.) Glykolentscheidung des BVerfG	144
(iv.) Warentestentscheidung	144
(v.) Zwischenfazit	145
(bb.) Finalität und Imperativität	145
(i.) Indirekte Verhaltenssteuerung	145
(ii.) Finalität und Vorhersehbarkeit	146
(cc.) Unmittelbarkeit	147
(i.) Modifikationsbedürfnis	147
(ii.) Zurechnung	149
(dd.) Eigene Bewertung	151
d.) Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage	152
(1.) Weitergehende Anforderung trotz Eingriffscharakter?	152
(a.) Zielsetzung staatlicher Informationspolitik	153
(aa.) Warnung	153
(bb.) Empfehlung	154
(b.) Mittelbar-faktische/-finale Grundrechtsbeeinträchtigung	154
(2.) Aufgabenzuweisung als Befugnisnorm?	156
(a.) Meinungsstand in der Rechtsprechung	156
(b.) Meinungsstand in der Literatur	157
(c.) Eigene Bewertung	157
(3.) Fehlende Normierbarkeit	158
(4.) Sonstige Argumente gegen das Erfordernis eines	

Gesetzesvorbehalts	159
(5.) Eigene Bewertung	160
e.) Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungsgrundlage	161
(1.) Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG	161
(2.) Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG	162
(a.) Allgemeines	162
(b.) Normenbestimmtheit und Normenklarheit	162
(c.) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	162
(d.) Zweckbestimmung und Zweckbindung	163
f.) Zwischenfazit	164
3.) Konkrete Veröffentlichungspraxis	164
a.) Smiley-Modell	165
(1.) Zielrichtung	165
(a.) Meinungsstand	165
(b.) Eigene Bewertung	167
(2.) Schutzbereich	168
(3.) Grundrechtseingriff	169
(4.) Ermächtigungsgrundlage	170
(a.) Meinungsstand in der Rechtsprechung	170
(b.) Meinungsstand in der Literatur	171
(aa.) Gesetzeszweck	171
(bb.) Fehlende verfassungsrechtliche Anforderungen	172
(cc.) Eigene Bewertung	173
(5.) Eigene Bewertung	174
b.) Das Verbraucherportal www.lebensmittelklarheit.de	175
(1.) Rechtsnatur der Veröffentlichung	175
(a.) Allgemeine Zuordnungsgrundsätze	176
(b.) Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 VwVfG	177
(aa.) Allgemeines	177
(bb.) Ansicht des BMEL	177
(cc.) Zwischenfazit	178
(dd.) Zurechnung an BMEL	178
(i.) Beleihung	179
(ii.) Verwaltungshelfer	180

(ee.) Eigene Bewertung	181
(c.) Weitere Voraussetzungen für öffentlich-rechtliches Verhältnis	181
(d.) Zwischenfazit	182
(2.) Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit	182
(3.) Grundrechtseingriff	183
(a.) Allgemeines	183
(aa.) Meinung des BMEL	183
(bb.) Kritik des BLL	184
(cc.) Eigene Bewertung	184
(b.) Zurechenbarkeit des Grundrechtseingriffs	186
(4.) Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage	188
(a.) Staatliche Informationstätigkeit der Regierung	188
(b.) § 6 Abs. 1 S. 3 VIG	189
(c.) § 40 LFGB	189
(d.) „Glykol“- und „Osho“-Rechtsprechung	189
(e.) Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	190
(f.) Haushaltsansatz und Förderungsbeschluss	191
(g.) Anforderungen an eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage	191
(aa.) Zweck und Mittel	192
(bb.) Geeignetheit	192
(i.) Allgemeines	192
(ii.) EU-Verbraucherbegriff	193
(iii.) Nationaler Verbraucherbegriff	194
(iv.) Eigene Bewertung	194
(cc.) Erforderlichkeit	195
(dd.) Angemessenheit	196
(h.) Fazit	196
(5.) Verbraucherportal als öffentliche Einrichtung?	196
(6.) Eigene Bewertung	197
c.) Die Website www.lebensmittelwarnung.de	198
(1.) Allgemeines	198
(a.) Fehlende Löschungsfrist	198
(b.) Zielrichtung	198
(c.) Abwägungsmöglichkeit	199

(d.) Anhörungspflicht	199
(2.) Europarechtswidrigkeit von § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 - 5 LFGB	199
(a.) Entscheidungsgründe EuGH	200
(b.) Kritik	200
(c.) Eigene Bewertung	201
(3.) Grundrechtseingriff	202
d.) Informationen auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB	203
(1.) Gesetzgeberische Intension	203
(2.) Allgemeines	203
(3.) Zielrichtung	204
(4.) Verhältnis von § 40 LFGB zu § 6 Abs. 1 S. 3 VIG	204
(5.) Verhältnis von § 40 Abs. 1a zu Abs. 1 LFGB	205
(6.) Schutzbereichseingriff	206
(7.) Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage	207
(a.) Verfassungsmäßigkeit von § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB	207
(aa.) Informationsinhalt	208
(i.) Begrenzte Veröffentlichungspflicht	208
(ii.) Unbegrenzte Veröffentlichungspflicht	208
(iii.) Vermittelnde Veröffentlichungspflicht	209
(iv.) Eigene Bewertung	209
(bb.) Das Merkmal „nicht unerheblich“	210
(cc.) Bußgelderwartung	210
(i.) Höhe des Bußgeldes	211
(ii.) Bemessung des Bußgeldes	212
(iii.) Unschuldsvermutung	213
(dd.) Normenklarheit und -bestimmtheit	215
(i.) Allgemeines	215
(ii.) Kritik	216
(iii.) Eigene Bewertung	216
(ee.) Fehlendes Ermessen	217
(i.) Allgemeines	217
(ii.) Kritik	218
(iii.) Eigene Bewertung	218
(ff.) Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen	219

(i.) Meinungsstand in der Rechtsprechung	219
(ii.) Allgemeines	220
(iii.) Legitimer Zweck	220
(iv.) Mittel	222
(v.) Geeignetheit	222
(vi.) Erforderlichkeit	222
(vii.) Angemessenheit	224
(viii.) Eigene Bewertung	227
(gg.) Verhältnismäßigkeit wegen bereits beseitigten Mängeln?	229
(i.) Meinungsstand contra Veröffentlichungspflicht	229
(ii.) Meinungsstand pro Veröffentlichungspflicht	229
(iii.) Eigene Bewertung	230
(b.) Europarechtskonformität	231
(8.) Eigene Bewertung	233
V. Fazit	234
C. Informationspolitik via Presse	235
I. Begriff der „Presse“	235
1.) Modifikation des Begriffs „Presse“	235
2.) Eigene Bewertung	237
II. Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	237
1.) Sachlicher Schutzbereich	237
2.) Verfassungsrechtliche Herleitung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs	238
a.) Meinungsstand BVerwG	239
b.) Meinungsstand Literatur	240
c.) Eigene Bewertung	240
3.) Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Pressebegriffs auf die Landes- pressegesetze	240
III. Presserechtlicher Auskunftsanspruch	242
1.) Inhalt und Umfang	242
2.) Grenzen	244
IV. Informationsanspruch aus § 1 VIG	245
1.) Antragsberechtigung	245

a.) Allgemeines	245
b.) Presse als Antragsberechtigter	245
2.) Inhalt	246
a.) Allgemeines	246
b.) Informationsinhalt	247
3.) Grenzen	247
a.) Entgegenstehende öffentliche Belange	247
b.) Entgegenstehende private Belange	248
c.) Abwägungsklausel	249
(1.) Allgemeines	249
(2.) Interesse der Presse	250
(aa.) Allgemeines	250
(bb.) Verdachtsberichterstattung	250
d.) Rechtsschutz	252
(1.) Allgemeines	252
(2.) Kritik	252
(3.) Eigene Bewertung	253
4.) Verhältnis zum Pressegesetz	254
V. Materiell-rechtlich durch eine Veröffentlichung betroffene Interessengruppen	255
1.) „Sonstiges Recht“ i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB	255
a.) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	255
(1.) Schutzbereich	256
(a.) Persönlicher Schutzbereich	256
(b.) Sachlicher Schutzbereich	256
(2.) Verletzungshandlung	257
(3.) Rechtswidrigkeit	258
(a.) Seite des betroffenen Unternehmens	259
(b.) Seite der Presse	260
(aa.) Meinungs- oder Pressefreiheit	261
(bb.) Negative Berichterstattung	262
(cc.) Presserechtliche Sorgfalt	263
b.) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	264
(1.) Schutzbereichseingriff	264
(a.) Allgemeines	264

(b.) Negative Berichterstattung	264
(2.) Rechtswidrigkeit	265
2.) Interesse der Öffentlichkeit als relevante Interessen?	266
3.) Eigene Bewertung	266
Vierter Teil – Ausgleichsmöglichkeiten bei Interessenkonflikten	268
A. Allgemeines	268
B. Normanwendungsebene	269
I. Interessenabwägung vor Veröffentlichung	269
1.) Anhörungspflicht bei § 40 Abs. 1a LFGB	269
a.) Allgemeines	269
b.) Umsetzung	269
2.) Anhörungspflicht bei § 6 Abs. 1 S. 3 VIG	271
II. Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe	272
III. Verhältnismäßigkeit	273
C. Rechtsschutzebene	275
I. Besonderheiten der prozessualen Voraussetzungen	275
1.) Anordnungsgrund	276
a.) Allgemeine Folgen einer Internetveröffentlichung	276
b.) Fehlende Beseitigungsmöglichkeit	277
c.) Bereits erfolgte Veröffentlichung	277
d.) Eigene Bewertung	278
2.) Prüfungs- und Entscheidungsinhalt	278
a.) Prüfungsinhalt	278
b.) Entscheidungsinhalt	279
3.) Eigene Bewertung	281
II. Prozessuale Konstellationen	282
1.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen geplante Veröffentlichung durch Behörde/Presse	282
a.) Anspruchsgrundlage	282
b.) Entscheidungskonstellationen	283
c.) Ordentlicher Rechtsweg	283
2.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen bereits erfolgte Veröffentlichung	284
a.) Meinungsstand in der Rechtsprechung	284

b.) Eigene Bewertung	285
3.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Informationserteilung an Presse/Öffentlichkeit	286
a.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Informationserteilung an Presse	286
b.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Informationserteilung an Öffentlichkeit	286
c.) Eigene Bewertung	287
4.) Vorläufiger Rechtsschutz auf Informationserteilung seitens der Presse/ Öffentlichkeit	287
a.) Anordnungsgrund im presserechtlichen Auskunftsverfahren	288
b.) Anordnungsgrund im Auskunftsverfahren bei natürlichen Personen	289
III. Interessenausgleich im vorläufigen Rechtsschutz	289
1.) Maßnahmen zur Vermeidung vorläufigen Rechtsschutzes	289
a.) Wartepflicht bei § 40 Abs. 1a LFGB	289
(1.) Wartepflicht vor Veröffentlichung	290
(2.) Wartepflicht während Eilrechtsschutz	290
b.) Wartepflicht bei § 6 Abs. 1 S. 3 VIG	292
2.) Maßnahmen während des vorläufigen Rechtsschutzes	293
a.) Vorlagepflicht und Einsichtsrecht	293
(1.) Ausgangslage	293
(2.) Entscheidung zur Vorlage bzw. Verweigerung	294
(3.) In-Camera-Verfahren	294
(4.) Beiladung der Beteiligten	295
(5.) Entscheidungserheblichkeit	297
(6.) Bewältigung von Interessenkonflikten	298
(a.) Eingliederung Zwischenverfahren in das Hauptsacheverfahren	298
(b.) Erweiterung der Antragsbefugnis aus § 99 II VwGO	299
(c.) Anonymisierung	300
(d.) Teleologische Reduktion	301
(7.) Eigene Bewertung	302
b.) Hängebeschluss	304
(1.) Anhörungsrecht	304
(2.) Erörterung Sach- und Rechtslage	304

D. Fazit	306
Fünfter Teil – Ergebnisse und Ausblick	307
A. Ergebnisse der Untersuchung	307
B. Ausblick	310

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGVwGO	Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
App	Applikation
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayPrG	Bayerische Pressegesetz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bsph.	beispielhaft
bspw.	Beispielsweise
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
bzw.	Beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich Soziale Union

Drs.	Drucksache
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Ents.	Entscheidung
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Verträge über die Europäische Union
f.	Folgende
ff.	Fortfolgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggfs.	Gegebenenfalls
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GrCh	Grundrechtscharta
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
insb.	Insbesondere
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LPG	Landespressegesetz
LPresseG	Landespressegesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PAG	Polizeiaufgabengesetz
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
S.	Seite
SGB XI	Sozialgesetzbuch XI

SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannte/r/s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
u. ä.	und ähnliche/s
u. V. a.	unter Verweis auf
Urt.	Urteil
v.	vom
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VIG	Verbraucherinformationsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

- Adolf, Hans-Peter** Verwaltungsprozeßrecht: Effektiver Rechtsschutz bei einstweiligen Anordnungen nach § 123 VwGO
Juristische Arbeitsblätter 1990, S. 29 ff.
(zit.: *Adolf*, JA 1990, 29)
- Akkermann, Jarste**
Grundmann, Ulf H. Initiative „Klarheit und Wahrheit bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln“ des BMELV – Produktbewertungen auf dem Internetportal www.lebensmittelklarheit.de
Lebensmittel und Recht 2011, S. 117 ff.
(zit.: *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117)
- Albers, Marion** Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze
Zeitschrift für das Juristische Studium 2009, S. 614 ff.
zit.: (*Albers*, ZJS 2009, 614)
- Albers, Marion** Gleichheit und Verhältnismäßigkeit
Juristische Schulung 2008, S. 945 ff.
(zit.: *Albers*, JuS 2008, 945)
- Albers, Marion** Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung als Schutzbereichsproblem
Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 233
(zit.: *Albers*, DVBl 1996, 233)
- Albers, Marion**
Ortler, Bettina Verbraucherschutz und Markttransparenz im Recht der Verbraucherinformation
Gewerbearchiv 2009, S. 225 ff.
(zit.: *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225)
- Alexander, Christian** Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Presse gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – zugleich Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2013 – BVerwG 6 A 2.12
Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2013, S. 614
(zit.: *Alexander*, ZUM 2013, 614)
- Ambock, Jens**
Karcher, Victoria Verwaltung durch Information? Neue Handlungsformen der Verwaltung im Lebensmittelrecht
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 1371 ff.
(zit.: *Ambock/Karcher*, NVwZ 2011, 1371)
- Augsberg, Steffen** Von der Solange- zur Soweit-Rechtsprechung: Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen
Die Öffentliche Verwaltung 2010, S. 153 ff.
(zit.: *Augsberg*, DÖV 2010, 153)

- Augsberg, Steffen** Der Staat als Informationsmittler
Robin Hood oder Parasit der Wissensgesellschaft
Deutsches Verwaltungsblatt 2007, S. 733 ff.
(zit.: *Augsberg*, DVBl 2007, 733)
- Bachof, Otto** Anmerkung zu VGH Mannheim, Beschl. v. 31.03.1949 –
Az. IV 3/49
Neue Juristische Wochenschrift 1949, S. 815
(zit.: *Bachof*, NJW 1949, 815)
- Bamberger, Heinz Georg
Roth, Herbert** Beck'scher Onlinekommentar zum BGB
Stand: 01.08.2015
Edition 36
(zit.: *Autor*, in: BeckOK BGB)
- Baur, Alexander
Burkhardt Anika
Kinzig, Jörg** Am Pranger: Kriminalprävention durch Information?
Juristen Zeitung 2011, S. 131 ff.
(zit.: *Baur/Burkhardt/Kinzig*, JZ 2011, 131)
- Beck, Rita** Kontrolle durch Information: Transparenz und Geheim-
nisschutz
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2009, S.
123 ff.
(zit.: *Beck*, ZLR 2009, 123)
- Becker, Florian** Anmerkung zu OVG NRW – „Informationelle Selbstbe-
stimmung I – III“
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2013, S.
496 ff.
(zit.: *Becker*, ZLR 2013, 496)
- Becker, Florian** Anmerkung zu LG München I, Beschl. v. 05.12.2011 –
15 O 9353/09
Lebensmittel und Recht 2012, S. 35 ff.
(zit.: *Becker*, LMuR 2012, 35)
- Becker, Florian** Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 18.07.2011 – 7 B
14.11
Deutsches Verwaltungsblatt 2011, S. 1413 f.
(zit.: *Becker*, DVBl 2011, 1413)
- Becker, Florian** Verfassungs- und unionsrechtliche Aspekte der Novelle
von VIG und § 40 LFGB
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2011, S.
391 ff.
(zit.: *Becker*, ZLR 2011, 391)
- Becker, Florian
Blackstein, Ylva** Der transparente Staat – Staatliche Verbraucherinforma-
tion über das Internet
Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 490 ff.
(zit.: *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490)

- Becker, Florian**
Merschmann, Alexander Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C-636/11
Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 1725 ff.
(zit.: *Becker/Merschmann*, NJW 2013, 1725)
- Becker, Jürgen** Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung
Die Öffentliche Verwaltung 1985, S. 1003 ff.
(zit.: *Becker*, DÖV 1985, 1003)
- Becker, Yvonne** Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit staatlicher Produktinformation und -empfehlung
Zeitschrift Europarecht 2002, S. 418 ff.
(zit.: *Becker*, EuR 2002, 418)
- Berg, Wilfried** Die behördliche Warnung – eine neue Handlungsform des Verwaltungsrechts?
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 1990, S. 565 ff.
(zit.: *Berg*, ZLR 1990, 565)
- Bethge, Herbert** Zur verfassungsrechtlichen Legitimation informalen Staatshandelns der Bundesregierung
Juristische Ausbildung 2003, S. 327 ff.
(zit.: *Bethge*, Jura 2003, 327)
- Beyerlein, Thorsten**
Borchert, Günter Verbraucherinformationsgesetz
Kommentar
1. Auflage 2010
(zit.: *Autor*, in: Beyerlein/Borchert, Kommentar VIG)
- Birk, Axel**
Löffler, Joachim Marketing- und Vertriebsrecht
Lehr- und Praxishandbuch zum Gewerblichen Rechtsschutz, Kartell- und Vertriebsrecht
2012
(zit.: *Birk/Löffler*, Marketing- und Vertriebsrecht)
- Boch, Thomas** Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
Kommentar
3. Auflage 2013
(zit.: *Boch*, Kommentar LFGB)
- Bock, Yves** Ein Sieg für die Transparenz?
Die Öffentliche Verwaltung 2002, S. 556 ff.
(zit.: *Bock*, DÖV 2002, 556)
- Bohl, Johannes** Zum Rechtsschutz der Gemeinden gegen Flugroutenfestlegungen
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S. 764 ff.
(zit.: *Bohl*, NVwZ 2001, 764)

- Böhm, Monika**
Lingenfelder, Michael
Voit, Wolfgang
 Verbraucherinformation auf dem Prüfstand
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 198 ff.
 (zit.: *Böhm/Lingenfelder/Voit*, NVwZ 2011, 198)
- Bongard, Marcel**
 Vorläufiger Rechtsschutz gegen die Löschung der
 Emissionsberechtigungen am 30.04.2008
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2007, S. 1362 ff.
 (zit.: *Bongard*, NVwZ 2007, 1362)
- Borck, Hans-Günther**
 „Vollziehung“: Zustellung oder Zwangsvollstreckung?
 Einige Bemerkungen zu den §§ 928 ff. und 890 ZPO
 Monatsschrift für Deutsches Recht 1983, S. 180 ff.
 (zit.: *Borck*, MDR 1983, 180)
- Breuer, Rüdiger**
 Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im
 Umweltrecht
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1986, S. 171 ff.
 (zit.: *Breuer*, NVwZ 1986, 171)
- Brinker, Ingo**
 Vorläufiger Rechtsschutz in nationalen Gerichtsverfahren
 und Europarecht
 Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 2851 ff.
 (zit.: *Brinker*, NJW 1996, 2851)
- Brühl, Raimund**
 Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren
 Juristische Schulung 1996, S. 627 ff.
 (zit.: *Brühl*, JuS 1996, 627)
- Brühl, Raimund**
 Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren
 Juristische Schulung 1996, S. 916 ff.
 (zit.: *Brühl*, JuS 1996, 916)
- Bullinger, Martin**
 Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunika-
 tiver Dienste
 Archiv für Presserecht 1996, S. 1 ff.
 (zit.: *Bullinger*, AfP 1996, 1)
- Bullinger, Martin**
 Strukturwandel von Rundfunk und Presse
 Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 387 ff.
 (zit.: *Bullinger*, NJW 1984, 387)
- Calliess, Christian**
 Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte –
 Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH
 und BVerfG?
 Juristen Zeitung 2009, S. 113 ff.
 (zit.: *Calliess*, JZ 2009, 113)

- Calliess, Christian**
Ruffert, Matthias Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta
Kommentar zum EUV/AEUV
4. Auflage 2011
(zit.: *Autor*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV)
- Cremer, Wolfram** Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedsstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 1452
(zit.: *Cremer*, NVwZ 2003, 1452)
- Cremer, Wolfram** Freiheitsgrundrechte
Habilitationsschrift 2003
(zit.: *Cremer*, Freiheitsgrundrechte)
- Czermak, Fritz** Gerichtliches Verteilungsverfahren bei der Vergabe von freien Studienplätzen
Neue Juristische Wochenschrift 1978, S. 1340 ff.
(zit.: *Czermak*, NJW 1978, 1340)
- Dannecker, Christoph** Internet-Pranger auf Verdacht: Zur Bedeutung der Unschuldsumutung für die Information der Öffentlichkeit über lebensmittelrechtliche Verstöße nach § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB
Juristen Zeitung 2013, S. 924 ff.
(zit.: *Dannecker*, JZ 2013, 924)
- Di Fabio, Udo** Information als hoheitliches Gestaltungsmittel
Juristische Schulung 1997, S. 1 ff.
(zit.: *Di Fabio*, JuS 1997, 1)
- Di Fabio, Udo** Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit
Juristen Zeitung 1993, S. 689 ff.
(zit.: *Di Fabio*, JZ 1993, 689)
- Dolde, Klaus-Peter** Staatlich finanzierte Produktkritik Privater
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 174 (2010), S. 517 ff.
(zit.: *Dolde*, ZHR 2010, 517)
- Domeier, Danja** Die Weitergabe von Informationen über Verstöße gegen das Lebensmittelrecht im Verwaltungsverfahren und bei drohendem Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren
Verbraucherinformationsgesetz 2009, S. 84 ff.
2. Marburger Symposium zum Lebensmittelrecht
(zit.: *Domeier*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009)

- Dörr, Dieter** Geltendmachung eines presserechtlichen Auskunftsanspruchs
Juristische Schulung 1996, S. 838 f.
(zit.: *Dörr*, JuS 1996, 838)
- Dreier, Horst** Grundgesetz
Kommentar
Band I
Art. 1 – 19
3. Auflage 2013
(zit.: *Autor*, in: Dreier, Kommentar GG)
- Dressel, Carl-Christian** Gedanken zur Reform des vorläufigen Rechtsschutzes der VwGO
Bayerische Verwaltungsblätter 1995, S. 388 ff.
(zit.: *Dressel*, BayVBl 1995, 388)
- Drettmann, Fritz** Die Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung
Deutsches Verwaltungsblatt 1985, S. 884 ff.
(zit.: *Drettmann*, DVBl 1985, 884)
- Eggers, Christofer** Unfreiwillige Information und Kommunikation in der lebensmittelrechtlichen Praxis
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2010, S. 145 ff.
(zit.: *Eggers*, ZLR 2010, 145)
- Ehlers, Dirk** Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten
2. Auflage 2005
(zit.: *Autor*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten)
- Eifert, Martin** Öffentliche Interessen als Grenzen des Auskunftsanspruchs nach VIG
Verbraucherinformationsgesetz 2009, S. 66 ff.
2. Marburger Symposium zum Lebensmittelrecht
(zit.: *Eifert*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009)
- Elsing, Paul-Gerhard**
Rosenow, Jörg Mehr Transparenz bei Lebensmittelverstößen:
Anwendung des neuen § 40 Abs. 1a LFGB durch die Verwaltungsgerichte
Verbraucher und Recht 2013, S. 77 ff.
(zit.: *Elsing/Rosenow*, VuR 2013, 77)
- Elsing, Paul-Gerhard**
Rosenow, Jörg Mehr Transparenz bei Lebensmittelverstößen - § 40 Abs. 1a LFGB ist verfassungs- und europarechtskonform!
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2013, S. 240 ff.
(zit.: *Elsing/Rosenow*, ZLR 2013, 240)

- Engel, Thorsten** Die staatliche Informationstätigkeit in den Erscheinungsformen Warnung, Empfehlung und Aufklärung
Dissertation 2000
(zit.: *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit)
- Engelbert, Anke**
Kutscha, Martin Staatliche Öffentlichkeitsarbeit und Demokratieprinzip
Neue Juristische Wochenschrift 1993, S. 1233 ff.
(zit.: *Engelbert/Kutscha*, NJW 1993, 1233)
- Epiney, Astrid** Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2010:
Europäisches Verfassungsrecht
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 976 ff.
(zit.: *Epiney*, NVwZ 2011, 976)
- Epping, Volker** Grundrechte
6. Auflage 2014
(zit.: *Epping*, Grundrechte)
- Epping, Volker**
Hillgruber, Christian Beck'scher Onlinekommentar zum Grundgesetz
Stand 01.06.2015
Edition 25
(zit.: *Autor*, in: BeckOK GG)
- Erichsen, Hans-Uwe** Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 1 – 4 VwGO
Juristische Ausbildung 1984, S. 414 ff.
(zit.: *Erichsen*, Jura 1984, 414)
- Erichsen, Hans-Uwe** Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO
Juristische Ausbildung 1984, S. 644 ff.
(zit.: *Erichsen*, Jura 1984, 644)
- Erichsen, Hans-Uwe**
Klenke, Reiner Rechtsfragen der „aufschiebenden Wirkung“ des § 80 VwGO
Die Öffentliche Verwaltung 1976, S. 833 ff.
(zit.: *Erichsen/Klenke*, DÖV 1976, 833)
- Eyermann, Erich** Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
14. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Eyermann, Kommentar VwGO)
- Fechner, Frank** Medienrecht
15. Auflage 2013
(zit.: *Fechner*, Medienrecht)
- Finkelnburg, Klaus** Einstweiliger Rechtsschutz nach dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1982, S. 414 ff.
(zit.: *Finkelnburg*, NVwZ 1982, 414)

- Finkelnburg, Klaus**
Dombert, Matthias
Külpmann, Christoph Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren
6. Auflage 2011
(zit.: *Autor*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann,
Vorläufiger Rechtsschutz)
- Fischer, Kristian**
Fluck, Jürgen Informationsfreiheit versus Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2013, S. 337 ff.
(zit.: *Fischer/Fluck*, NVwZ 2013, 337)
- Fluck, Jürgen** Verwaltungstransparenz durch Informationsfreiheit
- Informationsansprüche nach dem Umweltinformations-,
Verbraucherinformations- und Informationsfreiheitsgesetzen
Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 1406 ff.
(zit.: *Fluck*, DVBl 2006, 1406)
- Frenz, Walter** Die allgemeine Leistungs(vornahme)klage
Juristische Ausbildung 2010, S. 328 ff.
(zit.: *Frenz*, JA 2010, 328)
- Friauf, Karl Heinrich** Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat
Deutsches Verwaltungsblatt 1971, S. 674 ff.
(zit.: *Friauf*, DVBl 1971, 674)
- Fritsch, Martin** Marktversagen und Wirtschaftspolitik
9. Auflage 2014
(zit.: *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik)
- Gentz, Manfred** Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen
Neue Juristische Wochenschrift 1968, S. 1600 ff.
(zit.: *Gentz*, NJW 1968, 1600)
- Gersdorf, Hubertus** Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks
Archiv für Presserecht 2010, S. 421 ff.
(zit.: *Gersdorf*, AfP 2010, 421)
- Glaser, Andreas** Grundrechtlicher Schutz der Ehre im Internetzeitalter
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2012, S. 1432 ff.
(zit.: *Glaser*, NVwZ 2012, 1432)
- Gounalakis, Georgios** Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt
Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 1473 ff.
(zit.: *Gounalakis*, NJW 2012, 1473)
- Gramm, Christof** Aufklärung durch staatliche Publikumsinformation
Staatshandeln als Aufklärung?
Der Staat 1991, S. 51 ff.
(zit.: *Gramm*, Der Staat 1991, 51)

- Grote, Henner** Rechtsschutz bei Beeinträchtigung privater Belange
Verbraucherinformationsgesetz 2009, S. 113 ff.
2. Marburger Symposium zum Lebensmittelrecht
(zit.: *Grote*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009)
- Grube, Markus** Dioxin-Krise und öffentliche Warnung vor Lebensmitteln
– wann ist die Warnung vor dem nicht verkehrsfähigen,
aber „sicheren“ Lebensmittel zulässig? - Zugleich ein
Beitrag zur Frage, wann ein Lebensmittel als gesund-
heitsgefährdend im Rechtssinne unter besonderer Berück-
sichtigung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum
Europäischen Schnellwarnsystem (AVV SWS) zu beur-
teilen ist
Lebensmittel und Recht 2011, S. 21 ff.
(zit.: *Grube*, LMuR 2011, 21)
- Grube, Markus** Anmerkung zu OVG Nordrhein-Westfalen – „ITX“
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2009, S.
649 ff.
(zit.: *Grube*, ZLR 2009, 649)
- Grube, Markus**
Immel, Manuel Das neue Verbraucherinformationsgesetz (VIG) 2012
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2012, S.
109 ff.
(zit.: *Grube/Immel*, ZLR 2012, 109)
- Grube, Markus**
Immel, Manuel Der Referentenentwurf zur Änderung des Verbraucherin-
formationsgesetzes (VIG) vom 03. Februar 2011
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2011, S.
175 ff.
(zit.: *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175)
- Grube, Markus**
Immel, Manuel
Wallau, Rochus Verbraucherinformationsrecht
Handbuch mit Erläuterungen zum Verbraucherinforma-
tionsgesetz (VIG)
2013
(zit.: *Grube/Immel/Wallau*, Verbraucherinforma-
tionsrecht)
- Grunsky, Wolfgang** Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht
Juristische Schulung 1977, S. 217 ff.
(zit.: *Grunsky*, JuS 1977, 217)
- Grunsky, Wolfgang** Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes
Juristische Schulung 1976, S. 277 ff.
(zit.: *Grunsky*, JuS 1976, 277)
- Guckelberger, Annette** Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 09.11.2010 – Az. C- 92/09
u. a.
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, S. 939
ff.

- (zit.: *Guckelberger*, EuZW 2010, 939)
- Guckelberger, Annette** Zulässigkeit und Anfechtbarkeit verwaltungsgerichtlicher Hängebeschlüsse
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001 S. 275 ff.
(zit.: *Guckelberger*, NVwZ 2001, 275)
- Gundel, Jörg** Verfassungs- und europarechtliche Fragen der aktiven Behördeninformation im Lebensmittelsektor – eine Zwischenbilanz insbesondere zu § 40 Abs. 1a LFGB
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2013, S. 662 ff.
(zit.: *Gundel*, ZLR 2013, 662)
- Günther, Hellmuth** Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beförderung
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1986, S. 697 ff.
(zit.: *Günther*, NVwZ 1986, 697)
- Gurlit, Elke** Europäisches Plazet für behördliche Verbraucherinformation
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2013, S. 1267 ff.
(zit.: *Gurlit*, NVwZ 2013, 1267).
- Gurlit, Elke** Zeitwert von Verbraucherinformation und Rechtsschutzanforderungen
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 1052 ff.
(zit.: *Gurlit*, NVwZ 2011, 1052)
- Gurlit, Elke** Konturen eines Informationsverwaltungsrechts
Deutsches Verwaltungsblatt 2003, S. 1119 ff.
(zit.: *Gurlit*, DVBl 2003, 1119)
- Gusy, Christoph** Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit – Voraussetzungen und Grenzen
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2015, S. 700 ff.
(zit.: *Gusy*, NVwZ 2015, 700)
- Gusy, Christoph** Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns
Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 977 ff.
(zit.: *Gusy*, NJW 2000, 977)
- Gusy, Christoph** Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 23.05.1989 – Az. 7 C 2.87
Juristische Zeitschrift 1989, S. 1003 ff.
(zit.: *Gusy*, JZ 1989, 1003)
- Grabitz, Eberhard**
Hilf, Meinhard
Nettesheim, Martin Das Recht der Europäischen Union
Bank I EUV/AEUV
57. Ergänzungslieferung
Stand: August 2015

- (zit.: *Autor*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU)
- Hahn, Werner**
Vesting, Thomas Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht
3. Auflage 2012
(zit.: *Autor*, in: BeckOK Rundfunkrecht)
- Hamann, Andreas** Zur Zurückverweisung im Verfahren des vorläufigen
Verwaltungsrechtsschutzes bei unvollständiger Sach-
prüfung des Verwaltungsgerichts
Deutsches Verwaltungsblatt 1984, S. 1204 ff.
(zit.: *Hamann*, DVBl 1984, 1204)
- Hauser, Roland** Europarecht im deutschen Verwaltungsprozess (3):
Vorläufiger Rechtsschutz und Gemeinschaftsrecht
Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 2000, S. 377
ff.
(zit.: *Hauser*, VBIBW 2000, 377)
- Heintzen, Markus** Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem
Verwaltungsarchiv 1990, S. 532 ff.
(zit.: *Heintzen*, VerwArch 1990, 532)
- Heinze, Meinhard** Einstweiliger Rechtsschutz im sozialgerichtlichen Ver-
fahren
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1984, S. 305 ff.
(zit.: *Heinze*, NZA 1984, 305)
- Hellmann, Vanessa** Eine Warnung vor dem Bundesverfassungsgericht
Die Glykol-Entscheidung des BVerfG vom 26.6.2002
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, S. 163 ff.
(zit.: *Hellmann*, NVwZ 2005, 163)
- Heuer, Rüdiger** Staatliche Informationen und Warnungen
Martínez (Hrsg.) Göttinger Onlinebeitrag zum Agrarrecht
Nr. 06/12
(zit.: *Heuer*, Martínez, Agrarrecht Nr. 06/12)
- Hochhuth, Martin** Vor schlichthoheitlichem Verwaltungseingriff anhören?
Drei Thesen zur Dogmatik des Realhandelns
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 30 ff.
(zit.: *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang**
Schmidt-Aßmann, Eberhard
Voßkuhle, Andreas Grundlagen des Verwaltungsrechts
Band I
Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation
2. Auflage 2012
(zit.: *Autor*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-
Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts
Bd. I)
- Holzner, Thomas** Verbraucherschutz um den Preis des Rechtsstaates?
Deutsche Verwaltungsblätter 2012, S. 17 ff.

(zit.: *Holzner*, DVBl 2012, 17)

- Hong, Mathias** Verbot der endgültigen und Gebot der vorläufigen Vorwegnahme der Hauptsache im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, S. 468 ff.
(zit.: *Hong*, NVwZ 2012, 468)
- Huba, Hermann** Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO
Juristische Schulung 1990, S. 983 ff.
(zit.: *Huba*, JuS 1990, 983)
- Huber, Peter** Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?
Juristische Zeitschrift 2003, S. 290 ff.
(zit.: *Huber*, JZ 2003, 290)
- Huber, Stefan** Gleichheit und Verhältnismäßigkeit
Juristen Zeitung 1994, S. 541 ff.
(zit.: (*Huber*, JZ 1994, 541)
- Hufen, Friedhelm** Staatsrecht II
Grundrechte
4. Auflage 2014
(zit.: *Hufen*, Staatsrecht II)
- Hufen, Friedhelm** Verwaltungsprozessrecht
9. Auflage 2013
(zit.: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht)
- Hummel, Lars** Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess
Juristische Schulung 2011, S. 502 ff.
(zit.: *Hummel*, JuS 2011, 502)
- Hummel, Lars** Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess
Juristische Schulung 2011, S. 317 ff.
(zit.: *Hummel*, JuS 2011, 317)
- Immel, Manuel
Schneider, Daniel** Drittbeteiligung und Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach dem VIG
Lebensmittel und Recht 2009, S. 142 ff.
(zit.: *Immel/Schneider*, LMuR 2009, 142)
- Jakobs, Michael Ch.** Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
Dissertation 1984
(zit.: *Jakobs*, Verhältnismäßigkeit)
- Jäkel, Florian** Internetformate und Grundgesetz – Ist eine Internetfreiheit wirklich nötig?
Archiv für Presserecht 2012, S. 224 ff.

- (zit.: *Jäkel*, AfP 2012, 224)
- Jakobs, Otto-Wilhelm** Der vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht
Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 1984, S. 129 ff.
(zit.: *Jakobs*, VBIBW 1984, 129)
- Jannasch, Alexander** Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 1999, S. 495 ff.
(zit.: *Jannasch*, NVwZ 1999, 495)
- Jarass, Hans** Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz
Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 857 ff.
(zit.: *Jarass*, NJW 1989, 857)
- Jarass, Hans** Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh
Kommentar
2. Auflage 2013
(zit.: *Jarass*, in: Charta der Grundrechte)
- Jarass, Hans**
Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Kommentar
13. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar GG)
- Jauernig, Othmar** Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen
Zeitschrift für Zivilprozess 1966, S. 321 ff.
(zit.: *Jauernig*, ZZP 1966, 321)
- Jestaedt, Matthias** Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit
Archiv des Öffentlichen Rechts 126 (2001), S. 204 ff.
(zit.: *Jestaedt*, AöR 2001, 204)
- Joh, Heinz**
Krämer, Klaus
Teufer, Tobias
Unland, Petra-Alina Das Ende der Verhältnismäßigkeit?
Aktuelles deutsches Lebensmittelrecht zwischen Verbraucherschutz und Populismus
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2012, S. 420 ff.
(zit.: *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 2012, 420)
- Kanitz, Ralf**
Steinberg, Philipp Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem
Europarecht 2003, S. 1013 ff.
(zit.: *Kanitz/Streinberg*, EuR 2003, 1013)
- Karpenstein, Ulrich**
Mayer, Franz EMRK
Kommentar
2. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: Karpenstein/Mayer, Kommentar EMRK)

- Käβ, Robert** Die Warnung als verwaltungsrechtliche Handlungsform
Wirtschaft und Verwaltung 2002, S. 197 ff.
(zit.: *Käβ*, WiVerw 2002, 197)
- Kern, Ernst** Moderner Staat und Staatsbegriff
1949
(zit.: *Kern*, Moderner Staat und Staatsbegriff)
- Kingreen, Thorsten** Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen
Grundrechtsföderalismus
Juristen Zeitung 2013, S. 801 ff.
(zit.: *Kingreen*, JZ 2013, 801)
- Kingreen, Thorsten** Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen
Verfassungsrecht
Europäische Grundrechte Zeitschrift 2004, S. 570 ff.
(zit.: *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570)
- Klindt, Thomas** Produktsicherheitsgesetz
Kommentar
2. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: Klindt, Kommentar ProdSG)
- Kloepfer, Michael** Staatliche Informationen als Lenkungsmittel
dargestellt insbesondere am Problem behördlicher War-
nungen und Empfehlungen im Umweltrecht
1998
(zit.: *Kloepfer*, Staatliche Information als Lenkungsmittel)
- Kloepfer, Michael**
Greve, Holger Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Be-
triebs- und Geschäftsgeheimnissen
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2011, S. 577
ff.
(zit.: *Kloepfer/Greve*, NVwZ 2011, 577)
- Kluth Winfried** Das Grundrecht der Berufsfreiheit
Juristische Ausbildung 2001, S. 371 ff.
(zit.: *Kluth*, Jura 2001, 371)
- Knitsch, Peter** Die Rolle des Staates im Rahmen der Produktinformation
Zeitschrift für Rechtspolitik 2003, S. 113 ff.
(zit.: *Knitsch*, ZRP 2003, 113)
- Köhler, Helmut**
Bornkamm, Joachim Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Kommentar
33. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: Köhler/Bornkamm, Kommentar UWG)
- Köhler, Markus**
Arndt, Hans-Wolfgang
Fetzer, Thomas Recht des Internets
5. Auflage 2006

(zit.: *Köhler/Arndt/Fetzer*, Recht des Internets)

- Kopp, Ferdinand** Die Anordnung des Vorgehens gegen Dritte im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO – VGH München, NJW 1983, 835
Juristische Schulung 1983, S. 673 ff.
(zit.: *Kopp*, JuS 1983, 673)
- Kopp, Ferdinand** Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit
Bayerische Verwaltungsblätter 1980, S. 263 ff.
(zit.: *Kopp*, BayVBl 1980, 263)
- Kopp, Ferdinand**
Ramsauer, Ulrich Verwaltungsverfahrensgesetz
Kommentar
14. Auflage 2013
(zit.: *Kopp/Ramsauer*, Kommentar VwVfG)
- Kopp, Ferdinand**
Schenke, Wolf-Rüdiger Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
21. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: *Kopp/Schenke*, Kommentar VwGO)
- Korte, Benjamin** Praxis des Presserechts
1. Auflage 2014
C. H. Beck München
(zit.: *Korte*, Praxis des Presserechts)
- Krämer, Clemens** Vorläufiger Rechtsschutz in VwGO-Verfahren
Kommentar
1. Auflage 1998
(zit.: *Krämer*, Vorläufiger Rechtsschutz)
- Krodel, Thomas** Die Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung
Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2002, S. 234 ff.
(zit.: *Krodel*, NZS 2002, 234)
- Kube, Hanno** Die Macht der Information: Konsultation, Information, Rechte der Betroffenen
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2007, S. 165 ff.
(zit.: *Kube*, ZLR 2007, 165)
- Kügel, Wilfried**
Platzmann, Kirsten Die „Hygiene-Ampel“ bei Lebensmittelkontrollen – Grünes Licht für den Verbraucherschutz?
Lebensmittel und Recht 2012, S. 1 ff.
(zit.: *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1)
- Kugele, Dieter** Schutz privater und geschäftlicher Interessen im Verwaltungsprozess

- Verbraucherinformationsgesetz 2009, S. 102 ff.
2. Marburger Symposium zum Lebensmittelrecht
(zit.: *Kugele*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009)
- Kugelman**, Dieter Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit
Die Öffentliche Verwaltung 2005, S. 851 ff.
(zit.: *Kugelman*, DÖV 2005, 851)
- Kuhla**, Wolfgang
Hüttenbrink, Jost Der Verwaltungsprozess
3. Auflage 2002
(zit.: *Autor*, in: Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess)
- Leible**, Stefan Verbraucherschutz durch Information im Lebensmittelrecht
Verbraucherinformation durch Information im Lebensmittelrecht 2010, S. 5 ff.
(zit.: *Kühnle*, in: Leible, Verbraucherinformation 2010)
- Leidinger**, Tobias Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns
Die Öffentliche Verwaltung 1993, S. 925 ff.
(zit.: *Leidinger*, DÖV 1993, 925)
- Leipold**, Dieter Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes
Zeitschrift für Zivilprozeß 1977, S. 258 ff.
(zit.: *Leipold*, ZZR 1977, 258)
- Leisner**, Anna Die untätige Behörde
Verwaltungs Archiv 2000, 227 ff.
(zit.: *Leisner*, VerwArch 2000, 227)
- Lenski**, Sophie-Charlotte Staatliches Informationshandeln als Grundrechtseingriff
Zur Anwendung der Osho-Rechtsprechung in der verwaltungsgerichtlichen Praxis
Zeitschrift für das juristische Studium 2008, S. 13 ff.
(zit.: *Lenski*, ZJS 2008, 13)
- Lerche**, Peter Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht der Rechtskontrollen
Bayerische Verwaltungsblätter 1980, S. 257 ff.
(zit.: *Lerche*, BayVBl 1980, 257)
- Löffler**, Martin Presserecht
Kommentar
6. Auflage, 2015
(zit.: *Autor*, in: Löffler, Presserecht)
- Lorenz**, Dieter Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG
Juristische Ausbildung 1983, S. 393 ff.
(zit.: *Lorenz*, Jura 1983, 393)
- Lübbe-Wolff**, Gertrude Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung

Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 2705 ff.
(zit.: *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705)

Mann, Thomas
Worthmann, Esther-Maria

Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problem-
konstellationen

Juristische Schulung 2013, S. 385 ff.
(zit.: *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385)

Martini, Mario
Kühl, Benjamin

Der informierende Staat als Katalysator der Meinungsbil-
dung im digitalen Zeitalter

Die Öffentliche Verwaltung 2013, S. 573 ff.
(zit.: *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573)

Maunz, Theodor
Dürig, Günter

Kommentar zum Grundgesetz

73. Ergänzungslieferung 2014
(zit.: *Autor*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG)

Maunz, Theodor
Schmidt-Bleibtreu, Bruno
Klein, Franz
Bethge, Herbert

Bundesverfassungsgerichtsgesetz

Kommentar
42. Ergänzungslieferung 2013
(zit.: *Autor*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge,
Kommentar BVerfGG)

Maurer, Hartmut

Allgemeines Verwaltungsrecht

18. Auflage 2011
(zit.: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht)

Maurer, Hartmut

Staatsrecht I

6. Auflage 2010
(zit.: *Maurer*, Staatsrecht)

Mayen, Thomas

Verwertbarkeit von geheim gehaltenen Verwaltungsvor-
gängen im gerichtlichen Verfahren?

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 537 ff.
(zit.: *Mayen*, NVwZ 2003, 537)

Mayer, Otto

Deutsches Verwaltungsrecht⁷

Zweiter Band 1917
(zit.: *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II)

Mayer, Otto

Deutsches Verwaltungsrecht

Erster Band 1895
(zit.: *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I)

Meisterernst, Andreas
Muffler, Felicia

Verbraucherleitbilder im Lebensmittelrecht – die Renais-
sance des flüchtigen Verbrauchers

Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2013, S. 25
ff.
(zit.: *Meisterernst/Muffler*, ZLR 2013, 25)

- Menger, Christian-Friedrich** System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes
Eine verwaltungsrechtliche und prozeßvergleichende Studie
1954 (zit.: *Menger*, System Rechtsschutz)
- Mettke, Thomas** Die Ekelliste aus Pankow
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2009, S. 399 ff.
(zit.: *Mettke*, ZLR 2009, 399)
- Meyer, Alfred Hagen** Das neue Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 3320 ff.
(zit.: *Meyer*, NJW 2005, 3320)
- Meyer, Alfred Hagen**
Streinz, Rudolf Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Basis-
Verordnung (EG) Nr. 178/2002, Health Claim VO
1924/2006
Kommentar
2. Auflage 2012
(zit.: *Autor*, in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB)
- Meyer, Jürgen** Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Kommentar
4. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Meyer, Charta der Grundrechte)
- Michael, Lothar** Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit
Juristische Schulung 1991, S. 654 ff.
(zit.: *Michael*, JuS 1991, 654)
- Möstl, Markus** Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für die
Verbraucherinformation?
Lebensmittel und Recht 2014, S. 77
(zit.: *Möstl*, LMuR 2014, 77)
- Mückl, Stefan** Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im Sys-
tem des vorläufigen Rechtsschutzes
Juristische Arbeitsblätter 2000, S. 329 ff.
(zit.: *Mückl*, JA 2000, 329)
- Mühlbauer, Bernhard** Rechtsschutz gegen behördliche Entscheidungen nach
dem Verbraucherinformationsgesetz
Deutsche Verwaltungsblätter 2009, S. 354 ff.
(zit.: *Mühlbauer*, DVBl 2009, 354)
- Müller, Johannes** Die Bewältigung von Lebensmittelrisiken durch Risiko-
kommunikation
Dissertation 2010
(zit.: *Müller*, Risikokommunikation)

- Müller-Glöge, Rudi**
Preis, Ulrich
Schmidt, Ingrid Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
14. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht)
- Münch, Stefan** Der Schutz vor Verletzungen der Persönlichkeitsrechte in den Neuen Medien
Dissertation 2004
(zit.: *Münch*, Neue Medien)
- Murswiek, Dietrich** Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 1 ff.
(zit.: *Murswiek*, NVwZ 2003, 1)
- Murswiek, Dietrich** Staatliche Warnung, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriff
Deutsches Verwaltungsblatt 1997, S. 1021 ff.
(zit.: *Murswiek*, DVBl 1997, 1021)
- Nolte, Georg** Die Herausforderung für das deutsche Recht der Akteneinsicht durch europäisches Verwaltungsrecht
Die Öffentliche Verwaltung 1999, S. 363 ff.
(zit.: *Nolte*, DÖV 1999, 363)
- Obermayer, Klaus** Das Dilemma der Regelung eines Einzelfalls nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz
Neue Juristische Wochenschrift 1980, S. 2386 ff.
(zit.: *Obermayer*, NJW 1980, 2386)
- Ohler, Christoph** Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 26.06.2002 – Az. 1 BvR 558/91 u. a.
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2002, S. 631 ff.
(zit.: *Ohler*, ZLR 2002, 631)
- Ohrmann, Christoph** Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien
Dissertation 2009
(zit.: *Ohrmann*, Online-Medien)
- Ossenbühl, Fritz** Verbraucherschutz durch Information?
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, S. 1357 ff.
(zit.: *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357)
- Ossenbühl, Fritz** Zur Staatshaftung bei behördlichen Warnungen
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 155 (1991), S. 329 ff.
(zit.: *Ossenbühl*, ZHR 1991, 329)
- Ossenbühl, Fritz** Die Handlungsformen der Verwaltung
Juristische Schulung 1979, S. 681 ff.
(zit.: *Ossenbühl*, JuS 1979, 681)

- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen
Kommentar
74. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: Palandt, Kommentar BGB)
- Papier, Hans-Jürgen** Ungelöste Fragen beim vorläufigen Rechtsschutz im öffentlich-rechtlichen Nachbarrecht
Verwaltungs Archiv 1973, S. 399 ff.
(zit.: *Papier*, VerwArch 1973, 399)
- Partsch, Christoph** Der Auskunftsanspruch der Presse – Neujustierung durch das BVerwG
Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 2858 ff.
(zit.: *Partsch*, NJW 2013, 2858)
- Paschke, Marian** Medienrecht
2. Auflage 2000
(zit.: *Paschke*, Medienrecht)
- Pestalozza, Christian** Art. 19 IV GG – nur eine Garantie des Fachgerichtsweges gegen die Verletzung von Bundesgrundrechten i. S. der Art. 1 – 17 GG
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 140 ff.
(zit.: *Pestalozza*, NVwZ 1999, 140)
- Peters, Sascha** Der Ekel-Pranger
Juristische Ausbildung 2014, S. 752 ff.
(zit.: *Peters*, Jura 2014, 752)
- Pfeifer, Karl-Nikolaus** Persönlichkeitsschutz und Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung
Juristen Zeitung 2012, S. 851 ff.
(zit.: *Pfeifer*, JZ 2012, 851)
- Philipp, Jürgen** Noch einmal: Hilfe zum Lebensunterhalt durch einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichts
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1984, S. 498 ff.
(zit.: *Philipp*, NVwZ 1984, 498)
- Philipp, Renate** Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt- und Gesundheitsrecht
Dissertation 1989
(zit.: *Philipp*, Staatliche Verbraucherinformation)
- Pietzner, Rainer**
Ronellenfitsch, Michael Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht
11. Auflage 2005
(zit.: *Pietzner/Ronellenfitsch*, Assessorexamen)
- Pinger, Udo** Die Aufrufe des Umweltbundesamtes
Juristische Schulung 1988, S. 53 ff.
(zit.: *Pinger*, JuS 1988, 53)
- Piper, Henning** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisanga-

- Ohly, Ansgar**
Sosnitza, Olaf benverordnung
Kommentar
5. Auflage 2010
(zit.: *Autor*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, Kommentar UWG)
- Pitzer, Alexander** Information der Öffentlichkeit gemäß der neuen Transparenzvorschrift - § 40 Abs. 1a LFGB
Zeitschrift für Stoffrecht 2013, S. 44 ff.
(zit.: *Pitzer*, StoffR 2013, 44)
- Porsch, Winfried** Die Macht der Information – Empfehlungen, Warnungen, Auskünfte an die Öffentlichkeit nach deutschem und europäischem Recht
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2003, S. 175 ff.
(zit.: *Porsch*, ZLR 2003, 175)
- Posser, Herbert**
Wolff, Heinrich Amadeus Beck'scher Onlinekommentar zur VwGO
Stand 01.04.2015
Edition 33
(zit.: *Autor*, in: BeckOK VwGO)
- Quaritsch, Helmut** Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß
Verwaltungs Archiv 1960, S. 342 ff.
(zit.: *Quaritsch*, VerwArch 1960, 342)
- Quaritsch, Helmut** Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß
Verwaltungs Archiv 1960, S. 210 ff.
(zit.: *Quaritsch*, VerwArch 1960, 210)
- Rabe, Hans-Jürgen** Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten
Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 1407 ff.
(zit.: *Rabe*, NJW 2013, 1407)
- Rambeck, Hans** Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß
Neue Juristische Wochenschrift 1961, S. 1333 ff.
(zit.: *Rambeck*, NJW 1961, 1333)
- Raspé, Carolin** Staatliche Verbraucherinformation im Internet
Bucerius Law Journal 2013, S. 8 ff.
(zit.: *Raspé*, BLJ 2013, 8)
- Redeker, Konrad** Strukturänderungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit?
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1992, S. 713 ff.
(zit.: *Redeker*, NVwZ 1992, 713)
- Redeker, Konrad** Die Neugestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, S. 526 ff.
(zit.: *Redeker*, NVwZ 1991, 526)
- Redeker, Konrad**
von Oertzen, Hans-Joachim Verwaltungsgerichtsordnung

- Kommentar
16. Auflage 2014
(zit.: *Redeker/von Oertzen*, Kommentar VwGO)
- Reimer, Franz** Adverse Publizität.
Der Pranger im Verwaltungsrecht
Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Band 58, 2010, S. 275 ff.
(zit.: *Reimer*, JöR 2010, 275)
- Riemer, Boris** Anmerkung zu VGH Baden-Württemberg – „Information über Hygienemängel“
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2013, S. 223 ff.
(zit.: *Riemer*, ZLR 2013, 223)
- Riese, Christoph** Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der
Noll, Paul Inländerdiskriminierung
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2007, S. 516 ff.
(zit.: *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516)
- Rohmeyer, Hartwig** Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessen- und Beurteilungsangelegenheiten 1967
(zit.: *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur)
- Rolfs, Christian** Beck'scher Onlinekommentar Sozialrecht
Giesen, Richard Stand 01.06.2015
Kreikebohm, Ralf Edition 38
Udsching, Peter (zit.: *Autor*, in: BeckOK SGG)
- Rossi, Matthias** Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht
Zu den Wechselwirkungen zwischen Informationszugangsfreiheit und der Verfassungsordnung in Deutschland
Habilitationsschrift 2004
(zit.: *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht)
- Roßner, Sebastian** Das OVG, das sich nicht traut
Legal Tribune ONLINE vom 05.02.2015,
<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/duегда-demonstration-oberbuерgermeister-duesseldorf-rechtsschutz/2/>
(zit.: *Roßner*, in: LTO 05.02.2015)
- Roth, Andreas** Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt
Dissertation 1991
(zit.: *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt)
- Roth, Wolfgang** Die Rückforderung vorgelegter Akten bei nachträglicher

- Vorlageverweigerung im Verwaltungsprozess
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 544 ff.
 (zit.: *Roth*, NVwZ 2003, 544)
- Rotter**, Hubertus
 Hilfe zum Lebensunterhalt durch einstweilige Anordnung
 des Verwaltungsgerichts
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1983, S. 727 ff.
 (zit.: *Rotter*, NVwZ 1983, 727)
- Ruckdäschel**, Oskar
 Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß
 Die Öffentliche Verwaltung 1961, S. 675 ff.
 (zit.: *Ruckdäschel*, DÖV 1961, 675)
- Sachs**, Michael
 Grundgesetz
 Kommentar
 7. Auflage 2014
 (zit.: *Autor*, in: Sachs, Kommentar GG)
- Sandner**, Wolfram
 Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Gemein-
 schaftsrecht vor nationalen Gerichten
 Deutsches Verwaltungsblatt 1998, S. 262 ff.
 (zit.: *Sandner*, DVBl 1998, 262)
- Schemmer**, Franz
 Das in-camera-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO
 Deutsches Verwaltungsblatt 2011, S. 323 ff.
 (zit.: *Schemmer*, DVBl 2011, 323)
- Schenke**, Wolf-Rüdiger
 Neuere Rechtsprechung zum Verwaltungsprozessrecht -
 Teil 2
 Juristen Zeitung 2010, S. 1046 ff.
 (zit.: *Schenke*, JZ 2010, 1046)
- Schenke**, Wolf-Rüdiger
 Der Geheimnisschutz Privater im verwaltungsgericht-
 lichen Verfahren
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2008, S. 938 ff.
 (zit.: *Schenke*, NVwZ 2008, 938)
- Schenke**, Wolf-Rüdiger
 Der vorläufige Rechtsschutz zwischen Rechtsbewahrung
 und Flexibilitätsanforderungen
 Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 2000, S. 56
 ff.
 (zit.: *Schenke*, VBIBW 2000, 56)
- Schenke**, Wolf-Rüdiger
 Verwaltungsprozessrecht
 14. Auflage 2014
 (zit.: *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht)
- Schink**, Alexander
 Smileys in der Lebensmittelkontrolle – Verfassungsrecht-
 liche Zulässigkeit einer amtlichen Information der Öffent-
 lichkeit über die Ergebnisse der amtlichen Lebensmitttel-
 kontrolle
 Deutsches Verwaltungsblatt 2011, S. 253 ff.

- (zit.: *Schink*, DVBl 2011, 253)
- Schink**, Alexander
 Rechtsgutachten zur Zulässigkeit des Berliner Smiley-Modells
 Transparenz in der Lebensmittelüberwachung
 Berliner Senatsverwaltung für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz
 September 2010
 (zit.: *Schink*, Rechtsgutachten)
- Schmidt**, Ingo
 Wettbewerbspolitik und Kartellrecht
 Eine interdisziplinäre Einführung
 9. Auflage 2011
 (zit.: *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht)
- Schmidt-Aßmann**, Eberhard
 Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns
 Deutsches Verwaltungsblatt 1989, S. 533 ff.
 (zit.: *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1989, 533)
- Schmidt-Aßmann**, Eberhard
 Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit
 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
 Band 34 1976, S. 221 ff.
 (zit.: *Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 1976, 221)
- Schmidt-Preuß**, Matthias
 Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht
 2. Auflage 2005
 (zit.: *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen)
- Schmitz**, Heribert
Jastrow, Serge-Daniel
 Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, S. 984 ff.
 (zit.: *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984)
- Schnabel**, Christoph
 Auskunftsansprüche für Journalisten nach Landespressesetzen und Informationsfreiheitsgesetz
 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, S. 854 ff.
 (zit.: *Schnabel*, NVwZ 2012, 854)
- Schneider**, Jochen
 Datenschutz und neue Medien
 Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 390 ff.
 (zit.: *Schneider*, NJW 1984, 390)
- Schoch**, Friedrich
 Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung
 Das Verbraucherinformationsrecht als Modell der amtlichen Publikumsinformation
 Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 2844 ff.
 (zit.: *Schoch*, NJW 2012, 2844)
- Schoch**, Friedrich
 Das Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation

- Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, S. 1497 ff.
(zit.: *Schoch*, NVwZ 2012, 1497)
- Schoch**, Friedrich
Verselbstständigung des „in-camera“-Verfahrens im Informationsfreiheitsrecht?
Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2012, S. 85 ff.
(zit.: *Schoch*, NVwZ 2012, 85)
- Schoch**, Friedrich
Informationszugangsfreiheit des Einzelnen und Informationsverhalten des Staates
Archiv für Presserecht 2010, S. 313 ff.
(zit.: *Schoch*, AfP 2010, 313)
- Schoch**, Friedrich
Neuere Entwicklungen im Verbraucherinformationsrecht
Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 2241 ff.
(zit.: *Schoch*, NJW 2010, 2241)
- Schoch**, Friedrich
Das Informationsfreiheitsrecht in der gerichtlichen Praxis
Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 2010, S. 333 ff.
(zit.: *Schoch*, VBIBW 2010, 333)
- Schoch**, Friedrich
Information und Kommunikation im Lebensmittelrecht: Europarechtliche und verfassungsrechtliche Grundlagen staatlichen Informationshandelns und privater Informationspflichten
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2010, S. 121 ff.
(zit.: *Schoch*, ZLR 2010, 121).
- Schoch**, Friedrich
Aktuelle Fragen des Informationsfreiheitsrechts
Neue Juristische Wochenschrift 2009, S. 2987 ff.
(zit.: *Schoch*, NJW 2009, 2987)
- Schoch**, Friedrich
Das Recht auf informelle Selbstbestimmung
Juristische Ausbildung 2008, S. 352 ff.
(zit.: *Schoch*, Jura 2008, 352)
- Schoch**, Friedrich
Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil III): Die einstweilige Anordnung
Juristische Ausbildung 2002, S. 318 ff.
(zit.: *Schoch*, Jura 2002, 318)
- Schoch**, Friedrich
Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?
Juristen Zeitung 2002, S. 798 ff.
(zit.: *Schoch*, JZ 2002, 798)
- Schoch**, Friedrich
Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil I): Aufschiebende Wirkung und Anordnung der sofortigen Vollziehung
Juristische Ausbildung 2001, S. 671 ff.

- (zit.: *Schoch*, Jura 2001, 671)
- Schoch**, Friedrich Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes
Deutsches Verwaltungsblatt 1997, S. 289 ff.
(zit.: *Schoch*, DVBl 1997, 289)
- Schoch**, Friedrich Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit
Deutsches Verwaltungsblatt 1991, S. 233 ff.
(zit.: *Schoch*, DVBl 1991, 233)
- Schoch**, Friedrich Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes
Verwaltungs Archiv 1991, S. 145 ff.
(zit.: *Schoch*, VerwArch 1991, 145)
- Schoch**, Friedrich Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht
Habilitationsschrift 1988
(zit.: *Schoch*, Risikoverteilung)
- Schoch**, Friedrich
Schneider, Jens-Peter
Bier, Wolfgang Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
28. Ergänzungslieferung
Stand März 2015
(zit.: *Autor*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO)
- Schoene**, Volker § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB ist verfassungswidrig
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2013, S. 65 ff.
(zit.: *Schoene*, ZLR 2013, 65)
- Scholz**, Georg
Decker, Andreas Johannes Die Kontrolle des Verwaltungshandelns
6. Auflage 1995
(zit.: *Scholz/Decker*, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns)
- Scholz**, Rupert Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit
Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Band 34 1976, S. 144 ff.
(zit.: *Scholz*, VVDStRL 1976, 144)
- Schönke**, Adolf
Schröder, Horst Strafgesetzbuch
Kommentar
28. Auflage 2013
(zit.: *Autor*, in: Schönke/Schröder, Kommentar StGB)
- Schrader**, Leif Ulrich Die Vorwegnahme der Hauptsache und das Ermessen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes
Juristische Schulung 2005, S. 37 ff.

- (zit.: *Schrader*, JuS 2005, 37)
- Schroeter**, Nicolai
Defizite beim Verfahren der gerichtlichen Überprüfung von Informationsbegehren nach dem Informationsfreiheitsgesetz
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2011, S. 457 ff.
(zit.: *Schroeter*, NVwZ 2011, 457)
- Schuler**
Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung
Neue Juristische Wochenschrift 1959, S. 1801
(zit.: *Schuler*, NJW 1959, 1801)
- Schulte**, Martin
Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege
Deutsche Verwaltungsblätter 1988, S. 512 ff.
(zit.: *Schulte*, DÖV 1988, 512)
- Schultz**, Karlheinz
Schlußwort
Die Öffentliche Verwaltung 1981, S. 794 f.
(zit.: *Schultz*, DÖV 1981, 794)
- Simitis**, Spiros
Bundesdatenschutzgesetz
Kommentar
8. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Simitis, Kommentar BDSG)
- Sodan**, Helge
Ziekow, Jan
Verwaltungsgerichtsordnung
Großkommentar
4. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Sodan/Ziekow, Kommentar VwGO)
- Soravia**, Saskia
Popa, Diana
§ 40 Abs. 1a LFGB in der Rechtsprechung – Eine Bestandsaufnahme
zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11.4.2013
Lebensmittel und Recht 2013, S. 120 ff.
(zit.: *Soravia/Popa*, LMuR 2013, 120)
- Spindler**, Gerald
Schuster, Fabina
Recht der elektronischen Medien
Kommentar
3. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien)
- Steiner**, Udo
Die allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsprozeß
Juristische Schulung 1984, S. 853 ff.
(zit.: *Steiner*, JuS 1984, 853)
- Stern**, Klaus
Der einstweilige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß
Juristische Schulung 1981, S. 343 ff.
(zit.: *Stern*, JuS 1981, 343)
- Stern**, Klaus
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland

- Band III/1
1988
(zit.: *Stern*, Staatsrecht III/1)
- Stillner, Walter** Probleme der Produktwarnung im Lebensmittelrecht
Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 1340 ff.
(zit.: *Stillner*, NJW 1991, 1340)
- Streinz, Heinz** EUV/AEUV
Kommentar
2. Auflage 2012
(zit.: *Autor*, in: Streinz, Kommentar EUV/AEUV)
- Streinz, Rudolf** Europarecht: Anwendungsbereich der EU-Grundrechtscharta
Juristische Schulung 2013, S. 568 ff.
(zit.: *Streinz*, JuS 2013, 568)
- Streinz, Rudolf** Lebensmittelrechts-Handbuch
Loseblattsammlung
35. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch)
- Sydow, Gernot** Informationsgesetzbuch häppchenweise
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2008, S. 481 ff.
(zit.: *Sydow*, NVwZ 2008, 481)
- Theis, Christian** Transparenzgesetzgebung bei Lebensmitteln und Verbraucherprodukten
Deutsches Verwaltungsblatt 2013, S. 627 ff.
(zit.: *Theis*, DVBl 2013, 627)
- Thomas, Heinz** Zivilprozessordnung
Putzo, Hans Kommentar
36. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: Thomas/Putzo, Kommentar ZPO)
- Thym, Daniel** Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2013, S. 889 ff.
(zit.: *Thym*, NVwZ 2013, 889)
- Tremml, Bernd** Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Produktinformation
Luber, Michael
Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 1745 ff.
(zit.: *Tremml/Luber*, NJW 2005, 1745)
- Tremml, Bernd** Amtshaftung wegen behördlicher Warnungen nach dem Produktsicherheitsgesetz
Nolte, Steffen
Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 2265 ff.

- (zit.: *Tremml/Nolte*, NJW 1997, 2265)
- Tremml**, Bernd
Karger, Michael
Luber, Michael
Der Amtshaftungsprozess
3. Auflage 2009
(zit.: *Tremml/Karger/Luber*, Der Amtshaftungsprozess)
- Ule**, Carl Hermann
Verantwortung der Verwaltungsgerichte für wirtschaftliches Risiko?
Über die Voraussetzungen von Anordnungen nach § 80 Abs. 5 VwGO im Bau- und Immissionsschutzrecht
Gewerbearchiv 1978, S. 73 ff.
(zit.: *Ule*, GewArch 1978, 73)
- Ule**, Carl Hermann
Verwaltungsprozeßrecht
9. Auflage 1987
(zit.: *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht)
- Umbach**, Dieter
Clemens, Thomas
Grundgesetz
Mitarbeiterkommentar und Handbuch
Band I
2002
(zit.: *Autor*, in: Umbach/Clemens, Kommentar GG)
- Vogg**, Stefan
Einstweilige Feststellungsverfügung?
Neue Juristische Wochenschrift 1993, S. 1357 ff.
(zit.: *Vogg*, NJW 1993, 1357)
- Voit**, Wolfgang
Die Befugnis zur Information der Öffentlichkeit bei täuschenden, aber die Gesundheit nicht gefährdenden Lebensmitteln
Lebensmittel und Recht 2012, S. 9 ff.
(zit.: *Voit*, LMuR 2012, 9)
- von Danwitz**, Thomas
Verfassungsfragen staatlicher Produktempfehlung
2003
(zit.: *v. Danwitz*, Produktempfehlung)
- von der Groeben**, Hans
Schwarze, Jürgen
Hatje, Armin
Europäische Union
Kommentar EUV/AEUV/GRC
Band 1
7. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Kommentar EUV/AEUV/GrCh)
- von der Groeben**, Hans
Schwarze, Jürgen
Hatje, Armin
Europäische Union
Kommentar EUV/AEUV/GRC
Band 3
7. Auflage 2015
(zit.: *Autor*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Kommentar EUV/AEUV/GrCh)
- von Münch**, Ingo
Besonderes Verwaltungsrecht
7. Auflage 1985

- (zit.: *Autor*, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht)
- von Münch**, Ingo
Kunig, Philip Grundgesetz
Kommentar
Band 1
Präambel
Art. 1 – 69
6. Auflage 2012
(zit.: *Autor*, in: von Münch/Kunig, Kommentar GG)
- von Schwanenflügel**, Matthias Die Richtlinie über den freien Zugang zu Umweltinformationen als Chance für den Umweltschutz
Die öffentliche Verwaltung 1993, S. 95 ff.
(zit.: v. *Schwandenflügel*, DÖV 1993, 95)
- von Schwanenflügel**, Matthias Das Öffentlichkeitsprinzip des EG-Umweltrechts
Deutsches Verwaltungsblatt 1991, S. 93 ff.
(zit.: v. *Schwandenflügel*, DVBl 1991, 93)
- Vorwerk**, Volker
Wolf, Christian Beck'scher Onlinekommentar ZPO
Stand: 01.06.2015
17. Edition
(zit.: *Autor*, in: BeckOK ZPO)
- Voßkuhle**, Andreas Bruch mit dem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter
Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 2193 ff.
(zit.: *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193)
- Waldenberger**, Arthur
Hoß, Dirk Das Recht der „elektronischen Presse“
Archiv für Presserecht 2000, S. 237 ff.
(zit.: *Waldenberger/Hoß*, AfP 2000, 237)
- Waldhoff**, Christian Allgemeines Verwaltungsrecht, Lebensmittelrecht: Naming und Shaming
Juristische Schulung 2013, S. 620 ff.
(zit.: *Waldhoff*, JuS 2013, 620)
- Walker**, Wolf-Dietrich Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren
Habilitation 1992
(zit.: *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz)
- Wallau**, Rochus Die Negativ-Liste von Pankow – Ein Kommentar
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2010, S. 382 ff.
(zit.: *Wallau*, ZLR 2010, 382)
- Wegener**, Bernhard Aktuelle Fragen der Umweltinformationsfreiheit
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2015, S. 609 ff.

- (zit.: *Wegener*, NVwZ 2015, 609)
- Weiß, Holger Tobias** Gemeinschaftsrecht als Determinante staatlicher Informationstätigkeit
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 74 ff.
(zit.: *Weiß*, EuZW 2008, 74)
- Werner, Matthias** Verbraucherinformation ohne Prüfung der inhaltlichen Verfassungs- und systemwidrige Vorschriften im neuen Verbraucherinformationsgesetz
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2008, S. 115 ff.
(zit.: *Werner*, ZLR 2008, 115)
- Wernsmann, Rainer** Die Deutschengrundrechte des Grundgesetzes im Lichte des Europarechts
Juristische Ausbildung 2000, S. 657 ff.
(zit.: *Wernsmann*, Jura 2000, 657)
- Wiebauer, Bernd** Sonntagsarbeit und Bedürfnisse der Bevölkerung
Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht 2015, S. 543 ff.
(zit.: *Wiebauer*, NVwZ 2015, 543)
- Wiemers, Matthias** Quo vadis, Verbraucherinformationsgesetz?
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2009, S. 413 ff.
(zit.: *Wiemers*, ZLR 2009, 413)
- Wieseler, Willi** Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte
Dissertation 1967
(zit.: *Wieseler*, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte)
- Wilms, Jan**
Roth, Jan Die Anwendbarkeit des Rechts auf informelle Selbstbestimmung auf juristische Personen i. S. von Art. 19 III GG
Juristische Schulung 2004, S. 577
(zit.: *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577)
- Wolff, Heinrich Amadeus** Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse
Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 98 ff.
(zit.: *Wolff*, NJW 1997, 98)
- Wollenschläger, Ferdinand** Effektiver Rechtsschutz bei informationellen Maßnahmen der öffentlichen Hand am Beispiel der novellierten Informationsbefugnis im Lebensmittelrecht (§ 40 LFGB)
Die Öffentliche Verwaltung 2013, S. 7 ff.
(zit.: *Wollenschläger*, in: DÖV 2013, 7)
- Wollenschläger, Ferdinand** Kein „Aus“ für die Verbraucherinformation über Miss-

- stände im Lebensmittelsektor aus Luxemburg
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, S. 419 ff.
(zit.: *Wollenschläger*, EuZW 2013, 419)
- Wollenschläger, Ferdinand** Staatliche Verbraucherinformation als neues Instrument des Verbraucherschutzes
Verwaltungs Archiv 2011, S. 20 ff.
(zit.: *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20)
- Württemberg, Thomas** Verwaltungsprozessrecht
3. Auflage 2011
(zit.: *Württemberg*, Verwaltungsprozessrecht)
- Wustmann, Ulrich** Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation – Verbraucherinformationsgesetz (VIG) - Rechtsprechungsübersicht
Bayerische Verwaltungsblätter 2015, S. 181 ff.
(zit.: *Wustmann*, BayVBl 2015, 181)
- Wustmann, Ulrich** Das VIG und die Probleme mit der Beiladung
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2011, S. 57 ff.
(zit.: *Wustmann*, ZLR 2011, 57)
- Wustmann, Ulrich** Der Geheimhaltungsgrundsatz des § 4 Abs. 3 S. 3 VIG und das Akteneinsichtsrecht der an einem Klageverfahren Beteiligten, §§ 99, 100 VwGO
Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2009, S. 161 ff.
(zit.: *Wustmann*, ZLR 2009, 161)
- Zilkens, Martin** Bereichsspezifisches Informationszugangsrecht im Verbraucherschutz: Das neue Verbraucherinformationsgesetz
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, S. 1465 ff.
(zit.: *Zilkens*, NVwZ 2009, 1465)
- Zimmerling, Wolfgang
Brehm, Robert** Der vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, S. 651 ff.
(zit.: *Zimmerling/Brehm*, NVwZ 2004, 651)
- Zipfel, Walter
Rathke, Kurt-Dietrich** Lebensmittelrecht
Loseblatt-Kommentar
157. Ergänzungslieferung 2014
(zit.: *Autor*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht)
- Zöller, Richard** Zivilprozessordnung
Kommentar
30. Auflage 2014
(zit.: *Autor*, in: *Zöller*, Kommentar ZPO)
- Zuleeg, Manfred** Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseins-

berechtigung?

Deutsches Verwaltungsblatt 1976, S. 509 ff.

(zit.: *Zuleeg*, DVBl 1976, 509)

Zumpe, Bodo

Öffentlichkeit staatlicher Informationen

Dargestellt am Beispiel der Informationsfreiheitsgesetze
des Bundes und der Länder

Dissertation 2007

(zit.: *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen)

Problemstellung

Der gerichtliche Rechtsschutz¹ zielt im Allgemeinen auf die Durchsetzung und damit auf die Verwirklichung von Individualansprüchen mittels der von Gerichten ausgeübten staatlichen Entscheidungs- und Zwangsgewalt.² Die Erforderlichkeit eines solchen staatlichen Rechtsschutzes wurde bereits im Jahre 1951 mit dem „wesentlichen Merkmal eines modernen Staates“³ begründet. Er dient als Kompensation für das grundsätzliche Verbot der Selbsthilfe durch den Einzelnen zur Durchsetzung und Verwirklichung seiner individuellen Rechte.⁴ Nach dem seinerzeit entwickelten Verständnis war das Individuum nicht mehr als Untertan („Subjekt“), sondern als Bürger der staatlichen Gewalt unterworfen;⁵ es fand eine Anerkennung seiner Stellung als Träger von Rechten und Pflichten statt.⁶ Vom heutigen Verständnis ausgehend, liegt die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht lediglich in der Kontrolle über das Verwaltungshandeln (Art. 20 Abs. 3 GG),⁷ sondern ist primär (noch)⁸ auf Individualrechtsschutz ausgerichtet.⁹ Diese primäre Funktion wird belegt durch die Existenz der Normen des § 42 Abs. 2 VwGO sowie des § 113 Abs. 1 und 5 VwGO, welche eine subjektiv-öffentliche, mithin konkrete Rechtsverletzung als Voraussetzung für eine (zulässige) erfolgreiche Klage fordern. Dabei und deshalb wird der vom Verwaltungshandeln betroffene Bürger bei der Inanspruchnahme staatlichen (Eil-)Rechtsschutzes mit seinen subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen in den Vordergrund gestellt.

Die objektive Rechtmäßigkeitskontrolle des Verwaltungshandelns wird nicht (völlig) verkannt; vielmehr richtet sich diese nach Inhalt und Ausmaß nach dem konkreten Individual-

¹ Zu den weiteren Formen des Rechtsschutzes eines Bürgers im Verwaltungsverfahren wie insb. dem Widerspruch nach Maßgabe der §§ 68 ff. VwGO vgl. insoweit *Schoch*, Risikoverteilung, S. 138 ff. mit komplementären Ausführungen, wobei ohne vertiefende Darstellung anzumerken ist, dass durch die, bspw. durch Art. 15 AGVwGO Bayern, erfolgte Abschaffung des Widerspruchsverfahrens zwar eine Entlastung der Verwaltung, jedoch eine Verkürzung der außergerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten hervorgerufen wurde, dies jedoch ohne Konsequenz für die vorliegende Arbeit.

² Vgl. *Menger*, System Rechtsschutz, § 17 S. 55.

³ *Kern*, Moderner Staat und Staatsbegriff, S. 77 f.; vgl. demgegenüber *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, S. 24 Rn. 1 zu den Grundfragen der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ob hoheitliches Handeln überhaupt gerichtlicher Kontrolle unterliegt.

⁴ Vgl. *Menger*, System Rechtsschutz, § 17 S. 55.

⁵ Vgl. BVerwGE 1, 159 (161).

⁶ Vgl. BVerwGE 1, 159 (161).

⁷ So aber *Kopp*, BayVBl 1980, 263 (265).

⁸ Vgl. zur Entwicklung hin zu einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle hin nur *Wiebauer*, NVwZ 2015, 543 (545).

⁹ So auch eingehend *Schoch*, Risikoverteilung, S. 122 m. w. N.

rechtsschutz,¹⁰ so dass es zu einer gegenseitigen Abhängigkeit beider Funktionsweisen der Judikative kommt, wobei dem Individualrechtsschutz primäre¹¹ Beachtung zukommt.

Das zwingende verfassungsgerichtlich gebotene¹² Rechtsinstitut, das temporär keinerlei Aufschub rechtfertigt und so die Ergänzung zum Hauptsacheverfahren darstellt, ist im Rechtsinstitut des vorläufigen Rechtsschutzes konkretisiert und in verschiedenen Gesetzen, vor allem in der VwGO normiert worden. Ohne eine solche Vorkehrung würde ein Unterlaufen der umfassenden Gewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG drohen.¹³ Der vorläufige Rechtsschutz kann dem Verwaltungshandeln vorgelagert sein und bereits dann in Anspruch genommen werden, wenn konkrete Rechtsverletzungen des Einzelnen lediglich drohen, um sich so vor mit dem Vollzug von Verwaltungsmaßnahmen einhergehenden individuellen Rechtsverletzungen zu schützen.

Die Presse stellt ein unverzichtbares Element einer freien Demokratie dar, welcher eine institutionelle Eigenständigkeit zukommt und weshalb das Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG „schlechthin konstituierend“ für die freie Demokratie gilt.¹⁴ Sofern der der Presse zugutekommende Auskunftsanspruch gegenüber öffentlichen Stellen – unabhängig von seiner verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Grundlage – nicht außergerichtlich realisiert werden kann, verbleibt der Presse mithin zur Durchsetzung ihres Rechts nur noch die Inanspruchnahme der Gerichte im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes. Das BVerfG entschied mehrfach, dass es dem Selbstbestimmungsrecht der Presse unterliegt, ob eine Berichterstattung zeitnah erfolgen soll oder noch Aufschub gebietet.¹⁵ Dabei sind, wie das BVerfG nunmehr deutlich betont, neben anderen privaten und öffentlichen Interessen Dritter (an der Berichterstattung) auch die berechtigten und verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Presse miteinzubeziehen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Kontroll- und Vermittlungsfunktionen der Presse nur dann ausreichend wahrgenommen werden können, wenn und soweit an die Aktualität der Berichterstattung und die Geltendmachung des Presseauskunftsanspruchs im vorläufigen Rechtsschutzverfahren keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.¹⁶ Andererseits kann der Presseauskunftsanspruch nur in den Grenzen zugesprochen wer-

¹⁰ Vgl. *Scholz*, VVDStRL 1976, 145 (154); *Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 1976, 221 (235).

¹¹ Vgl. auch *Schoch*, Risikoverteilung, S. 124, welcher die Abhängigkeit als Prioritätenfolge bezeichnet.

¹² So *Schoch*, Risikoverteilung, S. 126 und S. 185, wonach sich das verfassungsrechtliche Postulat der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes darin verwirklicht, irreversiblen Tatsachen vor der Entscheidung der Hauptsache entgegenzuwirken.

¹³ Vgl. hierzu eingehend *Schoch*, Risikoverteilung, S. 186.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 10, 118 (121) m. w. N.

¹⁵ Vgl. zuletzt BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

¹⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

den, in denen berechnigte schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit von Informationen nicht entgegenstehen.¹⁷

Neben der presserechtlichen Berichterstattung informiert verstärkt die Verwaltung, insbesondere im Lebensmittelrecht, die Öffentlichkeit. So obliegt der öffentlichen Verwaltung beispielsweise auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB¹⁸ eine spezifische, nicht ins Ermessen gestellte Informationspflicht im Rahmen von lebensmittelrechtlichen Verstößen. Hierdurch sollte dem Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher an verlässlichen behördlichen Informationen über das Marktumfeld Rechnung getragen werden.¹⁹ Eine in ihren Wirkungen vergleichbare aktive Informationsmöglichkeit ergibt sich aus § 6 Abs. 1 S. 3 VIG, welche hingegen im Ermessen der Behörde steht. Um diesem Informationsauftrag gerecht zu werden, erfolgte nach Inkrafttreten der Normen eine Veröffentlichung der Informationen auf entsprechenden Internetseiten, was zwar zu einer zügigen Information der Verbraucherinnen und Verbraucher, jedoch aufgrund der Natur des Internets auch zu einer rasanten Verbreitung der Informationen führte. Die seitens der betroffenen Unternehmen initiierten verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Unterlassung von Veröffentlichungen, weil diese möglicherweise mit signifikanten Grundrechtseingriffen verbunden sein können, werfen die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift sowie der Vereinbarkeit mit europarechtlichen Bestimmungen auf.²⁰

Diese aktuelle Veröffentlichungsmethode sowie die multipolare Interessenlage von Presse, privatem Informationsinteresse, behördlichem Gesetzesvollzug und betroffenen Grundrechten von Unternehmen führt gerade im vorläufigen Rechtsschutz zu erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten, da die inhaltliche Prüfung – ausgehend von der Person des Antragstellers – auch weitergehende Interessen mitberücksichtigen muss und nicht lediglich auf eine bilaterale Abwägung beschränkt bleiben kann. Die so naturgemäß bestehende multipolare Konfliktlage regelmäßig divergierender oder gar gegenläufiger Interessen wird im Bereich des Entscheidungsinhalts von einstweiligen Anordnungen gem. § 123 VwGO wie auch bei verfahrensspezifischen Besonderheiten eine wesentliche Rolle einnehmen. Denn sowohl aus Sicht der Presse als auch der der Allgemeinheit sind Auskünfte über lebensmittelrechtliche Verstöße von Unternehmen zur Gewährleistung einer aktuellen Berichterstattung und der Information der Bevölkerung sehr zeitnah und ohne wesentliche Verzögerung zu erteilen, wodurch sich hier die vielfach zitierte und diskutierte Frage nach dem Verbot der Vorweg-

¹⁷ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2014, 558 (560).

¹⁸ Zur Entstehungsgeschichte des LFGB vgl. nur Meyer, NJW 2005, 3320 (3320 ff.).

¹⁹ BT-Drs. 17/7374, S. 20.

²⁰ Vgl. hierzu zunächst nur VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023 f.).

nahme der Hauptsache stellt. Ebenso haben betroffene Unternehmen ein Interesse an einer zügigen Klärung bzw. Regelung, um einer (weiteren) Verbreitung von (nachteiligen) Informationen allgemein in der Presse, aber auch staatlicherseits im Internet, sehr zeitnah entgegenwirken zu können.

Infolge der Weite des gewählten Titels erfolgt eine thematische Eingrenzung auf zunächst allgemeine Ausführungen zum vorläufigen Rechtsschutz sowie anschließend auf eine dezierte Auseinandersetzung mit dem Entscheidungsinhalt von einstweiligen Anordnungen. Der Bereich der Informationspolitik wird neben allgemeinen Ausführungen und seiner Entwicklung zunächst einen Schwerpunkt in der Verfassungsmäßigkeit erhalten, um anschließend vier aktuelle Informationspraktiken auf ihre Verfassungs- und Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Schließlich wird das Problemfeld der multipolaren Interessenkonflikte beider Informationspolitiken im vorläufigen Rechtsschutz dargestellt.

Nicht (vertieft) behandelt werden die Informationspolitik und die Rechtslage auf europäischer oder internationaler Ebene.

Erster Teil

Vorläufiger Rechtsschutz durch (Verwaltungs-)Gerichte

A. Grundlagen

Zur Einführung in die Thematik wird zunächst das Gesamtsystem des vorläufigen Rechtsschutzes im Bereich der VwGO (I.), anschließend die historische Entwicklung des vorläufigen Rechtsschutzes dargestellt (II.). Schließlich werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 123 VwGO (III.) abgehandelt.

I. Gesamtsystem

Ein Verständnis für die Existenz des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO ist zu erhalten, wenn das System des vorläufigen Rechtsschutzes in der VwGO in seiner Gesamtheit näher bestimmt wird. Die vielfältigen Klagearten, welche auf den rechtlich verschiedenartigen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung einerseits und den (damit einhergehenden, unterschiedlich) möglichen Formen der Leistungsbegehren seitens des Bürgers (im allgemeinen Sinn) andererseits basieren, erfordern ein differenziertes System im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes.

Der vorläufige Rechtsschutz beschränkt sich nicht lediglich auf die Norm des § 123 VwGO. Wie aus § 123 Abs. 5 VwGO ersichtlich ist, hat der Antrag nach § 80 VwGO vorrangige Bedeutung. Deshalb gilt für alle Fälle, in denen die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO in der Hauptsache die statthafte Klageart ist, im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes der Anwendungsvorrang der §§ 80, 80a VwGO. Dem Bürger ist es grundsätzlich zuzumuten, den Erlass eines für ihn belastenden Verwaltungsaktes abzuwarten und erst dagegen Widerspruch oder Klage zu erheben oder einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen, da vorbeugender Rechtsschutz im Rahmen des § 123 VwGO nur in seltenen Ausnahmefällen zugelassen werden kann.²¹

Ausgehend von § 80 Abs. 1 VwGO, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben, sieht § 80 Abs. 2 VwGO hiervon Ausnahmen vor, welche entweder dazu führen, dass das Gesetz dem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung nimmt, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 VwGO, oder aber die einen belastenden Verwaltungsakt erlassende Behörde die sofortige Vollziehung unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen anordnen kann, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Um auch im Bereich belastender Verwaltungsakte dem

²¹ VGH Mannheim, NVwZ-RR 2004, 709 (709).

Betroffenen einen effektiven Schutz vor der Schaffung „vollendeter Tatsachen“ bzw. vor Rechtsbeeinträchtigungen noch vor Unanfechtbarkeit dieser Maßnahme zu geben,²² ist die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO im Hinblick auf die effektive Rechtsschutzgarantie gem. Art. 19 Abs. 4 GG unerlässlich. Denn die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage ist als „fundamentaler Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Prozesses“²³ anzusehen, da infolge der §§ 41, 43 VwVfG behördliche Maßnahmen sofortige Wirksamkeit erlangen, wenn und soweit sie nicht nichtig sind, §§ 43 Abs. 3, 44 Abs. 1, 2 VwVfG und das VwVfG als solches gem. § 9 VwVfG überhaupt Anwendung findet.

Folglich ist für die Wahl der statthaften Antragsart im Gesamtsystem des vorläufigen Rechtsschutzes die Art der in der Hauptsache in Betracht kommenden Klage entscheidend.²⁴ § 123 VwGO ist jedenfalls dann die statthafte Antragsart, wenn und soweit es bei dem Verfahren nicht um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG geht und es sich (daher) nicht um eine (hiergegen gerichtete) Anfechtungsklage in der Hauptsache handelt. Darüber hinaus ist § 123 VwGO statthaft, sofern der Antragsteller den Erlass eines Verwaltungsaktes von der Behörde begehrt. Zusammenfassend ist § 123 VwGO also auf diejenigen Fälle anzuwenden, bei denen in der Hauptsache eine Verpflichtungs-, eine allgemeine Leistungsklage oder eine Feststellungsklage statthaft wäre(n).

Durch dieses im Rahmen der Subsidiarität stattfindende Wechselspiel zwischen beiden Vorschriften wird Art. 19 Abs. 4 GG uneingeschränkt Geltung verschafft, indem auf diese Weise lückenloser Rechtsschutz gewährt wird.²⁵ § 123 VwGO kommt indes die Funktion einer Art von „Auffangtatbestand“²⁶ im Gesamtsystem des vorläufigen Rechtsschutzes zu. Die vorliegende Arbeit wird ausschließlich den vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO zum Gegenstand haben und nur da, wo Grundsätze und Gedankenansätze des § 80 VwGO relevant werden, auch diese näher darstellen.

II. Historische Entwicklung des § 123 VwGO

Am 01.04.1960 ist die VwGO in Kraft getreten. Dieser als „Bedeutungswandel“²⁷ bezeichnete relativ späte²⁸ Erlass einer eigenen Prozessordnung wird darauf zurückgeführt, dass sich die

²² Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 80 Rn. 1.

²³ BVerfGE 35, 263 (272).

²⁴ BVerfGE 51, 268 (281).

²⁵ Vgl. *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 20.

²⁶ VGH München, Beschl. v. 22.04.2014 – Az. 9 CE 14.137 (zit. nach juris), Rn. 3.

²⁷ *Redeker*, NVwZ 1992, 713 (714).

²⁸ Im Gegensatz hierzu stammt die Zivilprozessordnung aus dem Jahre 1877.

Trennung der Judikative von der Exekutive im Bereich des Verwaltungsrechts nur schwer hat vollziehen lassen, da die Verwaltung ihre Kontrollmacht über ihr eigenes Handeln nur ungern aus der Hand gab.²⁹ Insbesondere der erst mit in Kraft treten der VwGO konstituierte § 123 VwGO und der damit nunmehr ausdrücklich vorhandene umfassende vorläufige Rechtsschutz wurden seinerzeit teilweise über eine entsprechende Anwendung der bereits damals existierenden §§ 935, 940 ZPO gewährt³⁰ oder aber durch richterliche Spitzfindigkeit zur Anwendung gebracht.³¹ Richtigerweise wurde schließlich Art. 19 Abs. 4 GG als Begründung für eine Existenz des von Verfassungs wegen erforderlichen vorläufigen Rechtsschutzes herangezogen.³² Effektiver Rechtsschutz beinhaltet nicht nur umfassenden und wirksamen, sondern auch rechtzeitigen Rechtsschutz.³³ Mit dem in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG verbürgten Rechtsstaats- und Demokratieprinzip wäre es als unvereinbar anzusehen, wenn der einzelne Bürger der öffentlichen Gewalt ohne eigene Rechtspositionen gegenüber stehen würde, wo er diese doch durch Wahlen aktiv mitgestaltet hat.³⁴ Ausgehend von der Gesetzesbegründung zum Entwurf der VwGO vom 05.12.1957³⁵ war die Aufnahme eines vorläufigen Rechtsschutzes in die Verwaltungsgerichtsbarkeit mehr als erforderlich, da „eine Rechtsordnung, die diese Möglichkeit nicht bietet, eben nur unvollkommenen Rechtsschutz“ gewährt.

III. Verfassungsrechtliche Anordnungen an die Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes

1.) Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG

a.) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen

Gem. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG steht der Rechtsweg offen, soweit jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist. Dieses Verfahrens- oder Prozessgrundrecht³⁶ sichert nicht nur die verfahrensrechtliche Seite und die theoretische Möglichkeit der Inanspruchnahme der Gerichte, sondern darüber hinaus auch und gerade die Effektivität des Rechtsschutzes.³⁷ Die öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist die vollziehende Gewalt,³⁸ mithin die Exekutive. Nur so ist gewährleistet, dass das Handeln der Exekutive hin-

²⁹ Vgl. *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 46.

³⁰ Vgl. VGH Kassel, NJW 1958, 36 (36); VGH Mannheim, NJW 1949, 838 (840).

³¹ Vgl. LVG Düsseldorf, DVBl 1954, 477 (478).

³² Vgl. *Bachof*, NJW 1949, 815 (815).

³³ Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, S. 481 Rn. 2.

³⁴ Vgl. BVerwGE 1, 159 (161).

³⁵ Vgl. BT-Drs. 3/55, S. 44.

³⁶ Vgl. *Sachs*, in: *Sachs*, Kommentar GG, Art. 19 Rn. 114.

³⁷ BVerfGE 35, 263 (274); zu den drei Ebenen der Rechtsschutzgarantie vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Kommentar GG, Art. 19 Rn. 7 ff.

³⁸ Vgl. BVerfGE 107, 395 (402); 122, 248 (270 f.).

sichtlich deren Rechten und Pflichten durch unabhängige Gerichte kontrolliert werden kann.³⁹ Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet zutreffender Weise „Schutz durch den Richter und nicht gegen den Richter“⁴⁰. Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG liegt dramaturgisch ausgedrückt darin, dass die „Selbstherrlichkeit der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger beseitigt [wird]; kein Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift, kann richterlicher Nachprüfung entzogen werden“⁴¹. So verlangt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ausgehend von der Bedeutung „effektiv“ einen „wirksamen/wirkungsvollen“⁴², „möglichst lückenlosen gerichtlichen“⁴³ Rechtsschutz. Konkret ist damit gemeint, dass dem Einzelnen nicht lediglich die bloße Möglichkeit zur Anrufung der Gerichte eröffnet werden muss, vielmehr muss auch eine wirksame Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ohne Bindung an verwaltungsverfahrensrechtliche Feststellungen durch ein mit der entsprechenden Kompetenz ausgestattetes Gericht erfolgen.⁴⁴ Dies rechtfertigt sich aus dem Inhalt der Rechtsschutzgarantie, welche sowohl den Zugang zu den Gerichten als auch deren Rechtmäßigkeits-Prüfung in einem förmlichen Verfahren sowie die verbindliche gerichtliche Feststellung umfasst.⁴⁵ Effektiver Rechtsschutz ist lediglich in Bezug auf subjektive Rechte zu gewähren, so dass ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch nicht besteht.⁴⁶ Subjektive Rechte können sich neben den Grundrechten auch aus grundrechtsgleichen oder gesetzlichen Rechten ergeben.⁴⁷ Entgegen dem Wortlaut ist für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht bereits der Eintritt einer Verletzung subjektiver Rechte erforderlich, sondern ausreichend ist – wie auch bei § 42 Abs. 2 GG⁴⁸ – die Möglichkeit einer Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechtspositionen.⁴⁹

Dem Gesetzgeber oblag und obliegt weiterhin der Handlungsauftrag, entsprechende Normen zu schaffen, welche Voraussetzungen, Art und Umfang des Rechtsschutzes näher bestimmen.⁵⁰ Somit wird Art. 19 Abs. 4 GG (erst) in den jeweiligen Prozess- und Verfahrensord-

³⁹ Vgl. BVerfGE 107, 395 (402).

⁴⁰ BVerfGE 15, 275 (280), inzw. differenzierte Betrachtung, wonach von Art. 19 Abs. 4 GG die Tätigkeit des Richters als solche nicht erfasst wird, vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 99, 100, 102; entgegen *Vofßkuhle*, NJW 2003, 2193 (2200).

⁴¹ BVerfGE 10, 264 (267).

⁴² Vgl. hierzu st. Rspr. BVerfG, NJW 1997, 2163 (2165); BVerfGE 103, 142 (156).

⁴³ BVerfGE 8, 274 (326).

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 46, 166 (178); NVwZ 2003, 200 (200).

⁴⁵ Vgl. hierzu BVerfGE 107, 395 (401).

⁴⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2012, 3145 (3147).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 96, 100 (115); a. A. *Pestalozza*, NVwZ 1999, 140 (143).

⁴⁸ Vgl. BVerwGE 144, 284 (286).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 31, 364 (368).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 101, 106 (123).

nungen durch entsprechende Normen verwirklicht,⁵¹ da sich die Rechtsgebiete hinsichtlich ihrer Regelungsmaterie, formellen und materiellen Anforderungen unterscheiden. Die inhaltliche Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Norm wird durch Art. 19 Abs. 4 GG vorgegeben. Im Übrigen erhält der Gesetzgeber einen nicht unbeachtlichen Gestaltungsspielraum für die Umsetzung.⁵² Dies ist auch erforderlich, da jede Prozess- und Verfahrensordnung in Abhängigkeit zum materiellen Recht andere Prozess- und Verfahrensmaximen hat.

b.) Besondere verfassungsrechtliche Anforderungen

Effektiver Rechtsschutz bedeutet zugleich immer auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit.⁵³ Denn wirksam kann der Rechtsschutz nur dann sein, wenn er eingreift, bevor vollendete Tatsachen (durch die Verwaltung) geschaffen werden.⁵⁴ Die Umsetzung, Auslegung und Anwendung von § 123 VwGO hat der Rechtsschutzgarantie gem. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und dessen erheblicher Bedeutung gerecht zu werden.⁵⁵ Denn ausgehend davon dient der vorläufigen Rechtsschutzes der Schaffung „vollendeter Tatsachen“ entgegen zu wirken, insbesondere wenn die angegriffene Maßnahme aufgrund der Natur der Sache im Nachhinein nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁵⁶ Neben dem Schutz subjektiv-öffentlicher Rechtspositionen wird auch beim vorläufigen Rechtsschutz die Kontrolle der Verwaltung sichergestellt, damit dem Einzelnen auch vor Abschluss eines Klageverfahrens kein Unrecht widerfährt.⁵⁷

Auch die mit dem jeweiligen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes betrauten Gerichte haben sicherzustellen, dass der vorläufige Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit verwirklicht werden kann.⁵⁸ So lässt sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG herleiten, dass Gerichte der Verfahrensdauer im vorläufigen Rechtsschutz gerecht werden,⁵⁹ d. h. eine zügige Kommunikation zwischen den Beteiligten sicherstellen und die Fristen für etwaige Stellungnahmen entsprechend der Dringlichkeit anordnen und bemessen.⁶⁰ „Steine statt Brot“⁶¹ soll der Antragsteller durch eine lange Verfahrensdauer einer Klage gerade nicht erhalten. Die Erzwingung der verfassungsgerichtlich auferlegten Anforderungen lässt sich aufgrund der von Gesetzes wegen

⁵¹ Vgl. BVerfGE 61, 82 (110) sowie BVerfGE 60, 253 (269), wonach, pointiert ausgedrückt, aus Rechtsschutzgründen für den Richter eine derartige Prüfungsbefugnis ohne Bindung an Feststellungen anderer Gewalten zum Zwecke der wirksamen Abhilfe einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung unerlässlich ist.

⁵² Vgl. BVerfGE 101, 106 (123).

⁵³ BVerfG, Beschluss v. 27.07.2004 – Az. 1 BvR 1542/04 (zit. nach juris), Rn. 10.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 35, 263 (274); BVerfG, DVBl 1989, 1246 (1247).

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 51, 268 (285); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, S. 328 Rn. 935.

⁵⁶ BVerfGE 46, 166 (178).

⁵⁷ Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, S. 481 Rn. 1.

⁵⁸ BVerfGE 88, 118 (125).

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.08.1994 – Az. 2 BvR 2171/93 (zit. nach juris), Rn. 8.

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 03.08.2011 – Az. 2 BvR 1739/10 (zit. nach juris), Rn. 29.

⁶¹ Vgl. *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 480 S. 212.

bestehenden Rechtsschutzmaßnahmen kaum durchsetzen. So würde eine Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG eine zeitnahe Entscheidung nicht herbeiführen können, da bereits an die Einlegung dieses Rechtsbehelfs strenge formale Voraussetzungen geknüpft sind, die nicht ohne weiteres innerhalb kürzester Zeit erfüllt werden können.⁶² Verstöße gegen das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgte Beschleunigungsgebot würden hingegen lediglich zu einer Entschädigungspflicht des Mitgliedsstaates führen,⁶³ aber nicht zur Befriedigung materieller Rechtspositionen.

c.) Erfordernis von „Hängebeschlüssen“

Neben der Existenz des § 123 VwGO ist zur Gewährung des effektiven Rechtsschutzes darüber hinaus ein Instrumentarium erforderlich, welches bereits den Zeitraum zwischen Eingang des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bei und dem Beschluss des Gerichts vor nachteiligen Veränderungen zulasten des Antragstellers sichert.⁶⁴ Der Erlass einer Zwischenverfügung, die speziell auf diesen Zeitraum bezogen und begrenzt ist⁶⁵, findet seine Grundlage ebenfalls unmittelbar in Art. 19 Abs. 4 GG und wird als sog. Hängebeschluss bezeichnet.⁶⁶ Eine ausdrückliche Regelung zum Anwendungsbereich oder zu den Voraussetzungen von Zwischenverfügungen bzw. Hängebeschlüssen findet sich nicht in der VwGO, weshalb sich die Notwendigkeit von Zwischenverfügungen bzw. Hängebeschlüssen aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ergibt.⁶⁷ Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass trotz Eingang des Antrags bei Gericht und vor Erlass des gerichtlichen Beschlusses vollendete Tatsachen eintreten bzw. geschaffen werden mit der Folge, dass sich auch das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes letztendlich als obsolet darstellt.⁶⁸ Diese Zwischenverfügungen schließen ein Verfahren oder eine Instanz nicht ab und haben inhaltlich zudem als Voraussetzung, dass das vorläufige Rechtsschutzbegehren als nicht offensichtlich erfolglos erscheint.⁶⁹

⁶² BVerfG, NJW 1992, 1498 (1498).

⁶³ EGMR, NJW 1997, 2809 (2810).

⁶⁴ Vgl. *Guckelberger*, NVwZ 2001, 275 (275).

⁶⁵ Zu den Voraussetzungen für den Erlass vgl. nur *Guckelberger*, NVwZ 2001, 275 (277 ff.) m. w. N.

⁶⁶ OVG Münster, NVwZ 1999, 785 (785); OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1993, 391 (392); *Kuhla*, in: *Kuhla/Hüttenbrink*, Der Verwaltungsprozess, S. 641 Rn. 147; *Redeker/von Oertzen*, Kommentar VwGO, § 80 Rn. 57b; *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, S. 239 Rn. 528.

⁶⁷ Vgl. *Schenke*, in *Kopp/Schenke*, Kommentar VwGO, § 80 Rn. 170.

⁶⁸ Vgl. *Redeker/von Oertzen*, Kommentar VwGO, § 80 Rn. 57b; *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, S. 239 Rn. 528.

⁶⁹ Vgl. nur OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 212 (212).

2.) Umsetzung der Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG in § 123 VwGO

Ausgehend von den skizzierten verfassungsrechtlichen Grundsätzen, obliegt es dem Gesetzgeber, unter zentraler Beachtung des Art. 19 Abs. 4 GG einen wirkungsvollen Rechtsschutz für den Rechtssuchenden gesetzlich zu statuieren.⁷⁰

Zutreffend differenziert *Schoch*⁷¹ hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Umsetzung nach der Normgeltungs- und der Normanwendungsebene. Bei der Normgeltungsebene wird alleine die gesetzgeberische Umsetzung des § 123 VwGO anhand der verfassungsrechtlichen Anforderungen verstanden, während die Normanwendungsebene die gerichtliche Anwendung der Norm betrifft. Dabei kommt *Schoch*⁷² bei der Normgeltungsebene schließlich zu dem zutreffenden Ergebnis, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Normierung des § 123 VwGO bestehen. Zwar gestaltet sich § 80 VwGO für den Betroffenen günstiger aus, da alleine die Einlegung eines Rechtsbehelfs zum Suspensiveffekt führt (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO),⁷³ während bei § 123 VwGO zur Einleitung des Verfahrens ein Antrag erforderlich ist.⁷⁴ Diese unterschiedliche Ausgestaltung liegt in der Rechtsnatur eines (belastenden) Verwaltungsakts, welchem wegen §§ 41, 43 VwVfG Wirksamkeit auch dann zukommt, wenn er rechtswidrig, aber nicht nichtig ist (§ 43 Abs. 3 VwVfG). § 123 VwGO ermöglicht abweichend zu § 80 Abs. 5 VwGO, die dem Betroffenen letztlich geeignet erscheinende Maßnahme anzuordnen.⁷⁵ Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Inhalte und Wirkungen beider Rechtsschutzsysteme ist die gesetzgeberische Ausgestaltung des § 123 VwGO verfassungskonform und steht mit Art. 19 Abs. 4 GG im Einklang.⁷⁶

Die ebenfalls komplexe und komplizierte Frage der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit auf der Ebene der Normanwendung wird schwerpunktmäßig erst später, im Rahmen des sog. „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“, vertieft erörtert.⁷⁷

3.) Anforderungen aus weiteren GG-Vorschriften

Art. 19 Abs. 4 GG ist im Verhältnis zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch⁷⁸ gem. Art. 20 Abs. 3 GG vorrangig, da sich der Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 3 GG auf bür-

⁷⁰ Vgl. BVerfG, NVwZ 2006, 579 (581).

⁷¹ *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 14.

⁷² *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 14.

⁷³ Freilich ist die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO zu beachten.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 51, 268 (285).

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 51, 268 (286).

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 51, 268 (286).

⁷⁷ Vgl. hierzu Zweiter Teil, A. I.

⁷⁸ Als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols, vgl. *Sachs*, in: Sachs, Kommentar GG, Art. 20 Rn. 162.

gerrechtliche Streitigkeiten bezieht.⁷⁹ Das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Recht auf ein faires Verfahren ist nur dann einschlägig, wenn spezielle Gewährleistungen nicht von bereits vorhandenen Verfahrensrechten erfasst werden.⁸⁰ Zur Vermeidung der Gefahr einer manipulativen und zur Sicherung einer unabhängigen Justiz verlangt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG,⁸¹ dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Dies wird u. a. durch Zuständigkeitsregelungen in den jeweiligen Prozessordnungen sowie Geschäftsverteilungspläne der Gerichte gewährt.⁸²

IV. Zusammenfassung

Neben den Gerichten ist auch der Gesetzgeber selbst Adressat⁸³ der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG. Neben der generellen Möglichkeit von gerichtlichen Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz bedarf es darüber hinaus auch der an Art. 19 Abs. 4 GG orientierten inhaltlichen Gestaltung. Während das durchschnittliche Klageverfahren seinem Charakter entsprechend – unbeschadet des in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Beschleunigungsgrundsatzes – nicht stets die zeitliche Komponente, sondern das materielle Recht in den Vordergrund stellt, liegt es im Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes, dass dieser auch in angemessener Zeit erfolgen kann und muss. Die zeitliche Komponente ist für den vorläufigen Rechtsschutz prägend und bedarf deshalb auch bei der gesetzgeberischen Umsetzung besonderer Beachtung. Ferner sind die Gerichte bei der Anwendung von § 123 VwGO im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gehalten, dem Faktor Zeit eine zentrale Bedeutung beizumessen. An der gesetzgeberischen Umsetzung ist insoweit keine Kritik veranlasst. Der Erlass von Zwischenverfügungen sichert vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG einmal mehr gegen den Eintritt von irreparablen Nachteilen.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 83, 182 (194).

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 57, 250 (274) m. V. a. st. Rspr. des BVerfG.

⁸¹ Vgl. nur BVerfGE 95, 322 (327).

⁸² Vgl. BVerfGE 95, 322 (328).

⁸³ So auch *Enders*, in: BeckOK GG, Art. 19, Rn. 73.

B. Materiell-rechtliche und prozessuale Besonderheiten

Die bereits aus dem Wortlaut ersichtliche zweigeteilte Ausgestaltung möglicher Anordnungsarten erfordert im Nachfolgenden eine Betrachtung des Inhalts des § 123 VwGO (I.) sowie der Anforderungen an die gerichtliche Geltendmachung (II.). Im Anschluss hieran wird auf die sonstigen verwaltungsgerichtlichen Besonderheiten (III.) wie auch auf die Vollstreckung von stattgebenden Beschlüssen (IV.) eingegangen. Schließlich werden die zusätzlichen Voraussetzungen des Europarechts kurz erläutert (V.).

I. Inhalt des § 123 VwGO

1.) Materielle Fragen

Die materiellen Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Anordnung sind unterteilt in den Anordnungsanspruch sowie den Anordnungsgrund.⁸⁴ Während für die Bejahung des Anordnungsanspruchs ein subjektiv-öffentliches Recht vorliegen muss, beinhaltet der Anordnungsgrund die für den vorläufigen Rechtsschutz zwingend erforderliche Eilbedürftigkeit bzw. Dringlichkeit.⁸⁵

a.) Anordnungsanspruch

(1.) Allgemeines

Der Anordnungsanspruch, welcher je nach Anordnungsart als Sicherungs- oder Regelungsanspruch bezeichnet werden kann, beinhaltet den materiellen Anspruch,⁸⁶ welcher vom Antragsteller geltend gemacht und seitens des Gerichts geprüft wird.⁸⁷

Die Parallelität zum Hauptsacheverfahren wird über das subjektiv-öffentliche Recht hergestellt, welches bei § 123 Abs. 1 VwGO als Anordnungsanspruch und im Hauptsacheverfahren als Klageanspruch geprüft wird. Dieses subjektiv-öffentliche Recht kann nur auf einen Erfolg gerichtet sein,⁸⁸ da Gegenstand des Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO eine allgemeine Leistungsklage mit ihren besonderen Unterformen der Unterlassungs- und Verpflichtungs- oder eine Feststellungsklage sein können. Die Arten der einstweiligen Anordnung lassen sich in drei Gruppen aufteilen. Ist der Erfolg auf die Erhaltung eines bestehenden Zustandes gerichtet, liegt ein Fall der sog. Sicherungsanordnung vor. Geht es um die Veränderung einer

⁸⁴ Vgl. nur VG Würzburg, Beschl. v. 09.04.2014 – Az. W 3 E 14.239 (zit. nach juris), Rn. 12.

⁸⁵ VG Würzburg, Beschl. v. 09.04.2014 – Az. W 3 E 14.239 (zit. nach juris), Rn. 12.

⁸⁶ Vgl. OVG Schleswig, NVwZ 1994, 590 (591).

⁸⁷ Vgl. *Happ*, in: Eyermann, Kommentar VwGO, § 123 Rn 46; *Redeker/von Oertzen*, Kommentar VwGO, § 123 Rn 11.

⁸⁸ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 9.

Rechtsstellung zugunsten des Antragstellers, handelt es sich um eine sog. Regelungsanordnung. Schließlich wird auch der Erlass einer Feststellungsanordnung als zulässig angesehen.⁸⁹ In der Praxis findet zwar eine Unterscheidung zwischen den beiden gesetzlich⁹⁰ normierten Anordnungsarten – Sicherungs- und Regelungsanordnung – kaum statt, was überwiegend mit den schwer voneinander abgrenzbaren Tatbeständen erklärt wird.⁹¹ Da beide Anordnungsarten einen Anordnungsanspruch voraussetzen, sei eine Differenzierung nicht zwingend geboten und wird in der Praxis auch nicht stringent durchgeführt.⁹² Die gesetzlich dennoch normierte Differenzierung wird auf ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers zurückgeführt, da auch die Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO ein Rechtsverhältnis voraussetze, welches bei der Regelungsanordnung in § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO ausdrücklich genannt werde.⁹³ So wird durchweg von einem beide Arten übergreifenden Anordnungsanspruch gesprochen, um im Nachfolgenden die maßgebliche Anspruchsgrundlage auf ihre rechtliche Einschlägigkeit hin zu prüfen.⁹⁴ Zu Recht wird hierbei kritisiert, dass die gesetzliche Formulierung des § 123 Abs. 1 VwGO eine Differenzierung durchaus nicht entbehrlich macht, da sich aus den beiden Hauptanordnungsarten unterschiedliche Konsequenzen ergeben.⁹⁵ Insbesondere wird eine klare Trennung beider normierter Anordnungsarten für den hier schwerpunktmäßig thematisierten und gegenständlichen Entscheidungsinhalt bedeutsam. Denn je nachdem, ob der Antragsteller den Erlass einer Sicherungs- oder Regelungsanordnung begehrt, ergeben sich unterschiedliche Anforderungen an den Entscheidungsinhalt. Während im Bereich der Sicherungsanordnung grundsätzlich keine kontroverse Diskussion über den Entscheidungsinhalt geführt wird, da die Sicherungsanordnung in ihren Wirkungen der Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO gleichkommt,⁹⁶ stellt sich das im Bereich der Regelungsanordnung vollkommen gegensätzlich dar.

⁸⁹ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 9.

⁹⁰ Als dritte ungeschriebene Art der Anordnungsart wird die Leistungsanordnung angesehen, welche dem Gläubiger einer Leistung bereits eine vorläufige Befriedigung in Form einer Geldzahlung zuerkennt, vgl. hierzu für die ZPO *Schuler*, NJW 1959, 1801 (1801 ff.). Gegen die zusätzliche Form vgl. *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 112. Diese Art der Anordnung ist für die vorliegende Arbeit ohne weitere Bedeutung.

⁹¹ Vgl. VGH Mannheim, NJW 1996, 538 (538); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, S. 358 Rn. 1025.

⁹² Vgl. *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, Kommentar VwGO § 123 Rn 45.

⁹³ Vgl. *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, S. 246 Rn. 541.

⁹⁴ BVerwG, Beschl. v. 30.06.2008 – Az. 9 VR 17/08 (zit. nach juris), Rn. 5; OVG Bautzen, Beschl. v. 12.06.2014 – Az. 2 A 49/14 (zit. nach juris), Rn. 5; VG Augsburg, Beschl. v. 13.06.2014 – Az. Au 2 E 14.901 (zit. nach juris), Rn. 13.

⁹⁵ Vgl. *Adolf*, JA 1990, 29 (30); *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 111; sowie in neuer Zeit *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 50.

⁹⁶ So auch *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 50.

(2.) Sicherungsanordnung

Die Sicherungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO ist dann statthaft, wenn und soweit die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Wesentliches Merkmal für die Sicherungsanordnung ist das subjektiv-öffentliche „Recht des Antragstellers“.⁹⁷ Damit dient die Sicherungsanordnung der Sicherung eines bestehenden Zustandes vor nachteiligen Veränderungen, mithin der (zeitweisen) Sicherung des materiellen Rechts.⁹⁸ Durch die Sicherungsanordnung wird gewährleistet, dass der Antragsteller bei Obiegen in der Hauptsache seinen materiellen Anspruch noch verwirklichen kann,⁹⁹ da bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache der rechtliche Zustand unverändert zu bleiben hat. Ihr Anwendungsbereich kann sich auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche mit nachteiliger Wirkung für den Antragsteller beziehen.¹⁰⁰ Die Sicherung des „status quo“ hat zur Folge, dass sich die gerichtliche Entscheidungsmöglichkeit auf bestandsschützende Maßnahmen bezieht und beschränkt.¹⁰¹ So kommt eine Sicherungsanordnung bspw. im Konkurrentenstreit in Betracht, indem dem Dienstherrn die Ernennung eines anderen Bewerbers bis zur neuen Entscheidung über die Bewerbung des Antragstellers untersagt wird.¹⁰² Ferner ist eine Sicherungsanordnung im Bereich des Bürgerbegehrens (z. B. nach Art. 18a Gemeindeordnung Bayern) nach den jeweiligen Gemeindeordnungen möglich, indem der Gemeinde die Bekanntmachung ihrer dadurch angegriffenen Bauleitplanung vorläufig untersagt wird.¹⁰³

(3.) Regelungsanordnung

Die Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO zielt auf die Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, wenn diese Regelung, vor allem bei dauerhaften Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gefahren zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Inhaltlich erweitert oder begründet der Erlass einer Regelungsanordnung die Rechtsposition des Antragstellers,¹⁰⁴ so dass die Regelungsanordnung insbesondere das Gegenstück zur im Hauptsacheverfahren

⁹⁷ Vgl. *Adolf*, JA 1990, 29 (29); *Erichsen*, Jura 1984, 644 (646); *Quaritsch*, VerwArch 1960, 210 (236); *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 383.

⁹⁸ OVG Koblenz, Beschl. v. 28.05.2014 – Az. 10 B 10418/14 (zit. nach juris), Rn. 5.

⁹⁹ *Schoch*, Risikoverteilung, S. 338

¹⁰⁰ VG München, Beschl. v. 14.08.2013 – Az. M 18 E 13.3371 (zit. nach juris), Rn. 44; *Mückl*, JA 2000, 329 (331); *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 6.

¹⁰¹ Vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1992, 361 (361); *Huba*, JuS 1990, 983 (983).

¹⁰² OVG Münster, Beschl. v. 05.06.2014 – Az. 6 B 360/14 (zit. nach juris), Rn. 6 ff.

¹⁰³ VGH München, Beschl. v. 19.03.2007 – Az. 4 CE 07.647 (zit. nach juris), Rn. 21.

¹⁰⁴ Vgl. *Adolf*, JA 1990, 29 (29 f.); *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 6.

statthaften Verpflichtungsklage darstellt,¹⁰⁵ sich darin jedoch nicht erschöpft.¹⁰⁶ Unter Rechtsverhältnis wird - wie auch in § 43 Abs. 1 VwGO - „die sich aus einer Rechtsnorm des öffentlichen Rechts ergebende rechtliche Beziehung zwischen einer Person und einer anderen Person [verstanden], kraft deren die eine Person etwas bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht. Dabei müssen die Rechtsbeziehungen entweder durch die Norm selbst oder durch ein dem öffentlichen Recht zuzuordnendes Rechtsgeschäft konkretisiert sein“¹⁰⁷. Gemeint ist folglich das Verwaltungsrechtsverhältnis, jedoch nicht das dem vorläufigen Rechtsschutz zugrunde liegende Verfahrensrechtsverhältnis.¹⁰⁸ Denn das geforderte Rechtsverhältnis muss bereits vorher, d. h. vor bzw. außerhalb des gerichtlichen Verfahrens entstanden sein.¹⁰⁹ Initiiert wird das Rechtsverhältnis durch einen Antrag des Bürgers bei der Behörde¹¹⁰ oder durch einen Eingriff der Behörde in die Rechte des Bürgers.¹¹¹ Und sei es nur, wenn ein Eingriff erst angekündigt wird.¹¹² Streitig ist dieses Rechtsverhältnis, wenn die Beteiligten jeweils eine unterschiedliche rechtliche Auffassung zu diesem vertreten.¹¹³ Die Regelungsanordnung ist bspw. für die Erteilung von Informationen an die Presse relevant.¹¹⁴

(4.) Feststellungsanordnung

Darüber hinaus kann das Gericht eine vorläufige Feststellungsanordnung aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dahingehend treffen, dass ein bestimmtes Verhalten vorläufig zulässig ist oder dass bestimmte Regelungen vom Antragsteller vorläufig nicht zu beachten sind.¹¹⁵ Demgegenüber wird der Erlass einer einstweiligen Feststellungsanordnung mit der Begründung abgelehnt, dies widerspreche dem Wesen einer einstweiligen Anordnung, welche einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben müsse; dieser Inhalt fehle aber bei einer Feststellungsanordnung.¹¹⁶ Ferner werde eine einstweilige Feststellungsanordnung nur im Hauptsacheverfahren als statthaft angesehen, da Feststellungsanträge eine endgültige Antwort

¹⁰⁵ Vgl. *Rotter*, NVwZ 1983, 727 (727).

¹⁰⁶ Vgl. *Hummel*, JuS 2011, 502 (502).

¹⁰⁷ BVerwG, NJW 1985, 1302 (1303).

¹⁰⁸ VGH München, BayVBl 1995, 373 (374); *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 VwGO Rn. 73.

¹⁰⁹ Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1983, 106 (106).

¹¹⁰ OVG Lüneburg, NVwZ 1983, 106 (106).

¹¹¹ VG Aachen, Urt. v. 16.12.2013 – Az. 6 K 2434/12 (zit. nach juris), Rn. 32.

¹¹² BVerwGE 31, 177 (178); *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 43 Rn. 19.

¹¹³ BVerwGE 100, 262 (265); *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 VwGO Rn. 73.

¹¹⁴ Vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 30.04.2015 – Az. OVG 6 S 67.14 (zit. nach juris) Rn. 7 ff.

¹¹⁵ Vgl. BVerfG, NJW 1988, 249 (249); OVG Weimar, Beschl. v. 05.06.2014 – Az. 1 EO 106/14 (zit. nach juris), Rn. 39; OVG Lüneburg, DVBl 2012, 705 (705); OVG Hamburg, NJW 1987, 1215 (1216).

¹¹⁶ Vgl. OVG Koblenz, NVwZ 1987, 145 (145).

in Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis anstreben.¹¹⁷ Zwar ist der Ansicht zuzustimmen, dass eine Feststellungsanordnung aufgrund ihrer allein feststellenden Wirkung der Vollstreckung nicht unterliegt bzw. dieser nicht bedarf, doch erfordert der effektive Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG auch für diesen Bereich die Möglichkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes. Dies wird bereits aus dem Umstand deutlich, dass die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO als Hauptsacheklage statthaft sein kann und § 123 VwGO für alle anderen Fälle gilt, die keine Anfechtungssachen sind.¹¹⁸ Allerdings muss der Rechtsgedanke der Subsidiarität einer Feststellungsklage gegenüber einer Leistungs- oder Gestaltungsklage in Anlehnung an § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren beachtet werden. Nur hierdurch lässt sich sicherstellen, dass die besonderen Voraussetzungen im Hauptsacheverfahren für die Feststellungsklage nicht durch das vorläufige Rechtsschutzverfahren umgangen werden.¹¹⁹

b.) Anordnungsgrund

Sowohl bei der Sicherungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO als auch bei der Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO ist stets das Vorliegen eines Anordnungsgrundes erforderlich.¹²⁰ Während die Sicherungsanordnung das Vorliegen einer Gefahr verlangt, durch welche die Verwirklichung eines Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, fordert die Regelungsanordnung die Abwendung wesentlicher Nachteile, die Verhinderung drohender Gefahren oder dass der Erlass einer Regelungsanordnung aus anderen Gründen nötig erscheint. Durch das Erfordernis des Anordnungsgrundes wird die Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung sichergestellt. So reicht es für den Erlass einer solchen gerade nicht aus, dass ein Anordnungsanspruch i. S. des materiellen Rechts besteht. Vielmehr sind zusätzliche Umstände erforderlich, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen (müssen).¹²¹

(1.) Sicherungsgrund

Der Anordnungsgrund liegt bei der Sicherungsanordnung in der Gefährdung einer Rechtsverwirklichung, welche alternativ als Rechtsvereitelung oder als wesentliche Erschwerung der

¹¹⁷ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 310 (311); in diese Richtung *Scholz/Decker*, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, S. 138, welche eine Feststellungsanordnung mit der Begründung ablehnen, die Feststellung sei etwas „Definitives“ und lassen die Feststellung lediglich ausnahmsweise zu.

¹¹⁸ So auch *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 217.

¹¹⁹ Vgl. auch *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 217.

¹²⁰ Ausführlich dazu *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 127 f. für den Regelungsgrund und Rn. 158 ff. für den Sicherungsgrund.

¹²¹ So auch *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 76.

Rechtsverwirklichung bezeichnet werden kann.¹²² Die tatbestandlich vorausgesetzte „Gefahr“ verdeutlicht das Zeitmoment für den Erlass einer Sicherungsanordnung, da diese in Bezug auf die Verwirklichung des materiellen Anspruchs durch irreversible Umstände unmittelbar bevorstehen oder konkret drohen muss.¹²³ Hat sich die Gefahr für die Verwirklichung des Anspruchs bereits realisiert, indem die behördliche Handlung zwischenzeitlich vorgenommen wurde, ist der Anordnungsgrund zu verneinen.¹²⁴ Zutreffenderweise ist bei Vorliegen des Sicherungsgrundes grundsätzlich keine (zusätzliche) Interessenabwägung vorzunehmen, weil das Gesetz eine solche nicht vorsieht.¹²⁵ Etwaige Versäumnisse des Antragstellers sind im Rahmen des Merkmals „Gefahr“ zu berücksichtigen und nicht im Wege einer zusätzlichen Interessenabwägung.¹²⁶ Weitere Gründe und Interessen können berücksichtigt werden, wenn dem Erlass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen.¹²⁷

(2.) Regelungsgrund

Im Bereich der Regelungsanordnung bestehen drei Alternativen für das Vorliegen eines Anordnungsgrundes. Allen ist gemeinsam, dass der Erlass einer Regelungsanordnung „nötig“ sein muss, so dass mit dieser generalklauselartigen Formulierung ein Wertungsspielraum für die Berücksichtigung der Interessen der Verfahrensbeteiligten eröffnet wird.¹²⁸ Das Merkmal „nötig erscheint“ hat die Gründe der Dringlichkeit¹²⁹ oder Eilbedürftigkeit¹³⁰ auf Seiten des Antragstellers ebenso zu berücksichtigen wie dessen eigene Versäumnisse oder Fehlbeurteilungen.¹³¹ Im Übrigen ist eine Folgenabwägung vorzunehmen, wonach die Interessen des Antragstellers am Erlass einer einstweiligen Regelungsanordnung die Interessen des Antragsgegners oder weiterer Beteiligter an der Versagung einer einstweiligen Anordnung überwiegen.¹³² Die Interessen der am Verfahren Beteiligten sind dann berücksichtigungsfähig und -

¹²² Vgl. zur Terminologie nur *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 77 ff.

¹²³ Vgl. *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 VwGO, Rn. 77.

¹²⁴ Vgl. *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 159.

¹²⁵ So *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 VwGO, Rn. 79a; a. A. *Kuhla*, in: Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, S. 658 Rn. 210, nach welchem trotz Vorliegens eines Anordnungsgrundes eine Interessenabwägung in Form einer Folgenabwägung vorzunehmen sei.

¹²⁶ Anders OVG Hamburg, DÖV 1997, 692 (693).

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 88, 69 (75).

¹²⁸ Vgl. *Schoch*, Risikoabwägung, S. 1569 f.

¹²⁹ VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 419 (420); VGH Kassel, NVwZ-RR 1992, 361 (363).

¹³⁰ BVerfGE 93, 1 (14); VGH München, NVwZ-RR 1995, 477 (478); VGH Kassel, NJW 1994, 1750 (1750).

¹³¹ Vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 1998, 314 (314); OVG Schleswig, NVwZ 1994, 805.

¹³² Vgl. VGH München, NVwZ-RR 1990, 99 (100); *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 82.

pflichtig, wenn und soweit sich der Erlass einer Regulationsanordnung nachteilig auf andere schutzwürdige öffentliche oder private Interessen auswirken kann.¹³³

Fraglich ist das Verhältnis zwischen Regelungsanspruch und -grund. Das BVerfG vertritt das sog. Kompensationsmodell, wonach die Bejahung des Regelungsanspruchs für den Regelungsgrund und umgekehrt in weitem Umfang vorgreiflich sei.¹³⁴ Das Kompensationsmodell hat zur Folge, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache, welche dogmatisch beim Regelungsanspruch geprüft werden, beim Regelungsgrund mit zu berücksichtigen seien. Sei der Regelungsanspruch mehr als glaubhaft gemacht, könne der überschießende Teil der Glaubhaftmachung beim Regelungsgrund berücksichtigt werden.¹³⁵ Liege der Regelungsanspruch evident vor, so sei der Regelungsgrund automatisch zu bejahen.¹³⁶ Je dringlicher der Erlass einer einstweiligen Anordnung sei, desto geringer seien die Anforderungen an die Geltendmachung des Regelungsanspruchs.¹³⁷ Beiden Tatbestandsmerkmalen kann ein inhaltlicher Zusammenhang nicht abgesprochen werden. Dennoch sind beide Merkmal getrennt voneinander zu prüfen und zu behandeln.¹³⁸ Die Verzahnung beider Merkmale liegt nur insoweit vor, als der Regelungsgrund die Gefahr für die Verwirklichung des Regelungsanspruchs verhindern möchte, da die Frage nach dem Regelungsanspruch vor der Frage des Regelungsgrundes zu beantworten ist.¹³⁹ Da der Regelungsgrund gerade die Rechtfertigung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung darstellt, kann dieser nicht automatisch bejaht werden, wenn der Regelungsanspruch offensichtlich besteht, da der Antragsteller ggfs. auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen ist.

2.) Prüfungsinhalt

Welchen Prüfungsinhalt das Gericht seiner Entscheidungsfindung zu Grunde zu legen hat, wird nicht einheitlich beantwortet. Das BVerfG postuliert hierzu, dass die Gerichte wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit im vorläufigen Rechtsschutzverfahren Rechtsfragen nicht vertiefend behandeln müssen und ihre Entscheidung maßgeblich anstatt auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache auf der Grundlage einer Folgen- und Interessenabwägung

¹³³ Vgl. *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 133; *Krämer*, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 203 Rn. 47.

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 79, 69 (78).

¹³⁵ Vgl. *Schenke*, JZ 2010, 1046 (1057).

¹³⁶ Vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 2003, 756 (756); *Schenke*, JZ 2010, 1046 (1057).

¹³⁷ Vgl. *Hummel*, JuS 2011, 502 (504).

¹³⁸ Vgl. zum sog. Trennungsmodell zutreffend *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 83a.

¹³⁹ Vgl. *Huba*, JuS 1990, 983 (989).

treffen können.¹⁴⁰ Die Verwaltungsgerichte entscheiden regelmäßig nur dann auf Grundlage einer Folgen- und Interessenabwägung, wenn Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer entscheidungserheblichen Norm bestehen,¹⁴¹ im Übrigen orientieren sie sich an den Erfolgsaussichten der Hauptsache.¹⁴² Fraglich ist deshalb im Folgenden, ob es eine terminologische Unterscheidung zwischen einer Folgen- und Interessenabwägung gibt sowie ferner, wann der Prüfungsinhalt die Erfolgsaussichten der Hauptsache und wann er eine Folgen- und Interessenabwägung zum Gegenstand hat.

a.) Terminologie: Folgen- und Interessenabwägung

Zunächst ist klärungsbedürftig, ob die unterschiedliche terminologische Verwendung Folgen- und Interessenabwägung inhaltlich zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Bei der Interessenabwägung werden vornehmlich die Interessen des Antragsgegners sowie - bei Einschlägigkeit - auch die der Allgemeinheit oder unmittelbar betroffener Dritter einbezogen.¹⁴³ Inhaltlich werden die widerstreitenden Interessen der Verfahrensbeteiligten dahingehend eruiert, welche Folgen die Beibehaltung oder Veränderung des Ist-Zustandes nach sich zieht.¹⁴⁴ Einzelfallspezifisch sind dabei die Interessen des Antragstellers an der Regelung eines veränderlichen Zustandes gegenüber¹⁴⁵ den Interessen des Antragsgegners, der Allgemeinheit oder unmittelbar betroffener Dritter an der Beibehaltung des bisherigen Zustandes abzuwägen.¹⁴⁶ Andere wiederum wägen die Folgen der Versagung oder Gewährung des Eilrechtsschutzes unter besonderer Einbeziehung der grundrechtlichen Belange aufgrund der Anforderungen des BVerfG ab.¹⁴⁷ Abgestellt wird im Rahmen der Folgenabwägung auf die Frage, ob bei Nichterlass der Anordnung und späterem Obsiegen in der Hauptsache die dadurch zu befürchtenden Nachteile für den Antragsteller sehr schwerwiegend sind. Ist dies der Fall, muss einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden, sofern ausnahmsweise keine entgegenstehenden

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2001, 694 (695); NVwZ 1997, 479 (481).

¹⁴¹ Vgl. bspw. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023).

¹⁴² Vgl. bspw. OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 583 (583).

¹⁴³ Vgl. VGH München, NVwZ-RR 1992, 302 (304).

¹⁴⁴ Vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 386 (389); *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1569 f.

¹⁴⁵ Anders hierzu *Kuhla*, in: BeckOK VwGO, § 123 Rn. 85, welcher primär lediglich auf die Interessen des Antragstellers abstellt, vgl. aber im Gegenzug BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217 (218); OVG Berlin, NVwZ 2010, 333 (334).

¹⁴⁶ Vgl. VGH München, NVwZ-RR 1990, 99 (100).

¹⁴⁷ Vgl. hierzu i. R. d. Eilrechtsschutzes nach § 32 Abs. 1 BVerfGG die Folgenabwägung bei offenen Erfolgsaussichten BVerfG, NVwZ 2004, 90 (90); zum verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz BVerfG, Beschl. v. 25.02.2009 – Az. 1 BvR 120/09 (zit. nach juris), Rn. 11; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 18.01.2012 – Az. 1 L 1408/11 (zit. nach juris), Rn. 3; *Dombert* in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, Rn. 314; a.A. *Puttler* in: Sodan/Ziekow, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 94, 100 f.

überwiegenden, besonders gewichtigen öffentlichen Gründe vorliegen.¹⁴⁸ Eine Folgenabwägung kann auch dergestalt vorgenommen werden, dass die Gerichte diejenigen Folgen abzuwägen haben, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes für den Betroffenen verbunden sind: Je schwerer diese Folgen und die sich daraus ergebenden Belastungen wiegen, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Folgen und Belastungen im Falle des Obsiegens in der Hauptsache wieder rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung zurückgestellt werden.¹⁴⁹ Im Ergebnis können deshalb beide Bezeichnungen synonym verwendet werden, da sich keine differierenden Gesichtspunkte in der inhaltlichen Abwägung ergeben.

b.) Erfolgsaussichten der Hauptsache

Überwiegend wird vertreten, dass sich der Prüfungsinhalt der Gerichte bei der Entscheidungsfindung an den Erfolgsaussichten der Hauptsache zu orientieren hat.¹⁵⁰ Mitunter stellt das BVerfG selbst auf die inhaltliche Prüfung im Wege der Erfolgsaussichten der Hauptsache ab.¹⁵¹ Dem Grunde nach findet eine Folgen- und Interessenabwägung neben oder anstelle der Erfolgsaussichten der Hauptsache im Gesetz keine Stütze.¹⁵² Die Rechtfertigung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung liegt in der Sicherung oder Verhinderung von wesentlichen irreparablen Nachteilen für den materiellen Anspruch. Ob ein solcher materieller Anspruch überhaupt besteht, welcher im vorläufigen Rechtsschutz gesichert werden muss, lässt sich nicht über eine Folgen- und Interessenabwägung, sondern anhand der Erfolgsaussichten der Hauptsache zu beantworten. Denkbar sind zwei Konstellationen: Die Hauptsache kann offensichtlich erfolglos oder offensichtlich erfolgreich sein.

(1.) Erfolgsaussichten offensichtlich nicht gegeben

Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache offensichtlich nicht gegeben sind, so kommt es auf eine weitergehende Folgen- und Interessenabwägung nicht an.¹⁵³ In diesem Fall ist dem Antragsteller die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu versagen.

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 79, 69 (78); VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 18.01.2012 – Az. 1 L 1408/11 (zit. nach juris), Rn. 3.

¹⁴⁹ Vgl. nur BVerfG, NVwZ 1997, 479 (480).

¹⁵⁰ Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 64c; *Dombert*, in: *Finkelburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 136.

¹⁵¹ Vgl. BVerfG, NJW 2002, 3691 (3692).

¹⁵² Vgl. OVG Lüneburg, NJW 2002, 2808 (2809); *Zimmerling/Brehm*, NVwZ 2004, 651 (651); *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 64c.

¹⁵³ Vgl. nur VGH München, Beschl. v. 05.09.2013 – Az. 10 CE 13.1872 (zit. nach juris), Rn. 5.

(2.) Erfolgsaussichten offensichtlich gegeben

Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache offensichtlich gegeben sein werden, so soll nach einer Ansicht automatisch vom Vorliegen eines Anordnungsgrundes ausgegangen werden, da eine Wahrscheinlichkeit des Hauptsacheerfolgs den Anordnungsgrund regelmäßig indiziert, so dass an dessen Prüfung keine besonderen Anforderungen zu stellen seien.¹⁵⁴ Diese Indizierung ergebe sich aus dem fehlenden schützenswerten privaten oder öffentlichen Interesse an der Sicherung oder Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes.¹⁵⁵ Jedoch kann dies alleine eine „Prüfung light“ nicht rechtfertigen. Vielmehr ist auch bei überwiegenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache der Anordnungsgrund zu prüfen. Denn es ist denkbar, dass es trotz offensichtlich erfolgreicher Hauptsache an der Eilbedürftigkeit der Entscheidung fehlt. Vereinzelt wird auch beim Vorliegen des Anordnungsanspruchs und Anordnungsgrundes eine weitergehende, übergeordnete und eigenständige Folgen- und Interessenabwägung vorgenommen.¹⁵⁶ Alleine das wahrscheinliche Obsiegen in der Hauptsache kann den Regelungsgrund nicht für sich rechtfertigen, da sich dieser stets vorrangig aus der Rechtsnatur des vorläufigen Rechtsschutzes – der Dringlichkeit – ergeben muss.¹⁵⁷ Es wäre aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG angezeigt und geboten, bei Vorliegen der gesetzlich normierten Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich keine zusätzliche Folgen- und Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁵⁸ Liegen die Voraussetzungen vor, so wird der Erlass der einstweiligen Anordnung vielmehr indiziert und kann nicht aus anderen, gesetzlich nicht vorgesehenen Gründen wieder versagt werden.¹⁵⁹ Eine darüber hinaus gehende Folgen- und Interessenabwägung muss ausnahmsweise im Bereich multipolarer Interessenlagen möglich und geboten sein, da der Erlass einer Regelungsanordnung zugleich einen Rechtseingriff in Drittinteressen nach sich ziehen kann. Allerdings müssen diese Drittinteressen zurücktreten, je wahrscheinlicher der Hauptsacheerfolg sein wird.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2009, 945 (946).

¹⁵⁵ Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, S. 518 Rn. 16; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, S. 360 Rn. 1033.

¹⁵⁶ Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 25.06.2014 – Az. 10 L 223.14 (zit. nach juris), Rn. 45; anders BVerwGE 109, 258 (262), wonach im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes lediglich eine summarische Prüfung anzustellen ist.

¹⁵⁷ So auch *Huba*, JuS 1990, 983 (989).

¹⁵⁸ So auch zu Recht *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO § 123 Rn. 65; *Krämer*, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 203 Rn. 46.

¹⁵⁹ So auch *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 64c.

¹⁶⁰ So *Grunsky*, JuS 1976, 277 (282).

Übernimmt der Eilrechtsschutz hingegen die Funktion der Hauptsache, so ist eine umfassende Sach- und Rechtsprüfung angezeigt, welche derjenigen der Hauptsache gleichkommt.¹⁶¹ Einer Folgen- und Interessenabwägung bedarf es konsequenterweise nicht mehr.

c.) Eigenständige Folgenabwägung

Werden die Erfolgsaussichten der Hauptsache letztendlich als offen bezeichnet, wird vielfach eine Folgen- und Interessenabwägung als erforderlich angesehen.¹⁶² In der älteren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wurden die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung im Rahmen einer Gesamtschau der Interessen geprüft, wobei die Erfolgsaussichten der Hauptsache hierbei lediglich einen Interessensgesichtspunkt unter mehreren darstellten.¹⁶³ Dies ablehnend wird vertreten, dass bei offenen Erfolgsaussichten der Hauptsache der Anordnungsanspruch tatbestandlich nicht vorliege, weshalb eine einstweilige Anordnung nicht ergehen dürfe.¹⁶⁴ Diesem Ergebnis würde auch eine abschließende Folgen- und Interessenabwägung nicht zum Erfolg verhelfen. Begründet wird dies damit, dass ein Anordnungsanspruch nur dann bejaht werden könne, wenn dieser glaubhaft gemacht werde. Die Glaubhaftmachung wiederum erfolge in rechtlicher Hinsicht aufgrund summarischer Prüfung durch die Erfolgsaussichten der Hauptsache. Dies habe zwingend zur Folge, dass im Rahmen des Anordnungsanspruchs grundsätzlich kein Raum für eine Folgen- und Interessenabwägung verbleibe; diese könne lediglich im Rahmen des Anordnungsgrundes aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe stattfinden.¹⁶⁵ In solchen Fällen würde der effektive Rechtsschutz jedoch versagen, wenn es den Gerichten aufgrund der komplexen Rechtsmaterie, des Umfangs der Rechtssache oder aus anderen gewichtigen Gründen faktisch nicht möglich ist, eine rechtliche Prüfung mit einem eindeutigen Ergebnis vorzunehmen. Eine Bejahung des Anordnungsanspruchs per se bei offenen Erfolgsaussichten der Hauptsache anzunehmen, um so das Erfordernis einer Folgen- und Interessenabwägung zu verneinen,¹⁶⁶ überzeugt nicht. Denn es darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass gerade bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens das Risiko einer Fehlentscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren besteht. Weder kann mit Sicherheit vorausgesagt werden, ob die Hauptsache erfolgreich, noch ob sie

¹⁶¹ Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217 (218).

¹⁶² Vgl. st. Rspr. BVerfG, NVwZ-RR 2005, 442 (443); NJW 2003, 1236 (1237); NVwZ 1997, 479 (480); VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 490 (491); a. A. *Schoch*, Jura 318 (323), welcher eine Folgenabwägung ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Hauptsache mangels gesetzlicher Stütze per se ablehnt, da dem Gericht die Möglichkeit von Hängebeschlüssen offen stehe.

¹⁶³ Vgl. hierzu insb. BVerfGE 51, 268 (280); NVwZ-RR 1999, 217 (218).

¹⁶⁴ Vgl. *Pietzner/Ronellenfitsch*, Assessorexamen, S. 669 Rn. 27.

¹⁶⁵ Zu allem insb. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO § 123 Rn. 65.

¹⁶⁶ So aber *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO § 123 Rn. 70 für den Fall der Sicherungsanordnung; anders hierzu für den Fall der Regelungsanordnung aaO, Rn. 74.

erfolglos sein wird. So kann eine einstweilige Anordnung ergehen, während der Antragsteller im Hauptsacheverfahren erfolglos bleibt. Demgegenüber kann eine einstweilige Anordnung versagt werden, obwohl der Antragsteller im Hauptsacheverfahren erfolgreich sein wird. Die beiden Ergebnisse – sowohl im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als auch im Hauptsacheverfahren – haben nicht der materiellen Rechtslage entsprochen. Deshalb ist anhand einer Folgen- und Interessenabwägung zu fragen, wem das dem vorläufigen Rechtsschutz immanente Fehlentscheidungsrisiko im Falle einer abweichenden Hauptsacheentscheidung eher zugemutet werden kann.¹⁶⁷

Im Bereich des verfassungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzverfahrens nach § 32 Abs. 1 BVerfGG wird seitens des BVerfG lediglich dann eine Folgenabwägung vorgenommen, sofern das Hauptsacheverfahren als offen zu bezeichnen ist.¹⁶⁸ Hierbei wird nämlich abgewogen, wem das Risiko einer Fehlentscheidung durch das spätere Hauptsacheverfahren eher zuzumuten ist.¹⁶⁹ Abgewogen werden dabei die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erlassen werden würde, das Hauptsacheverfahren aber erfolgreich verläuft, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn eine einstweilige Anordnung erlassen werden, das Hauptsacheverfahren aber erfolglos bleiben würde.¹⁷⁰ Dieses Fehlentscheidungsrisiko ist jedenfalls dann auf den verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutz zu übertragen, wenn es den Gerichten nicht möglich ist, aufgrund einer rechtlichen Prüfung die Erfolgsaussichten der Hauptsache zu bestimmen. Dabei haben also insbesondere der Faktor Zeit sowie die ggfs. eintretende Schaffung vollendeter Tatsachen maßgebliche Kriterien zu sein.¹⁷¹ Zwar sieht das Gesetz den Fall der offenen Erfolgsaussichten nicht vor, doch ist diese Lösung im Lichte des effektiven Rechtsschutzes bei verfassungskonformer Auslegung geboten.

3.) Prüfungsmaßstab bei Zeitknappheit

Fraglich ist, ob eine Folgenabwägung als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen kann, wenn die Gerichte infolge Zeitknappheit schwierige und komplexe Rechtsfragen nicht vertiefend behandeln können.¹⁷² Diskussionswürdig ist, ob die rechtliche Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen in demselben Umfang und in derselben rechtlichen Intensität zu erfolgen hat wie in der Hauptsache. Hierzu wird vertreten, dass bei der rechtlichen Würdigung nur eine sum-

¹⁶⁷ Zutreffend *Grunsky*, JuS 1976, 277 (282).

¹⁶⁸ Vgl. *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar BVerfGG, § 32 Rn. 92.

¹⁶⁹ Vgl. *Schoch*, VerwArch 1991, 145 (172); *Grunsky*, JuS 1977, 217 (222); *Grunsky*, JuS 1976, 277 (280).

¹⁷⁰ Vgl. bspw. BVerfGE 88, 173 (179 f.).

¹⁷¹ Ausführlich zum Ganzen *Schoch*, Risikoverteilung, S. 892 ff. sowie S. 1088 ff.

¹⁷² So BVerfG, NVwZ 1997, 479 (480).

marische Prüfung zu erfolgen habe.¹⁷³ Begründet wird das damit, dass infolge der Eilbedürftigkeit des Verfahrens die (rechtliche) Entscheidung nur zu überschlagen sei und unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung zu stehen habe.¹⁷⁴ Denn der mit einer in- und extensiven rechtlichen Prüfung einhergehende erhebliche Zeitaufwand würde die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes in Frage stellen, da schwierige und umfangreiche rechtliche Fragen erst im Hauptsacheverfahren zu klären seien.¹⁷⁵ Dies resultiere insbesondere aus der Natur des vorläufigen Rechtsschutzes, und es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Entscheidung in der Hauptsache nach umfangreicher rechtlicher Prüfung anders ausfallen könne.¹⁷⁶ Nach aktueller Entscheidung des OVG Münster könne eine Antwort auf die Erfolgsaussichten des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens nicht gegeben werden, wenn das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes schwierige verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen aufwerfe, so dass der Antrag abzuweisen sei.¹⁷⁷ Andere wiederum sehen lediglich die richterliche Überzeugungsbildung im Hinblick auf die dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen aufgrund des summarischen Verfahrens gegenüber dem Hauptsacheverfahren abgeschwächt.¹⁷⁸ Die Vornahme einer bloß summarischen Prüfung der rechtlichen Fragen finde im Gesetz keine Stütze, sie sei im Übrigen von Art. 19 Abs. 4 GG und von § 123 VwGO nicht gedeckt.¹⁷⁹ Den Gerichten sei es zumutbar, schwierige Fragen des materiellen Rechts im vorläufigen Rechtsschutz zu beantworten, wenn und soweit es für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Hauptsache erforderlich sei.¹⁸⁰ Die Beantwortung stelle dann aber lediglich eine vorläufige rechtliche Einschätzung dar, welche unter dem Vorbehalt der Nachprüfung im Hauptsacheverfahren stehe.¹⁸¹ Dass sich das Gericht seiner Entscheidungspflicht entzieht, kann nicht gelten.¹⁸² Die fehlende Zeit stelle eine sachfremde Erwägung dar, da personelle Knappheit und Arbeitsbelastung ebenfalls nicht als Argument gegen eine zeitnahe Entscheidung gelten.¹⁸³ Sollte eine Beantwortung der erforderlichen rechtlichen Fragen ausnahmsweise wegen Komplexität nicht möglich sein, so könne das Gericht zu einer reinen Folgenabwä-

¹⁷³ Vgl. OVG Schleswig, NVwZ-RR 1995, 46 (47); VGH München, BayVBl 1993, 599 (600), welcher die Ordnungsmaßnahme als nicht „offensichtlich rechtswidrig“ bezeichnet; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1564.

¹⁷⁴ Vgl. BVerfG; NVwZ 1997, 479 (480).

¹⁷⁵ Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217 (218).

¹⁷⁶ Vgl. hierzu BVerfG, NVwZ-RR 2005, 442 (442).

¹⁷⁷ Vgl. OVG Münster, NWVBl 2015, 195 (196).

¹⁷⁸ Vgl. *Kuhla*, in: BeckOK VwGO, § 123 Rn. 78; *Redeker/von Oertzen*, Kommentar VwGO, § 123 Rn 31; kritisch dazu *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, Kommentar VwGO § 123 Rn 89; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1640 f.

¹⁷⁹ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1999, 1357 (1357); *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 313.

¹⁸⁰ Vgl. OVG Thüringen, DVBl 1998, 490 (491).

¹⁸¹ Vgl. OVG Thüringen, DVBl 1998, 490 (491).

¹⁸² Vgl. *Roßner*, in: LTO 05.02.015.

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 88, 118 (124).

gung ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Hauptsache übergehen.¹⁸⁴ Schließlich bestehe die Möglichkeit zum Erlass von Zwischenverfügungen.¹⁸⁵ Eine an der Intensität und dem Umfang der Hauptsache orientierte Prüfung der rechtlichen Fragen ist grundsätzlich vorzunehmen. Lediglich dann, wenn dies ausnahmsweise nicht möglich ist, sollte den Gerichten die Möglichkeit eröffnet werden, zu einer reinen Folgenabwägung oder zum Erlass von Zwischenverfügungen überzugehen. Nur so kann der Betroffene vor dem Eintritt irreparabler Nachteile ausreichend geschützt und das Fehlentscheidungsrisiko minimiert werden.

4.) Eigene Bewertung

Empfehlenswert ist es, in diesem Zusammenhang eine Gruppenbildung vorzunehmen. Sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache offensichtlich gegeben oder nicht vorhanden, verbietet sich eine darüber hinaus gehende Folgen- und Interessenabwägung. Im bilateralen Verfahren können grundsätzlich bei offensichtlich erfolgreicher Hauptsache keine öffentlichen Gründe vorliegen, bei welchen der Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück zu treten habe (Art. 20 Abs. 3 GG).

Anders stellt sich die Sach- und Rechtslage bei einem multipolaren Beteiligtenverhältnis dar. Der Erlass einer Regelungsanordnung kann neben dem öffentlichen Interesse auch private schutzwürdige Interessen Dritter (gravierend) beeinträchtigen. Diese müssen als zusätzliches Korrektiv infolge einer Folgen- und Interessenabwägung wertend in die gerichtliche Entscheidung beim Regelungsgrund miteinfließen. Ohne Berücksichtigung dieser schutzwürdigen Interessen könnte der Erlass einer einstweiligen Anordnung Grundrechtspositionen Dritter verletzen, welche auf derselben Stufe wie die des Antragstellers stehen. Beim Erlass einer Sicherungsanordnung ist eine Berücksichtigung anderer privater Interessen nicht angezeigt, da die Erhaltung des status quo indiziert, dass die Interessen des Antragstellers diejenigen der anderen Verfahrensbeteiligten überwiegen. Insbesondere ist maßgeblich, dass die Versagung einer einstweiligen Anordnung zu irreparablen Nachteilen beim Antragsteller führen, während die Bejahung einer einstweiligen Anordnung für die Zukunft durch das Hauptsacheverfahren geändert werden kann.

Lassen sich die Erfolgsaussichten der Hauptsache aus nicht vom Antragsteller zu vertretenden Gründen nicht abschließend klären, so gebietet der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, ausnahmsweise eine Folgen- und Interessenabwägung vorzunehmen.

¹⁸⁴ Vgl. BVerfG, NVwZ 1997, 479 (480).

¹⁸⁵ Vgl. OVG Bautzen, NVwZ 2004, 1134 (1134); sowie *Schoch*, Jura 2002, 318 (323), welcher gegen eine reine Folgenabwägung, aber für den Erlass von Zwischenverfügungen plädiert, wenn infolge der Komplexität der Sache eine rechtliche Prüfung nicht möglich sei.

II. Anforderungen an gerichtliche Geltendmachung

Der Antragsteller hat für den gerichtlichen Erfolg seines Antrags neben den inhaltlichen Voraussetzungen auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen zu erfüllen. Diese korrespondieren weitestgehend mit denen einer Hauptsacheklage. So ist neben der Eröffnung des Verwaltungswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ein ordnungsgemäßer Antrag gem. § 123 Abs. 3, (und §§ 81, 82 analog) VwGO i. V. m. § 920 Abs. 1 ZPO zu stellen. Dieser muss lediglich das Rechtsschutzziel bezeichnen, so dass keine bestimmte anzuordnende Maßnahme genannt werden braucht.¹⁸⁶ Der Antrag kann schriftlich gem. § 81 Abs. 1 S. 1 VwGO analog, elektronisch gem. §§ 81 Abs. 1 S. 1 analog, 55a VwGO und in besonders dringenden Fällen sogar telefonisch¹⁸⁷ gestellt werden. Ferner muss das angerufene Gericht sachlich und örtlich zuständig sein, §§ 123 Abs. 2 i. V. m. 45, 52 VwGO. Die Bestimmung desselben richtet sich nach den Regeln über die Zuständigkeit des Gerichts in der Hauptsache. Ist die Hauptsache bereits anhängig, so ist der Antrag bei dem dafür bereits zuständigen Gericht zu stellen. Andernfalls ist die Zuständigkeit hypothetisch unter Berücksichtigung einer eventuellen Hauptsache zu bestimmen. Ferner ist auch die Beteiligten- und Verfahrensfähigkeit erforderlich, §§ 61, 62 VwGO analog. Wie aus § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO ersichtlich, ist die Antragstellung bereits vor der Klageerhebung in der Hauptsache und naturgemäß auch während der Anhängigkeit der Hauptsache möglich. Eine Antragstellung auf vorläufigen Rechtsschutz scheidet jedoch aus, soweit das Hauptsacheverfahren bereits seinen rechtskräftigen Abschluss gefunden hat oder ein behördlicher Ablehnungsbescheid bestandskräftig geworden ist.¹⁸⁸ Dies gilt jedoch nicht, sofern eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 157 VwGO in Betracht kommt oder der begehrte einstweilige Rechtsschutz auf einen weitergehenden als den in der rechtskräftigen Entscheidung enthaltenen rechtlichen Erfolg gerichtet ist.¹⁸⁹ Eine Antragsfrist hat der Antragsteller nicht zu beachten, doch kann eine zeitlich verzögerte Antragstellung die Eilbedürftigkeit bzw. Dringlichkeit entfallen lassen.¹⁹⁰ Eine Verwirkung aus prozessualen Gründen ist möglich, was zur Folge hat, dass die verfahrensrechtlichen Rechte nicht mehr ausgeübt werden können.¹⁹¹ Dies wird regelmäßig dann anzunehmen sein, wenn der Antragsteller von der Möglichkeit der Wahrnehmung des vorläufigen Rechtsschutzes längere Zeit keinen Gebrauch gemacht hat und besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete

¹⁸⁶ OVG Bremen, NVwZ 1999, 211; *Erichsen*, Jura 1984, 644 (648).

¹⁸⁷ VG Wiesbaden, NVwZ 1988, 90 (90).

¹⁸⁸ VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 199 (199).

¹⁸⁹ VGH München, NJW 1972, 2063 (2063).

¹⁹⁰ Vgl. hierzu im Bereich des Hochschulrechts OVG Hamburg, NVwZ-RR 1992, 22 (23).

¹⁹¹ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2012, 341 (341).

Geltendmachung als einen Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen,¹⁹² weil der Antragsgegner wegen des Verhaltens der anderen Seite darauf vertrauen konnte und durfte, dass von einer Geltendmachung abgesehen wird.¹⁹³ Grundsätzlich hat sich der Antragsteller mit seinem Anliegen zunächst an die zuständige Behörde zu wenden,¹⁹⁴ da so eine schnellere, kostengünstigere und effektivere Möglichkeit zur Verfolgung und Gewährung seiner rechtlichen Interessen besteht. Jedoch gilt dies nicht stets, da § 123 VwGO ein solches vorheriges Antragsverfahren nicht ausdrücklich vorsieht.¹⁹⁵ Deshalb ist dem Antragsteller dann eine Ausnahme zuzubilligen, sofern es sich um eine sehr eilige Sache handelt, bei der bereits abzu-sehen ist, dass die Wahrscheinlichkeit einer rechtzeitigen erfolgreichen Erledigung durch die Behörde gering ist.¹⁹⁶ Sofern sich der Antragsteller gegen künftige Maßnahmen im Wege des vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes wehren möchte, ist dies nur zulässig, soweit schwerwiegende oder nur schwer wiedergutzumachende Nachteile durch das Zuwarten auf eine behördliche Handlung mit anschließendem Rechtsschutz drohen.¹⁹⁷

Abschließend gilt noch zu beachten, dass die Verweisung in § 123 Abs. 3 VwGO auf § 920 Abs. 2 ZPO bewirkt, dass der Antragsteller den Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund in Abweichung zu § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO ausnahmsweise glaubhaft zu machen hat. Glaubhaft zu machen sind die den Voraussetzungen zugrundeliegenden Tatsachen.¹⁹⁸ Die geringeren Anforderungen an die Feststellung des Sachverhalts im Vergleich zur vollen Überzeugungsbildung im Hauptsacheverfahren (§ 108 Abs. 1 S. 1 VwGO) sind in Anbetracht der Eilbedürftigkeit zwingende Folge. Im Übrigen ist der Subsidiaritätsgrundsatz des § 123 Abs. 5 VwGO beachtlich.

III. Sonstige verwaltungsgerichtliche Besonderheiten

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist der Entscheidungszeitpunkt des Verwaltungsgerichts zum Schluss der mündlichen Verhandlung.¹⁹⁹ Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung der vorläufigen Entscheidung steht dem Gericht – wie aus dem Wortlaut „kann“ aus § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO ersichtlich - ein Ermessensspielraum

¹⁹² VGH Kassel, NVwZ 1994, 399 (399 f.).

¹⁹³ BVerwGE 44, 339 (343).

¹⁹⁴ Vgl. OVG Münster, NVwZ 2001, 1427 (1427); VGH Kassel, NVwZ 1989, 1184 (1184); sowie *Hummel*, JuS 2011, 317 (320) m. w. N.

¹⁹⁵ OVG Münster, NVwZ-RR 2010, 437 (437).

¹⁹⁶ OVG Münster, NVwZ-RR 2010, 437 (437).

¹⁹⁷ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 22; Vorb. § 40 Rn. 33.

¹⁹⁸ Vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 145 (145 f.).

¹⁹⁹ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 19.05.2014 – Az. 6 E 440/14 (zit. nach juris), Rn. 3; *Rotter*, NVwZ 1983, 727 (728) mit Ausführungen zum maßgeblichen Zeitpunkt beim Beschwerdeverfahren nach § 146 VwGO vor dem OVG bzw. VGH; kritisch hierzu *Philipp*, NVwZ 1984, 498 (499); a. A. OVG Magdeburg, Beschl. v. 18.08.2011 – Az. 1 M (zit. nach juris), Rn. 10 bei Ermessensentscheidungen.

zu.²⁰⁰ Das Gericht und nicht der Antragsteller - ist Urheber²⁰¹ der Anordnung. Dies hat zur abweichenden Folge, dass die gerichtliche Entscheidung nicht die Interessenwertung des Gesetzgebers am materiellen Recht widerspiegelt, sondern dem Gericht eine eigene Ermessensentscheidung eröffnet und ihm auferlegt wird, so dass der Erlass der einstweiligen Anordnung nicht der Rechtsfindung – anders im Hauptsacheverfahren – dient.²⁰² Vom Wesen her handelt es sich bei der gerichtlichen Entscheidung nicht um ein „minus“ zur Hauptsache, sondern um ein „aliud“.²⁰³

Dass das Gericht hinter dem gestellten Antrag zurückbleiben darf, ergibt sich bereits aus § 86 VwGO analog. Ferner kann das Gericht auch eine andere als die beantragte Regelung treffen, sofern der Antragsteller überhaupt einen inhaltlich konkreten Antrag stellt, da § 123 Abs. 3 ZPO dem Gericht eine Gestaltungsbefugnis einräumt.²⁰⁴ Dies ist auch unter Berücksichtigung des Art. 19 Abs. 4 GG sowie dem Wesen der Anordnung als vorläufige Regelung zielführend, da es andernfalls der Antragsteller beherrschen könnte, inwiefern er bereits im vorläufigen Rechtsschutzverfahren sein Begehren verwirklicht haben möchte. Aber auch unter dem Gesichtspunkt der Bindung des Gerichts an den Antrag und unter der Berücksichtigung des § 86 VwGO würde Art. 19 Abs. 4 GG nicht volle Geltung eingeräumt werden, denn durch eine zwingende Formulierung des Rechtsschutzbegehrens im Antrag würde der einstweilige Rechtsschutz dann versagen, sofern der Antragsteller nicht das für ihn aufgrund der konkreten Umstände Mögliche oder gar zu viel beantragen würde. In diesen Fällen wäre der Antrag jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen, was zu einer faktischen Verkürzung der Rechtsschutzgarantie führen würde.²⁰⁵

IV. Vollstreckung der einstweiligen Anordnung

Gem. § 168 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist die einstweilige Anordnung ein Vollstreckungstitel. Vollstreckt wird dieser nach den Vorschriften der §§ 167 Abs. 1, 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 704 ff., 928 ff. ZPO.²⁰⁶ Vollstreckungsgegner ist der Antragsgegner im vorläufigen Rechtsschutzverfahren, so dass gegen Dritte, wie etwa Beigeladene (§ 65 VwGO), nicht voll-

²⁰⁰ Vgl. VGH München, BayVBl 1989, 660 (660); *Schrader*, JuS 2005, 37 (38).

²⁰¹ Vgl. *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 75; anders in § 32 Abs. 1 BVerfGG, wo eine einstweilige Anordnung ohne vorhergehenden Antrag von Gerichts wegen erlassen werden kann.

²⁰² Vgl. zum Ganzen *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 88 ff., 107 ff., 115, 123 ff. m. w. N.

²⁰³ OVG Münster, DÖV 1958, 236 (236); zum Meinungsstand vgl. *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 120 ff.

²⁰⁴ So auch *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 215.

²⁰⁵ In die Richtung gehend *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 76.

²⁰⁶ Vgl. *Borck*, MDR 1983, 180 (181).

streckt werden darf.²⁰⁷ Die in § 929 Abs. 2 ZPO enthaltene Vollziehungsfrist von einem Monat ist auch auf die einstweilige Anordnung anwendbar²⁰⁸ und beginnt mit der Zustellung des stattgebenden Beschlusses.²⁰⁹ Der Gläubiger hat innerhalb der Monatsfrist deutlich zu machen, dass er von dem Titel Gebrauch machen und aktiv werden wird,²¹⁰ denn die von Amts wegen erfolgende Zustellung des Beschlusses ist zwar Voraussetzung für die Wirksamkeit, jedoch nicht für das Deutlichmachen der Vollstreckung ausreichend, da ihr insoweit das „spezifisch vollstreckungsrechtliche Element“²¹¹ fehlt.²¹² Der Normzweck des § 929 Abs. 2 VwGO erschöpft sich nämlich darin, dem Vollstreckungsschuldner Klarheit darüber zu verschaffen, ob von der gerichtlichen Anordnung Gebrauch gemacht wird.²¹³ Ordnet die einstweilige Anordnung ein Unterlassen an, so bedarf es für die Vollziehung i. S. des § 929 Abs. 2 ZPO der Androhung eines Ordnungsmittels gem. § 890 Abs. 2 ZPO.²¹⁴ Alleine die von Amts wegen erfolgte Zustellung oder eine mündliche Aufforderung zum Unterlassen genügen hierbei nicht.²¹⁵

V. Zusätzliche Voraussetzungen im Bereich des Europarechts

Wenn und soweit der Erlass einer einstweiligen Anordnung dazu führt, dass europäische Verordnungen (vorläufig) nicht angewendet werden, hat das Gericht bei seiner Entscheidung weitere Voraussetzungen zu beachten.²¹⁶ Dieses rechtfertigt sich aus der Existenz des Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV (ex-Artikel 249 EGV), wonach Verordnungen der Europäischen Union in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten.²¹⁷ Es kann sich nämlich bei der Prüfung, ob ein Anordnungsanspruch geltend gemacht wurde, die berechnete Frage stellen, ob ein Gemeinschaftsrechtssakt (Verordnung, Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV), auf den es entscheidungserheblich ankommt, ungültig ist. Zwar dürfen die Rechte des Bürgers auf inzidente Überprüfung europarechtlicher Verordnungen durch

²⁰⁷ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 40.

²⁰⁸ Vgl. OVG Magdeburg, NVwZ 2009, 855 (856); VGH Mannheim, NVwZ 2000, 691 (692); *Schultz*, DÖV 1981, 794 (795).

²⁰⁹ OVG Magdeburg, NVwZ 2009, 855 (855).

²¹⁰ VGH Mannheim, NVwZ-RR 2013, 737 (738); OVG Magdeburg, NVwZ 2009, 855 (856).

²¹¹ BGHZ 120, 73 (79).

²¹² Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2013, 541 (542), welche die Zustellung im Parteibetrieb einer nicht verkündeten Anordnung ausnahmsweise zur Fristwahrung ausreichen lässt, sofern die einstweilige Anordnung ein Ge- oder Verbot inhaltlich zum Gegenstand hat, da hierdurch für den Schuldner ersichtlich wird, dass der Gläubiger beabsichtigt, von der einstweiligen Anordnung Gebrauch zu machen.

²¹³ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2013, 541 (543).

²¹⁴ Vgl. BGHZ 120, 73 (78); *Borck*, MDR 1983, 180 (181).

²¹⁵ Vgl. BGHZ 120, 73 (78 f.); *Borck*, MDR 1983, 180 (182).

²¹⁶ Vgl. hierzu in der nationalen Rspr. nur OVG Saarlouis, Beschl. v. 18.11.2010 – Az. 3 L 493/10 (zit. nach juris), Rn. 10; VGH München, BayVBl 2005, 280 (281) sowie kritisch zum Ganzen *Jannasch*, NVwZ 1999, 495 (495) und zusammenfassend *Brinker*, NJW 1996, 2851 (2851 ff.).

²¹⁷ Vgl. übersichtshalber *Hauser*, VBIBW 2000, 377 (383); *Schenke*, VBIBW 2000, 56 (64).

nationale Gerichte nicht durch die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes eingeschränkt werden.²¹⁸ Andererseits muss aber die Verbindlichkeit und unmittelbare Geltung von europarechtlichen Verordnungen berücksichtigt werden. Um einen gerechten Ausgleich beider wesentlicher Grundsätze zu schaffen, gilt die grundsätzliche Vorlageverpflichtung der nationalen Gerichte gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV im vorläufigen Rechtsschutz nur eingeschränkt.²¹⁹ Das Gericht hat zusätzlich zu prüfen, ob es tatsächlich erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Unionshandlung hat.²²⁰ Hat sich der EuGH mit dieser Frage noch nicht befasst, hat das zur Entscheidung berufene nationale Gericht diesem die Frage vorzulegen.²²¹ Ferner muss die Entscheidung des nationalen Gerichts dringlich sein, d. h. die einstweilige Anordnung muss erforderlich sein, um zu vermeiden, dass dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutmachender Schaden entsteht.²²² Das Gericht hat auch das Interesse der Union am Vollzug der Unionshandlung angemessen einzubeziehen.²²³ Letztendlich sind noch die bereits ergangenen Entscheidungen des EuGH sowie des EuG zu berücksichtigen.²²⁴ Diese zusätzlichen Voraussetzungen berücksichtigen die Anforderungen der Art. 278, 279 AEUV,²²⁵ da der Suspensiveffekt einer Klage oder einstweiligen Anordnung lediglich auf Anordnung des EuGH eintreten kann.

VI. Zusammenfassung

Gesetzlich vorgesehen sind die Sicherungs- und Regelungsanordnung, welche auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes unterschieden werden müssen. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes ist die Feststellungsanordnung als eigene, ungeschriebene Anordnungsart erforderlich. Der Anordnungsgrund ist als separate Voraussetzung zu betrachten und liegt in der Dringlichkeit bzw. Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung. Grundsätzlich hat sich das Gericht bei seiner Entscheidung an den Erfolgsaussichten der Hauptsache zu orientieren und eine dem Hauptsachverfahren vergleichbare rechtliche Prüfung vorzunehmen. Ist dies aus Gründen der Komplexität nicht möglich oder sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache offen, kann und darf das Gericht im Wege einer reinen Folgenabwägung entscheiden. Eine

²¹⁸ EuGH, Rs. C-465/93 = NJW 1996, 1333 (1334, 1335, 1336); kritisch *Sandner*, DVBl 1998, 262 (266); *Schoch*, DVBl 1997, 289 (294 f.).

²¹⁹ Vgl. *Kuhla*, in: BeckOK VwGO, § 123 Rn. 167.

²²⁰ EuGH, Rs. C-465/93 = NJW 1996, 1333 (1334, 1335, 1336).

²²¹ EuGH, Rs. C-465/93 = NJW 1996, 1333 (1334, 1335, 1336).

²²² EuGH, Rs. C-465/93 = NJW 1996, 1333 (1334, 1335, 1336).

²²³ EuGH, Rs. C-465/93 = NJW 1996, 1333 (1334, 1335, 1336).

²²⁴ EuGH, Rs. C-465/93 = NJW 1996, 1333 (1334, 1335, 1336).

²²⁵ *Schenke*, VBIBW 2000, 56 (65).

darüber hinausgehende Folgen- und Interessenabwägung ist bei multipolaren Interessenlagen geboten.

Zweiter Teil

Grenzen des vorläufigen Rechtsschutzes

A. Das sog. „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“

Die Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes – Offenhaltung des Hauptsacheverfahrens und grundsätzlich vorübergehende Befriedigung materieller Rechtspositionen – wirft die Frage auf, welchen Inhalt gerichtliche Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz haben dürfen. Das Problem liegt in den Grenzen des Entscheidungsinhalts. Bei der Sicherungsanordnung wird ein bestehender Zustand bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens erhalten. Bei der Regelungsanordnung kann dem Antragsteller die begehrte materielle Rechtsposition zeitweilig bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens oder gar endgültig zugesprochen werden. Zweifelhaft ist – ungeachtet der Berechtigung dieser Frage, ob die Gerichte zum Erlass von zeitweiligen oder endgültigen Entscheidungen überhaupt legitimiert sind und wenn ja, welche Anforderungen daran zu stellen sind.

Die Judikatur bzw. Kasuistik ist in diesem Problemkreis uneinheitlich und unüberschaubar. Ziel der nachfolgenden Ausführungen wird es sein, sich vom „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ gänzlich zu verabschieden²²⁶ und Lösungsansätze herauszuarbeiten, mit denen gerichtliche Entscheidungen den aus Art. 19 Abs. 4 GG resultierenden effektiven Rechtsschutz auch tatsächlich gewähren.

I. „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

1.) Ausgangslage

Das in vielen Entscheidungsgründen²²⁷ und teilweise in der Literatur²²⁸ zitierte „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ wird oftmals als „pure Selbstverständlichkeit“²²⁹ erachtet und formelhaft²³⁰ gebraucht. Begründungen wie die folgenden:

²²⁶ So bereits auch grundlegend *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1402 sowie in jüngster Zeit *Hong*, NVwZ 2012, 468 (472).

²²⁷ Vgl. hierzu stellvertretend für alle OVG Berlin, Beschl. v. 11.12.2013 – Az. OVG 2 S 87.13 (zit. nach juris), Rn. 2; OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.08.2000 – Az. 9 V 23/00 (zit. nach juris), Rn. 3; VG München, Beschl. v. 22.07.2014 – Az. M 22 E 14.3151 (zit. nach juris), Rn. 13; sowie zur älteren Rechtsprechung *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1395 Fn. 159.

²²⁸ Vgl. hierzu bspw. *Günther*, NVwZ 1986, 697 (702); *Stern*, JuS 1981, 343 (346); *Rambeck*, NJW 1961, 1333 (1333).

²²⁹ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1395 f.

²³⁰ In die Richtung gehend *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1397 sowie ausdrücklich VGH München, Beschl. v. 06.10.2006 – Az. 19 CE 06.1303 (zit. nach juris), Rn. 2.

„Das Gericht kann im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und dem Antragsteller nicht schon in vollem Umfang, wenn auch nur auf beschränkte Zeit und unter Vorbehalt einer Entscheidung in der Hauptsache, das gewähren, was er nur in einem Hauptsacheprozess erreichen könnte, es sei denn, dass eine bestimmte Regelung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist. Das ist dann anzunehmen, wenn die sonst zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg auch in der Hauptsache spricht“²³¹

oder

„Die einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO soll grundsätzlich nicht abschließend befrieden oder endgültig regeln, sondern nur vorübergehend sichern oder tragbare Verhältnisse bis zur abschließenden Entscheidung im Hauptsacheverfahren schaffen. [...] Eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist daher mit Blick auf die Notwendigkeit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) regelmäßig nur dann möglich, wenn dem Antragsteller durch die Verweisung auf das Hauptsacheverfahren unzumutbare Nachteile drohen und ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist“²³²

sind keine Seltenheit. Vergleichbare Formulierungen finden sich ebenfalls in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.²³³ Kennzeichnend für diese formelhaften Ausführungen ist allesamt, dass stets von „Grundsatz“ und „Ausnahme“ gesprochen wird. Demnach solle der „Grundsatz“ besagen, dass der vorläufige Rechtsschutz lediglich vorläufige Regelungen zulasse und dem Antragsteller nicht, auch nicht teilweise oder nur auf beschränkte Zeit oder unter Vorbehalt das zugesprochen werden dürfe, was er nur mit der Hauptsacheentscheidung erreichen könne. Von diesem „Grundsatz“ solle dann eine „Ausnahme“ zulässig sein, wenn mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG eine solche Entscheidung unerlässlich sei, wobei hierfür erhöhte Anforderungen zu fordern seien. Als erhöhte Anforderung wird verlangt, dass ein „Obsiegen in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (Anordnungsanspruch) und dem Rechtsschutzsuchenden schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (Anordnungsgrund)“²³⁴. Auch lediglich die Begründung, dass

²³¹ VG München, Beschl. v. 22.07.2014 – Az. M 22 E 14.3151 (zit. nach juris), Rn. 13.

²³² VG Darmstadt, Beschl. v. 27.05.2014 – Az. 1 L 528/14.DA (zit. nach juris), Rn. 34 f.; sowie statt vieler VG Berlin, Beschl. v. 26.10.2004 – Az. 12 A 680.04 (zit. nach juris), Rn. 3.

²³³ Vgl. hierzu nur OVG Berlin, Beschl. v. 11.12.2013 – Az. OVG 2 S 87.13 (zit. nach juris), Rn. 3.

²³⁴ BVerwG, Beschl. v. 27.06.1984 – Az. 1 ER 310/84 (zit. nach juris), Rn. 4 sowie BVerwG, Beschl. v. 21.03.1997 – Az. 11 VR 3/97 (zit. nach juris), Rn. 13 unter Bezugnahme auf BVerfGE 46, 166 (179).

das „Abwarten in der Hauptsache für den Rechtsschutzbewerber unzumutbar wäre“²³⁵, wird als „Ausnahme“ zugelassen. Ferner findet sich noch die standardisierte Formulierung, dass „dem jeweils betroffenen Grundrecht und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen“²³⁶ sei. Diese formelhaften Begründungen verkennen die fundamentalen Prinzipien des vorläufigen Rechtsschutzes. Es wird nämlich auf einen Vergleich zwischen dem im vorläufigen Rechtsschutz geltend gemachten Begehren und dem geltend gemachten Begehren im Hauptsacheverfahren abgestellt.

Dies wird damit begründet, dass dem Antragsteller lediglich im Klageverfahren die angestrebte Rechtsposition vermittelt werden könne, welche – sofern diese bereits in der einstweiligen Anordnung zugesprochen werden würde – nicht mehr rückwirkend beseitigt werden könne, so dass der Antragsteller mithin so gestellt würde, als wenn er in der Hauptsache obsiege.²³⁷

Deckt sich das Anordnungs- und Klageziel beider Verfahren ganz oder teilweise, wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung regelmäßig ohne weitere Begründung mit dem Argument der „verbotenen Vorwegnahme der Hauptsache“ versagt.²³⁸ Lediglich Ausdrücke wie die Unvereinbarkeit einer solchen Entscheidung mit dem „Wesen und Zweck“²³⁹ des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens sind in diesem Zusammenhang keine Seltenheit.

Selbst das BVerwG²⁴⁰ verwendete in seinen früheren Entscheidungsgründen den „Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ und versagte den Erlass einer einstweiligen Anordnung argumentativ damit, dass die vom Antragsteller erstrebte Rechtsposition die im Hauptsacheverfahren begehrte Entscheidung zumindest teilweise (für eine gewisse Dauer) vorwegnehmen würde. Eine Entscheidung, welche das Hauptsacheverfahren vorwegnehmen würde, müsse dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung entsprechend grundsätzlich ausscheiden. Im Anschluss hieran wird wiederum die „Ausnahme“ davon erläutert.

Eine tatsächliche Begriffshinterfragung oder gar eine argumentative Auseinandersetzung mit dem Verfahrensgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz finden überwiegend nicht statt. Dabei wird übersehen, dass das praktizierte und als Grundsatz statuierte „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ bei konkreter und strikter Anwendung auf einen gänzlich unwirksamen, inef-

²³⁵ BVerwG, Beschl. v. 06.06.2006 – Az. 4 VR 1/05 (zit. nach juris), Rn. 4.

²³⁶ BVerwG, Beschl. v. 10.02.2011 – Az. 7 VR 6/11 (zit. nach juris), Rn. 6.

²³⁷ Anstatt vieler OVG Schleswig, NVwZ 1992, 81 (91).

²³⁸ Vgl. hierzu OVG Magdeburg, Beschl. v. 31.05.2013 – Az. 1 M 46/13 (zit. nach juris Rn. 5); VG Saarlouis, Beschl. v. 08.01.2014 – Az. 5 L 2155/13 (zit. nach juris), Rn. 14.); *Rotter*, in: NVwZ 1983, 727 (728).

²³⁹ Vgl. OVG Münster, ZMR 1996, 288 (289).

²⁴⁰ Vgl. BVerwG, ZBR 1994, 183 (184).

fektiven Rechtsschutz sowie auf eine unmögliche Rechtsverwirklichung vor dem Hintergrund des Faktors Zeit hinausläuft.²⁴¹

2.) Wandel

a.) Verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Bemerkenswert ist eine Entscheidung des BVerfG²⁴² aus dem Jahre 2003, welche endlich eine präzisierte Differenzierung und Auseinandersetzung sowie vor allem eine Begründung für das sonst pauschal gebrauchte „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ lieferte. Die bisherige und auch die dieser Entscheidung nachfolgende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat ohne weiteres auch für die vorläufige Hauptsachevorwegnahme erhöhte Voraussetzungen aufgestellt. Diesem Verständnis tritt das BVerfG nunmehr entgegen und nimmt die vorläufige Hauptsachevorwegnahme aus dem Anwendungsbereich des bis dahin geltenden umfassenden „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ heraus. Hierbei wird klargestellt, dass es nicht (mehr) darauf ankommt, dass die vorläufige einstweilige Anordnung durch die Hauptsacheentscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, da dies der vom Gesetzgeber gewollte und verfolgte Regelfall ist. Aufgrund späterer gleichlautender Begründungsansätze ist bereits hier ein Wandel im Verständnis um das vielfach zitierte „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ zu verzeichnen.²⁴³

b.) Rechtsprechung des BVerwG

In der neueren Rechtsprechung des BVerwG ist ebenfalls eine gewisse Tendenz zu einer Kehrtwende im Bereich der Anwendung des „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ erkennbar. Während früher noch pauschal und ohne klare Trennung zwischen vorläufiger und endgültiger Vorwegnahme der Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem grundsätzlichen „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ abgelehnt wurde,²⁴⁴ sind die Ausführungen dazu, was nach Ansicht des BVerwG die „Vorwegnahme der Hauptsache“ ausmacht, präziser geworden.²⁴⁵ Zwischenzeitlich wird in der zwar weiterhin formelhaften Begründung zwischen vorläufiger und endgültiger Vorwegnahme der in einem künftigen Hauptsacheverfahren an-

²⁴¹ Vgl. *Hong*, NVwZ 2012, 468 (470); *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1400.

²⁴² Vgl. BVerfG, NVwZ 2003, 1112 (1113).

²⁴³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.04.2014 – Az. 2 BvR 1800/13 (zit. nach juris), Rn. 14; Beschl. v. 20.04.2007 – Az. 2 BvR 203/07 (zit. nach juris), Rn. 26.

²⁴⁴ Vgl. hierzu allgemein ab S. 31 ff.

²⁴⁵ Vgl. hierzu BVerwG, NVwZ-RR 2014, 558 (559) zu presserechtlichen Auskunftsansprüchen, welche naturgemäß zu einem endgültigen Entscheidungsinhalt führen, sowie Beschl. v. 10.02.2011 – Az. 7 VR 6/11 (zit. nach juris), Rn. 6 zur Einsicht in Behördenunterlagen.

strebten Entscheidung differenziert.²⁴⁶ Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass das BVerwG nicht mehr, wie noch in früheren Entscheidungen durchgängig, von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der „Vorwegnahme der Hauptsache“ spricht. Auch die Bezeichnung als „Verbot“ lässt sich nahezu nicht mehr finden.²⁴⁷ Vielmehr wird klarstellend darauf hingewiesen, dass die vom Antragsteller angestrebte Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz keine vorläufige, sondern eine endgültige Entscheidung darstellt, welche lediglich ausnahmsweise zulässig sein soll. Hinsichtlich der ausnahmsweisen Zulässigkeit bestehen weiterhin differenzierte Ansätze. Verlangt wird, dass „das Abwarten in der Hauptsache für den Antragsteller unzumutbar wäre, insbesondere, wenn das Begehren in der Hauptsache schon aufgrund der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anzustellenden, bloß summarischen Prüfung des Sachverhalts erkennbar Erfolg haben wird“²⁴⁸. Andere wiederum lassen eine Ausnahme „im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) [zu], wenn ohne vorläufigen Rechtsschutz schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre“²⁴⁹.

c.) Oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung

Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist eine Tendenz zum Wandel erkennbar. So wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht mehr generell mit dem Argument der grundsätzlich verbotenen „Vorwegnahme der Hauptsache“ abgelehnt, sondern in Anlehnung an den Formulierungswandel des BVerfG angepasst.²⁵⁰ Jedoch wird weiterhin nahezu überwiegend pauschal²⁵¹ auf das grundsätzliche „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ abgestellt oder auch die teilweise²⁵² „Vorwegnahme der Hauptsache“ als unzulässig angesehen. Erwähnenswert ist hierbei noch eine Entscheidung des VGH Kassel, welcher bereits frühzeitig ein „richtiges Verständnis“²⁵³ vom Umgang mit dem sog. „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ entwickelte und dieser Entscheidung folgerichtig zugrunde legte.

²⁴⁶ Vgl. hierzu BVerwG, NVwZ-RR 2014, 558 (559); anders weiterhin BVerwGE 146, 189 (197).

²⁴⁷ Vgl. aber BVerwGE 146, 189 (197).

²⁴⁸ BVerwG, Beschl. v. 14.12.1989 – Az. 2 ER 301/89 (zit. nach juris), Rn. 3; bestätigt durch BVerwGE 109, 258 (262).

²⁴⁹ BVerwG, NVwZ 1999, 650 (650); Beschl. v. 21.03.1997 – Az. 11 VR 3/97 (zit. nach juris), Rn. 13 unter Berücksichtigung von BVerfGE 46, 166 (179) sowie bestätigt durch BVerwG, NVwZ-RR 2014, 558 (559).

²⁵⁰ Vgl. zur neueren Rspr. OVG Berlin, Beschl. v. 23.05.2014 – Az. OVG 12 S 26.14 (zit. nach juris), Rn. 8; VGH München, Beschl. v. 28.04.2014 – Az. 3 CE 13.2600 (zit. nach juris), Rn. 32, VGH Mannheim, Beschl. v. 18.03.2014 – Az. 4 S 509/14 (zit. nach juris), Rn. 2; OVG Bautzen, Beschl. v. 02.01.2014 – Az. 2 B 539/13 (zit. nach juris), Rn. 4; OVG Münster, Beschl. v. 05.12.2013 – Az. 16 B 1024/13 (zit. nach juris), Rn. 4.

²⁵¹ Anstatt vieler vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.07.2014 – Az. 13 B 597/14 (zit. nach juris), Rn. 9.

²⁵² Anstatt vieler Vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 16.06.2014 – Az. 1 M 51/14 (zit. nach juris), Rn. 2.

²⁵³ VGH Kassel, NVwZ 2001, 366 (366).

Aufgrund der größeren Anzahl von Entscheidungen stellt sich die Formulierungslage in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vergleichbar der obergerichtlichen Rechtsprechung dar. So wird teilweise weiterhin das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ pauschal²⁵⁴ angewendet oder gar auf die teilweise²⁵⁵ Vorwegnahme erstreckt. Ansatzweise ist auch eine Tendenz zum Wandel erkennbar.²⁵⁶ Insbesondere erscheint eine Entscheidung des OVG Hamburg²⁵⁷ bemerkenswert. In dieser geht das OVG, wie selbstverständlich, von der Anordnung vorläufiger Regelungen aus, ohne überhaupt zu thematisieren, dass mit der vorläufigen Zulassung zur Approbation die Hauptsache zumindest für den Interimszeitraum teilweise vorweggenommen werden würde. Dabei wägt das Gericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenüber der Versagung einer einstweiligen Anordnung sowie den jeweiligen Konsequenzen ab und kommt damit, auch ohne formelhafte Ausführungen über Grundsatz und Ausnahme, zu einem verfassungsrechtlich unbedenklichen und mit § 123 VwGO im Einklang stehenden Ergebnis. Begrüßenswert ist deshalb auch eine Entscheidung des VG Sigmaringen²⁵⁸, welche sich mit den neuen vom BVerfG²⁵⁹ im Jahre 2003 aufgestellten Kriterien auseinandersetzt.

d.) Zwischenfazit

Eine Abkehr von der formelhaften und pauschalen Begründungsweise ist in der gesamten Rechtsprechung zu verzeichnen. Auch wenn vielfach die Funktion und der Zweck des vorläufigen Rechtsschutzes und damit verbunden der Schutzauftrag aus Art. 19 Abs. 4 GG (noch) außen vorgelassen werden, ist dennoch erkennbar, dass auch die Gerichte nunmehr auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen eingehen und einzelfallorientierte Entscheidungen treffen. Vorläufiger Rechtsschutz zielt auch auf den Schutz und die Sicherung materieller Rechtspositionen ab. Diese Schutzrichtung lässt sich wiederum nur mit einer individuellen Auseinandersetzung der tatbestandlichen Voraussetzungen bezogen auf den konkreten Einzelfall verwirklichen.

²⁵⁴ Vgl. anstatt vieler VG Berlin, Beschl. v. 30.06.2014 – Az. 3 L 430.14 (zit. nach juris), Rn. 3.

²⁵⁵ Vgl. stellvertretend für viele VG München, Beschl. v. 22.07.2014 – Az. M 22 E 14.3151 (zit. nach juris), Rn. 13.

²⁵⁶ Vgl. VG München, Beschl. v. 25.04.2014 – Az. M 7 E 14.1426 (zit. nach juris), Rn. 10; anders weiterhin VG Würzburg, Beschl. v. 21.07.2014 – Az. W 6 E 14.606 (zit. nach juris), Rn. 15, welches die Tragweite eines vorläufig endgültigen Entscheidungsinhalts erkennt, sowie VG Trier, Beschl. v. 04.06.2014 – Az. 1 L 940/14.TR (zit. nach juris), Rn. 2, welches auch an den vorläufigen endgültigen Entscheidungsinhalt erhöhte Verfahrensvoraussetzungen stellt.

²⁵⁷ Vgl. OVG Hamburg, NJW 1999, 2754 (2759).

²⁵⁸ Vgl. VG Sigmaringen, Beschl. v. 17.05.2004 – Az. 8 K 1499/03 (zit. nach juris), Rn. 14.

²⁵⁹ Vgl. BVerfG, NVwZ 2003, 1112 (1113).

II. Beurteilungsmaßstab und Entscheidungsinhalt

1.) Dogmatische Grundlagen für den Beurteilungsmaßstab beim vorläufigen Rechtsschutz

Entgegen den formelhaften Ausführungen zur Existenz sowie zu dem Grundsatz und dessen Ausnahme vom „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ ist als richtiger Ansatzpunkt der gerichtliche Entscheidungsinhalt²⁶⁰ zu wählen. Es kommt demnach auf das allgemeine Verhältnis des vorläufigen Rechtsschutzes zur Hauptsacheentscheidung unter besonderer Berücksichtigung des Faktors Zeit sowie des materiellen Rechts an.²⁶¹ Andernfalls führt die Entscheidung über die Gewährung oder Versagung vorläufigen Rechtsschutzes immer auch zur Schaffung vollendeter Tatsachen über die Hauptsachenentscheidung hinaus, weshalb die Rechtsprechung zur Versagung einer einstweiligen Anordnung gelangt.²⁶² Maßgeblich für die Verkennung des richtigen Ansatzpunktes ist der gerichtliche Blickwinkel: Vielfach, nahezu überwiegend, wird ein Vergleich zwischen der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz und dem Hauptsacheverfahren vorgenommen,²⁶³ ohne die Funktionsweise und Existenz des vorläufigen Rechtsschutzes mit in die Betrachtungsweise einzubeziehen. Nachfolgend wird zunächst auf die Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes eingegangen (a.), sodann das fehlende Verbot der Deckungsgleichheit von Hauptsacheantrag und Antrag nach § 123 VwGO begründet (b.) und im Anschluss die verfassungsrechtliche und gesetzliche Rechtfertigung von vorläufigen irreparablen Entscheidungen (c.) erörtert.

a.) Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes

Die Funktion des vorläufigen gerichtlichen Schutzes wurde in früherer Zeit kontrovers diskutiert. Vertreten wurde insbesondere, dass sich der Erlass einer einstweiligen Anordnung ausschließlich auf die Offenhaltung der Hauptsache beziehe, ohne dass materielle Rechtspositionen des Betroffenen für den vorläufigen Rechtsschutz relevant seien, es sich beim vorläufigen Rechtsschutz mithin um ein berücksichtigungsfähiges prozessuales Recht handle.²⁶⁴ Begründet wurde diese Ansicht vor allem damit, dass der vorläufige Rechtsschutz nicht ein unselbstständiges, aber ein zur Gewährung vollen effektiven Rechtsschutzes durch die Hauptsache

²⁶⁰ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1403.

²⁶¹ Vgl. anschaulich hierzu OVG Saarlouis, ZBR 1995, 47 (48); *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1403.

²⁶² Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1403.

²⁶³ Vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 666 (667).

²⁶⁴ Vgl. *Heinze*, NZA 1984, 305 (306), welcher fast eindringlich auf die lediglich prozessuale Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes in allen Verfahrensordnungen hinweist.

notwendiges Verfahren sei.²⁶⁵ Andererseits wird wiederum auf eine lediglich mittelbare Sicherung des materiellen Rechts abgestellt.²⁶⁶ Denn der vorläufige Rechtsschutz stehe zur Hauptsache in einer dienenden Funktion, während erst die Hauptsache selbst der endgültigen Verwirklichung des materiellen Rechts diene.²⁶⁷ Für den Zeitraum bis zur (endgültigen) Hauptsacheentscheidung kommt dem vorläufigen Rechtsschutz daneben eine, wenn auch zeitlich begrenzte, Befriedigungsfunktion zu.²⁶⁸ Deshalb muss dem Institut des vorläufigen Rechtsschutzes neben der Offenhaltung²⁶⁹ der (Entscheidung der) Hauptsache gerade auch die Sicherung des materiellen Rechts anerkannt werden.²⁷⁰ Denn die verfassungsrechtliche Prämisse dient durch die Einrichtung staatlicher Institutionen und das grundsätzliche Selbsthilfeverbot auch der Verwirklichung individueller Rechtspositionen.²⁷¹ Nichts anderes kann deshalb in der Gesamtschau von vorläufigem Rechtsschutz und von Hauptsacheverfahren gelten. Die Existenz des vorläufigen Rechtsschutzes ist letztendlich um des materiellen Rechts willen zu beschreiben;²⁷² eine alleinige verfahrenssichernde Wirkung hätte ohne Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG verwirklicht werden können. Zu denken ist hierbei an eine einfachgesetzlich normierte, das Verfahren beschleunigende Vorschrift. Da allerdings eine Prüfung der materiellen Rechtspositionen²⁷³ des Antragstellers zu erfolgen hat, kann die Zielrichtung nicht alleine auf die Offenhaltung der Hauptsache hinauslaufen. Diese rechtliche Annahme muss erst recht gelten, wenn der in der Hauptsache angestrebte Rechtsschutz für den Betroffenen zu spät käme. Würde dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Befriedigung materieller Rechtspositionen versagt werden, so würde der Betroffene hinsichtlich dieser trotz Art. 19 Abs. 4 GG schutzlos gestellt werden.

Hierzu führt der BGH richtigerweise in einer Entscheidung zu Amtshaftungsansprüchen aus, dass „das Verfahren nach § 123 VwGO nicht nur eine Sicherungsfunktion (Offenhaltung der Hauptsacheentscheidung), sondern auch eine „interimistische Befriedigungsfunktion“ erfüllt“²⁷⁴. Denn unter zusätzlicher Berücksichtigung der Befriedigungsfunktion ist jede einst-

²⁶⁵ Vgl. OVG Berlin, BeckRS 2012, 56931; VGH München, Beschl. v. 25.02.2010 – Az. 12 CE 09.2994 (zit. nach juris), Rn. 22; *Heinze*, NZA 1984, 305 (306).

²⁶⁶ Vgl. *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz, Rn. 65.

²⁶⁷ Vgl. *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz, Rn. 65.

²⁶⁸ Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO, Vorb. § 80 Rn. 36.

²⁶⁹ Zur als „Offenhaltungsfunktion“ bezeichneten Zielrichtung vgl. insb. *Erichsen/Klenke*, DÖV 1976, 833 (839).

²⁷⁰ Vgl. zur weitergehenden Zielrichtung VGH München, Beschl. v. 23.07.2012 – Az. 11 AE 12.1013 (zit. nach juris) Rn. 27; VG Düsseldorf, Beschl. v. 02.04.2014 – Az. 02.04.2014 (zit. nach juris), Rn. 4; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 189.

²⁷¹ Vgl. BVerfGE 60, 253 (268).

²⁷² So *Lorenz*, Jura 1983, 393 (395, 398).

²⁷³ Zunächst unabhängig davon, ob dieses als summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache oder als Interessen- oder Folgenabwägung ausgestaltet ist, vgl. hierzu ausführlich Erster Teil, B. I. 2.) a.).

²⁷⁴ BGHZ 161, 298 (303).

weilige Anordnung für ihre Bestandsdauer irreparabel;²⁷⁵ andernfalls dürfte es das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes überhaupt nicht geben.²⁷⁶ Jede einstweilige Anordnung liefe dann nämlich auf eine „Vorwegnahme der Hauptsache“ hinaus.²⁷⁷ Die Aufgabe des vorläufigen Rechtsschutzes liegt indes darin, durch schnelle Zwischenregelungen den Zustand bis zur Hauptsacheentscheidung zu überbrücken und das materielle Recht zu sichern oder zeitweilig zuzusprechen, so dass Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur das formelle Recht sichert, sondern darüber hinaus auch die Effektivität des Rechtsschutzes.²⁷⁸ Die Behörde darf „kraft der ihr eingeräumten hoheitlichen Befugnisse vor der Hauptsacheentscheidung einseitig nicht mehr abänderbare Zustände“²⁷⁹ schaffen. Deshalb bedeutet die Gewährung oder Versagung vorläufigen Rechtsschutzes für den Antragsteller zwingend eine positive oder negative Auswirkung auf seine materielle Rechtsposition.²⁸⁰ Jedoch erschöpfen sich Wortlaut, Sinn und Zweck des § 123 VwGO gerade einerseits in der Offenhaltung der Hauptsache und andererseits in der Sicherung und Befriedigung materieller Rechtspositionen bis zur Hauptsacheentscheidung.²⁸¹ Die für diesen Zeitraum geschaffene Rechtslage ist naturgemäß von § 123 VwGO gedeckt und mithin irreparabel. Es erscheint rechtlich und faktisch unmöglich, eine einstweilige Anordnung zu erlassen, welche für den Überbrückungszeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung keine irreparablen, sondern nur wieder rückgängig zu machende Tatsachen schafft.²⁸² Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass vorläufige und irreparable Regelungen von § 123 VwGO bis zur Entscheidung in der Hauptsache gedeckt und bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen auch zu erlassen sind.²⁸³ Anschaulich stellt der VGH München²⁸⁴ dar, dass die formelhaften Ausführungen zum „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ mit der tatsächlich getroffenen Entscheidung nicht im Einklang stehen. Inhaltlich begehrte dort die Antragstellerin die einstweilige Zulassung zu einem Hörfunkprogramm. Der VGH führt hierzu in seinen Entscheidungsgründen zunächst aus:

²⁷⁵ Vgl. *Rambeck*, NJW 1961, 1333 (1334); *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1404.

²⁷⁶ So auch *Hummel*, JuS 2011, 502 (504).

²⁷⁷ Vgl. *Bohl*, NVwZ 2001, 764 (764).

²⁷⁸ Vgl. BVerfGE 46, 166 (178) m. w. N.

²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 46, 166 (178).

²⁸⁰ Vgl. auch OVG Schleswig, NVwZ-RR 1992, 387 (387).

²⁸¹ Vgl. insoweit auch *Hong*, NVwZ 2012, 468 (470).

²⁸² Vgl. auch *Hong*, NVwZ 2012, 468 (470).

²⁸³ Vgl. auch *Hong*, NVwZ 2012, 468 (470) ferner *Krodel*, NZS 2002, 234 (239); sowie *Bohl*, NVwZ 2001, 764 (764), nach welchem es gerade „das Wesen des einstweiligen Rechtsschutzes“ ist, dass für eine Übergangszeit bis zur rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung keine Veränderung des [materiellen] Rechts erfolgen soll, sowie andererseits OVG Bremen, NJW 1986, 1062 (1062), welches den Erlass einer einstweiligen Anordnung auch für einen absehbaren Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung als unzulässig einstuft.

²⁸⁴ Vgl. VGH München, Beschl. v. 19.08.2008 – Az. 7 CE 08.1414 (zit. nach juris), Rn. 19.

„Dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung entsprechend kann das Gericht in einem Eilverfahren nach § 123 VwGO grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und dem Antragsteller nicht schon in vollem Umfang – wenn auch nur auf beschränkte Zeit und unter Vorbehalt einer Entscheidung in der Hauptsache – das gewähren, was er nur in einem Hauptsacheprozess erreichen könnte.“

Zwar erkennt der VGH, dass vorläufige Regelungen von § 123 VwGO gedeckt sind, verneint aber mit den nächsten Worten seinen zuvor ausgeführten Grundsatz. Eine Regelung „auf beschränkte Zeit“ oder „unter Vorbehalt der Entscheidung in der Hauptsache“ ist eine vorläufige Regelung. Denn kennzeichnend für die Vorläufigkeit einer zulässigen Regelung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist der Umstand, dass dem Antragsteller nicht über die Hauptsache hinaus eine materielle Rechtsposition zuerkannt wird, welche durch die Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so dass deshalb die Hauptsacheentscheidung gegenstandslos wird.²⁸⁵ Vorliegend ist aber möglich, dass eine anderslautende Hauptsacheentscheidung zum Verlust der vorübergehend zuerkannten materiellen Rechtsposition führt. Dies stellt sich folglich nicht als Hauptsachevorwegnahme dar, sondern als grundsätzlich zulässiger Inhalt.

b.) Rechtfertigung des vorläufigen irreparablen Entscheidungsinhalts

Durch einen Vergleich mit der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO wird bestätigt, dass § 123 Abs. 1 VwGO die vorläufige irreparable Anordnung bis zur Entscheidung in der Hauptsache billigt (1.). Es lässt sich auch aus der zeitweiligen materiellen Befriedigungsfunktion herleiten, dass es ein „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ nicht unter den zuvor genannten und in der Praxis verwendeten Aspekten geben kann (2.).

(1.) Die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO

(a.) Rechtsnatur

Gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung kann nur eintreten, sofern ein belastender, d. h. in die Rechte des Betroffenen eingreifender Verwaltungsakt i. S. des § 35 S. 1 VwVfG bereits erlassen worden ist. Dabei ist die Einordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO hinsichtlich ihrer Rechtsnatur sowie der rechtlichen Folgen umstritten.²⁸⁶ Zu nennen sind drei grundlegende Auffassungen: Nach der sog. strengen Wirksamkeitstheorie sei die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes während der Dauer der aufschiebenden Wirkung aufge-

²⁸⁵ Vgl. *Erichsen*, Jura 1984, 644 (653); *Ruckdäschel*, DÖV 1961, 675 (685); *Quaritsch*, VerwArch 1960, 342 (348); so auch *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1408; *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 181.

²⁸⁶ Vgl. zum Meinungsstand nur *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, Kommentar VwGO, § 80 Rn. 22.

hoben, so dass die Wirksamkeit erst in dem Zeitpunkt eintrete, in welchem die aufschiebende Wirkung entfalle.²⁸⁷

Die sog. Vollziehbarkeitstheorie vertritt die Auffassung, dass nur die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes während der Dauer der aufschiebenden Wirkung gehemmt werde, während die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes bestehen bleibe.²⁸⁸ Hierzu führt das BVerwG in einer grundlegenden Entscheidung²⁸⁹ vom 08.09.1953 aus, dass ohne die aufschiebende Wirkung und den damit verbundenen Suspensiveffekt der Klage der Verwaltungsrechtsschutz häufig hinfällig werden würde, weil bei sofortiger Vollziehung des Verwaltungsakts, in Anbetracht des erfahrungsgemäß sich längere Zeit hinziehenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, vollendete Tatsachen geschaffen würden. Dadurch würde der Zweck der Nachprüfung des Verwaltungsaktes durch unabhängige Gerichte vereitelt, also der vom Verwaltungsakt Betroffene im Ergebnis des verwaltungsgerichtlichen Schutzes beraubt werden.²⁹⁰ Dieser ständigen Rechtsprechung schließt sich auch der BGH²⁹¹ im enteignungsrechtlichen Bereich an und formuliert das „Wesen der aufschiebenden Wirkung“ als einen „Schwebezustand“, so dass für dessen Dauer, „in dem Ungewißheit über den Erfolg der Anfechtung besteht, keine Maßnahmen angeordnet oder vollzogen [werden dürfen], die den durch den Verwaltungsakt Betroffenen belasten könnten. Die aufschiebende Wirkung wird durch die rechtskräftige Abweisung des Widerspruchs (der Anfechtungsklage) mit der Folge beseitigt, dass der angefochtene Verwaltungsakt als von Anfang an wirksam zu behandeln ist.“ Hieran wird von der Literatur insbesondere kritisiert, dass die Vollziehbarkeitstheorie lediglich eine Handlung anordnende und keine gestaltenden oder feststellenden Verwaltungsakte erfassen könne, da diese naturgemäß nicht vollziehbar seien, sondern sich die Wirkung bereits kraft Gesetzes ergebe.²⁹² Ferner wird der „Vollziehbarkeitsbegriff“ an sich kritisiert, welcher sich als „systematisch unzutreffender Ansatz“²⁹³ herausstelle. Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung sei nicht die Vollziehung, sondern die Vollziehung richte sich nach dem Inhalt der aufschiebenden Wirkung.²⁹⁴ Schließlich wird überwiegend von der Literatur die sog. eingeschränkte Wirksamkeitstheorie vertreten, wonach die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nur vorübergehend gehemmt sei, so dass nach Wegfall der aufschiebenden Wirkung der Verwaltungsakt wieder rückwirkend

²⁸⁷ Vgl. VG Karlsruhe, Beschl. v. 06.06.2002 – Az. 6 K 677/02 (zit. nach juris), Rn. 9; VG Frankfurt, Beschl. v. 27.04.2000 – Az. 1 E 3332/98 (zit. nach juris), Rn. 18.

²⁸⁸ Vgl. OVG Münster, NVwZ 1997, 1006 (1007); *Hummel*, JuS 2011, 317 (322).

²⁸⁹ BVerwGE 1, 11 (11).

²⁹⁰ Nunmehr st. Rspr., vgl. nur BVerwGE 99, 109 (112) sowie zur dieser Auffassung sich anschließenden verwaltungsgerichtlichen Rspr. VG Karlsruhe, Beschl. v. 06.06.2002 – Az. 6 K 677/02 (zit. nach juris), Rn. 9.

²⁹¹ BGH, NVwZ 1984, 602 (603).

²⁹² Vgl. hierzu ausführlich *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1171.

²⁹³ *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1173.

²⁹⁴ Vgl. eingehend *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1174 m. w. N.

wirksam werde.²⁹⁵ Unter Berücksichtigung der Funktion des gesamten vorläufigen Rechtsschutzes, welche neben der Offenhaltung der Hauptsacheentscheidung auch in der Sicherung und Befriedigung materieller Rechtspositionen zu sehen ist, diene die aufschiebende Wirkung dem Grunde nach dem Umstand, dass im Zeitpunkt des Eintritts der aufschiebenden Wirkung noch nicht absehbar sei, ob der angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig sei, weshalb beide Alternativen sowie der Faktor Zeit zu berücksichtigen seien.²⁹⁶ Der Inhalt des Verwaltungsaktes bleibe bei dieser Theorie unberührt, von ihm gehen lediglich für die Dauer der aufschiebenden Wirkung (vorläufig) keine rechtlichen Wirkungen aus.²⁹⁷

(b.) Übertragung auf § 123 VwGO

Werden diese Auffassungen zugrunde gelegt, welche freilich oftmals zu demselben Ergebnis führen und lediglich in Grenzsituationen vom Ergebnis her differenzieren,²⁹⁸ so wird ein „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ im Bereich der aufschiebenden Wirkung überhaupt nicht thematisiert.²⁹⁹ Die von Gesetzes wegen als Regelfall eintretende aufschiebende Wirkung führt dazu, dass der Betroffene zunächst so gestellt wird, wie wenn der Widerspruch und die Anfechtungsklage bereits erfolgreich waren und das Gericht gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO den verfahrensgegenständlichen Verwaltungsakt kassiert hat.³⁰⁰ Für den Zeitraum bzw. die Dauer der aufschiebenden Wirkung bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache werden vollendete Tatsachen geschaffen, was ohne Diskussion vom Gesetzgeber so gewollt ist und in der Literatur und Praxis durchweg angewendet wird.

Die Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung fordern allerdings, dass der gesamte vorläufige Rechtsschutz einer einheitlichen Systematik folgt und demnach zu einer einheitlichen vorläufigen Gestaltung der Verhältnisse führt.³⁰¹ Hierzu gehört auch, dass im Bereich der einstweiligen Anordnung – als Pendant zur überwiegend verfolgten Verpflichtungsklage – solche Anordnungen von § 123 Abs. 1 VwGO gedeckt sind, welche zeitweilig eine irreparable Tatsachenlage schaffen. Es darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass bei grundsätzlich kraft Gesetzes nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO eintretender aufschiebender Wirkung bereits ein den Betroffenen belastender Verwaltungsakt von der Verwaltung erlassen worden ist. Dieser Rechtseingriff rechtfertigt den automatischen Eintritt der aufschiebenden Wirkung

²⁹⁵ Vgl. *Schoch*, Jura 2001, 671 (676); *Schubert*, NVwZ 1990, (638) 639; in der Rspr. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1999, 733 (734).

²⁹⁶ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1178.

²⁹⁷ Vgl. *Schoch*, Jura 2001, 671 (676).

²⁹⁸ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 80 Rn. 22; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1185.

²⁹⁹ Vgl. *Quaritsch*, VerwArch 1960, 342 (349).

³⁰⁰ Vgl. auch *Wieseler*, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, S. 32.

³⁰¹ Vgl. *Jakobs*, VBIBW 1984, 129 (135).

und damit eine Stellung des Betroffenen derart, wie wenn er bereits den Verwaltungsakt erfolgreich angefochten hätte. Allerdings fordert die einstweilige Anordnung für ihren Erlass das Vorliegen bestimmter, gesetzlich in § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO normierter Voraussetzungen, welche der Antragsteller glaubhaft zu machen hat. Diese im Vergleich zum grundsätzlich automatischen Eintritt der aufschiebenden Wirkung erhöhten Voraussetzungen rechtfertigen sich aus dem Aspekt, dass der Antragsteller im Bereich der einstweiligen Anordnung eine für ihn günstige (Sicherungsanordnung) oder verbesserte (Regelungsanordnung) Rechtsstellung beibehalten haben möchte. Liegen allerdings die gesetzlich normierten Voraussetzungen vor, ist bereits aus Gründen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ein Gleichlauf der vorläufigen Rechtsschutzarten geboten. So hat die Sicherungsanordnung bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache ein Verbot auszusprechen, das die Veränderung eines bestehenden Zustandes verhindert.³⁰² Die Regelungsanordnung gewährt eine (lediglich) vorübergehende Zustandsveränderung.³⁰³

Das Gesamtsystem des vorläufigen Rechtsschutzes muss unter dem Blickwinkel des Faktors Zeit betrachtet werden. Die Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz führt für die Dauer bis zum rechtskräftigen Abschluss zu irreparablen Tatsachen, die Versagung von vorläufigem Rechtsschutz ebenso.³⁰⁴ Sowohl bei § 80 Abs. 5 VwGO als auch bei § 123 Abs. 1 VwGO geht es thematisch um die Verhinderung von Rechtsnachteilen infolge zeitlicher Umstände und damit verbunden des Eintritts von irreparablen Nachteilen für den Betroffenen. Diese zeitlichen Umstände rechtfertigen auf Grundlage des Anordnungsgrundes den Erlass einer vorläufigen, aber für den Zeitraum bis zur Rechtskraft der Hauptsache irreparablen Entscheidung.

(2.) Materielle Befriedigungsfunktion

Wird der gerichtliche Rechtsschutz nicht nur als ein prozessuales Verfahren angesehen, sondern auch zutreffenderweise als Institut zum Schutze des materiellen Rechts,³⁰⁵ ist eine Verbindung zwischen vorläufigem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren gegeben. Kommt der Hauptsacherechtsschutz, in zeitlicher Hinsicht, aus Gründen der langen Verfahrensdauer zu spät, so wirkt sich das geradewegs negativ auf die materielle Rechtsposition des Betroffenen aus.³⁰⁶ Um diesem Rechtsverlust in effektiver Weise vorzubeugen, ist der vorläufige Rechtsschutz unerlässlich.³⁰⁷ Damit die Existenz beider Verfahrensarten weiterhin gerechtfertigt

³⁰² Vgl. VGH München, NVwZ 1995, 793 (794).

³⁰³ Vgl. *Hong*, NVwZ 2012, 468 (470).

³⁰⁴ Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 146c.

³⁰⁵ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 189.

³⁰⁶ So auch *Schoch*, Risikoverteilung, S. 190.

³⁰⁷ So auch *Schoch*, Risikoverteilung, S. 190 sowie *Lorenz*, Jura 1983, 393 (395).

werden kann, muss das Hauptsacheverfahren der Verwirklichung und endgültigen Durchsetzung der materiellen Rechtsposition dienen. Unter dem zusätzlichen Faktor Zeit betrachtet, kann, darf und muss der vorläufige Rechtsschutz eine Regelung für die Übergangszeit bis zur Hauptsacheentscheidung treffen, welche sich zwangsläufig, auch gewollt, unmittelbar auf die materielle Rechtsposition des Betroffenen auswirkt.³⁰⁸ Entscheidend ist damit die Sicherung der endgültigen Durchsetzbarkeit einer materiellen Rechtsposition durch Anordnung einer vorläufigen, wenn auch für diesen Zeitraum irreparablen Entscheidung.³⁰⁹ Wird der vorläufige Rechtsschutz aus Gründen einer angeblichen „Vorwegnahme der Hauptsache“ versagt, so kann die Sicherung der materiellen Rechtsposition nicht eintreten, was zur Folge hat, dass auch die endgültige Verwirklichung dieser materiellen Rechtsposition aus zeitlichen Gründen im Hauptsacheverfahren scheitert.³¹⁰

(a.) Varianten bei der Verbindung des vorläufigen Rechtsschutzes und der Hauptsache

Zutreffend stellt *Schoch*³¹¹ zur Verdeutlichung des nicht existierenden „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ vier Konstellationen dar. Diese lassen sich in zwei Hauptgruppen unterteilen: Zu nennen ist der Bereich der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sowie dessen Ablehnung. Im Bereich der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist es unproblematisch, wenn der Antragsteller wie auch der nachfolgende Kläger sowohl im vorläufigen Rechtsschutz als auch im nachfolgenden Hauptsacheverfahren erfolgreich ist. In diesem Fall decken sich beide Entscheidungen. Ebenso ist es im Bereich der Ablehnung der einstweiligen Anordnung unproblematisch, wenn dem Antragsteller der Erlass einer einstweiligen Anordnung versagt wird und er im Hauptsacheverfahren erfolglos bleibt. Auch in diesem Fall ergeben deckungsgleiche Entscheidungen.

Das von der Rechtsprechung standardmäßig thematisierte und formelhaft begründete „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ stellt sich sowohl bei der Gewährung als auch bei der Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes in jeweils einer Konstellation als diffizil dar. Hierauf wird in der Rechtsprechung nahezu kaum eingegangen. Wird zugunsten des Antragstellers eine einstweilige Anordnung erlassen und bleibt das nachfolgende Hauptsacheverfahren erfolglos, so differieren die beiden Entscheidungen inhaltlich. Ebenso stellt es sich dar, sofern

³⁰⁸ Vgl. auch *Grunsky*, JuS 1976, 277 (381).

³⁰⁹ Vgl. auch *Drettmann*, DVBl 1985, 884 (885); *Hamann*, DVBl 1984, 1204 (1205 f.); *Grunsky*, JuS 1976, 277 (277).

³¹⁰ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 193.

³¹¹ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1406.

der vorläufige Rechtsschutz zugunsten des Antragstellers versagt wird, das nachfolgende Hauptsacheverfahren jedoch erfolgreich ist bzw. sein könnte.

Die Gerichte sind vielmehr dazu angehalten, das aus den beiden kritischen Bereichen hervorgehende Fehlentscheidungsrisiko in ihre Entscheidung miteinzubeziehen. Vor allem die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes und eine anderslautende Hauptsacheentscheidung (sofern diese aus zeitlichen Gründen noch möglich wäre) würden zu einem nicht tragfähigen Ergebnis führen, da dem Betroffenen für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung materiell-rechtliche Positionen vorenthalten werden.

(b.) Entscheidungsinhalt unter Berücksichtigung der materiellen Befriedigungsfunktion

Wird sich die doppelte Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes vergegenwärtigt, spricht das gegen das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“. Der Problemschwerpunkt ist auf die zeitweilige materielle Befriedigungsfunktion zu legen, da diese den Grund für das häufig verwendete „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ darstellt. Es sind sowohl vom gesetzgeberischen Willen als auch vom Sinn und Zweck des vorläufigen Rechtsschutzes her vorläufige Entscheidungen, in denen dem Antragsteller eine materielle Rechtsposition zugesprochen wird, von § 123 Abs. 1 VwGO gedeckt.³¹² Ob tatsächlich eine Hauptsachevorwegnahme im konkreten Einzelfall vorliegt, ist nicht anhand der materiellen Rechtsposition durch einen Vergleich zwischen dem Antrags- und Klageziel zu bestimmen, sondern alleine unter dem Blickwinkel des Faktors Zeit.³¹³ Denn hypothetisch betrachtet ist allein eine rechtzeitige Hauptsacheentscheidung an Stelle des vorläufigen Rechtsschutzes zu setzen – würde die Hauptsacheentscheidung in angemessener Zeit ergehen, so hätte sie den gleichen Inhalt wie die einstweilige Anordnung.³¹⁴ Deshalb kann es in der Sache kein „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ geben, sofern der Faktor Zeit nicht außer Betracht gelassen wird. Zwar ist der Rechtsprechung insoweit beizupflichten, dass für den Zeitraum vom Erlass einer einstweiligen Anordnung bis zur Hauptsacheentscheidung faktisch ein Zustand mit einer abschließenden und für diesen Zeitraum irreparablen Regelung entsteht.³¹⁵ Doch ist dies weder unzulässig noch der Erlass einer einstweiligen Anordnung für diesen Zeitraum eine Ausnahme. Richtig-

³¹² So auch *Bongard*, NVwZ 2007, 1363 (1364).

³¹³ Vgl. *Quaritsch*, VerwArch 1960, 342 (348); *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 181; in diese Richtung auch *Bongard*, NVwZ 2007, 1363 (1364), welcher jedoch danach differenziert, ob die durch die einstweilige Anordnung geschaffenen Tatsachen wieder rückgängig gemacht werden können. Sei dies der Fall, liege nur eine vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache vor. So auch OVG Greifswald, NVwZ-RR 1994, 334 (334). Unberücksichtigt bleibt allerdings, dass § 123 VwGO reversible Tatsachen für eine nur zeitweilig geltende Entscheidung nicht fordert, vgl. hierzu auch OVG Bautzen, Beschl. v. 16.05.2011 – Az. 2 B 273/09 (zit. nach juris), Rn. 6.

³¹⁴ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1407.

³¹⁵ Vgl. *Jakob*, VBIBW 1984, 129 (136, 136, 137).

erweise führt das BVerfG³¹⁶ aus, dass „die nur vorläufige Aussetzung einer Maßnahme [...] bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache für sich genommen keine Vorwegnahme der Hauptsache darstellt.“. Weiter führt das BVerfG aus, dass „die bloße Tatsache, dass die vorübergehende Aussetzung als solche nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, die vorläufige Regelung nicht zu einer faktisch endgültigen macht. Die vorläufige Aussetzung ist vielmehr, sofern die Voraussetzungen für eine stattgebende Eilentscheidung im Übrigen vorliegen, gerade der typische, vom Gesetzgeber vorgesehene Regelungsgehalt des vorläufigen Rechtsschutzes gegen belastende Maßnahmen“. Deshalb kann die Hauptsache bei einer Regelung für den Übergangszeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung nicht vorweggenommen werden, da der Erlass einer einstweiligen Anordnung in dieser Fallkonstellation stets unter dem Vorbehalt derjenigen Entscheidung steht, die durch die rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache getroffen wird.³¹⁷

c.) Kein Verbot der Deckungsgleichheit von Hauptsacheantrag und Antrag nach § 123 VwGO

Fraglich ist, ob bereits derselbe Sachantrag im vorläufigen Rechtsschutz im Vergleich zum Hauptsacheverfahren zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen kann. Vertreten wird hierzu, dass die faktische Identität der Anträge im vorläufigen Rechtsschutzverfahren und einem (hypothetischen) Hauptsacheverfahren zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen können.³¹⁸ Denn in diesen Fällen begehrt der Antragsteller im Anordnungsverfahren eine Entscheidung, die in Inhalt und Wirkungen derjenigen der Hauptsacheentscheidung gleichkomme.³¹⁹ Zutreffenderweise wird ein Verbot der Deckungsgleichheit aber abgelehnt.³²⁰ Wäre die Hauptsacheentscheidung früh genug getroffen worden, wäre sie mit demselben Inhalt ergangen wie die einstweilige Anordnung.³²¹ In materiell-rechtlicher Sicht ist der Antragsteller sogar gehalten, denselben Antrag zu stellen wie in einem potenziell nachfolgenden Hauptsacheverfahren, lediglich unter dem Vorbehalt – sofern möglich – der Vorläufigkeit. Es muss klar erkennbar sein, was explizit im Hauptsacheverfahren durch das vorläufige Rechtsschutzverfahren gesichert werden soll. Im Übrigen steht es im Ermessen des Gerichts, einen Anord-

³¹⁶ BVerfG, NSTZ 2004, 223 (225); bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2009 – Az. 2 BvR 2347/08 (zit. nach juris), Rn. 12.

³¹⁷ Vgl. OVG Münster, NJW 1995, 1632 (1632); *Erichsen*, Jura 1984, 644 (653); *Papier*, VerwArch 1973, 399 (412); *Jauernig*, ZZP 1966, 321 (324).

³¹⁸ So *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 175.

³¹⁹ Vgl. *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 175.

³²⁰ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1407; *Erichsen*, Jura 1984, 644 (653).

³²¹ Vgl. *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1407

nungsinhalt zu tenorieren, welcher lediglich den von Gesetzes wegen zulässigen vorläufigen irreparablen Entscheidungsinhalt zum Gegenstand hat.³²²

d.) Eigene Bewertung

Das Dogma des „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ existiert nicht. Einstweilige Anordnungen, welche eine vorläufige, aber irreparable Regelung zum Inhalt haben, sind von § 123 VwGO gedeckt und als zulässiger Inhalt der Entscheidung anzusehen. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ist insgesamt vom Schutz individueller Rechtspositionen durchgezogen. Individuelle Rechtspositionen erfordern aber wiederum individuelle Entscheidungen unter tragfähiger und verfassungsrechtlich abgesicherter Begründung. Hierzu trägt das BVerfG insbesondere durch seinen Rechtsprechungswandel bei. Gerade im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes bedarf es aus zeitlichen Gründen des richtigen Ansatzes für die gerichtliche Entscheidung. Der Blick ist zukunftsorientiert zu gestalten und der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist dann als zulässig zu erachten, sofern die nachfolgende Hauptsacheentscheidung den Inhalt und die Wirkung einer einstweiligen Anordnung für die Zukunft abändern und dem Betroffenen seinen individuellen materiellen Anspruch wieder nehmen kann. Dass sich einstweilige Anordnung und Hauptsacheentscheidung für den Interimszeitpunkt decken, ist notwendige, gewollte und von der Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes umfasste Folge und nicht mit dem eigentlichen „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ gleichzusetzen. Es ist nämlich keine einstweilige Anordnung denkbar, welche keine vorläufige und für diesen Zeitraum endgültige Entscheidung trifft. Es obliegt im Übrigen dem gerichtlich Gestaltungsermessen, den Inhalt einer einstweiligen Anordnung so zu tenorieren, dass die Hauptsache weiterhin offengehalten werden kann und wird.

2.) Endgültiger Entscheidungsinhalt

Die Grenze des vorläufigen Rechtsschutzes zeigt sich in der verfahrensrechtlichen Situation, in welcher der Inhalt einer einstweiligen Anordnung soweit reicht, dass irreparable Zustände über die Hauptsache hinaus geschaffen werden, so dass die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens sowie eine Hauptsacheentscheidung gegenstandslos werden.³²³ Denn die Funktion des Hauptsacheverfahrens besteht darin, endgültig und verbindlich über die materielle Rechtsposition des Betroffenen zu entscheiden, so dass diese Entscheidung in ihrer Wirkung unter

³²² Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 151.

³²³ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 06.10.2010 – Az. 6 B 1107/10 (zit. nach juris), Rn. 4; *Erichsen*, Jura 1984, 644 (653); *Ruckdäschel*, DÖV 1961, 675 (685); *Quaritsch*, VerwArch 1960, 342 (348).

Berücksichtigung des Faktors Zeit nicht revisibel ist.³²⁴ Werden bereits im vorläufigen Rechtsschutzverfahren endgültige irreversible Tatsachen geschaffen, so erübrigt sich das Hauptsacheverfahren, da es seine Funktion bereits im vorläufigen Rechtsschutz erfüllt hat.³²⁵

a.) Verfassungsrechtliche Rechtsfertigung

Von § 123 Abs. 1 VwGO sind lediglich vorläufige Entscheidungen gedeckt, welche in ihren Wirkungen durch die Hauptsacheentscheidung noch abgeändert werden können und deshalb für die Zukunft revisibel sind. Sofern allerdings bereits im vorläufigen Rechtsschutz eine endgültige, d. h. über das Hauptsacheverfahren hinaus irreparable Entscheidung erforderlich ist, lässt sich die Zulässigkeit einer solchen Entscheidung aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG herleiten. Es wird hierzu vertreten, dass das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht gelte, wenn dem Antragsteller ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung „schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache zu spät käme und darüber hinaus mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Erfolg in der Hauptsache auszugehen ist“³²⁶. Sofern tatsächlich das vorläufige Rechtsschutzverfahren an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt, so ist auch der irreparable Rechtsverlust, welcher aufgrund des Faktors Zeit bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes eintritt, zwingend zu berücksichtigen.³²⁷ Lediglich ausnahmsweise ist auch in dieser Fallkonstellation der vorläufige Rechtsschutz gänzlich zu versagen, sofern „überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen“³²⁸. Maßgeblich ist insbesondere, dass eine der Hauptsache gleichkommende Entscheidung dann geboten ist, wenn berücksichtigt wird, dass trotz erfolgreicher Hauptsache diese für den Betroffenen zu spät käme und auf andere Weise effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet werden könnte.³²⁹ Hier ist weiterhin nicht von einer „Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“³³⁰ zu sprechen, sondern stattdessen von einer „gerechtfertigten Entscheidung wegen Art. 19 Abs. 4 GG“³³¹. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gebietet bei der „Auslegung und Anwendung der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung, [...] dass der Rechtsschutz sich auch im

³²⁴ Vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 21.04.2010 – Az. 2 B 471/09 (zit. nach juris), Rn. 6; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1408.

³²⁵ Vgl. zutreffend BVerfG, NVwZ 2003, 1112 (1113).

³²⁶ OVG Bautzen, Beschl. v. 05.03.2010 – Az. 2 B 28/10 (zit. nach juris), Rn. 5.

³²⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2002, 3691 (3692), wobei die Ausdrucksweise „irreparabler Rechtsverlust *oder* Zeitmoment“ hier als synonyme Verwendung anzusehen ist.

³²⁸ BVerfGE 79, 69 (75).

³²⁹ Vgl. BVerfGE 34, 160 (163); OVG Koblenz, NVwZ-RR 1992, 35 (36).

³³⁰ So aber BVerfG, Beschl. v. 03.05.2012 – Az. 2 BvR 2355/10 (zit. nach juris), Rn. 13.

³³¹ *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1410.

Eilverfahren nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpft, sondern zu einer wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht führt³³². Dies erfordert in bestimmten Einzelfällen, dass das vorläufige Rechtsschutzverfahren an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt, um so dem Betroffenen den grundrechtlich verbürgten effektiven Rechtsschutz auch tatsächlich zu gewähren. Denn effektiver Rechtsschutz bedeutet zugleich auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit.³³³ In diesen Fällen ist diese Vorgehensweise die einzige Möglichkeit, dem Betroffenen den effektiven und gebotenen Rechtsschutz zur Sicherung und Erhaltung seiner materiellen Rechtsposition zu gewährleisten.³³⁴

b.) Erhöhte Verfahrensanforderungen

Stellt sich im vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Frage nach einer endgültigen Entscheidung über die materielle Rechtsposition, d. h. über das Hauptsacheverfahren hinaus, wird diese nur unter zusätzlichen strengeren³³⁵ Voraussetzungen als zulässig erachtet. Die strengeren Voraussetzungen lassen sich in die Bereiche Prüfungsdichte (1.) sowie eine sorgfältigere Prüfung des Anordnungsgrundes (2.) unterteilen.

(1.) Prüfungsdichte

(a.) Prüfungsdichte im Allgemeinen

Der vorläufige Rechtsschutz ist durch das summarische Verfahren gekennzeichnet, welches seinerseits mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG im Einklang steht.³³⁶ Das Gericht hat sich von einem summarischen Verfahren zu lösen und eine eingehende rechtliche und tatsächliche Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen vorzunehmen, wenn der vorläufige Rechtsschutz vollständig die Bedeutung der Hauptsacheentscheidung übernimmt und eine endgültige Verletzung der Rechte des Betroffenen droht sowie insoweit auch Grundrechtspositionen von einigem Gewicht in Rede stehen.³³⁷

Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird teilweise dennoch die Beibehaltung des summarischen Prüfungsverfahrens gefordert, wobei die Ansicht des BVerwG von der des BVerfG hinsichtlich der Anforderungen an die Prüfungsintensität abweicht.³³⁸ So führt das

³³² BVerfG, Beschl. v. 03.05.2012 – Az. 2 BvR 2355/10 (zit. nach juris), Rn. 13 m. w. N. aus der verfassungsgerichtlichen Rspr.

³³³ Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 2009, 945 (946).

³³⁴ So auch *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 211 m. w. N.

³³⁵ VGH München, NVwZ-RR 1990, 99 (100).

³³⁶ Vgl. BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217 (218).

³³⁷ Vgl. st. Rspr., BVerfGE 69, 315 (372); BVerfGE 79, 69 (74).

³³⁸ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.12.1989 – Az. 2 ER 301/89 (zit. nach juris), Rn. 3 sowie Beschl. v. 07.05.1991 – Az. 1 WB 72/91 (zit. nach juris), Rn. 4 und bestätigend BVerwGE 109, 258 (262).

BVerwG u. a. aus, dass eine mehr oder weniger hohe Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache ausreichend sei, sofern eine Orientierung an den Erfolgsaussichten der Hauptsache aufgrund schwieriger Rechtsfragen im vorläufigen Rechtsschutz nicht möglich sei.³³⁹ Ferner wird ein „strenger Maßstab“³⁴⁰ im Hinblick auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache angelegt. Eine Bezugnahme auf die zuvor angeführte Prüfungsintensität des BVerfG findet jedoch nicht statt, obwohl dies gerade im Bereich eines endgültigen Entscheidungsinhalts von Nöten ist.

Ferner wird den Gerichten eine Auseinandersetzung mit entscheidungserheblichen Normen sowie der Möglichkeit ihrer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung auferlegt, sofern Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit und damit Gültigkeit bestehen.³⁴¹

Im Ergebnis hat die Prüfung der Sach- und Rechtslage im selben Umfang zu erfolgen wie im Hauptsacheverfahren.

(b.) Berücksichtigung multipolarer Interessen

Die Gerichte dürfen sich nicht lediglich auf eine Interessenabwägung zwischen den am Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Beteiligten (Antragsteller und -gegner) beschränken. Vielmehr können und müssen im Bereich multipolarer (Rechts-)Verhältnisse bei einem in Rede stehenden endgültigen Entscheidungsinhalt auch die Interessen, Chancen und Risiken Dritter in die Entscheidung miteinfließen.³⁴² In diesen Fällen gebietet Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine Auslegung dahingehend, dass der Rechtsschutz hinsichtlich aller Beteiligten insgesamt im Wege der praktischen Konkordanz zur Wirksamkeit gelangt.³⁴³ Zu fragen ist nach den grundrechtlich geschützten Interessen der Beteiligten. Die dabei ermittelten Grundrechtspositionen können zueinander kollidieren, so dass ein Interessenkonflikt besteht. Um diesen Konflikt zu lösen, ist der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts zu ermitteln und in Relation zu den anderen Grundrechten zu stellen. Im Anschluss daran ist eine Abwägung vorzunehmen, wobei darauf zu achten ist, dass allen Grundrechten entsprochen wird. Denn es ist in multipolaren Verhältnissen nicht ausgeschlossen, dass die Erteilung oder Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes gegenüber einem Beteiligten zwangsläufig zur Rechtsverletzung (von Grundrechten) eines anderen führt. Da das vorläufige Rechtsschutzverfahren an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt, ist bereits aus Gründen der Rechtssicherheit ein Gleichlauf der

³³⁹ Vgl. BVerwGE 50, 124 (134) unter Verweis auf zwei Entscheidungen des BVerfG zu § 32 BVerfGG.

³⁴⁰ BVerwG, Beschl. v. 14.12.1989 – Az. 2 ER 301/89 (zit. nach juris), Rn. 3; BVerwGE 109, 258 (262).

³⁴¹ BVerfG, NVwZ 1997, 479 (480).

³⁴² Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 19 Rn. 3; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 933 ff., S. 1003 ff.

³⁴³ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 503 (506); OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 855 (856).

Prüfungsdichte angezeigt. Andernfalls hätte es der Betroffene in der Hand, in geeigneten Fällen das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vorzuziehen, um einer eingehenden rechtlichen und tatsächlichen Prüfung zu entgehen.

(c.) Eigene Bewertung

Eine strengere Prüfungsdichte ist nicht nur dann angezeigt, sofern eine Grundrechtsverletzung von einigem Gewicht droht, sondern stets dann, wenn der vorläufige Rechtsschutz in Umfang und Wirkung an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt. Das summarische Prüfungsverfahren rechtfertigt sich aus dem Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes, eine umgehende Entscheidung herbeizuführen. Sofern sich jedoch das Hauptsacheverfahren aus zeitlichen Gründen erledigt hat und eine Hauptsacheentscheidung für den Betroffenen wirkungslos ist mit der Folge, dass der vorläufige Rechtsschutz an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt, hat das Gericht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren dieselbe Prüfungsdichte anzuwenden. Der Antragsteller darf aufgrund der zeitlichen Komponente im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht bessergestellt werden, als er im Hauptsacheverfahren stünde. Interessen Dritter sind bei multipolaren Interessenlagen zwingend mit zu berücksichtigen.

(2.) Als Ausgleich zum vorläufigen irreparablen Entscheidungsinhalt: Sorgfältigere Prüfung des Anordnungsgrundes

Ausgehend davon, dass von § 123 Abs. 1 VwGO vorläufige, unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung stehende einstweilige Anordnungen gedeckt sind, führt das BVerfG³⁴⁴ unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG aus, dass es für einen endgültigen Entscheidungsinhalt entscheidend auf die Gefahr der „Schaffung von vollendeten Tatsachen“ ankommt, welche sich „nachträglich nicht oder nur teilweise wieder rückgängig machen lassen“, wenn die Verwaltung als vollziehende Gewalt dem Begehren des Betroffenen nicht entspricht oder schlicht untätig bleibt. Entscheidend ist, dass das Abwarten in der Hauptsache für den Antragsteller schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte.³⁴⁵ Hieraus wird deutlich, dass der Faktor Zeit eine nicht zu unterschätzende Bedeutung einnimmt. Unabhängig davon, ob dem Betroffenen eine vorläufige, unter dem Vorbehalt der Hauptsache stehende Entscheidung zugesprochen wird oder die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz an die Stelle der Hauptsacheentscheidung tritt, ist das Zeitmoment der fundamentale Grund, weshalb eine einstweilige Anordnung erlassen werden muss. Denn gerade der

³⁴⁴ Vgl. BVerfGE 46, 166 (178).

³⁴⁵ So auch BVerwGE 109, 258 (262).

Faktor Zeit bestimmt, ob dem Betroffenen ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache zugemutet werden kann oder ob eine einstweilige Anordnung zu erlassen ist. Ist ein Abwarten nicht mehr möglich und wird ihm vorläufiger Rechtsschutz versagt, drohen dem Betroffenen nicht nur schwere und unzumutbare Nachteile, sondern sie entstehen ihm sogar tatsächlich.³⁴⁶ Deshalb bedarf es beim Erlass einer einstweiligen Anordnung mit endgültigem Entscheidungsinhalt einer besonderen Prüfung des Anordnungsgrundes.³⁴⁷ Gemeint ist, dass bei einer endgültigen Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht erhöhte Anforderungen an den Anordnungsgrund zu stellen sind.³⁴⁸ Vielmehr ist eine sorgfältigere³⁴⁹ inhaltliche Prüfung angezeigt, weshalb vom summarischen Verfahren Abstand zu nehmen ist.

(3.) Eigene Bewertung

Ein endgültiger Entscheidungsinhalt muss unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 4 GG in Einzelfällen möglich sein. Ansonsten würde bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes ein endgültiger Rechtsverlust eintreten. Da das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Rolle desjenigen in der Hauptsache, jedenfalls in dessen Wirkungen einnimmt, ist es auch gerechtfertigt, dieselbe Prüfungsdichte wie im Hauptsacheverfahren zu verlangen. Der Antragsteller soll weder besser noch schlechter gestellt werden. Da es sich allerdings um einen gesetzlich nicht vorgesehenen Fall handelt, ist die Prüfung des Anordnungsgrundes besonders sorgfältig vorzunehmen. Ein endgültiger Entscheidungsinhalt kann nur eintreten, wenn und soweit aus zeitlichen Gründen eine Hauptsacheentscheidung für die endgültige Gewährung oder Versagung der materiellen Rechtsposition keine Wirkungen mehr entfalten kann. Es ist zu berücksichtigen, dass jeder Rechtsverlust für den Betroffenen, auch unter Beachtung der betroffenen Grundrechtspositionen, einen schweren Nachteil darstellt. Sofern dieser Nachteil durch eine nachfolgende Hauptsacheentscheidung gemildert oder gar beseitigt werden kann, sind keine Gründe ersichtlich, dem Betroffenen bereits im vorläufigen Rechtsschutzverfahren eine endgültige Rechtsposition zuzusprechen. In Betracht käme allenfalls eine solche vorläufiger Natur. Deshalb muss eine sorgfältige Prüfung erfolgen, welche bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Rechtfertigung dafür gibt, dass das vorläufige Rechtsschutzverfahren nunmehr endgültig an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt. Dies kann denklogisch nur über den Anordnungsgrund herbeigeführt werden, da das Gesetz an sich die materielle Rechtsposition und deren Voraussetzungen regelt.

³⁴⁶ So auch BVerwGE 109, 258 (262).

³⁴⁷ Vgl. *Hummels*, JuS 2011, 502 (505).

³⁴⁸ In diese Richtung *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 14.

³⁴⁹ *Hummels*, JuS 2011, 502 (505).

3.) Faktischer Entscheidungsinhalt

Von der endgültigen Zubilligung einer materiellen Rechtsposition im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wird der Fall der faktischen Gewährung von Vorteilen unterschieden. Dieser Bereich wird als sog. „faktische Vorwegnahme der Hauptsache“ bezeichnet. Diese wird dann angenommen, sofern dem Betroffenen bereits die Vorteile aus der Gewährung einer materiellen Rechtsposition zukommen, ohne dass ihm diese als Grundlage hierfür dienende Rechtsposition bereits zugesprochen würde.³⁵⁰ Der Unterschied zur endgültigen Gewährung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren bestehe darin, dass bei der endgültigen Gewährung verbindlich und abschließend über eine materielle Rechtsposition entschieden wird und diese gerade nicht mehr unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung steht. Zur vorläufigen Gewährung einer materiellen Rechtsposition liege der Unterschied darin, dass die vorläufige Gewährung stets unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung steht und die zugesprochene materielle Rechtsposition für die Zukunft wieder abgesprochen werden kann, wobei sie bis zur Hauptsacheentscheidung irreparabel ist.³⁵¹ Insbesondere bei Geld- bzw. Förderleistungen wird deren Gewährung bis zur Hauptsacheentscheidung nicht als „Vorwegnahme der Hauptsache“ angesehen, da die erhaltene Geld- bzw. Förderleistung mit ablehnender Hauptsacheentscheidung gem. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO wieder zurückgefordert werden kann.³⁵²

Allerdings wird verkannt, dass dem Betroffenen bis zur Hauptsacheentscheidung gleichwohl eine materielle Rechtsposition zugesprochen wird, die erst ggfs. im Wege der Hauptsacheentscheidung und dann über Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen wieder entzogen wird. Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wird der Betroffene jedoch so gestellt, als wenn ihm die materielle Rechtsposition tatsächlich zustünde. Da eine Rückforderung aufgrund der Natur des Leistungsbegehrens möglich ist, muss diese Konstellation von § 123 Abs. 1 VwGO erst recht erfasst werden. Dies gilt umso mehr, als § 123 Abs. 3 VwGO auf § 945 ZPO verweist. Diese in § 945 ZPO geregelte Schadensersatzpflicht lässt nicht den Grund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung entfallen, da sich der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt auf den Erlass der Entscheidung bezieht. Dies als „faktische Vorwegnahme der Hauptsache“ zu bezeichnen, verkennt jedoch, dass bereits die vorläufige Zubilligung irreparabler materieller Rechtspositionen keine „Vorwegnahme der Hauptsache“ darstellt. Dies muss deshalb erst recht gelten, sofern die bis zur Hauptsacheentscheidung gewährten Leistungen wieder zurückgefordert werden können, so dass keine für diesen vorübergehenden

³⁵⁰ Vgl. *Dombert*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn 181.

³⁵¹ Vgl. Zweiter Teil, A. II. 1.) b.).

³⁵² Vgl. hierzu VGH München, Beschl. v. 30.06.2010 – Az. 12 CE 10.767 (zit. nach juris), Rn. 30.

Zeitraum entstehenden irreparablen Tatsachen geschaffen werden. Die Begründung, der „faktischen Vorwegnahme“ stünden keine verfassungsrechtlichen oder gesetzgeberischen Bedenken entgegen, da über die materielle Rechtsposition des Betroffenen keine Entscheidung getroffen würde,³⁵³ ist im Kern zwar richtig. Doch ist § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO Ausdruck des Fehlentscheidungsrisikos, da im Bereich der monetären Leistungen bei Zuerkennung dieser Leistungen im vorläufigen Rechtsschutz und anderslautender Hauptsacheentscheidung der Antragsteller das Risiko trägt.³⁵⁴

4.) Vorwegnahme der Hauptsache als Änderung der Prüfungsdichte

Die Vorwegnahme der Hauptsache wird teils darin gesehen, dass es dem Gericht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht erlaubt sei, die summarische Prüfung zu einer dem Hauptsacheverfahren entsprechenden intensiven Prüfung zu erweitern.³⁵⁵ Diesem Begründungsansatz hat das BVerfG eine Absage erteilt. Die „Anprüfung“ von rechtlichen und tatsächlichen Fragen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes stelle demnach keine „Teil-Vorwegnahme der zur Hauptsache ergehenden Entscheidung“ dar, sondern diene allein der richtigen Feststellung und Würdigung der Interessen, welche im einschlägigen Verfahren zu prüfen seien.³⁵⁶ Wie bereits vorstehend erläutert,³⁵⁷ ist eine Abkehr vom summarischen Prüfungsverfahren im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geboten, sofern das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes das Hauptsacheverfahren übernimmt. Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass sich die Bedeutung des „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ nicht aus einer Ausweitung der Prüfungsdichte vom summarischen in ein abschließendes Verfahren ergibt. Vielmehr rechtfertigt sich die Anwendung einer anderen und strengeren Prüfungsdichte insoweit, als das vorläufige Rechtsschutzverfahren die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt. Die Wahl des Prüfungsmaßstabs kann keine Aussage darüber enthalten, wieviel der Antragsteller von seiner beehrten materiellen Rechtsposition erhält. Vielmehr muss umgekehrt von der Gewährung effektiven Rechtsschutzes auf die Bestimmung einer Prüfungsdichte geschlossen werden.

³⁵³ Vgl. *Kuhla*, in: BeckOK, VwGO, § 123 Rn. 155.

³⁵⁴ Vgl. *Grunsky*, JuS 1976, 277 (280).

³⁵⁵ Vgl. *Ule*, GewArch 1978, 73 (77).

³⁵⁶ BVerfG, NVwZ 1984, 429 (429) sowie zur Prüfungsdichte BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217 (218).

³⁵⁷ Vgl. Zweiter Teil, A. II. 3.).

5.) Zusammenfassende Bewertung

Das als solches vielfach zitierte „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ existiert bei dogmatisch gründlicher Betrachtung nicht. Zwar ist ein Wandel in der Rechtsprechung erkennbar, hat das BVerfG nunmehr den richtigen Ansatz für die Abgrenzung des Problemkreises gefunden. Doch ist weiterhin eine kritische Betrachtung nicht verfehlt. Es darf (künftig) bei der Frage um den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht verdrängt und unerwähnt gelassen werden, dass vorläufige Regelungen, welche unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung stehen, nicht ver-, sondern gerade umgekehrt sogar geboten sind. Andernfalls ließe sich der vom Gesetzgeber statuierte und damit auch als Ziel verfolgte vorläufige Rechtsschutz nicht realisieren. Und sollte sich tatsächlich einmal die Frage nach einer endgültigen Entscheidung bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes stellen, so ist diese unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 4 GG lösbar. Der Faktor Zeit und damit verbunden die Möglichkeit der Schaffung irreparabler Tatsachen und somit irreparabler Nachteile nehmen beim gerichtlichen Entscheidungsinhalt eine wesentliche Rolle ein.

III. Entscheidungsinhalt aus verfassungsrechtlicher Perspektive

1.) Vorläufig irreparabler Entscheidungsinhalt

Das herausgearbeitete Ergebnis hinsichtlich des vorläufigen irreparablen sowie des endgültigen Entscheidungsinhalts im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hält den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 GG stand. Nach dem Verständnis des vorläufigen Rechtsschutzes über § 123 VwGO sind die Gerichte gehalten, „flexibel zu reagieren“ und als „geeignet erscheinende Maßnahmen“ anzuordnen.³⁵⁸ Die Gerichte haben bei der Auslegung und Anwendung des § 123 VwGO „der besonderen Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen“³⁵⁹. Vor diesem Hintergrund hat sich der Erlass einer einstweiligen Anordnung daran messen zu lassen, ob dem Betroffenen ohne ihn „schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre“³⁶⁰. Hieraus wird deutlich, dass effektiver Rechtsschutz stets unter dem Blickwinkel der „angemessenen Zeit“³⁶¹ zu sehen ist. Wenn dann noch die Funktionen der Offenhaltung sowie der materiellen Befriedigung in die Gesamtbetrachtung miteingestellt werden, ist der vorläufige, wenn auch irreparable Tatsachen schaffende Entschei-

³⁵⁸ BVerfGE 51, 268 (286).

³⁵⁹ BVerfGE 79, 69 (74).

³⁶⁰ BVerfGE 46, 166 (179).

³⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 27.07.2004 – Az. 1 BvR 1542/04 (zit. nach juris), Rn. 10.

dungsinhalt von § 123 VwGO gedeckt. Nur so kann bis zur Entscheidung in der Hauptsache eine unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vertretbare Lösung gefunden werden, wobei sich die Gerichte fortan von einer pauschalen und formelhaften Begründung lösen müssen. Vielmehr muss eine am Einzelfall orientierte Entscheidung getroffen werden. Dabei ist eine Kehrtwende weg vom Begriff des „Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache“ angezeigt, da es dieses Verbot und dessen Ausnahmen unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gibt. Hierfür spricht auch die Existenz der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO, welche bereits kraft Gesetzes den Betroffenen so stellt, wie wenn der Widerspruch oder die Anfechtungsklage gegen einen belastenden Verwaltungsakt vorläufig erfolgreich gewesen wären.

2.) Endgültiger Entscheidungsinhalt

Auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung mit einem endgültigen Entscheidungsinhalt begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dieser Entscheidungsinhalt ist sogar angezeigt, sofern für den Betroffenen jede Hauptsacheentscheidung zu spät kommen würde und er seinen durch die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes eingetretenen Rechtsverlust nicht mehr reparabel gestalten kann. Es ist auch mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar, dass für den endgültigen Entscheidungsinhalt strengere Verfahrensvoraussetzungen angewendet werden, weil die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren an die Stelle der Hauptsacheentscheidung tritt und hier eine Angleichung beider verfahrensrechtlichen Voraussetzungen unter zusätzlicher Berücksichtigung des Anordnungsgrundes geboten ist. Nur so kann sichergestellt werden, dass das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes nicht missbraucht wird und eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht unter erleichterten Bedingungen zu erlangen ist, obwohl sie in ihrer Wirkung der Hauptsacheentscheidung gleichkommt. Es darf nämlich nicht der Sphäre der öffentlichen Verwaltung überlassen werden, ob die materielle Rechtsposition eines Betroffenen verwirklicht wird oder nicht. Ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Sinne einer endgültigen Entscheidung könnte der Betroffene seine materielle Rechtsposition nicht verwirklicht erhalten.

IV. Einstweilige Anordnungen in anderen Verfahrens- und Prozessordnungen

Das Institut der einstweiligen Anordnung ist nicht nur im Verwaltungsprozess vorgesehen. Auch andere Verfahrens- und Prozessordnungen gewähren dem Rechtsschutzsuchenden die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erhalten. Im Nachfolgenden wird daher auf die wesentlichen Voraussetzungen in anderen

Verfahrens- und Prozessordnungen sowie auf die dortige Behandlung von vorläufigem und endgültigem Entscheidungsinhalt eingegangen und abschließend ein Vergleich der Regelungen untereinander vorgenommen.

1.) Die einstweilige Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG

Gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das BVerfG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Bei der Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen wird ein strenger Prüfungsmaßstab angelegt, weil der Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das BVerfG weittragende Folgen haben kann.³⁶² Der strenge Prüfungsmaßstab rechtfertigt sich daraus, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren nicht denselben, aus Art. 19 Abs. 4 GG resultierenden Maßstäben unterliegt wie der verwaltungsgerichtliche vorläufige Rechtsschutz, d. h. nicht die Effektivität zu garantieren hat, sondern ergänzend zur fachgerichtlichen Maßnahme hinzutritt.³⁶³ Die Funktion der einstweiligen Anordnung liegt darin, „dem erwarteten Urteil in der Hauptsache Freiraum für seine größtmögliche Wirkung zu sichern, insbesondere zu verhindern, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden oder sonst bis zur Entscheidung in der Hauptsache Rechtsverwirrungen und Rechtsunsicherheit und damit verbundener Verwaltungswirrwarr entsteht“³⁶⁴. Deshalb kann der Erlass einer einstweiligen Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren unter zwei Blickwinkeln zu einer „Vorwegnahme“ führen.

a.) „Vorwegnahme“ des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens

Im verfassungsgerichtlichen Verfahren darf das verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht vorweggenommen werden.³⁶⁵ Dies wird im Bereich der Verfassungsbeschwerde gem. § 90 BVerfGG, welche hier allein in Betracht kommt, durch deren Voraussetzung der Subsidiarität gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG gewährleistet. D. h., der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ist grundsätzlich auszuschöpfen, bevor der Betroffene eine zulässige Verfassungsbeschwerde einlegen kann, wobei dies auch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG gilt.³⁶⁶ Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Betroffene zunächst noch das

³⁶² Vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 882 (883) u. V. a. st. Rspr.

³⁶³ Vgl. BVerfGE 94, 166 (194).

³⁶⁴ BVerfGE 42, 103 (119).

³⁶⁵ Vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 882 (883).

³⁶⁶ Vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 882 (883).

Hauptsacheverfahren durchzuführen hat oder gegen den ablehnenden Beschluss des OVG/VGH auf die eingelegte Beschwerde hin gem. § 146 Abs. 4 VwGO vorgehen kann. Es ist anerkannt, dass sich die Verfassungsbeschwerde auch gegen diesen ablehnenden Beschluss richten kann.³⁶⁷ Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde setzt die Erschöpfung des Rechtswegs voraus, § 90 Abs. 2 BVerfGG. Erschöpft ist der Rechtsweg im engeren Sinn erst dann, wenn der Betroffene die gerügte Grundrechtsverletzung auf andere Weise als durch die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde nicht hätte beseitigen können.³⁶⁸ Hierzu kann auch die Einleitung und Durchführung eines Hauptsacheverfahrens gehören, wenn nach der Art der geltend gemachten Grundrechtsverletzung das Hauptsacheverfahren die Möglichkeit bietet, der verfassungsrechtlichen Beschwer abzuhelpen.³⁶⁹ Ein Vorgehen gegen den ablehnenden Beschluss im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich durch den Beschluss eine eigene Beschwer für den Betroffenen ergibt und sich diese nicht mit der Hauptsacheentscheidung deckt, was insbesondere bei der Geltendmachung einer Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG der Fall ist.³⁷⁰ Deshalb hat das BVerfG durch eine strenge Prüfung und anhand der gerügten Grundrechtsverletzungen sicherzustellen, dass das fachgerichtliche Verfahren vor den Verwaltungsgerichten nicht durch die Annahme der Verfassungsbeschwerde umgangen und deshalb vorweggenommen wird.

b.) „Vorwegnahme“ der verfassungsgerichtlichen Entscheidung

Vergleichbar dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren stellt sich im Bereich des verfassungsgerichtlichen Verfahrens die Frage nach der Zulässigkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung. Dabei wird richtigerweise auf das Zeitmoment abgestellt und geprüft, ob nach den „obwaltenden Umständen eine Entscheidung in der Hauptsache zu spät kommen würde und dem Antragsteller in anderer Weise ausreichender Rechtsschutz nicht mehr gewährt werden könnte“³⁷¹. Das BVerfG beschränkt sich regelmäßig auf diese marginalen Formulierungen.³⁷² Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs ist eine reine Folgenabwägung vorzunehmen, wenn die Erfolgsaussichten als offen zu bezeichnen sind.³⁷³ Sind die Erfolgsaussichten als von vorne herein unzulässig oder unbegründet einzustufen, findet keine Folgenabwägung (mehr) statt. Eine Ausnahme vom endgültigen Entscheidungsinhalt wird im Bereich des verfassungsge-

³⁶⁷ Vgl. BVerfGE 69, 315 (339)

³⁶⁸ Vgl. BVerfGE 22, 287 (290 f.).

³⁶⁹ BVerfGE 77, 381 (401 f.).

³⁷⁰ Vgl. BVerfGE 59, 63 (82 f.).

³⁷¹ BVerfGE 34, 160 (163).

³⁷² Vgl. st. Rspr. BVerfG, NJW 2013, 1293 (1295).

³⁷³ Vgl. *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar BVerfGG, § 32 Rn. 91.

richtlichen vorläufigen Rechtsschutzverfahrens angenommen, soweit der Verfassungsbeschwerde ein Streitgegenstand zugrunde liegt, welcher aufgrund seiner Natur durch ein einmaliges oder nur kurze Zeit währendes Geschehen gekennzeichnet ist, so dass die Hauptsache hierauf keinen Einfluss mehr nehmen könne.³⁷⁴ Konkret wird bei einem endgültigen Entscheidungsinhalt die Durchsetzung materieller Rechtspositionen vorweggenommen.³⁷⁵ Soweit kein endgültiger Entscheidungsinhalt anzuordnen ist, wird die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache als für diesen Zeitraum endgültig angesehen, so dass die angeordneten Folgen durch die Hauptsache für diesen Zeitraum auch nicht mehr rückgängig gemacht werden können.³⁷⁶

2.) Die einstweilige Anordnung nach § 114 FGO

Im Bereich des finanzgerichtlichen Verfahrens ist die einstweilige Anordnung in § 114 Abs. 1 FGO geregelt, welcher identisch mit § 123 Abs. 1 VwGO ist. Die Begründung zum zulässigen Entscheidungsinhalt weicht jedoch vom verwaltungsgerichtlichen Verfahren ab. Gleichwohl sind auch im finanzgerichtlichen Verfahren sowohl der vorläufige als auch der endgültige Entscheidungsinhalt (wie bei § 123 VwGO) präsent.

Ein endgültiger Entscheidungsinhalt ist zwar grundsätzlich unzulässig. Das ist dann der Fall, wenn die Hauptsache nicht mehr entscheidungsfähig wäre.³⁷⁷ Dies solle jedoch dann nicht gelten, sofern im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG eine Entscheidung in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu spät käme, dem Betroffenen hierdurch ein irreparabler Rechtsverlust drohe, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.³⁷⁸ Demnach ist erforderlich, dass der Erfolg in der Hauptsache wahrscheinlich ist und der Anordnungsgrund eine besondere Intensität aufweist.³⁷⁹ Entscheidend kommt es in der Rechtsprechung darauf an, ob der Entscheidungsinhalt der einstweiligen Anordnung durch das Hauptsacheverfahren nachträglich wieder rückgängig gemacht werden kann.³⁸⁰ Denn der Zweck des „Vorwegnahmeverbots“ liegt darin, dass verhindert werden sollte, dass es zu einer einstweiligen Anordnung komme, die sich im Hauptsacheverfahren als fehlerhaft erweise und deren Wirkung nicht mehr effektiv rückgängig gemacht werden kann,

³⁷⁴ Vgl. *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar BVerfGG, § 32 Rn. 48.

³⁷⁵ Vgl. *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar BVerfGG, § 32 Rn. 94.

³⁷⁶ Vgl. BVerfGE 12, 36 (40); *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar BVerfGG, § 32 Rn. 86.

³⁷⁷ Vgl. BFHE 175, 205 (208)

³⁷⁸ BFH, Beschl. v. 07.01.1999 – Az. VII B 170/98 (zit. nach juris), Rn. 11 u. V. a. BVerfGE 46, 166 (179).

³⁷⁹ Vgl. BFHE 111, 228 (229).

³⁸⁰ Vgl. BFHE 175, 205 (208).

so dass das Nichtvorliegen von irreparablen Zuständen dem Verbot nicht unterliege.³⁸¹ Eine weitere „Ausnahme“ vom „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ stellt im finanzgerichtlichen Verfahren der Umstand dar, dass dem Erlass einer einstweiligen Anordnung dieser Umstand nicht entgegen steht, sofern die Rechtslage klar und eindeutig ist und eine hiervon abweichende Hauptsacheentscheidung zweifelsfrei ausgeschlossen werden könne.³⁸²

3.) Die einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 – 4 SGG

Im Bereich des sozialgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzverfahrens ist mit § 86b Abs. 2 bis 4 SGG eine dem § 123 VwGO vergleichbare Regelung geschaffen worden. Unterschieden wird zwischen Maßnahmevorwegnahme (a.) und Prüfungsvorwegnahme (b.).

a.) Maßnahmevorwegnahme

Unter einer Maßnahmevorwegnahme wird die Zuerkennung einer materiellen Rechtsposition verstanden, welche erst durch das Hauptsacheverfahren zu erreichen ist.³⁸³ Insbesondere die Gewährung von Sachleistungen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wird als „Vorwegnahme der Hauptsache“ angesehen, da diese Leistung mit der Hauptsacheentscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.³⁸⁴ Anders verhält es sich bei Geldleistungen, die ggfs. zurückzuerstatten sind. Im Kern hat sich das Gericht bei der Frage nach dem Inhalt der einstweiligen Anordnung daran zu orientieren, was angeordnet werden kann, ohne die Entscheidung in der Hauptsache überflüssig zu machen, aber noch angeordnet werden muss, um den Grundsätzen des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG ausreichend Rechnung zu tragen.³⁸⁵ Vertreten wird, dass es den Gerichten gestattet ist, eine vorläufige endgültige Entscheidung zu treffen, welche unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung steht, wobei die Anordnung einer endgültigen Entscheidung grundsätzlich zu vermeiden ist.³⁸⁶ Der erste skizzierte Fall bilde den Normalfall eines zulässigen Entscheidungsinhalts. Im Wesentlichen wird auf die im verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzverfahren vertretenen Auffassungen zustimmend verwiesen.³⁸⁷ Ferner kann dem Betroffenen im vorläufigen Rechts-

³⁸¹ Vgl. BFHE 175, 205 (208).

³⁸² Vgl. BFHE 201, 80 (86).

³⁸³ Vgl. *Krodel*, in: BeckOK SGG, § 86b Rn. 78.

³⁸⁴ Vgl. LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 23.05.2014 – Az. L 5 KR 46/14 B ER (zit. nach juris), Rn. 12; LSG Thüringen, Beschl. v. 19.12.2002 – Az. L 6 KR 992/02 ER (zit. nach juris), Rn. 39.

³⁸⁵ Vgl. SG Karlsruhe, Beschl. v. 06.03.2014 – Az. S 14 AS 695/14 ER (zit. nach juris), Rn. 24; *Krodel*, in: BeckOK SGG, § 86b Rn. 82.

³⁸⁶ Vgl. *Krodel*, in: BeckOK SGG, § 86b Rn. 82.

³⁸⁷ Vgl. *Krodel*, in: BeckOK SGG, § 86b Rn. 82 ff.

schutzverfahren auch dann eine endgültige Entscheidung zugesprochen werden, sofern der materiell-rechtliche Anspruch völlig unzweifelhaft besteht.³⁸⁸

b.) Prüfungsvorwegnahme

Unter Prüfungsvorwegnahme wird die im vorläufigen Rechtsschutzverfahren anzuwendende Prüfungsdichte verstanden.³⁸⁹ Unter Beachtung der verwaltungsgerichtlichen Grundsätze darf eine endgültige Entscheidung nur dann angeordnet werden, wenn und soweit das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes im Umfang und in der Prüfungsintensität die Stelle der Hauptsacheprüfung einnimmt. Demnach soll eine „Vorwegnahme“ auch dann vorliegen, sofern an die Wahrscheinlichkeit des Hauptsacheerfolgs geringere Anforderungen gestellt werden, als dies gesetzlich durch § 86b Abs. 2 SGG vorgesehen wird.³⁹⁰ Allerdings orientiert sich die Prüfungsdichte denknötwendig am Entscheidungsinhalt der einstweiligen Anordnung, so dass dies nicht als vorläufig endgültige oder gar endgültige Entscheidung zu werten ist.

4.) Die einstweilige Anordnung nach §§ 935 – 940 ZPO

Da die zivilrechtlichen Vorschriften über den vorläufigen Rechtsschutz der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Vorlage dienen, was heute noch durch die Verweisung in § 123 Abs. 3 VwGO auf die Vorschriften der ZPO deutlich wird, ist die Frage nach dem Entscheidungsinhalt von wesentlicher Bedeutung. Unberücksichtigt bleiben kann in diesem Zusammenhang die Anordnung eines Arrestes nach den §§ 916 ff. ZPO, da eine Befriedigung des Antragstellers bzw. Gläubigers nicht stattfindet.³⁹¹ Bedeutungsvoll ist insbesondere die Regelungs- sowie Leistungsverfügung gem. § 940 ZPO. Die Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO kann hingegen aufgrund ihrer Zweckrichtung, der Erhaltung des bestehenden Zustandes, außen vorgelassen werden.

a.) Entscheidungsinhalt im Bereich der Regelungsverfügung

Allgemein ausgedrückt dient der vorläufige Rechtsschutz aus Gläubigersicht dazu, der Schaffung vollendeter Tatsachen vorzubeugen, sowie aus Schuldnersicht, keine vollendeten Tatsachen zu schaffen.³⁹² Der Zweck der Regelungsverfügung wird darin gesehen, mit Hilfe einer vorübergehenden Regelung den Rechtsfrieden bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu si-

³⁸⁸ Vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 12.11.2013 – Az. L 9 KR 262/13 B ER (zit. nach juris), Rn. 3.

³⁸⁹ Vgl. *Krodel*, in: BeckOK SGG, § 86b Rn. 79.

³⁹⁰ Vgl. *Krodel*, in: BeckOK SGG, § 86b Rn. 79.

³⁹¹ Vgl. *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar ZPO, Vorb. § 916, Rn. 5 f.

³⁹² Vgl. *Mayer*, in: BeckOK ZPO, § 916 Rn. 11.

chern.³⁹³ Gem. § 938 Abs. 1 ZPO kann das Gericht nach freiem Ermessen den Entscheidungsinhalt bestimmen. Das Gericht hat zu beachten, dass die Anordnung einer Verfügungsmaßnahme grundsätzlich nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers führen und keine Erfüllung oder endgültige Vollziehung enthalten darf.³⁹⁴ Ferner darf der Entscheidungsinhalt nicht über den Hauptsacheanspruch hinausgehen, d. h. in der Verfügungsmaßnahme darf nicht mehr angeordnet werden, als der Gläubiger mit der Hauptsache erreichen könnte.³⁹⁵ Der Inhalt der Verfügung hat hinter dem des Hauptsacheverfahrens zurückzubleiben, so dass die Hauptsacheentscheidung die erlassene einstweilige Verfügung noch ablösen bzw. in ihrer Wirkung noch abändern kann.³⁹⁶

b.) Entscheidungsinhalt im Bereich der Verfügungsmaßnahme

Sofern der Entscheidungsinhalt zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Erfüllung von dessen Anspruch führen soll, ist dies ausnahmsweise mit der Verfügungsmaßnahme möglich. Auch und gerade im Bereich der zivilrechtlichen Streitigkeiten sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung seines Anspruchs angewiesen ist und das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens nicht abwarten kann. Unter Berücksichtigung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG sind die Gerichte in diesen Fällen angehalten, den Schuldner bereits im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu einer ggfs. nur vorläufigen Erfüllung des zu sichernden Anspruchs zu verpflichten, wobei in Kauf zu nehmen ist, dass die vorläufige Anspruchserfüllung für diesen Zeitraum nicht mehr rückgängig zu machen ist.³⁹⁷ Voraussetzung für den Erlass einer solchen Verfügungsmaßnahme ist neben einer „strengen Prüfung“³⁹⁸ bzw. dem Anlegen eines „strengen Maßstabes“³⁹⁹ bzgl. des Verfügungsanspruchs das Vorliegen des Verfügungsgrundes. Das Vorliegen des Verfügungsgrundes erfordert ein dringendes Bedürfnis für den Erlass der begehrten Verfügungsmaßnahme, welches darin gesehen werden kann, dass der Gläubiger auf die sofortige Erfüllung seines Anspruchs dringend angewiesen ist.⁴⁰⁰ Dringend angewiesen ist der Gläubiger in Fällen der Existenzgefährdung und der wirtschaftlichen, finanziellen oder gesundheitlichen⁴⁰¹ Notlage, wenn nämlich die geschuldete Leistung nur kurzfristig erbringbar ist, so dass der Gläubiger einen

³⁹³ Vgl. *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar ZPO, § 940 Rn. 1.

³⁹⁴ Vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 29 (29); *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar ZPO, § 938 Rn. 3.

³⁹⁵ Vgl. *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar ZPO, § 938 Rn. 4.

³⁹⁶ Vgl. *Mayer*, in: BeckOK ZPO, § 938 Rn. 8 zur Anordnung eines Sequesters.

³⁹⁷ Vgl. *Mayer*, in: BeckOK ZPO, § 938 Rn. 14.

³⁹⁸ OLG Jena, NJW-RR 2012, 862 (862).

³⁹⁹ LG Bayreuth, Beschl. v. 22.10.2013 – Az. 13 T 43/13 (zit. nach juris), Rn. 5.

⁴⁰⁰ OLG Jena, NJW-RR 2012, 862 (862).

⁴⁰¹ Vgl. LG Berlin, Urt. v. 12.06.2013 – Az. 23 O 184/13 (zit. nach juris), Rn. 45, welches eine akute Existenzgefährdung beim Schutz der Gesundheit und des Lebens als gegeben ansieht.

Vollstreckungstitel durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr erlangen kann.⁴⁰² Ein bloßer Nachteil für den Gläubiger reicht für die Bejahung des Verfügungsgrundes im Bereich der Leistungsverfügung nicht aus.⁴⁰³ Neben den gesetzlich normierten Voraussetzungen von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund ist darüber hinaus wegen § 938 Abs. 1 ZPO eine Interessenabwägung dahingehend vorzunehmen, dass die Belange des Gläubigers und des Schuldners gegeneinander abgewogen werden.⁴⁰⁴ Abgewogen werden neben der Dringlichkeit der Verfügung für den Gläubiger die für beide Seiten zu erwartenden besonderen Nachteile in Form von irreparablen Schäden durch den Nichterlass einer Leistungsverfügung für den Gläubiger bzw. den Erlass einer solchen für den Schuldner sowie schließlich die überwiegend wahrscheinlichen Erfolgsaussichten in der Hauptsache.⁴⁰⁵ Letztendlich ist gerade der Faktor Zeit, der sich darin widerspiegelt, dass ohne Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren irreparable Tatsachen geschaffen werden, die mit der Hauptsacheentscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden können, auch im Bereich der Leistungsverfügung die Rechtfertigung für deren Existenz.⁴⁰⁶

5.) Vergleich der Regelungen untereinander

Die inhaltliche Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes gleicht sich in den Fällen der VwGO, FGO und SGG. Inhaltlich sind gewisse Unterschiede erkennbar. So wird nach der FGO und dem SGG ein endgültiger Entscheidungsinhalt auch dann zuerkannt, wenn dem Betroffenen die materielle Rechtsposition völlig unzweifelhaft zusteht. Zwar findet sich solch eine Begründung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht, doch spricht die vorzunehmende Prüfungsdichte, welche in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht derjenigen des Hauptsacheverfahrens gleichkommen soll, für eben diesen Ausnahmeansatz. Allerdings kann alleine die Änderung der Prüfungsdichte nicht zu einem endgültigen Entscheidungsinhalt bereits im vorläufigen Rechtsschutz führen, da so die Vorschriften über das Urteilsverfahren wie auch dessen Besonderheiten umgangen würden.

Der vorläufige Rechtsschutz im verfassungsrechtlichen Verfahren ist als deutlich strukturierter zu bezeichnen. Auffällig ist vor allem die Bildung von Fallgruppen und die damit zusammenhängende Prüfungsdichte.

⁴⁰² Vgl. *Vollkommer*, in: Zöller, Kommentar ZPO, § 940 Rn. 1, 4.

⁴⁰³ Vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2007, 1406 (1406).

⁴⁰⁴ Vgl. *Mayer*, in: BeckOK ZPO, § 935 Rn. 36.

⁴⁰⁵ Vgl. OLG Saarlouis, Beschl. v. 29.04.2014 – Az. 5 B 188/14 (zit. nach juris), Rn. 27; OLG Frankfurt, MDR 2004, 1019 (1019).

⁴⁰⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2005, 1103 (1104).

Zu den vorstehenden Verfahrensordnungen verhält sich der zivilprozessuale vorläufige Rechtsschutz gänzlich anders. Bereits die unter den Beteiligten vorherrschende, dem Verfassungs- und Verwaltungsverfahren fremde Interessenlage rechtfertigt bereits einen anderen Beurteilungsmaßstab. So ist wesentlich, dass eine bilaterale Interessenlage vorliegt, welche dazu zwingt, sowohl die Interessen des Antragstellers als auch die des Antragsgegners in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Demgegenüber wird im verfassungs- und verwaltungsrechtlichen vorläufigen Rechtsschutz primär auf die Interessendurchsetzung des von einer staatlichen Maßnahme Betroffenen abgestellt. Dies resultiert aus dem Umstand, dass ggfs. Grundrechtsverletzungen von einigem Gewicht drohen.

V. Lösungsansätze zu allgemeinen Kriterien

1.) Einführung

Damit unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben eine einheitliche Anwendung des vorläufigen bzw. endgültigen Entscheidungsinhalts samt seinen Konsequenzen für die verwaltungsgerichtliche Praxis erfolgt, sind allgemeine Prüfungskriterien unerlässlich. Damit soll gewährleistet werden, dass sowohl die Funktion als auch der Zweck des vorläufigen Rechtsschutzes ausreichend Beachtung finden.

2.) Einzelne Lösungsschritte

a.) Lösungsschritt 1: Antragsvoraussetzungen

Mit Eingang des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind die Gerichte zunächst angehalten, sich mit den Sachantrags- bzw. Zulässigkeitsvoraussetzungen auseinander zu setzen. Sind diese bereits nicht erfüllt, erübrigen sich die weiteren Lösungsschritte.

b.) Lösungsschritt 2: Festlegung der Anordnungsart

Während bei der Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO die materielle Rechtsposition des Betroffenen vor für ihn nachteiligen Änderungen bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens unberührt bleiben soll, verändert sich nach dem Begehren des Betroffenen die materielle Rechtsposition im Bereich der Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Sowohl der Erlass als auch die Versagung einer Sicherungsanordnung können einen vorübergehenden endgültigen Entscheidungsinhalt darstellen. Beides ist vergleichbar mit dem Eintritt oder der Anordnung/Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 VwGO, da der status quo des Antragstellers (erst einmal) unverändert erhalten bleibt.

Bei der Regelungsanordnung führen sowohl der Erlass als auch die Versagung ebenfalls zu einem vorübergehenden endgültigen Entscheidungsinhalt.

Die Gerichte sind bereits von Gesetzes wegen angehalten, eine strikte Trennung beider Anordnungsarten vorzunehmen; im Übrigen können sich an beide Arten unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich der Prüfungsdichte und des Entscheidungsinhalts stellen.

c.) Lösungsschritt 3: Richterliches Entscheidungsermessen

Gem. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO wird dem Gericht ein Entscheidungsermessen eingeräumt. Nach diesem obliegt es nunmehr dem Gericht zu bestimmen, welchen Entscheidungsinhalt die begehrte Anordnung haben kann, damit die Hauptsache nicht endgültig im vorläufigen Rechtsschutzverfahren entschieden wird, und noch haben muss, damit die Grundsätze des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG gewahrt werden.

Die Gerichte haben nicht nur den seitens des Betroffenen gestellten Antrag zu berücksichtigen, sondern sein Begehren unter Anwendung von § 88 VwGO analog auszulegen. In diese Auslegung ist miteinzubeziehen, was der Betroffene in Anbetracht seiner materiellen Rechtsposition im Hauptsacheverfahren höchstens erreichen könnte. Auf dieser Grundlage hat das Gericht im nächsten Schritt zu bestimmen, ob für den Betroffenen nunmehr ein vorläufiger und für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung endgültiger Entscheidungsinhalt in Betracht kommt oder sein Begehren sogar derart dringlich ist, dass nur ein endgültiger und an die Stelle der Hauptsache tretender Entscheidungsinhalt angezeigt ist. Damit ist zwingend eine Prüfung des Anordnungsgrundes verbunden. Dieser entscheidet letztendlich, welchen Inhalt der Erlass der einstweiligen Anordnung noch haben kann bzw. schlussendlich haben muss.

d.) Lösungsschritt 4: Vorläufiger endgültiger Entscheidungsinhalt

Kommt aufgrund der Rechtsnatur der Sache und dem vom Gesetz geforderten Inhalt des Anordnungsgrundes eine von § 123 Abs. 1 VwGO erfasste Entscheidung in Betracht, so hat diese vorläufigen und bis zur Entscheidung in der Hauptsache endgültigen Charakter. Es bedarf keiner weitergehenden Ausführungen dazu, ob es sich lediglich um eine Ausnahme handelt oder der Erlass einer einstweiligen Anordnung unter Beachtung von Art. 19 Abs. 4 GG ausnahmsweise sogar geboten ist. Vielmehr kann und darf ein Entscheidungsinhalt der Gestalt getroffen werden, dass für den Interimszeitraum endgültige und mit der Hauptsacheentscheidung nicht mehr wieder rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen werden. Dies stellen gerade den Sinn und Zweck sowie die Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes dar. Ferner

sind auch Ausführungen dazu nicht veranlasst, dass der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung nur unter erhöhten Voraussetzungen möglich ist. Dies ist gerade nicht der Fall, da es sich um den Normalfall des Entscheidungsinhalts handelt. Hierbei muss stets berücksichtigt werden, dass der Betroffene andernfalls niemals effektiven Rechtsschutz erlangen könnte, da jede Entscheidung für die Dauer ihrer Geltung irreparabel ist.

e.) Lösungsschritt 5: Endgültiger Entscheidungsinhalt

Sofern aufgrund der besonderen Dringlichkeit kein vorübergehender Entscheidungsinhalt mehr in Betracht kommt, ist unter Beachtung einer intensiveren Prüfung sowie einer sorgfältigeren Prüfung des Anordnungsgrundes bei Vorliegen dieser erhöhten Verfahrensvoraussetzung der Erlass einer einstweiligen Anordnung wegen des Gebots des effektiven Rechtsschutzes ausnahmsweise geboten. Erst hier und bei diesem Entscheidungsinhalt stellt sich die berechnete Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und dem Vorliegen der erhöhten Verfahrensvoraussetzungen. Denn die Hauptsacheentscheidung wird entbehrlich. Der Antragsteller erlangt durch den vorläufigen Rechtsschutz seine materielle Rechtsposition endgültig und dauerhaft.

Bereits wegen der Tatsache, dass die einstweilige Anordnung an die Stelle der Hauptsacheentscheidung tritt, d. h. in ihren Wirkungen über eine potenzielle Hauptsacheentscheidung hinausgeht und durch diese nicht wieder für die Zukunft verändert werden kann, ist nicht mehr nur ein summarisches Verfahren angezeigt, sondern eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung. Nur sofern dies ausnahmsweise nicht möglich ist, ist auf eine reine Folgenabwägung zurückzugreifen. Es ist ferner zu berücksichtigen, dass der Nichterlass der begehrten einstweiligen Anordnung ebenfalls zum gänzlichen Rechtsverlust führen kann, da eine Hauptsacheentscheidung dem Betroffenen diese materielle Rechtsposition aus zeitlichen Gründen nicht mehr für die Zukunft gewähren kann.

VI. Fazit

Das sog. „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ existiert nicht. Von Verfassungs wegen und dem gesetzgeberischen Willen her ist der vorläufige, aber irreparable Entscheidungsinhalt von § 123 VwGO gedeckt und als Normalfall zu bezeichnen. Zu fragen ist stets, ob die nachfolgende Hauptsacheentscheidung die materielle Rechtsposition noch abändern kann. Ist die Hauptsacheentscheidung dazu aus zeitlichen Gründen oder der Natur der Sache nach nicht mehr in der Lage, liegt ein Fall des endgültigen irreparablen Entscheidungsinhalts vor. Dieser muss aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes dennoch möglich sein. Das Gericht ist dann

angehalten, eine dem Hauptsacheverfahren gleiche Prüfungsintensität vorzunehmen, damit der Antragsteller nicht bessergestellt wird, als er dies im Hauptsacheverfahren wäre. Schließlich ist eine sorgfältigere Prüfung des Anordnungsgrundes vorzunehmen, welcher als Rechtfertigung für den endgültigen Entscheidungsinhalt dient.

B. Ermessensentscheidungen

I. Allgemeines

Steht dem Antragsteller kein gebundener Anspruch auf die Zuerkennung seiner materiellen Rechtsposition zu, sondern liegt dies im Ermessen der Behörde, wird es im vorläufigen Rechtsschutz als problematisch angesehen, welche Entscheidung das Gericht in diesem Fall treffen darf.

Grundsätzlich ist gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO lediglich ein Verbescheidungsurteil zu erlassen, sofern der Betroffene einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat. Eine Befugnis zu eigener Ermessensentscheidung steht dem Gericht nicht zu, da es gem. § 114 VwGO zur Überprüfung der seitens der (beklagten) öffentlichen Verwaltung vorgenommenen Ermessenserwägung befugt ist. Aufgrund von § 114 VwGO findet im Hauptsacheverfahren eine klare Aufgabentrennung zwischen der Verwaltung und den Verwaltungsgerichten statt.⁴⁰⁷

Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes besteht die Besonderheit, dass das Gericht zu einer eigenen Ermessensentscheidung hinsichtlich des Entscheidungsinhalts, d. h. des „Wie“ der einstweiligen Anordnung befugt ist, so dass nicht nur eine gerichtliche Überprüfung des behördlicherseits bestehenden Ermessensspielraumes stattfindet.⁴⁰⁸ Dies zeigt sich gem. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO darin, dass das Gericht nicht nur hinter dem gestellten Antrag zurückbleiben, sondern eine gänzlich andere⁴⁰⁹ Regelung treffen darf. Problematisch ist in diesem Zusammenhang einzig der Fall, dass weder ein gebundener Anspruch auf Erlass eines begehrten Verwaltungsakts noch eine Ermessensreduzierung auf Null besteht, sondern der öffentlichen Verwaltung bei ihrer Entscheidung von Gesetzes wegen ein Ermessensspielraum eingeräumt wird.⁴¹⁰ Kern des Problems ist zunächst die Frage, ob das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes überhaupt im Bereich der Ermessensentscheidungen Anwendung finden kann, um sich im nächsten Schritt mit dem Inhalt einer einstweiligen Anordnung bei Ermessensentscheidungen auseinander zu setzen.

II. Anwendung des vorläufigen Rechtsschutzes auf Ermessensentscheidungen

1.) Ablehnende Begründung

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur besteht keine einheitliche Meinung dazu, ob behördliche Ermessensentscheidungen überhaupt Gegenstand des vorläufigen

⁴⁰⁷ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 114 Rn. 1.

⁴⁰⁸ Vgl. VGH München, BayVBl 1989, 660 (660); *Schrader*, JuS 2005, 37 (38).

⁴⁰⁹ So auch *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 28.

⁴¹⁰ Vgl. insoweit zutreffend *Schrader*, JuS 2005, 37 (38).

Rechtsschutzes sein können. Vertreten wird hierbei, dass Ermessensentscheidungen mit dem Charakter einer einstweiligen Anordnung nicht vereinbar seien, da sowohl das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ zu beachten sei, als auch der Umstand, dass die einstweilige Anordnung dem Betroffenen nicht mehr gewähren dürfe, als er mit der Hauptsache erreichen könne.⁴¹¹ Das BVerfG hat noch im Zusammenhang mit § 32 Abs. 1 BVerfGG entschieden, dass es dem Antragsgegner keine bestimmte EntschlieÙung vorschreiben könne, so dass die Ergreifung bestimmter Maßnahmen der Entscheidung der öffentlichen Verwaltung obliege.⁴¹² Als unzulässig abgelehnt wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung auch mit der Begründung, dass der Betroffene durch einen im Ermessen der Behörde stehenden Verwaltungsakt mehr erreichen würde, als dies mit der Hauptsache (wegen §§ 113 Abs. 5 S. 2, 114 VwGO) überhaupt möglich sei.⁴¹³ Ferner wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung nur dann als möglich angesehen, sofern eine Ermessensreduzierung auf Null vorliege.⁴¹⁴ Weiter wird eine ablehnende Haltung damit begründet, dass die Verpflichtung zur Neuverbescheidung in Ablehnung an § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO keine Regelung sei, wie sie § 123 VwGO unter Beachtung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes vorsehe.⁴¹⁵

2.) Befürwortung

Dass auch im Bereich von Ermessensentscheidungen eine einstweilige Anordnung, zunächst ungeachtet ihres Inhalts, unter Beachtung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt möglich sein muss, sollte ohne größere Diskussion⁴¹⁶ als anerkannt gelten. Wenn berücksichtigt wird, dass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes insbesondere dazu dient, das Hauptsacheverfahren offen- und entscheidungsfähig zu halten,⁴¹⁷ so verwundert es, dass im Bereich der Ermessensentscheidungen eine einstweilige Anordnung teilweise abgelehnt wird. Andernfalls wäre im Bereich der Ermessensentscheidungen per se kein vorläufiger Rechtsschutz möglich. Die Hauptsache würde in diesen Fällen nie offen gehalten werden können.⁴¹⁸ Dies wird aber vom verfassungsrechtlichen Schutzauftrag aus Art.

⁴¹¹ Vgl. *Schrader*, JuS 2005, 37 (38).

⁴¹² Vgl. BVerfGE 46, 160 (165).

⁴¹³ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 57 (57).

⁴¹⁴ Vgl. BVerwGE 63, 110 (111); VG Dresden, Beschl. v. 20.12.2013 – Az. 3 L 1161/13 (zit. nach juris), Rn. 24.

⁴¹⁵ Vgl. VGH München, NVwZ-RR 2002, 839 (840 f.).

⁴¹⁶ Als selbstverständlich ansehend OVG Münster, Beschl. v. 25.08.2014 – Az. 6 B 761/14 (zit. nach juris), Rn. 10; VGH München, Beschl. v. 23.12.2008 – Az. 19 CS 08.577 (zit. nach juris), Rn. 17; OVG Bremen, Beschl. v. 14.01.2002 – Az. 2 B 157/01 (zit. nach juris), Rn. 20; VG Regensburg, Beschl. v. 29.08.2014 – Az. RN 6 E 14.1432 (zit. nach juris), Rn. 18.

⁴¹⁷ Vgl. VGH Koblenz, Beschl. v. 26.10.2009 – Az. 7 B 2707/09 (zit. nach juris), Rn. 13; so auch *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 197; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1677.

⁴¹⁸ So auch *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1677.

19 Abs. 4 GG verlangt.⁴¹⁹ Denn der Erlass eines Verbescheidungsurteils in der Hauptsache gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO stellt gegenüber dem Vornahmeurteil regelmäßig den Hauptanwendungsfall im Bereich der Verpflichtungsklage dar.⁴²⁰ Es ist weder aus § 123 VwGO noch aus den Gesetzesmaterialien ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Bereich der Ermessensentscheidungen als aus dem Anwendungsbereich des § 123 VwGO herausgenommen verstehen wollte. Deshalb sollte bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht das „Ob“ des Erlasses einer einstweiligen Anordnung in Frage gestellt werden. Denn dass eine einstweilige Anordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen zu erlassen ist und nicht wahllos versagt werden kann, ergibt sich bereits aus Art. 19 Abs. 4 GG.

III. Inhalt der einstweiligen Anordnung bei Ermessensentscheidungen

Diskussionswürdig ist auch die Frage, welchen Entscheidungsinhalt diese letztendlich innerhalb der gerichtlichen Erkenntnisse haben dürfe.⁴²¹ Unter Berücksichtigung von § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO wird vertreten, dass entgegen einer Parallelität zum Hauptsacheverfahren nicht, wie § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO vorschreibt, die Verpflichtung zur Neuverbescheidung auszusprechen sei, sondern das Gericht lediglich eine vorübergehende bzw. vorläufige Verpflichtung zur Erteilung des begehrten Verwaltungsaktes oder zur Vornahme einer bestimmten Handlung aussprechen dürfe.⁴²² Begründet wird dies damit, dass nur so das Hauptsacheverfahren offen gehalten werden könne, wobei keine Verletzung von §§ 113 Abs. 5 S. 2, 114 VwGO statfinde, da die Behörde durch die Hauptsacheentscheidung zu einer Neuverbescheidung verpflichtet werden könne und hiermit eine endgültige Entscheidung treffe.⁴²³ Angeführt wird auch, dass infolge der Parallelität § 114 VwGO auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren Beachtung finden müsse, so dass das Gericht grundsätzlich nur zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen befugt sei, und lediglich ausnahmsweise, sofern die Voraussetzungen einer „Vorwegnahme der Hauptsache“ vorlägen, selbst die erforderliche und unterlassene bzw. fehlerhafte Abwägung vornehmen dürfe, so dass dann auch die Behörde zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden könne.⁴²⁴ Das in § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO dem Gericht eingeräumte freie Ermessen sei vielmehr als verfas-

⁴¹⁹ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 12.

⁴²⁰ Vgl. *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 197.

⁴²¹ So auch *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1678.

⁴²² Vgl. BVerwG, Beschl. v. 05.11.2012 – Az. 2 VR 1/12 (zit. nach juris), Rn. 18; VG München, Beschl. v. 06.02.2014 – Az. M 15 E 13.5841 (zit. nach juris), Rn. 47; *Happ*, in: Eyermann, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 50; *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 12; *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1676, welcher die inhaltliche Entscheidungsmöglichkeit des Gerichts als dem Gericht zugewiesene exekutive Aufgabe eigener Art bezeichnet.

⁴²³ Vgl. *Rohmeyer*, Geschichte und Rechtsnatur, S. 193 f.

⁴²⁴ Vgl. VGH München, Beschl. v. 27.02.2012 – Az. 3 CE 11.2579 (zit. nach juris), Rn. 22.

sungs- und verwaltungsgebundenes Ermessen zu qualifizieren.⁴²⁵ Hieraus resultiere, dass das Gericht aus Gründen der Gewaltenteilung bzw. Wahrung der Aufgabenverteilung grundsätzlich nur Verpflichtungen aussprechen und keine (behördliche) Maßnahmen ersetzen könne.⁴²⁶ Lediglich ausnahmsweise, aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, solle das Gericht zu einer eigenen Entscheidung befugt sein.⁴²⁷ Vertreten wird auch, dass das Gericht dies aus Gründen des Zwecks der einstweiligen Anordnung wahlweise entscheiden könne.⁴²⁸ Auch eine Verpflichtung zur Neuverbescheidung wird als zulässiger und möglicher Entscheidungsinhalt bei einer einstweiligen Anordnung angesehen.⁴²⁹ Sofern eine Verpflichtung zur Neuverbescheidung im Raum stehe und diese zum Entscheidungsinhalt gemacht werde, sind die erhöhten Anforderungen zu beachten, da es sich um eine Hauptsachevorwegnahme handle.⁴³⁰ Dies komme jedoch nur dann aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes in Betracht, sofern mit einer frühzeitigen Entscheidung, d. h. vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens seitens der Behörde zu rechnen ist.⁴³¹ Ferner wird der Anwendungsbereich der Verpflichtung zum Erlass des begehrten Verwaltungsakts anstatt der Verpflichtung zur Neuverbescheidung lediglich dann für gegeben angesehen, sofern es sich um lebensnotwendige Leistungen in absolut erforderlichem (Teil-)Umfang oder ähnliche dringende Fälle handle⁴³² oder schwere und irreversible Grundrechtsverletzungen drohten.⁴³³

IV. Eigene Bewertung

Unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 4 GG und des darin enthaltenen Gebots des effektiven Rechtsschutzes ist eine differenzierte Ausgestaltung des Entscheidungsinhalts geboten. Das Gericht sollte von dem ihm gem. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 VwGO eingeräumten Ermessen auch in entsprechender Weise Gebrauch machen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich von Gerichts wegen eine Verpflichtung zur Erteilung eines vorläufigen Verwaltungsakts oder eine Verpflichtung zur Vornahme einer vorübergehenden Handlung ausgesprochen werden kann. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn der Inhalt so gewählt wird, dass durch die Hauptsacheentscheidung für die Zukunft eine abweichende Entscheidung getroffen

⁴²⁵ Vgl. *Schoch*, in: Jura 2002, 318 (326).

⁴²⁶ Vgl. VGH München, GewArch 1984, 346 (346); *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 118.

⁴²⁷ Vgl. *Hummel*, JuS 2011, 502 (505).

⁴²⁸ Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 12.

⁴²⁹ Vgl. VGH Mannheim, DÖV 1997, 694 (694); VG Wiesbaden, Beschl. v. 20.12.2013 – Az. 5 L 970/13.WI (zit. nach juris), Rn. 26; *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar VwGO, § 123 Rn. 163a.

⁴³⁰ Vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 08.08.2013 – Az. 3 M 202/13 (zit. nach juris), Rn. 31.

⁴³¹ Vgl. VGH Mannheim, DÖV 1997, 694 (694).

⁴³² VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 57 (57).

⁴³³ Vgl. VGH München, Beschl. v. 06.05.2013 – Az. 22 CE 13.923 (zit. nach juris), Rn. 20.

werden kann. Es muss nämlich gewährleistet bleiben, dass der Verwaltung, wenn auch erst im Hauptsacheverfahren, der ihr eingeräumte Ermessensspielraum auch beachtet wird. Hierdurch erhält der Betroffene nicht mehr, als er mit der Hauptsacheentscheidung erreichen könnte, da auch bei der Verpflichtung zur vorläufigen Erteilung des begehrten Verwaltungsakts weiterhin eine Änderungsmöglichkeit für die Zukunft besteht und nicht in unzulässiger Weise in das der Behörde eingeräumte Ermessen eingegriffen wird.⁴³⁴ Tritt der vorläufige Rechtsschutz aus Gründen der Dringlichkeit an die Stelle der Hauptsache, so sollte das Gericht die Behörde zur Neuverbescheidung verpflichten. Hierbei kann und darf das Gericht auch zeitliche Vorgaben tenorieren, damit die Eilbedürftigkeit einer Entscheidung berücksichtigt wird. Ausgangspunkt ist nämlich nicht, dass der Entscheidungsinhalt nicht über die Hauptsacheentscheidung hinausreichen darf, sondern vor allem, welche Grenzen das materielle Recht an sich, aus dem sich der Anordnungsanspruch letztlich ergibt, aufzeigt.⁴³⁵

⁴³⁴ Vgl. *Kopp*, JuS 1983, 673 (678) sowie zustimmend *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1679.

⁴³⁵ Vgl. ausführlich dazu *Schoch*, Risikoverteilung, S. 1679.

C. Kritik und Fazit

Der verwaltungsrechtliche vorläufige Rechtsschutz⁴³⁶ ist ein notwendiges Instrumentarium. Die gesellschaftliche Entwicklung erfordert, dass den Betroffenen zur Durchsetzung ihrer materiell-rechtlichen Positionen ein Verfahren zur Verfügung gestellt wird, welches die Dringlichkeit ihres Anliegens – sei es aus der Natur der Sache heraus oder aus der allgemein langen Verfahrensdauer im Hauptsacheverfahren – ausreichend berücksichtigt. Dies resultiert bereits aus der Existenz des Verfahrensgrundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG.

An der bisherigen Vorgehensweise der Gerichte ist dennoch Kritik zu üben. Die Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes und die Berechtigung seiner Existenz erfordern gerichtliche Entscheidungen, die jedenfalls bis zu einer nachfolgenden Hauptsacheentscheidung irreparabel und demnach für diesen Interimszeitraum endgültig sind. Die schlichte Frage, ob eine nachfolgende Hauptsacheentscheidung die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren wieder für die Zukunft abändern kann, zieht die Grenze zwischen grundsätzlich zulässigem Entscheidungsinhalt und solchem, der einer weitergehenden Rechtfertigung und Prüfung bedarf. Doch auch ein endgültiger Entscheidungsinhalt, d. h. eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren, welche durch eine nachfolgende Hauptsacheentscheidung nicht wieder für die Zukunft geändert werden kann, kann und muss unter Beachtung von Art. 19 Abs. 4 GG in gewissen Konstellationen möglich sein.

Die bisherige gerichtliche Praxis zwingt zu der Frage, ob bei der überwiegend ablehnenden Haltung sogar für einen vorläufigen endgültigen Entscheidungsinhalt eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren überhaupt jemals ergehen kann.

⁴³⁶ Bezogen auf den hier untersuchten § 123 VwGO. Selbige Ausführungen gelten freilich auch für §§ 80, 80a VwGO.

Dritter Teil

Vorläufiger Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung staatlicher und presserechtlicher Informationspolitik in „neuen“ Medien im Lebensmittelrecht

A. Einführung

Das allgemeine Informationsinteresse⁴³⁷ der Verbraucherinnen und Verbraucher, mithin der Öffentlichkeit, steigt stetig an. Durch die fortschreitende Entwicklung im Bereich des Internets⁴³⁸, aber auch im Bereich von Smartphones, ist es heutzutage möglich, jede Information auf schnellstem Wege auf den PC oder das Handy zu erhalten. Hierzu tragen Suchmaschinen wie bspw. Google einen wesentlichen Teil bei. Informationen werden durch die Nutzung des Internets nahezu grenzenlos verfügbar. Unterwegs erleichtert die Verwendung von Smartphones die sofortige Abrufbarkeit der gewünschten Informationen. So lassen sich innerhalb kürzester Zeit von Nutzern erstellte Bewertungen über ein Restaurant oder diverse Lebensmittel finden. Der Informationsabruf durch das Internet wird „on demand“ – je nach Bedarf - an den Empfänger geliefert.⁴³⁹

Die Abkehr von der häuslichen Lebensmittelproduktion zur Herstellung von Lebensmitteln durch Dritte führte sowohl durch den Zuwachs der Bevölkerung als auch durch neue Technologien der Herstellung sowie letztendlich durch das menschliche Konsumverhalten zu einer nicht mehr überschaubaren Palette an Produkten und Dienstleistungen, welche im konkreten Zusammenhang mit Lebensmitteln stehen. Dies hat zwangsläufig zur Folge, dass der Herstellungsprozess nicht mehr transparent und verfolgbar wird – eine gewisse Distanz entwickelt sich sowohl zu den angebotenen Produkten als auch zu deren Herstellung.⁴⁴⁰ Diese Entwicklung führt auch dazu, dass dem einzelnen Konsumenten grundsätzlich wenige Möglichkeiten zur Verfügung stehen, Kriterien für die Lebensmittelqualität eigenständig zu entwickeln und selbst zu überprüfen.⁴⁴¹ Die in jüngerer Zeit aufgetretenen Lebensmittelskandale trugen zur Vertrauensbildung der Konsumenten in die Lebensmittelproduktion nicht gerade positiv bei. Zu nennen ist hier der erst im Jahre 2013 aufgetretene Pferdefleischskandal, in welchem Rindfleisch im Lebensmittel deklariert wurde, obwohl tatsächlich nicht deklariertes Pferde-

⁴³⁷ Vgl. zum Begriff, zur Bedeutung und Charakteristika von „Information“ *Schoch*, AfP 2010, 313 (314 f.); *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen, S. 8 ff.

⁴³⁸ Zur historischen Entwicklung vgl. nur *Münch*, Neue Medien, S. 18 ff.

⁴³⁹ Vgl. BT-Drs. 15/1675, S. 7.

⁴⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 15/1675, S. 8.

⁴⁴¹ Vgl. BT-Drs. 15/1675, S. 8.

fleisch enthalten war.⁴⁴² Bereits der Anstieg der Lebensmittelskandale der letzten Jahre führte zwangsläufig zu einer massiven Verunsicherung der Verbraucherinnen und Verbraucher. Diese wussten nicht und konnten nicht wissen, wer konkret in diese Skandale verwickelt war und woher entsprechende Informationen zu erlangen waren.⁴⁴³ Eine nicht funktionierende staatliche Informationspolitik gegenüber der Öffentlichkeit wurde im sog. „Dioxin-Skandal“ deutlich. Dieser hatte zum Inhalt, dass erhöhte Dioxinwerte in Futter für Legehennen enthalten waren.⁴⁴⁴ Die Öffentlichkeit wurde erst Anfang 2011 über potenziell belastete Hühnereier informiert, obwohl bereits Ende 2010 entsprechende Verdachtsmomente hierfür vorgelegen haben.⁴⁴⁵ Als Reaktion auf die verspätete Information der Öffentlichkeit, sowohl per Presse als auch der Behörden, reagierte die Medienwirtschaft. So konnten die Konsumenten aktiv über ihr Smartphone überprüfen, ob die von ihnen gekauften Eier oder solche, die gekauft werden sollten, mit Dioxin belastet waren. Die „Barcode-App“ ermöglichte so ein Einscannen des auf dem Ei aufgedruckten Codes. Im Anschluss daran erhält der Nutzer die Information darüber, ob er es mit einem mit Dioxin belasteten Ei zu tun hat oder dieses gefahrenlos konsumieren kann.⁴⁴⁶ Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Interesse der Bevölkerung an Hygienemängeln in Lebensmittelunternehmen drastisch gestiegen ist, da sich gerade Lebensmittel als alltägliches Produkt und deren Qualität unmittelbar und nachhaltig auf die menschliche Gesundheit sowie auf das menschliche Wohlbefinden auswirken.⁴⁴⁷

Das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit im Lebensmittelsektor kann auf dreifachem Wege befriedigt werden: Zum einen ist es möglich, dass sich der interessierte Verbraucher eigenständig an die Behörde wendet und auf Grundlage der §§ 2 Abs. 1, 3 VIG die für ihn relevanten Informationen beantragt. Zum anderen kann und muss die staatliche Stelle sogar von sich aus Informationen an die Öffentlichkeit herausgeben. Zu nennen sind vor allem § 6 Abs. 1 S. 3 VIG sowie § 40 Abs. 1 und Abs. 1a LFGB. Hierbei ist fraglich, welcher Informationsverpflichtung staatliche Stellen überhaupt unterliegen und welche verfassungsrechtlichen Grundsätze und Grenzen dabei zu beachten sind. Schließlich fungiert die Presse als drittes

⁴⁴² Vgl. bspw. https://de.wikipedia.org/wiki/Pferdefleischskandal_in_Europa_2013.

⁴⁴³ Vgl. BT-Drs. 16/199, S. 1.

⁴⁴⁴ Vgl. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/dioxinskandal-behoerden-sperren-mehr-als-4700-bauernhoefe-a-738224.html>, zuletzt abgerufen am 08.02.2015 sowie zu den möglichen Wirkungen von Dioxinen nur Überblickshalber <http://www.portalgesund.de/dioxin.php>, zuletzt abgerufen am 08.02.2015, insbesondere der Hinweis, dass die Aufnahme von Dioxinen durch Lebensmittel nicht sofort zu Gesundheitsschäden führt, diese jedoch im Laufe der Jahre entstehen können, sowie *Grube*, LMuR 2011, 21 (21).

⁴⁴⁵ Unter Bezugnahme auf *Grube*, LMuR 2011, 21 (21), da im Zeitpunkt der Entstehung dieser Arbeit die entsprechenden behördlichen Warnungen auf den jeweiligen Internetseiten der Behörden nicht mehr zum Abruf bereit standen.

⁴⁴⁶ Vgl. zum Ganzen die Pressemitteilung von Barcoo unter <http://www.barcoo.com/pressemeldung/mit-der-app-barcoo-können-verbraucher-dioxin-eier-erkennen>, Seite abgerufen am 24.01.2015.

⁴⁴⁷ Angelehnt an *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar zum LFGB, § 40 Rn. 2.

Informationssystem und informiert die Bevölkerung über aktuelle Themen. Bei allen drei Wegen sollte die Informationsbefriedigung des Verbrauchers im Vordergrund stehen. Der Bereich der unternehmerischen Interessen, welcher zwangsläufig durch eine Veröffentlichung unter Namens- oder Produktbenennung berührt wird, muss wertend mitberücksichtigt werden. Da kein bilaterales, sondern ein multipolares Interessengeflecht vorliegt, erweist sich der Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Begehren auf Informationserteilung sowie auf Unterlassung einer geplanten oder bereits bestehenden Veröffentlichung durch die Akteure als diffizil. Erschwert wird das durch geplante oder bereits erfolgte Veröffentlichungen in „neuen“ Medien, welche auf Grund ihrer Eigenschaften besondere Gefahren mit sich bringen. Der Kern der Arbeit wird sich daher in diesem Teil mit der Frage nach der staatlichen und pressemäßigen Informationspolitik in Bezug auf „neue“ Medien befassen, um sich im Anschluss daran mit den Besonderheiten dieser Thematik im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes auseinanderzusetzen. Neben den presserechtlichen Grundlagen und der Herleitung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs ist auch der Bereich der staatlichen Informationspolitik im Allgemeinen sowie - bezogen auf den Lebensmittelsektor - im Besonderen zu behandeln. Schließlich erfolgen eine Darstellung der materiell-rechtlichen und prozessualen Besonderheiten der Informationspolitik im vorläufigen Rechtsschutz sowie eine Auseinandersetzung zur Lösung multipolarer Konfliktlagen.

B. Staatliche Informationspolitik

Die staatliche Informationspolitik als solche ist keine neomodische Erscheinung. Vielmehr war der Staat seit je her gegenüber der Öffentlichkeit informierend tätig.⁴⁴⁸

In der heutigen Zeit ist neu und diskussionswürdig, insbesondere vor dem Hintergrund der rechtlich zulässigen Rahmgestaltung, die sichtbar vermehrt auftretende Informationstätigkeit des Staates im Internet, vor allem von Behörden.⁴⁴⁹ Die aktive Informationsweitergabe⁴⁵⁰ an die Öffentlichkeit hat grundsätzlich zum Ziel, die Meinungsbildung der Bevölkerung zu beeinflussen, ohne dass diesem Vorgang ein langes (behördliches) Verfahren vorgeschaltet wird.⁴⁵¹ Ihr geht zunächst eine Auswahl der Informationen durch die Behörde voraus, um sodann die Öffentlichkeit implizit aufzufordern, sich zu informieren und ggfs. ein Problembewusstsein zu entwickeln.⁴⁵² Staatliche Stellen verfügen über kein Informationsmonopol, da ebenso private Unternehmen bzw. die Presse eine Information der Öffentlichkeit vornehmen können, doch ist es zutreffend zu behaupten, dass staatlichen Informationen eine gewisse Neutralität und Objektivität und kein eigennütziges Handeln in eigener Sache durch die Öffentlichkeit attestiert wird.⁴⁵³ Gleiches kann auf Sachverhalte projiziert werden, in denen die staatliche Stelle auf Anfrage behördeninterne Informationen an Dritte wie bspw. die Verbraucherzentralen herausgibt. Beidem kann neben der Befriedigung von Individualinteressen des Einzelnen auch die Funktion der Kontrolle der Verwaltung an sich zugesprochen werden.⁴⁵⁴

Hierbei hat sich die klassische Gefahrenabwehr für die menschliche Gesundheit vorverlagert auf lebensmittelrechtliche Informationen zu Themen, welche (noch) keine Gefahr für die menschliche Gesundheit darstellen, so dass die Informationen mithin nicht der Gefahrenabwehr dienen, sondern andere Ziele verfolgen.⁴⁵⁵ Konkret zu nennen ist die Informationstätigkeit auf Grundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG oder § 40 Abs. 1a LFGB.⁴⁵⁶ Pointiert drückte sich die ehemalige Bundesministerin für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft, Renate Künast, im Zusammenhang mit der Informationspolitik des Staates aus; sie rechtfertigte die Informationspolitik des Staates als „Dienst an der Bevölkerung“⁴⁵⁷. Ob die staatliche Informa-

⁴⁴⁸ So auch *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1362).

⁴⁴⁹ Ferner ist auch eine Abkehr von den klassischen ordnungsrechtlichen Instrumenten wie Verbote oder Widerruf einer Erlaubnis zu einer reinen Informationspolitik mit tendenziell gleichartigen Wirkungen zu erkennen, vgl. zur Vertiefung *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490 ff.); *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1357 ff.)

⁴⁵⁰ Zur Terminologie von Information und Warnung vgl. nur *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2845).

⁴⁵¹ Vgl. *Schnall*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 200.

⁴⁵² Vgl. v. *Schwanenflügel*, DÖV 1993, 95 (95).

⁴⁵³ Vgl. *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1358); *Schnall*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 200.

⁴⁵⁴ Vgl. *Kugelmann*, DÖV 2005, 851 (857).

⁴⁵⁵ Vgl. einleitend zur weitergehenden Zielsetzung *Schoch*, NJW 2011, 2241 (2242).

⁴⁵⁶ Die Rechtslage davor beschränkte sich überwiegend auf die Anwendung von Richterrecht, vgl. hierzu im Überblick *Knitsch*, ZRP 2003, 113 (114 ff.).

⁴⁵⁷ Vgl. Protokoll über die 224. Sitzung des Bundestages v. 14.03.2002 – 14. Wahlperiode, S. 22182.

tionspolitik tatsächlich als Dienst, d. h. als Pflicht anzusehen ist, wird sich nachfolgend noch herausstellen.

Kritisch erscheint und nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass die staatliche Information der Öffentlichkeit für den oder die Betroffenen gravierende persönliche oder wirtschaftliche Folgen nach sich ziehen kann, da die Kenntnisnahme der Information durch die Bevölkerung an sich nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁴⁵⁸ Hinzu kommt auch die politische Intention, digitale Beteiligungsplattformen auf- und auszubauen, damit eine konstruktive und frühzeitige Einflussnahme auf das Verhalten der Bevölkerung besser bewerkstelligt werden kann,⁴⁵⁹ wobei gerade die Eigendynamik der Verbreitung von Informationen über das Internet besondere Risiken gegenüber einer herkömmlichen Veröffentlichung in Broschüren oder ähnlichen Druckwerken herbeiführt.⁴⁶⁰

Neben zahlreichen weiteren verfassungsrechtlichen Fragen ist speziell die Entwicklung des Trends der staatlichen Informationspolitik im Allgemeinen sowie im Bereich des Lebensmittelrechts im Besonderen interessant. Im Anschluss daran ist zwingend eine Auseinandersetzung mit den durch die staatliche Informationspolitik verbundenen multipolaren Interessen, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die staatliche Informationspolitik sowie eine Untersuchung von vier Praxismodellen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin geboten.

I. Entwicklung

Die Bereiche, in denen staatliche Informationspolitik betrieben werden kann, sind nicht nur auf den Lebensmittelsektor begrenzt.⁴⁶¹ Beispielsweise informiert die Regierung über ihre (Regierungs-)Tätigkeit mittels der „Regierungs-App“ zeitnah und aktuell.⁴⁶² Im Bereich der Umwelt können gemäß § 10 UIG aktiv Umweltinformationen an die Öffentlichkeit hergetragen werden. Auf Bundesebene eröffnet § 11 Abs. 2, Abs. 3 IFG die Möglichkeit, die Öffentlichkeit aktiv über Organisations- und Aktenpläne oder für den Gesetzeszweck weitere geeignete Informationen in elektronischer Form zu unterrichten. Für den Bereich der Produktsicherheit schafft § 26 Abs. 2 Nr. 9 ProdSG die Möglichkeit der Öffentlichkeitsinformation. Gem. § 115 Abs. 1a S. 1 SGB XI wird den Landesverbänden der Pflegekassen eine thematisch spezifische Informationsmöglichkeit eingeräumt. Auf europarechtlicher Ebene infor-

⁴⁵⁸ Vgl. *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2845).

⁴⁵⁹ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode v. 14.12.2013, S. 105.

⁴⁶⁰ Vgl. *Schnall*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 201.

⁴⁶¹ Vgl. zur historischen Entwicklung der Informationsfreiheit nur *Fluck*, DVBl 2006, 1406 (1407 f.).

⁴⁶² Vgl. für weitere Informationen <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2014/06/2014-06-20-app.html>, zuletzt abgerufen am 12.02.2015.

miert die Europäische Kommission über staatliche Beihilfen.⁴⁶³ Die Gebiete, in denen aktive staatliche Informationspolitik betrieben werden kann, sind vielfältig und hier lediglich beispielhaft benannt worden.

1.) Allgemeine Überlegungen

a.) Einführung

Allen Bereichen der staatlichen Information ist eine asymmetrische Informationsverteilung gemeinsam,⁴⁶⁴ in die der Staat lenkend eingreift, da wirksamer Wettbewerb eine symmetrische Informationsverteilung voraussetzt.⁴⁶⁵ Die am Markt agierenden Akteure sind grundsätzlich verpflichtet, sich die für ihre jeweilige Tätigkeit erforderlichen Informationen selbst zu beschaffen, um ihr Informationsdefizit auszugleichen. Diese Handlungspflicht scheitert jedoch da, wo es einem Marktteilnehmer nicht (mehr) möglich ist, die für seine (Kauf-) Entscheidung erforderlichen Informationen eigenständig zu besorgen. In diesen Fällen sieht sich der Staat in der Pflicht und im Dienst der Bevölkerung, eine ausgewogene Informationsstruktur zu schaffen.⁴⁶⁶ Der Staat greift reglementierend in bestehende Marktstrukturen ein und versorgt den seiner Ansicht nach unterinformierten Marktteilnehmer mit Informationen.⁴⁶⁷ Hieraus erwächst dem Staat eine neue Rolle. Diese besteht nicht mehr nur in einer sanktionierenden Aufgabenstellung bzgl. marktrelevanten Fehlverhaltens, sondern auch in einer informierenden und lenkenden Tätigkeit.⁴⁶⁸ Diese informierende und lenkende Tätigkeit sieht die Verwaltung durch die klassischen Handlungsinstrumente als nicht umsetzbar und als wenig effektiv an.⁴⁶⁹ Vielfach wird auch der Gedanke leitend sein, dass die Nutzung des „weichen“⁴⁷⁰ Steuerungselements der Informationstätigkeit gegenüber der „harten“ gesetzlich vorgesehenen Anordnung und mit dieser verbunden auch der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung zu mehr Akzeptanz, Bürgernähe und Kooperation führen kann.⁴⁷¹ Doch die Folgen des Einsatzes von staatlicher Informationspolitik können die betroffenen Unternehmen meist härter treffen als die direkten und gesetzlich angeordneten Steuerungselemente bei Vorliegen von Gefahren für die Rechtsgüter der Bevölkerung. Deshalb kann die staatliche Infor-

⁴⁶³ Vgl. die Datenbank zum Informationsabruf unter http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=3, zuletzt abgerufen am 12.02.2015.

⁴⁶⁴ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490).

⁴⁶⁵ Vgl. *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (573); *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 282.

⁴⁶⁶ Vgl. hierzu insbesondere die Figur des mündigen Verbrauchers im Lebensmittelsektor, BT-Drs. 16/5404, S. 7.

⁴⁶⁷ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490); *Lenski*, ZJS 2008, 13 (13).

⁴⁶⁸ Vgl. *Weiß*, EuZW 2008, 74 (74); *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 8.

⁴⁶⁹ So *Murawiek*, DVBl 1997, 1021 (1021).

⁴⁷⁰ So *Gramm*, Der Staat 1991, 51 (53).

⁴⁷¹ In diese Richtung *Murawiek*, DVBl 1997, 1021 (1021).

mationspolitik ebenfalls als ein (neues) Sanktionsinstrument bezeichnet werden.⁴⁷² Jedoch ist es nicht der Primär- oder Sekundärebene von anfänglicher Verhaltenssteuerung und Vollstreckung verwaltungsrechtlicher Pflichten zuzuordnen, sondern eher als „neue“ tertiäre Ebene zur Sanktionierung bereits eingetretener Rechtsverletzungen.⁴⁷³

Die Wahrscheinlichkeit, dass der direkte Kontakt zwischen Staat und betroffenem Lebensmittelunternehmen wegen Gesundheitsgefahren oder sonstigen Mängeln im Wege der Anordnung an die Öffentlichkeit gelangt, ist deutlich geringer, als wenn der Staat aktiv Hinweise, Empfehlungen oder gar Warnungen an die Öffentlichkeit gerichtet im Internet ausspricht. Grundsätzlich ist gem. § 29 Abs. 1 VwVfG ein berechtigtes Interesse für den Erhalt von verwaltungsrelevanten Informationen erforderlich. Hieraus folgt, dass grundsätzlich nur Beteiligte am Verwaltungsverfahren (§§ 11, 13 VwVfG) die geforderten Informationen, bspw. durch Akteneinsicht erhalten. Dieses für die Information erforderliche Interesse wird sowohl durch das VIG als auch das IFG für die Informationserteilung nicht vorausgesetzt, so dass ein Informationsrecht nach beiden Gesetzen für nicht am Verwaltungsverfahren Beteiligte und sowohl während eines als auch nach Abschluss eines Verwaltungsverfahrens bestehen kann.

Rechtlich diskussionswürdig und unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten relevant ist nicht die staatliche Informationspolitik an sich. Vielmehr sind deren rechtliche Rahmenbedingungen einer Untersuchung wert. Der Staat kann und darf nicht seine „Hände in Unschuld waschen“⁴⁷⁴, nachdem er informierend tätig geworden ist, die Öffentlichkeit aufgeklärt hat und anschließend auf die mit der Information intendierte Reaktion des Publikums setzt. Diese intendierte Reaktion des Publikums kann die ansonsten für hoheitliche Maßnahmen ggfs. erforderliche Vollstreckung ersetzen, da der Staat die von ihm beabsichtigten Folgen durch die autonomen, aber steuer- und absehbaren Reaktionen der Öffentlichkeit erhält.⁴⁷⁵ Da die Informationstätigkeit in staatlicher Funktion erfolgt, kann sich der Staat nicht auf den Standpunkt stellen, es handle sich lediglich um eine Information ohne damit einhergehenden Grundrechtseingriff, so dass sämtliche verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen wie Gesetzesvorbehalt, Bestimmtheitsgebot und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Anwendung finden würden.⁴⁷⁶

Das Kernproblem staatlicher Informationspolitik basiert darin, dass ein multipolares Verhältnis zwischen Staat, dem Informationsempfänger und demjenigen besteht, der Gegenstand der

⁴⁷² So auch *Waldhoff*, JuS 2013, 860 (862).

⁴⁷³ So *Reimer*, JöR 2010, 275 (275).

⁴⁷⁴ Vgl. *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490).

⁴⁷⁵ So *Reimer*, JöR 2010, 275 (285).

⁴⁷⁶ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490) und bereits *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1022) und in diese Richtung gehend *Gramm*, Der Staat 1991, 51 (77); *Schoch*, DVBl 1991, 667 (667).

Information ist. Dieses Szenario führt dazu, dass das grundrechtsrelevante Verhalten nicht mehr unmittelbar und imperativ vom Staat, sondern von einem von diesem unabhängigen privaten Dritten, nämlich dem Informationsempfänger ausgeht.⁴⁷⁷ Der Staat kann als „Mittäter“⁴⁷⁸ an der Folge und dem Ergebnis bezeichnet werden. Denn erst die Reaktion des privaten Dritten auf die staatliche Information wird in diesem Zusammenhang für die von der Information betroffenen Unternehmen gravierend sein. Die bei diesem eintretenden Folgen sind aber jedenfalls mittelbar auf die staatliche Information zurückzuführen. Es wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nur schwer vereinbar, wenn sich der Staat weiterhin der Pflicht zur Anerkennung einer Grundrechtsbeeinträchtigung und folglich dem Erfordernis einer gesetzlich wirksamen Ermächtigungsgrundlage entzieht, obwohl eine solche infolge möglicher Grundrechtsverletzungen erforderlich ist.⁴⁷⁹ Fraglich ist allerdings, ob an die staatliche Informationspolitik im Allgemeinen und im Internet im Besonderen keine, andere oder geringere Anforderungen zu stellen sind als an klassisches hoheitliches Handeln.

Deshalb ist nachfolgend zunächst eine Einordnung der staatlichen Informationspolitik in das Gesamtgefüge der staatlichen Handlungsinstrumente vorzunehmen, um sodann die Formen der staatlichen Informationspolitik voneinander abzugrenzen.

b.) Staatliche Handlungsinstrumente

(1.) Allgemeines

Dem Staat stehen zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben typisierte Handlungsformen zur Verfügung.⁴⁸⁰ Dabei handelt es sich keinesfalls um einen abgeschlossenen Bereich staatlicher Handlungsformen; vielmehr ist insoweit ein offenes System leitend.⁴⁸¹ Der Verwaltung als Teil der Exekutive muss die Möglichkeit eingeräumt bleiben, zeitnah, flexibel und effektiv auf eintretende gesellschaftliche oder wirtschaftliche Änderungen zu reagieren. Gerade die immense Verbreitung und Nutzung von medialen Informationsprodukten wie Internet und Smartphones machen deutlich, dass die gesetzlich typisierten Handlungsformen von Inhalt, Voraussetzung und Rechtsfolge her nicht stets geeignet sind, die beabsichtigte Wirkung einer staatlichen Maßnahme herbeizuführen. Als Beispiel sei folgendes genannt: die

⁴⁷⁷ So auch *Lenski*, ZJS 2008, 13 (13); *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 8, welcher das Steuerungsmittel des Staates als Einfluss auf die Motivation des Betroffenen bezeichnet.

⁴⁷⁸ *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1357).

⁴⁷⁹ In diese Richtung *Augsberg*, DVBl 2007, 733 (736), welcher zur rechtsstaatlichen Disziplin erziehen möchte; a. A. *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 8, wonach staatliche Information dann als Alternative gelte, wo klassische Eingriffsinstrumentarien wie Verwaltungsakte überhaupt nicht oder nicht hinreichend effektiv eingesetzt werden können.

⁴⁸⁰ Ausführlich zum Thema *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (681 ff.); *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 14 ff.; kritisch zur Handlungsformenlehre insb. *Schulte*, DÖV 1988, 512 (513).

⁴⁸¹ Vgl. *Becker*, DÖV 1985, 1003 (1005); *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (682).

Information, dass ein landwirtschaftlicher Betrieb für die menschliche Gesundheit gefährdende Produkte in den Umlauf gebracht hat, und das Ziel der Information, dass die Öffentlichkeit diese Produkte nicht erwirbt, lässt sich alleine mit der Anordnung und Vollziehung einer Betriebsschließung nicht an die Öffentlichkeit tragen. Hier sind zeitlich vorher oder erst parallel dazu weitergehende Schritte erforderlich, um die Öffentlichkeit vor Gefahren für die menschliche Gesundheit zu informieren. Neben der klassischen Presseerklärung kann eine (beabsichtigte) rasante Verbreitung der Information durch die Nutzung des Internets erreicht werden. Deshalb muss der Exekutive die Möglichkeit eingeräumt werden, sich – freilich im Rahmen der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundsätze – auch weiterer, nicht typisierter Handlungsformen zu bedienen. Andernfalls würde die entwicklungsgeschichtliche Komponente des Rechts außer Acht gelassen werden, was lebensfremd wäre.⁴⁸²

Die Subsumtion staatlicher Informationspolitik unter bereits typisierte Handlungsformen bringt Rechtssicherheit sowohl für die handelnde Verwaltung als auch die Öffentlichkeit mit sich.⁴⁸³ Denn die Ausübung einer typisierten Handlungsform indiziert bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Rechtmäßigkeit, während dies bei nicht typisierten Handlungsformen (derzeit) nicht der Fall ist.⁴⁸⁴

Die bereits gesetzlich vertypeten Handlungsformen der Verwaltung sind vielfältig. Grob unterscheiden lassen sich diese in abstrakt-generelle und konkret-individuelle Handlungsformen. Zu den abstrakt-generellen Handlungsformen zählen – hier nicht weiter von Relevanz – bspw. Satzungen, Verwaltungsvorschriften oder Richtlinien. Der Bereich der konkret-individuellen Handlungsformen wird unterteilt in solche mit und ohne Außenwirkung. Relevant für den Bereich der staatlichen Informationstätigkeit sind lediglich der gesetzlich normierte Verwaltungsakt und der gesetzlich nicht normierte Realakt.⁴⁸⁵ Fraglich ist deshalb, ob die staatliche Informationspolitik einem dieser beiden Bereiche zugeordnet werden kann.

(2.) Der Verwaltungsakt

Der Verwaltungsakt stellt weiterhin⁴⁸⁶ das zentrale Element der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen dar.⁴⁸⁷ Die Merkmale eines Verwaltungsakts werden in § 35 S. 1 VwVfG legal definiert. Diese Begriffsbestimmung geht auf *Otto Mayer* zurück, nach welchem der Verwal-

⁴⁸² So *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (681).

⁴⁸³ Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1989, 533 (535).

⁴⁸⁴ Vgl. auch *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 15.

⁴⁸⁵ Daneben sind noch die sonstigen erheblichen Willenserklärungen wie Aufrechnungserklärung oder Zurückbehaltungsrecht zu nennen.

⁴⁸⁶ Daneben lässt sich dem öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. §§ 54 ff. VwVfG ebenfalls eine zunehmende Bedeutung attestieren, jedoch ist dieser hier nicht weiter von Relevanz.

⁴⁸⁷ So *Kopp/Ramsauer*, Kommentar VwVfG, § 35 Rn. 36.

tungsakt ein „der Verwaltung zugehöriger Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“⁴⁸⁸, darstellt. Nunmehr wird der Verwaltungsakt gesetzlich definiert als jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Wesentliches Merkmal für die Annahme eines Verwaltungsakts ist das Vorliegen einer Regelung. Die im Verwaltungsakt enthaltene Maßnahme muss die Rechte des vom Verwaltungsakt Betroffenen unmittelbar begründen, verbindlich feststellen, beeinträchtigen, aufheben oder mit bindender Wirkung verneinen.⁴⁸⁹ Dies kann nur eintreten, sofern die Maßnahme unmittelbar rechtlich nach außen wirkt, indem sie selbst die Rechtsbeziehung zu einem Betroffenen oder hinsichtlich einer Sache regelt.⁴⁹⁰

Dem staatlichen Informationshandeln fehlt dieses für den Verwaltungsakt konstitutive und wesentliche Merkmal der Regelung. Die staatlicherseits herausgegebenen Informationen richten sich nicht direkt an die betroffenen Lebensmittelunternehmen, sondern primär an die Öffentlichkeit (bzw. Dritte). Je nach Informationsstufe, d. h. ob die Information dem Bereich des Hinweises, der Empfehlung oder gar der Warnung zugeordnet werden kann, wird auf eine unterschiedlich starke Willensbeeinflussung der Öffentlichkeit abgezielt und auf ihre Reaktion gesetzt. Erst die Reaktion des Publikums, sofern sich diese als das von der Information beabsichtigte Handeln erweist, ist geeignet, etwaige Grundrechtsbeeinträchtigungen und somit eine der Regelungswirkung vergleichbare Folge beim Betroffenen herbeizuführen.⁴⁹¹ Mithin fehlt es der staatlichen Informationstätigkeit an der unmittelbar verbindlichen Begründung von Rechten und Pflichten gegenüber den Betroffenen.

(3.) Der Realakt

Schlichtes Verwaltungshandeln⁴⁹² kennzeichnet sich im Gegensatz zum Verwaltungsakt oder der Allgemeinverfügung dadurch, dass das Merkmal der „verbindlichen Regelung“ nicht vorliegt.⁴⁹³ Ein Unterfall des schlichten Verwaltungshandelns ist der Realakt. Dieser ist nicht auf das Setzen einer Rechtsfolge, sondern auf den Eintritt eines tatsächlichen Erfolgs gerichtet.⁴⁹⁴ Im Bereich der staatlichen Informationspolitik liegt der Erfolg im geänderten Verbraucher-

⁴⁸⁸ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I, S. 95.

⁴⁸⁹ BVerwGE 60, 144 (145) u. V. a. st. Rspr.; Obermayer, NJW 1980, 2386 (2386 ff.) zum Vorliegen des Merkmals der Regelung.

⁴⁹⁰ BVerwGE 28, 145 (146 f.).

⁴⁹¹ In diese Richtung auch Engel, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 24.

⁴⁹² Zur Herleitung vgl. nur Ossenhühl, JuS 1979, 691 (685).

⁴⁹³ Vgl. Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, § 35 Rn. 36 sowie zum Begriff der Regelung aaO, Rn. 88.

⁴⁹⁴ Vgl. Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, § 35 Rn. 39.

verhalten.⁴⁹⁵ Eine gesetzliche Normierung liegt für den Realakt nicht vor. Ein Grund hierfür besteht in der Schwierigkeit, schlichtes Verwaltungshandeln für eine Vielzahl von Fällen konkret zu bestimmen, gesetzlich und damit allgemeinverbindlich zu normieren.

Das schlichte Verwaltungshandeln als staatliches Handlungsinstrument ist ergänzend zu den übrigen vertypen Arten staatlicher Handlungsinstrumente zu sehen, in keinem Fall als deren Ersetzung.⁴⁹⁶ Es wäre mit der geltenden Verfassungs- und Rechtsordnung nicht vereinbar, dass schlichtes Verwaltungshandeln als rechtlich unbeachtlich eingestuft wird.⁴⁹⁷

Fraglich ist, ob die staatliche Informationspolitik dem Realakt zuzuordnen ist. Staatliche Informationspolitik zielt auf eine unverbindliche Folge und nicht auf das Eingehen einer rechtlichen Bindung,⁴⁹⁸ da sie auf die Willens- und Verhaltensbeeinflussung des Empfängers abzielt. Damit wird ein tatsächlicher Erfolg zielgerichtet zum Gegenstand der staatlichen Information gemacht. Andernfalls, sofern es der Verwaltung darauf ankäme, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen, stünde ihr das Instrumentarium des Verwaltungsakts zur Verfügung, von dem sie offenkundig keinen Gebrauch macht. Die staatliche Informationspolitik ist demnach als Realakt einzuordnen,⁴⁹⁹ da sie keinen verbindlichen Regelungsinhalt besitzt.

Dennoch bleibt die Achtung des Art. 20 Abs. 3 GG und damit die Bindung an Recht und Gesetz erhalten, da sich die Verwaltung durch die Wahl ihrer Handlungsform nicht von rechtsstaatlichen Grundsätzen entledigen darf. Das staatliche Streben nach Publizität und Transparenz und damit nach Information und Schaffung einer Entscheidungsgrundlage⁵⁰⁰ muss sich im Rahmen des geltenden Rechts bewegen. Doch kann Transparenz allenfalls als Mittel und nicht als Ziel einer Informationstätigkeit verstanden werden.⁵⁰¹ Das Ziel ist vielmehr der Verbraucherschutz oder der Schutz vor konkreten Gefahren für die menschliche Gesundheit.

(4.) Folge der Einordnung

Fraglich ist, welche Folge die Einordnung der staatlichen Information zu dem gesetzlich nicht vertypen Handlungsinstrument des schlichten Verwaltungshandelns in Form des Realakts auslöst. Diskussionswürdig ist der Ansatz, ob sich die Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationspolitik nunmehr ausschließlich nach den vom BVerfG in der „Glykol“- und der „Os-

⁴⁹⁵ So *Schulte*, DVBl 1988, 512 (513)

⁴⁹⁶ Vgl. *Gusy*, NJW 2000, 977 (979).

⁴⁹⁷ Vgl. BVerfGE 40, 287 (293).

⁴⁹⁸ Vgl. *Becker*, DÖV 1985, 1003 (1005).

⁴⁹⁹ Vgl. *Huber*, JZ 2003, 290 (290) m. w. N.

⁵⁰⁰ Vgl. *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 29.

⁵⁰¹ Vgl. *Grube/Immel/Wallau*, Verbraucherinformationsrecht, S. 4 Rn. 9.

ho“-Entscheidung⁵⁰² vorgegebenen Voraussetzungen richtet.⁵⁰³ Nach Ansicht des BVerfG setzt die Verbreitung staatlicher Informationen keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraus, wenn und soweit weder ein Eingriff noch eine Schutzbereichsrelevanz zu verzeichnen ist.⁵⁰⁴ Dies sei dann der Fall, wenn eine Aufgabe der staatlichen Stelle und die Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen vorliegen.⁵⁰⁵ Ferner müsse die zu verbreitende Information inhaltlich zutreffend und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit angemessener Zurückhaltung durch den Träger der Staatsgewalt formuliert worden sein.⁵⁰⁶ Lediglich dann, wenn die staatliche Informationstätigkeit in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, liege ein Grundrechtseingriff vor.⁵⁰⁷ Ungeachtet der in der Literatur durch diese Entscheidungen hervorgerufenen Kritik kommt (alleine) die Beachtung dieser Voraussetzungen nicht in Betracht. Der Gesetzgeber selbst geht von einer grundsätzlichen Grundrechtsrelevanz des staatlichen Informationshandelns aus, da bereits mehrere Ermächtigungsgrundlagen wie bspw. § 40 Abs. 1 oder § 40 Abs. 1a LFGB sowie § 6 Abs. 1 S. 3 VIG geschaffen wurden. Deshalb wird sich gerade die Frage nach der Verfassungs- und Rechtmäßigkeit dieser Normen stellen.

c.) Informationsstufen

(1.) Allgemeines

Die staatliche Informationspolitik⁵⁰⁸ bildet den Oberbegriff über drei Äußerungsmöglichkeiten hinsichtlich Tatsachenbehauptungen oder Wissensmitteilungen.⁵⁰⁹ Die Information an sich hat zum Zwischenziel, beim Informationsempfänger eine Ungewissheit zu beseitigen und somit einen Zuwachs an Wissen zu bewirken.⁵¹⁰ Zu unterscheiden und voneinander abzugrenzen sind die Arten des Hinweises, der Empfehlung und der Warnung. Alle drei Äußerungsmöglichkeiten enthalten eine Lenkungsfunktion,⁵¹¹ um den Empfänger der Information zu einer bestimmten Handlung oder Unterlassung zu bewegen. Lediglich die Intensität der Lenkung variiert.⁵¹² Ob der Empfänger der Information den intendierten Handlungsauftrag schlussendlich umsetzt, liegt nicht (mehr) im staatlichen Einflussbereich. Doch kann der Staat

⁵⁰² Vgl. BVerfGE 105, 252 (252 ff.) sowie BVerfGE 105, 279 (279 ff.).

⁵⁰³ Vgl. zum Diskussionsansatz *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 15 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. BVerfGE 105, 252 (272).

⁵⁰⁵ Vgl. BVerfGE 105, 252 (268).

⁵⁰⁶ Vgl. BVerfGE 105, 252 (272).

⁵⁰⁷ Vgl. BVerfGE 105, 252 (273).

⁵⁰⁸ Einen umfassenden Überblick über die Typisierung staatlichen Informationshandelns bietet *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 11 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. v. *Danwitz*, Produktempfehlung, S. 20.

⁵¹⁰ Vgl. *Beck*, ZLR 2009, 123 (126).

⁵¹¹ Auch sog. Lenkungsinformation genannt, vgl. *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 16.

⁵¹² So auch *Porsch*, ZLR 2003, 175 (176).

durchaus ex ante den Inhalt der Information absehen und somit auch steuern, wie diese Information von der Öffentlichkeit aufgefasst wird. Dennoch stellt sich die Einordnung staatlicher Informationstätigkeit in das Gesamtgefüge der grundrechtsrelevanten staatlichen Verhaltensweise als diffizil dar. Dies liegt nicht zuletzt an der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der Einstufung der staatlichen Information als weniger grundrechtsrelevant.

Welche Art von staatlicher Information im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Abgrenzung nach der Funktion und dem denkbaren Beeinflussungsgrad vorzunehmen.⁵¹³ Im Übrigen ist mangels eindeutiger gesetzlicher Terminologie der Sinnzusammenhang der gesetzlich ermöglichten staatlichen Information zu erforschen. Schließlich hängt die Effektivität der staatlichen Informationspolitik neben der Wahl der Informationsform vom Empfänger der Information und auch wesentlich vom gewählten Medium ab. So spricht bspw. § 40 Abs. 1 S. 1 und Abs. 1a LFGB schlicht von „informieren“. § 6 Abs. 1 S. 3 VIG verwendet ebenfalls den Oberbegriff „Information“. Eine genauere Einordnung in die Informationsarten wird vom Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten, ist aber schlussendlich auch nicht maßgeblich. Denn die Erteilung einer Information kann im Einzelfall unterschiedlichen Informationsarten zugeordnet werden, ohne dass eine andere Ermächtigungsgrundlage notwendig wird. Hierin zeigt sich, dass der Gesetzgeber möglichst alle Arten der staatlichen Informationstätigkeit erfasst haben wollte.

(2.) Hinweis

Staatliche Hinweise⁵¹⁴ bilden die mildeste Form der staatlichen Informationspolitik. Ein Hinweis liegt vor, wenn die staatliche Äußerung lediglich informativen Charakter hat und neutral über tatsächliche und rechtliche Umstände berichtet.⁵¹⁵ Somit klärt der Staat über objektive Tatsachen auf und legt seinen eigenen Kenntnisstand mit Hilfe einer reinen Wissensmitteilung offen.⁵¹⁶ Die Bewertung dieser Äußerung und die Schlussfolgerungen für das eigene Verhalten werden dem Adressaten überlassen.⁵¹⁷ Eine bestimmte Verhaltensweise des Informationsempfängers wird grundsätzlich nicht aufgezeigt. Die Willensbeeinflussungsabsicht des Staates ist bei Hinweisen am geringsten.⁵¹⁸ Eine objektiv neutrale Äußerung kann dennoch einen staatlichen Verhaltensappell implizieren, da es für den Staat oftmals absehbar ist, ob die Öff-

⁵¹³ Vgl. *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 7.

⁵¹⁴ Zur weiteren möglichen Bezeichnungen dieser Informationsart vgl. *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 8.

⁵¹⁵ Vgl. *Tremml/Karger/Luber*, Der Amtshaftungsprozess, Rn. 928.

⁵¹⁶ Vgl. *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 7.

⁵¹⁷ Vgl. *Tremml/Karger/Luber*, Der Amtshaftungsprozess, Rn. 928.

⁵¹⁸ Vgl. *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 17.

fentlichkeit mit staatlichen Äußerungen in Form von Hinweisen auch das Vorliegen von Gefahren verbindet.⁵¹⁹ Zu nennen ist für diese Form der staatlichen Information der inzwischen nicht mehr wegzudenkende Hinweis auf Zigarettenpackungen „Rauchen gefährdet die Gesundheit“. Dass das Rauchen die Gesundheit gefährdet, ist allgemein anerkannt. Die Mitteilung dieser Information beruht auf einer reinen Tatsachenbasis. Ob der Informationsempfänger aus dieser Information seine Schlüsse zieht und sich gegen das Rauchen entscheidet oder nicht, liegt nicht im staatlichen Einflussbereich. Mit diesem Beispiel ist auch keine Grundrechtsverletzung verbunden. Die staatliche Information wird allgemein gehalten und nicht auf konkrete Tabakunternehmen bezogen, sondern ist auf jeder Verpackung – unabhängig vom Tabakunternehmen – angebracht. Anders verhält es sich mit dem Zwang, die Information auf die Verpackung aufzunehmen sowie mit den daraus resultierenden Kosten. Diese beiden Umstände können grundrechtsrelevant sein.

(3.) Empfehlung

Die Empfehlung hat bereits von der Wortbedeutung her eine ausgesprochene oder intendierte Handlungsrichtung als Inhalt. Im Unterschied zum Hinweis richtet sich die Empfehlung auf eine von mehreren möglichen und gleichermaßen zulässigen Handlungsalternativen.⁵²⁰ So unterscheidet sich die Empfehlung vom Hinweis darin, dass die staatliche Äußerung zum Vor- oder zum Nachteil eines bestimmten Produkts oder einer Person ausgesprochen wird und eben nicht nur personen- oder produktübergreifend erfolgt. Bezogen auf den Lebensmittelsektor, werden staatliche Empfehlungen regelmäßig als negative Produktempfehlung/-warnung⁵²¹ ausgesprochen. Eine konkrete Gefahr besteht (noch) nicht.⁵²¹ Diese haben sodann bspw. zum Inhalt, dass von der Verwendung eines bestimmten Produkts abgeraten wird, obwohl die gesetzlichen Anforderungen an dieses Produkt eingehalten sind. Dem Informationsempfänger verbleibt ein Handlungsspielraum, in welchem er sein Verhalten entsprechend oder entgegen der Empfehlung ausrichten kann.⁵²² Im Gegensatz zum Hinweis beinhaltet die Empfehlung eine Willensbeeinflussung, auch wenn diese relativ gering ist.⁵²³ Durch die staatliche Empfehlung wird der Informationsempfänger in die Lage versetzt, sich mit den Konsequenzen für sich selbst auseinanderzusetzen, wenn und soweit er der Empfehlung nicht Folge leisten möchte. Grundrechtlich relevant wird der Bereich der staatlichen Informationen dann, wenn die inten-

⁵¹⁹ Vgl. *Schnall*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, 35. EL 2014, Rn. 203.

⁵²⁰ Vgl. übereinstimmend nur *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 9; *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 17.

⁵²¹ Vgl. *Tremml/Nolte*, NJW 1997, 2265 (2266).

⁵²² Vgl. EuGH, Rs. C-325/00 = NJW 2002, 3609 (3609).

⁵²³ Vgl. *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 17.

dierte Lenkung sich spezifisch auf ein konkretes Produkt oder Unternehmen bezieht und das Unternehmen infolge der Empfehlung negative Folgen erfahren kann. So fällt in den Bereich der staatlichen Empfehlungen bspw. die Information, dass ein konkretes Tabakunternehmen für die menschliche Gesundheit besonders schädliche Erzeugnisse verwendet. Da der Tabakkonsum an sich bereits gesundheitsschädlich ist, obliegt es dem Einzelnen zu entscheiden, ob er ein Mehr an Gesundheitsschäden in Kauf nehmen möchte.

(4.) Warnung

Die schärfste Form der staatlichen Informationspolitik liegt in der Äußerungsform der Warnung. Denn die Warnung bildet die Möglichkeit der stärksten Willensbeeinflussung hinsichtlich Ziel und Intensität⁵²⁴ und soll dem Grunde nach zu einem ganz bestimmten Verhalten der Öffentlichkeit zum Schutz der Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Eigentum und zur Wahrung der Rechtsordnung bewegen.⁵²⁵ Dem Adressaten einer Warnung verbleibt regelmäßig keine vernünftige Handlungsalternative mehr.⁵²⁶ Einzuordnen ist die Form der Warnung somit als Mittel der Gefahrenabwehr, da sie den Schutz bestimmter Rechte und Rechtsgüter bezweckt.⁵²⁷ Warnungen sind final auf einen bestimmten Erfolgseintritt gerichtet.⁵²⁸ Im Zusammenhang mit staatlicher Warnung erlangte in der Praxis der „Birkel“-Skandal besondere mediale und gerichtliche Beachtung.⁵²⁹ Denn problematisch war in verfassungsrechtlicher Hinsicht, dass in Kenntnis der fehlenden Gesundheitsgefahr für die Bevölkerung Informationen herausgegeben wurden, die den Eindruck entstehen ließen, es handle sich um eine Warnung, da eine akute gesundheitliche Gefahr für die Bevölkerung bestünde.⁵³⁰ Tatsächlich war das Produkt lediglich für den Verzehr ungeeignet.

Allerdings ist das behördliche Verbot als milderes Mittel gegenüber der staatlichen Warnung anzusehen, da es nur *inter pares*, d. h. intern zwischen der Behörde und dem Lebensmittelunternehmen bekanntgegeben wird. Die Erteilung einer Warnung kann im Ergebnis einem (faktischen) Verbot gleichkommen, da die Wirkungen einer Warnung infolge der dazwischen geschalteten Empfänger zwar vorhersehbar, aber schwer steuerbar sind.⁵³¹

⁵²⁴ Vgl. Käß, WiVerw 2002, 197 (200).

⁵²⁵ Vgl. v. Danwitz, Produktempfehlung, S. 20.

⁵²⁶ Vgl. Tremml/Luber, NJW 2005, 1745 (1746).

⁵²⁷ So auch Tremml/Nolte, NJW 1997, 2265 (2265).

⁵²⁸ Vgl. auch Käß, WiVerw 2002, 197 (198); Berg, ZLR 1990, 565 (567).

⁵²⁹ Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 ff.; LG Stuttgart, NJW 1989, 2257 ff.; Stillner, NJW 1991, 1340 (1340 ff.).

⁵³⁰ Vgl. nur OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 (2692).

⁵³¹ Vgl. Käß, WiVerw 2002, 197 (199).

Die Abgrenzung zwischen Empfehlung und Warnung kann im Einzelfall Schwierigkeiten aufweisen. Das wesentliche Merkmal der Empfehlung ist das Vorliegen von mehreren Handlungsalternativen, welches bei der Warnung fehlt. Wird dem Empfänger einer Empfehlung gegenüber allerdings positiv propagiert, dass von mehreren Handlungsalternativen lediglich eine für ihn ungefährlich ist, entfällt für diesen der Handlungsspielraum.⁵³²

2.) Staatliche Informationspolitik im Lebensmittelsektor

Der Bereich der staatlichen Informationspolitik im Lebensmittelsektor hat seine Grundlage und sie entfaltet ihre Wirkung insbesondere in gesellschaftlichen, sozialen, politischen und rechtlichen Bereichen. Überblickshalber werden nachfolgend einige wenige, aber wesentliche Ausführungen zu den oben genannten Bereichen vorgenommen.

a.) Politische Intension

Der Auslöser für die Einführung eines als „Durchbruch hin zu mehr Information und Transparenz“⁵³³ bezeichneten zentralen Verbraucherinformationsgesetzes (VIG)⁵³⁴ und für die Änderung der vormals als Kann-Vorschrift zur Information der Öffentlichkeit ausgestalteten Norm des § 40 Abs. 1 LFGB a. F. waren die zahlreichen, in den Jahren 2004 - 2007 auftretenden Lebensmittelskandale.⁵³⁵ Diese Lebensmittelskandale führten zu einer Verunsicherung der Bevölkerung bei dem Lebensmittelherstellungs-, -lagerungs- und -lieferungsprozess und erschütterten deren Vertrauen in die Sicherheit der am Markt angebotenen Lebensmittel.⁵³⁶

Daneben führten auch die Unsicherheiten der Behörden im und mit dem Umgang von Lebensmittelskandalen gegenüber der Bevölkerung und ihren eigenen Handlungsmöglichkeiten zu Unklarheiten.⁵³⁷ Eine rasche Eindämmung sollte durch die Einführung eines VIG und die Änderung des § 40 LFGB erfolgen.⁵³⁸ Der Bundestag war sich dahingehend einig, dass eine umfassende Information der Verbraucherinnen und Verbraucher ein wesentliches Element ei-

⁵³² Vgl. Tremml/Nolte, NJW 1997, 2265 (2266).

⁵³³ Vgl. Verbraucherpolitischer Bericht 2008, BT-Drs. 16/9163, S. 29.

⁵³⁴ Zur Kritik am VIG vgl. Foodwatch-Report über Praxistext des VIG, abrufbar unter: https://www.foodwatch.org/uploads/media/foodwatch-Report_Praxistest-VIG_05.12.2008.pdf, zuletzt abgerufen am 06.03.2015 sowie Albers/Ortler, GewArch 2009, 225 (225 ff.) und Wiemers, ZLR 2009, 413 (429), welcher die ersatzlose Streichung des VIG fordert.

⁵³⁵ Vgl. BT-Drs. 16/5723, S. 1.

⁵³⁶ Vgl. BT-Drs. 16/5723, S. 1.

⁵³⁷ Vgl. BT-Drs. 16/199, S. 1.

⁵³⁸ Vgl. BT-Drs. 16/5723, S. 1 sowie Aktionsplan Verbraucherschutz in der Futtermittelkette des BMELV v. 14.01.2011, S. 12, abrufbar unter <http://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2011/006-AI-AktionsplanVerbraucherschutzFuttermittelkette.html?nn=312878>, zuletzt abgerufen am 13.03.2015.

ner modernen Verbraucherpolitik darstellt.⁵³⁹ Weiterhin leitend zur Ausarbeitung des VIG sowie zur Änderung des LFGB war das global gesteigerte Interesse der Öffentlichkeit im Lebensmittelsektor, welches unter der Vorstellung eines „mündigen Verbrauchers“ zu begrüßen und demnach zu fördern war.⁵⁴⁰ Ziel war es, dass sich die Verbraucherinnen und Verbraucher durch die aktive und passive Informationsmöglichkeit als Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer begreifen und durch den Informationsfluss besser befähigt werden, ihre Kaufentscheidungen eigenverantwortlich zu treffen.⁵⁴¹

Der Leitgedanke einer informierenden und transparenten Verwaltungstätigkeit in Bereichen, die für die Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung sind, spiegelt sich speziell im Bereich des Lebensmittel- und Futtermittelrechts wider. So sollen die Vorschriften des VIG auf eine schnellere und unbürokratische Auskunftserteilung durch die jeweiligen Behörden abzielen und sollen auf diese Weise einen ungehinderten Zugang zu Informationen ermöglichen, damit der Verbraucher am Markt in die Lage versetzt wird, eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen.⁵⁴² Die Zielsetzung wird als „wesentliches Element eines demokratischen Rechtsstaates“⁵⁴³ bezeichnet oder von *Schoch* als „Furcht vor Skandalen“⁵⁴⁴. Diese Zielsetzung wird in § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB formuliert als Sicherstellung des Schutzes der Verbraucherinnen und Verbraucher durch Vorbeugung gegenüber oder Abwehr einer Gefahr für die menschliche Gesundheit. Durch die Einbeziehung der Vorbeugungsfunktion in den Gesetzeszweck soll eine möglichst frühzeitige Schutzwirkung erreicht werden.⁵⁴⁵

Die staatliche Informationserteilung kann in aktiver Weise erfolgen, indem die staatliche Behörde von sich aus Informationen an die Öffentlichkeit herausgibt, oder auch in passiver, bloß reaktiver Weise, wenn hierzu ein entsprechender Antrag auf Auskunftserteilung nach dem VIG gestellt wird.⁵⁴⁶ Ziel der passiven, d. h. reaktiven Information der Öffentlichkeit besteht im Allgemeinen darin, die Behördentätigkeit kontrollierbar und damit transparent zu machen.⁵⁴⁷

⁵³⁹ Vgl. BT-Drs. 16/199, S. 1; BT-Drs. 16/1408, S. 1; BT-Drs. 16/5404, S. 1 sowie bereits *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, S. 9.

⁵⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 16/5723, S. 1.

⁵⁴¹ Vgl. BT-Drs. 16/5723, S. 1.

⁵⁴² Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 2.

⁵⁴³ BT-Drs. 17/7374, S. 2.

⁵⁴⁴ *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2241).

⁵⁴⁵ In diese Richtung gehend *Boch*, Kommentar zum LFGB, § 1 Rn. 2.

⁵⁴⁶ Vgl. *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2241); *Schnall*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 207.

⁵⁴⁷ Vgl. v. *Schwanenflügel*, DVBl 1991, 93 (94).

b.) Eilrechtsschutz

Dennoch hagelt es besonders im Bereich der staatlichen Informationsverpflichtung auf der Grundlage von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG und § 40 Abs. 1a LFGB Kritik. Ab Herbst des Jahres 2012 wuchs eine regelrechte Welle von Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes an, mit dem Begehren der betroffenen Unternehmen, eine geplante Veröffentlichung durch die zuständige Behörde zu verhindern. Neben zahlreichen verwaltungsgerichtlichen Eilentscheidungen, die überwiegend zu Gunsten der Antragsteller ergingen, wurden zwischenzeitlich auch obergerichtliche Entscheidungen getroffen, die nahezu allesamt die Verfassungsmäßigkeit des § 40 Abs. 1a LFGB in Zweifel zogen. Während anfangs die Verwaltungsgerichte noch dazu neigten, dem Antrag stattzugeben, weil die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB nicht erfüllt waren und die Verfassungsmäßigkeit noch wenig in Frage gestellt wurde, häuften sich die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte seit der Entscheidung des VGH Mannheim⁵⁴⁸ vom 28.01.2013 in Bezug auf die fehlende Verfassungsmäßigkeit.

Gleiches gilt für das vom Bezirksamt Berlin-Pankow neu eingeführte und zwischenzeitlich wieder auf Eis gelegte Smiley-Modell. Die auf Grund von Lebensmittelkontrollen in Restaurants, Gaststätten u. ä. erlangten Daten wurden systematisch aufbereitet und mit grünen, gelben sowie roten Smileys nach einem behördlichen Bewertungssystem im Internet veröffentlicht. Auch hier waren sämtliche Anträge der betroffenen Gaststätten, Restaurants u. ä. auf vorläufigen Rechtsschutz hinsichtlich der Unterlassung einer Veröffentlichung erfolgreich.⁵⁴⁹

c.) Weiteres aktuelles staatliches Informationsprojekt

Zwischenzeitlich ist eine ganze Reihe von Vorgehensweisen zur Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen und Themen zu finden.

Erst aktuell hat ein weiteres Verwaltungsgericht, in diesem Fall das VG Düsseldorf⁵⁵⁰, geurteilt, dass die Weitergabe von Kontrollergebnissen der Lebensmittelüberwachung an die Verbraucherzentrale NRW rechtswidrig sei. Bei dieser Art der staatlichen Informationspolitik sollten Kontrollergebnisse in dem Pilotprojekt „Gastro-Kontrollbarometer“ im Internet unter der Darstellung einer Ampel veröffentlicht werden. Die Öffentlichkeit hatte die Möglichkeit, mit Hilfe der App „appetitlich“ die Bewertungen in Form einer Ampel jederzeit aktuell über das Smartphone einzusehen.⁵⁵¹ Auch wenn der Betrieb als eigenständiges Projekt der Ver-

⁵⁴⁸ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1022 ff.).

⁵⁴⁹ Vgl. bspw. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 843 (843 ff.).

⁵⁵⁰ Vgl. VG Düsseldorf, LMuR 2015, 95 (97).

⁵⁵¹ Zur Vorgehensweise vgl. noch <http://www.vz-nrw.de/mediabig/225447A/index.html>, zuletzt abgerufen am 14.03.2015.

braucherzentrale NRW suggeriert wird, findet sich am Ende der Homepage der deutliche Hinweis auf die Förderung dieses Pilotprojekts durch das Land Nordrhein-Westfalen. Gestützt wurde dieses Pilotprojekt auf folgende rechtliche Grundlage: Die Verbraucherzentrale NRW beantragte bei der Stadt Bielefeld auf Grundlage des § 4 Abs. 1 VIG Zugang zu Informationen über Teilergebnisse lebensmittelrechtlicher Kontrollen. Zu diesen Informationen wurde Zugang gewährt.⁵⁵² Die Verbraucherzentrale NRW veröffentlichte diese im Anschluss in Eigenregie unter staatlicher Förderung. Diese Vorgehensweise finde nach Auffassung des VG Düsseldorf im VIG keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Das VG Düsseldorf führt hierzu im Wesentlichen aus, dass § 40 Abs. 1a Nr. 1 LFGB nicht als Ermächtigungsgrundlage in Betracht komme, da die Verbraucherzentrale NRW, an welche zahlreiche Informationen herausgegeben wurden, nicht die Öffentlichkeit darstelle. Eine Anwendung des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB scheitere daran, dass die Norm nicht zur Information über die allgemeine Betriebshygiene ermächtige. Auch § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VIG komme als Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Auf dieser Basis können nur tatsächliche Erkenntnisse Anspruchsinhalt sein. Der Verbraucherzentrale NRW wurden allerdings bereits von der Behörde ermittelte Punktwerte übermittelt. Dies stelle das Ergebnis einer Bewertung dar und falle damit nicht mehr unter den Begriff der Daten. Schließlich komme auch § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 VIG nicht in Betracht. Unter die Norm fallen allgemeine Informationen über Überwachungsmaßnahmen und sonstige Tätigkeiten, wie sie bspw. in Statistiken enthalten sind, und keine Bewertungen.

Die Stadt Zwickau führte einen „Hygiene-Pass“ ein, bei welchem die kontrollierten Betriebe bei einem positiven Ergebnis einen Aushang in ihrem Betrieb vornehmen müssen.⁵⁵³ Wird eine bestimmte Punktezahl nicht erreicht, so ist dieses für die Öffentlichkeit am fehlenden Aushang ersichtlich. Auf Bundesebene war beabsichtigt, ist aber bis dato nicht umgesetzt worden, eine einheitliche Veröffentlichung von Betriebskontrollen einzuführen.⁵⁵⁴

Daneben bediente sich der Staat weiterer neuer Informationsformen. Auf der Homepage www.lebensmittelklarheit.de wird ein Verbraucherportal betrieben, dessen Verfassungsmäßigkeit zumindest in der juristischen Literatur berechtigterweise in Frage gestellt wird.⁵⁵⁵ In

⁵⁵² Vgl. noch https://www.bielefeld.de/de/rv/ds_stadtverwaltung/gvla/leg/bar/, zuletzt abgerufen am 14.03.2015.

⁵⁵³ Vgl. <http://www.zwickau.de/de/hygienepass/hygienepass.php>, zuletzt abgerufen am 23.03.2015.

⁵⁵⁴ Vgl. „Ergebnisprotokoll der 6. Verbraucherschutzministerkonferenz vom 17.9.2010 in Potsdam“, abrufbar unter http://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/Ergebnisprotokoll_6_ca3.pdf, zuletzt abgerufen am 23.03.2015 sowie eingehend zur rechtlichen Zulässigkeit dessen *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (1 ff.).

⁵⁵⁵ Vgl. *Ambock/Karcher*, NVwZ 2011, 1371 (1372), welche die Fachtagung des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. v. 08.04. 2011 zusammenfassen, wobei das Verbraucherportal auch dort zur Thematik stand.

ihrer Verfassungsmäßigkeit wenig diskussionswürdig erscheint dagegen die Homepage www.lebensmittelwarnung.de, welche auf Grundlage von § 40 Abs. 1 LFGB errichtet wurde.

d.) Wirkung

Diese Art der staatlichen Informationspolitik kann eine „Prangerwirkung“⁵⁵⁶ erzeugen oder als „elektronischer Pranger“⁵⁵⁷ bzw. „virtuelle Anprangerung“⁵⁵⁸ gelten. Ferner kann sich die staatliche Information gegenüber den Marktteilnehmern, vor deren Produkten gewarnt oder über deren Produkte negativ informiert wird, als Last und Plage erweisen.⁵⁵⁹ Doch ob die Norm des § 40 Abs. 1a LFGB an sich als verfassungswidrig⁵⁶⁰ und mit europarechtlichen Bestimmungen nicht im Einklang bezeichnet werden kann, ist zumindest diskussionswürdig. Letzteres ist zwischenzeitlich vom EuGH dahingehend entschieden worden, dass einer Veröffentlichungspraxis ohne konkrete Gesundheitsgefahr europarechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen.⁵⁶¹

II. Staatliche Information in der Rechtsprechung

Für den Bereich der staatlichen Informationstätigkeit im Allgemeinen und im Lebensmittelrecht im Besonderen sind wenige, aber für die Entwicklung der staatlichen Informationspolitik bis ins digitale Zeitalter maßgebliche Entscheidungen vorhanden, welche in diesem Abschnitt lediglich nach Sachverhalt und Entscheidungsgründen skizziert werden.

1.) Volkszählungsentscheidung

Zur staatlichen Informationspolitik ist das grundlegende Urteil⁵⁶² des BVerfG zum Volkszählungsgesetz ergangen. In diesem haben sich die Richter ausführlich mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Berufsausübungsfreiheit in Form der Wettbewerbsfreiheit im Zusammenhang mit den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung und dem Schutz des Einzelnen in dieser modernen Entwicklung auseinandergesetzt.⁵⁶³

⁵⁵⁶ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2013, 831 (833).

⁵⁵⁷ VG Berlin, LKV 2013, 131 (133).

⁵⁵⁸ Baur/Burkhardt/Kinzig, JZ 2011, 131 (131).

⁵⁵⁹ So Bethge, Jura 2003, S. 327 (331).

⁵⁶⁰ Vgl. statt vieler nur VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1022 ff.).

⁵⁶¹ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NJW 2013, 1725 (1726) sowie zustimmend Gurlit, NVwZ 2013, 1267 (1267); Martini/Kühl, NVwZ 2013, 573 (575).

⁵⁶² Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

⁵⁶³ Vgl. BVerfGE 65, 1 (42 f.).

2.) Transparenzlistenentscheidung

Zeitlich nachfolgend erörterte das BVerwG in seinem Transparenzlistenurteil⁵⁶⁴ – soweit ersichtlich – als erstes die Folgen staatlicher Informationstätigkeit. Im Wesentlichen behandelte die Entscheidung die Frage, ob von staatlicher Seite herausgegebene Transparenzlisten mit Angaben zu Wirkungen, Nebenwirkungen, Preisen und Qualitätssicherung für Fertigarzneimittel trotz des dazwischen geschalteten autonomen Verhaltens der sie verwendenden Ärzteschaft einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Dies wurde zutreffenderweise bejaht.

3.) Glykolentscheidung BVerwG

Im Anschluss hieran setzte sich das BVerwG⁵⁶⁵ mit staatlicher Informationstätigkeit durch den damaligen Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit hinsichtlich der Veröffentlichung einer Liste auseinander. Diese enthielt die produktspezifischen Angaben zu Weinen, welche mit Diethylenglykol (DEG) versetzt waren. Ferner war auch der jeweilige Abfüller des Weins genannt. Diese Vorgehensweise wurde als Schutzbereichseingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gewertet. Dieser war jedoch zu Recht als gerechtfertigt und verhältnismäßig angesehen worden.

4.) Glykolentscheidung BVerfG

Gerade anders und ganze 12 Jahre später entschied das BVerfG in seinem Glykolwarnungsbeschluss⁵⁶⁶, dass entgegen der rechtlichen Auffassung des BVerwG bereits der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht betroffen sei, da dieses Grundrecht nicht vor objektiven und sachlich zutreffenden wirtschaftlich relevanten Informationen schütze. Zu dieser Entscheidung erfolgten zahlreiche kritische Beiträge in der Literatur.⁵⁶⁷

5.) Negativlistenentscheidung

Bei der Veröffentlichung von Negativlisten über Präparate, die von der Versorgung der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen sind, urteilte das BVerfG⁵⁶⁸, dass zwar der

⁵⁶⁴ Vgl. BVerwGE 90, 112 (116 ff.).

⁵⁶⁵ Vgl. BVerwGE 87, 37 (45 ff.) sowie äußerst kritisch dazu *Schoch*, DVBl 1991, 667 (667 ff.).

⁵⁶⁶ Vgl. BVerfGE 105, 252 (264 ff.) sowie kritisch zum Ganzen vgl. nur *Gössl*, LMuR 2014, 77 (78); *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (574 ff.) m. w. N. sowie zum grundsätzlichen Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bei staatlicher Information *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2846).

⁵⁶⁷ Vgl. statt vieler *Huber*, JZ 2003, 290 (292).

⁵⁶⁸ Vgl. zum Tatbestand BVerfG, NJW 1999, 3404 (3404 ff.).

Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt sei,⁵⁶⁹ aber eine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für diesen staatlichen Eingriff vorliege.⁵⁷⁰

6.) Förderungsentscheidung

Die staatliche finanzielle Förderung eines privaten Vereins, welcher ein Mitteilungsblatt mit kritischen Äußerungen zu Religionsgemeinschaften herausbringe, stellt nach Auffassung des BVerwG einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 4 GG dar.⁵⁷¹ Dieser Eingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage, welche nicht im Mittelansatz des Haushaltsplans zu sehen sei.⁵⁷²

7.) Warentestentscheidung

Schließlich ist noch die Entscheidung des BVerwG⁵⁷³ zur Veröffentlichung von Warentests relevant. Dieser lag zu Grunde, dass staatlicherseits durchgeführte Warentests über Schweine-mineralfutter in einer fachspezifischen Zeitschrift veröffentlicht wurden. Auch hier bejahte das BVerwG einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

III. Weitere Entwicklung bis ins digitale Zeitalter

1.) Allgemeines

In dem zuvor behandelten Zeitraum war die staatliche Informationstätigkeit auf die Herausgabe von Pressemitteilungen, Veröffentlichung von Listen in verkörperter Form oder von Artikeln in Zeitschriften begrenzt. Heutzutage bedient sich auch der Staat der inzwischen allgegenwärtigen Form des Internets. Da diese Arbeit nicht alle inzwischen geplanten bzw. betriebenen Portale und öffentlichen Bewertungssysteme abhandeln kann, wird die Untersuchung auf das Smiley-Modell, die Portale www.lebensmittelklarheit.de und www.lebensmittelwarnung.de sowie auf die Veröffentlichungspraxis auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB begrenzt. Es bleibt jedoch vorab festzustellen, dass die sich aus diesen vier Portalen ergebenden Ergebnisse im Wesentlichen auch auf andere Veröffentlichungspraktiken übertragen lassen.

Das VIG sowie § 40 LFGB sind die beiden zentralen Vorschriften im Lebensmittelbereich, welche grundsätzlich für eine aktive staatliche Informationspolitik als gesetzliche Grundlage in Betracht kommen. § 6 Abs. 1 S. 3 VIG ermöglicht der informationspflichtigen Stelle, In-

⁵⁶⁹ Vgl. BVerfG, NJW 1999, 3404 (3404).

⁵⁷⁰ Vgl. BVerfG, NJW 1999, 3404 (3405).

⁵⁷¹ Vgl. BVerwGE 90, 112 (119 ff.).

⁵⁷² Vgl. BVerwGE 90, 112 (124 f.).

⁵⁷³ Vgl. BVerwG, NJW 1996, 3161 (3161 ff.).

formationen, zu denen Zugang zu gewähren ist, auch unabhängig von einem Antrag nach § 4 Abs. 1 VIG über das Internet zugänglich zu machen. Wenn und soweit es sich nicht um personenbezogene Daten (i. S. v. § 3 Abs. 1 BDSG) handelt, ist die informationspflichtige Stelle nicht verpflichtet, die inhaltliche Richtigkeit der Information zu überprüfen, § 6 Abs. 3 VIG. Zahlreiche Ausschluss- und Beschränkungsgründe öffentlicher und privater Natur regelt § 3 VIG. § 40 Abs. 1 LFGB wiederum zielt auf eine aktive Informationsverpflichtung als ultima ratio-Maßnahme bei Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften und dem Vorliegen einer konkreten Gesundheitsgefahr. § 40 Abs. 1a LFGB normiert eine Veröffentlichungspflicht unterhalb der Schwelle zur Gesundheitsgefahr.

2.) Das Smiley-Modell

Mit Pressemitteilung⁵⁷⁴ vom 22.12.2008 präsentierte das Bezirksamt Pankow⁵⁷⁵ ein Modell, welches zum Januar 2009 eingeführt und 2012 (vorläufig) eingestellt⁵⁷⁶ wurde. Dieses als neuartiges System bezeichnete Vorgehen einer öffentlichen Stelle veröffentlichte die Ergebnisse von Lebensmittelkontrollen im Internet in zweierlei Hinsicht. Zum einen stand es Unternehmen mit einem überdurchschnittlichen Kontrollergebnis frei, sich in eine sog. Positivliste aufnehmen zu lassen. Negative Ergebnisse wurden zwingend zunächst unter Nennung des Namens, der Anschrift und der Beschreibung des beanstandeten Mangels sowie des Datums der Kontrolle und ggfs. der Nachkontrolle veröffentlicht. Zeitlich nachfolgend, ab etwa Anfang Mai 2009, erfolgten die Einträge in der Negativliste samt eindeutigen und aussagekräftigen Bildern.⁵⁷⁷ Für diejenigen Unternehmen, welche in der Positivliste eingetragen waren, sollte diese Vorgehensweise einen klaren Wettbewerbsvorteil bieten und zeitgleich dem interessierten Verbraucher Informationen über die Sauberkeit der Unternehmen vermitteln. Zwangsläufig führte dies jedoch dazu, was auch seitens des Bezirksamts angestrebt war, dass Unternehmen, welche in der Negativliste geführt sind, zur Sauberkeit und zur Einhaltung von hygienerechtlichen Vorschriften angehalten wurden, gleichzeitig Einbußen an Gästen und Besuchern verzeichnen mussten.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Abrufbar unter

<http://www.berlin.de/ba-pankow/aktuelles/pressemitteilungen/2008/pressemitteilung.241870.php>, zuletzt abgerufen am 30.01.2015.

⁵⁷⁵ Vgl. ausführlich zur Vorgehensweise und bildlichen Darstellung nur *Grube/Immel/Wallau*, Verbraucherinformationsrecht, S. 124 Rn. 125 ff.

⁵⁷⁶ In der Negativliste geführte Betriebe obsiegten mit ihren Anträgen auf vorläufige Untersagung der Veröffentlichung, vgl. bspw. hier VG Berlin, GewArch 2014, 303 (303 ff.).

⁵⁷⁷ Vgl. Pressemitteilung des Bezirksamts Pankow vom 07.05.2009, abrufbar unter

<http://www.berlin.de/ba-pankow/aktuelles/pressemitteilungen/2009/pressemitteilung.242568.php>, zuletzt abgerufen am 30.01.2015.

⁵⁷⁸ Abrufbar unter

3.) Verbraucherportal: www.lebensmittelklarheit.de

Im September 2009 wurde durch das damalige Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (kurz: BMELV) die Initiative „Klarheit und Wahrheit“ gegründet. Die Umsetzung der Initiative erfolgte durch die Homepage www.lebensmittelklarheit.de, welche der Öffentlichkeit seit dem 20.07.2011 online zur Verfügung steht.⁵⁷⁹ Dieses Verbraucherportal wurde durch das jetzige Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (kurz: BMEL) bis zum 31.12.2014 finanziell gefördert und damit unterstützt. Diese Tatsache findet sich auch in nicht übersehbarer Weise auf der Homepage platziert. Die Initiative soll auf einen besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Täuschung zielen sowie diejenigen Unternehmen im Wettbewerb stärken, die bereits eine verbraucherfreundliche Kennzeichnung und Aufmachung haben. Der inhaltliche Kern der Homepage beschränkt sich auf den Bereich der Lebensmittelkennzeichnung und Lebensmittelaufmachung. Zwar bestehen mit § 11 LFGB sowie § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG gesetzliche Regelungen gegen Täuschung der Verbraucherinnen und Verbraucher und somit gegen die Verzerrung und Manipulation des Wettbewerbs. Doch ist nach Ansicht des BMEL nicht klar, wo bewusste und vorsätzliche Täuschung anfangen und wo sich der Konsument trotz Einhaltung der für die Produktkennzeichnung und Produktaufmachung maßgeblichen Vorschriften dennoch getäuscht fühle. Dieser „Graubereich“⁵⁸⁰ solle durch das Portal eruiert werden; eine Änderung bestehender gesetzlicher Regelungen werde nicht ausgeschlossen. Hierzu werden auf der Homepage Informationen über die rechtlichen Regelungen zur Produktkennzeichnung und Produktaufmachung zur Verfügung gestellt, darüber hinaus bestehen die Möglichkeit der Teilnahme an einem Diskussionsforum sowie die Inanspruchnahme einer Expertenberatung. Den Kern bildet jedoch die Möglichkeit, Produkte aktiv zu melden, von denen sich der Betroffene getäuscht fühlt. Im Anschluss daran erfolgt durch die Verbraucherzentrale Hessen eine Einschätzung der Meldung. Dem betroffenen Unternehmen wird die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt. Nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme werden das gemeldete Produkt sowie die dazu gehörige Beschwerde, die Einschätzung der Verbraucherzentrale und auch die ggfs. abgegebene Stellungnahme auf der Homepage veröffentlicht. Der Handlungsbedarf für

<http://www.berlin.de/ba-pankow/aktuelles/pressemitteilungen/2008/pressemitteilung.241870.php>, zuletzt abgerufen am 30.01.2015.

⁵⁷⁹ Vgl. zum Ganzen Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 30.01.2015.

⁵⁸⁰ Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 4, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 05.02.2015.

die Schaffung des Verbraucherportals fußt in dem unter dem Stichwort „Etikettenschwindel“ in der Öffentlichkeit diskutierten Skandal über Käse- und Schinkenimitate⁵⁸¹ aus dem Jahre 2009. Ferner spielte auch die Entwicklung im Lebensmittelbereich, insbesondere die im Zuge der Modernisierung und Globalisierung der Lebensmittelmärkte einhergehende starke Erweiterung des Lebensmittelangebots eine entscheidende Rolle. Das hieraus resultierende Bedürfnis nach Transparenz aufgrund von komplexen Zutatenangaben oder immer vielfältigerer Produktgestaltung trug ebenfalls dazu bei. Schließlich wurde das Portal durch den Umstand initiiert, dass potenzielle Informationen über das Internet oder mobile Apps abrufbar sind und diese Möglichkeit zusätzliche höhere Erwartungen an schnelle und verfügbare Informationen über Lebensmittel mit sich bringt.

4.) Informationen auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB

Staatliche Informationen wurden auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB auf Portalen der jeweiligen Bundesländer veröffentlicht. Der Inhalt der Veröffentlichung hatte Name und Anschrift des Gaststättenbetreibers sowie einen Hinweis auf den lebensmittelrechtlichen Verstoß zum Gegenstand.⁵⁸² Derzeit ist infolge oberverwaltungsgerichtlicher Entscheidung die Veröffentlichungspraxis auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB in den Ländern außer Vollzug gesetzt.⁵⁸³ Die gesetzgeberische Intension für den neu eingefügten § 40 Abs. 1a LFGB lag zum einen in dem Ende 2010/Anfang 2011 aufgetretenen Dioxinskandal bei Futtermitteln.⁵⁸⁴ Zum andern wurde die den Behörden im Umgang mit der Öffentlichkeitsinformation auf Grundlage des § 40 Abs. 1 LFGB attestierte Unsicherheit zum Anlass genommen.⁵⁸⁵ Durch einen enumerativ und ohne Ermessen ausgestalteten Katalog sollte dem Interesse der Verbraucher an verlässlichen behördlichen Informationen über den Marktumfang durch das Vorliegen von hinreichend begründeten Tatsachen über lebensmittelrechtliche Verstöße Rechnung getragen werden.⁵⁸⁶

5.) Website Lebensmittelwarnung

Die Website www.lebensmittelwarnung.de ist ein Portal der Länder und des Bundesamts für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit. In dem Portal werden auf Grundlage des § 40

⁵⁸¹ Vgl. Übersicht des Skandals unter Rat & Tat bei ARD.de, abrufbar unter www.web.ard.de/galerie/content/nothumbs/default/1220/html/1574_10819.html, zuletzt abgerufen am 01.08.2015.

⁵⁸² Vgl. hierzu VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1022).

⁵⁸³ Vgl. statt vieler <http://verbraucherinfo.ua-bw.de/>, zuletzt abgerufen am 06.03.2015.

⁵⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 19.

⁵⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20.

⁵⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20.

Abs. 1 LFGB amtliche Warnungen über die Gesundheit gefährdende Produkte sowie etwaige Rückrufaktionen der jeweiligen Lebensmittelunternehmer veröffentlicht. Eine Löschung vergangener Einträge sieht die Homepage (derzeit) nicht vor.

IV. Informationspolitik durch und in „neuen“ Medien

Die rasante digitale Entwicklung führte zur Etablierung diverser neuer Kommunikationsarten. Der Bereich der sog. social media wie facebook, twitter oder google+ ist aus dem heutigen täglichen Kommunikationsprogramm nicht mehr hinweg zu denken.⁵⁸⁷ Das Internet⁵⁸⁸ an sich wird durch die jederzeitige Verfügbarkeit über Smartphones zum ständigen Begleiter. Die sich hieraus ergebende Möglichkeit des Informationsflusses ist unaufhaltsam. Diese digitale Entwicklung führte und führt weiterhin zu einer umfassenden Veränderung der Kommunikationsbeziehung.⁵⁸⁹ Die heutige gesellschaftliche Entwicklung erwartet, dass auch öffentliche Stellen von der konventionellen Art und Weise der Öffentlichkeitsinformation via Fernsehbeiträge, Ausgabe von Broschüren oder Flugblättern abrücken und auf diese Veränderungen durch entsprechende Nutzung „neuer“ Medien reagiert.⁵⁹⁰ Die herkömmliche Art der staatlichen Informationspolitik beschränkte sich auf die zur damaligen Zeit üblichen Medien wie Erklärungen in Zeitungen und Zeitschriften, im Fernsehen oder die Ausgabe von Informationsbroschüren. Die darin enthaltenen Informationen waren lediglich während des jeweiligen Informationsvorgangs aktuell. Bezogen auf das Medium der Tageszeitung, hatte die dort veröffentlichte Information an dem jeweiligen Erscheinungstag Aktualität. Dies führte naturgemäß dazu, dass eine Vervielfältigungsmöglichkeit nicht ohne weiteres möglich war. Zwar kann auch der herkömmlichen Art der staatlichen Information – wie Entscheidungen des BVerfG und BVerwG zeigen⁵⁹¹ – die Qualität eines Grundrechtseingriffs nicht abgesprochen werden. Doch unterscheidet sich die herkömmliche Art der Information von der Nutzung „neuer“ Medien gravierend. Im Zuge der Digitalisierung fand eine Verlagerung des Kommunikationsprozesses aus den öffentlichen auf die technischen Medien hat.⁵⁹² Die Veröffentli-

⁵⁸⁷ Vgl. ausführlich unter übergreifenden Aspekten Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV „Verbraucheröffentlichkeit im Netz – Möglichkeiten und Grenzen politischer Gestaltung“ vom März 2015, abrufbar unter: http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Ministerium/Beiraete/Verbraucherpolitik/2013_03_VerbraucheroeffentlichkeitImNetz.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 06.03.2015.

⁵⁸⁸ Vgl. zur historischen Entwicklung und wirtschaftlichen Bedeutung des Internets nur *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internets*, S. 1 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV vom März 2013 zur Verbraucheröffentlichkeit im Netz – Möglichkeiten und Grenzen politischer Gestaltung, S. 5.

⁵⁹⁰ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV vom März 2013 zur Verbraucheröffentlichkeit im Netz – Möglichkeiten und Grenzen politischer Gestaltung, S. 5.

⁵⁹¹ Vgl. hierzu Dritter Teil, B. II.

⁵⁹² Vgl. *Schneider*, NJW 1984, 390 (391).

chung von Informationen in „neuen“ Medien, schwerpunktmäßig im Internet, kann die mit der Information einhergehenden Wirkungen und Folgen intensivieren. Die jederzeitige Abrufmöglichkeit durch einen unbestimmten und unbekanntem Empfängerkreis, grenzenlos und mit dauerhaften Vervielfältigungsmöglichkeiten, bringt (intensivere) Gefahren für den inhaltlich von der Information Betroffenen mit sich.

Nachfolgend ist deshalb zunächst der Begriff der „neuen“ Medien zu bestimmen und die über diese vorgenommene Informationspolitik des Staates hinsichtlich der Auswirkungen auf Rechtsgüter von Dritten zu untersuchen.

1.) Begriff der „neuen“ Medien

Bereits im Jahre 1983 wurde unter Einführung des Bildschirmtextes im Fernsehen eine neue Epoche unter dem Begriff der „neuen“ Medien eingeläutet. Dies wurde als neue Form der Information und Kommunikation bezeichnet.⁵⁹³ Der Fortschritt in der technischen Entwicklung führte zu einem neuen und anderen Verständnis im Bereich der medialen Welt. Nicht mehr Zeitungen und Zeitschriften in gedruckter Form (Printmedien) bestimmten den Alltag. Die Einführung des Internet hat ihren wesentlichen Beitrag dazu geleistet, dass sich sowohl das Informationsbeschaffungs- als auch das -verbreitungsverhalten der Privatpersonen wie auch der Presse, der Unternehmen und sogar der öffentlichen Verwaltung geändert haben. Deshalb ist der Begriff der „neuen“ Medien an die heutigen Gegebenheiten anzupassen. Nicht mehr Zeitungen, Zeitschriften oder der Bildschirmtext, sondern die grenzenlose Weite des Internets bestimmt die heutige Lebensführung.

Der Begriffsursprung „Medien“ stellt eine lateinische Ableitung aus dem Begriff „medius“ dar, was übersetzt als „in der Mitte befindlich“ bedeutet.⁵⁹⁴ Die konventionelle Funktion der Medien an sich liegt demnach in der Vermittlung von sinnlichen, visuellen und akustischen Inhalten durch Massen- und Individualkommunikationsmedien.⁵⁹⁵ Gemeinsam ist dieser die Vermittlung des Inhalts durch technische Mittel, damit der Inhalt über eine räumliche Distanz zwischen Sender und Empfänger übertragen wird.⁵⁹⁶ Der Begriff der „neuen“ Medien fand seinen Ursprung in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts und umschreibt elektronische Kommunikationstechniken, die eine Verbindung von Digitalisierung aller Informationen, deren computermäßige Verarbeitung und die Möglichkeit individuellen Austausches und auch An-

⁵⁹³ Vgl. *Schneider*, NJW 1984, 390 (390).

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Fechner*, Medienrecht, S. 3 Rn. 2.

⁵⁹⁵ Vgl. hierzu zu den Begrifflichkeiten *Fechner*, Medienrecht, S. 3 f. Rn. 2 f.

⁵⁹⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Fechner*, Medienrecht, S. 4 Rn. 6.

gebote an die Allgemeinheit umfassen.⁵⁹⁷ Das Internet kann als weltumspannender, in schnellem Wachstum befindlicher Zusammenschluss zahlreicher öffentlicher und privater Computernetze bezeichnet werden.⁵⁹⁸ Neben der privaten oder beruflichen Nutzung des Internets für den Versand von E-Mails kann das Internet auch für eine Kommunikation an eine unbestimmte und grundsätzlich auch unbegrenzte Öffentlichkeit gebraucht werden.⁵⁹⁹ Der Einsatz von Suchmaschinen erleichtert das Auffinden von konkreten Informationen. Durch die Veröffentlichung im Internet kann die Information für einen langen oder gar unbegrenzten Zeitraum bereitgehalten und von der Öffentlichkeit abgerufen werden.⁶⁰⁰ Gerade diese Art der Massenkommunikation kann erhebliches Gefahrenpotenzial begründen. Massenkommunikation liegt dann vor, wenn ein Kommunikator Inhalte an ihm individuell nicht bekannte Empfänger massenhaft verbreitet⁶⁰¹ bzw. zum Abruf für einen unbestimmten Empfängerkreis bereithält.

2.) Besondere Auswirkungen im lebensmittelrechtlichen Bereich

a.) Allgemeines

Die Besonderheit von grundrechtlichen Auswirkungen im Bereich des Lebensmittelrechts stellt sich maßgeblich durch das Vorliegen eines multipolaren Rechtsverhältnisses dar. Der Trend zur staatlichen Informationspolitik rund um das Thema Lebensmittel und Hygiene und durch die Veröffentlichungspraxis im Internet wirft die Frage auf, welche Grundrechte davon betroffen sind, ob überhaupt eine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt und wenn ja, ob diese einer gesetzlichen Rechtfertigung bedarf. Denn auch der Staat sieht sich nicht mehr in der Lage, die mit dieser Informationsart verfolgten weitreichenden Ziele wie Verbraucher- und Gesundheitsschutz über allgemeine Sanktionen oder andere Verbote auf Dauer zu erreichen.⁶⁰² Trotz ihrer möglichen weitreichenden Folgen ist die Informationspolitik im Lebensmittelrecht grundsätzlich ein unverzichtbares Element.⁶⁰³ Gerade der Bereich von Gefahren für die menschliche Gesundheit erfordert eine rasche Information mit möglichst weitem Verbreitungsfeld. Hierzu eignet sich das Internet.

⁵⁹⁷ *Fechner*, Medienrecht, S. 7 Rn. 16.

⁵⁹⁸ Vgl. BVerfGE 104, 65 (73).

⁵⁹⁹ Vgl. BVerfGE 104, 65 (73).

⁶⁰⁰ Vgl. BVerfGE 104, 65 (73).

⁶⁰¹ *Paschke*, Medienrecht, S. 7 Rn. 16.

⁶⁰² Vgl. *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690).

⁶⁰³ Vgl. *Augsberg*, DVBl 2007, 733 (734); *Kube*, ZLR 2007, 165 (189).

(1.) Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten

Es müssen zwingend zwei Rechtsverhältnisse unterschieden werden. Das erste betrifft den informierenden Staat und den Empfänger der Information, welche als Öffentlichkeit oder die Gesamtheit der interessierten Verbraucher bezeichnet werden kann. Das zweite und hier zu diskutierende Rechtsverhältnis betrifft die Verbindung des grundrechtlich betroffenen Unternehmens zum informierenden Staat. Denn nicht die staatliche Information an sich führt zu einer möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung, sondern erst das Verhalten und die Reaktion der Öffentlichkeit auf die erhaltene Information. Zwischen dem informierenden Staat und dem betroffenen (Lebensmittel-)Unternehmen steht die Öffentlichkeit als weiteres Glied in der Kausalkette. Hier ist freilich zu thematisieren, ob in dieser Konstellation eine Grundrechtsbeeinträchtigung überhaupt möglich ist. Allgemein kann dies dann bejaht werden, wenn die zwangsläufig eintretende Grundrechtsbeeinträchtigung beim Unternehmen nicht als (ungewollte) Nebenfolge der Information deklariert werden kann. Vielmehr muss die eintretende Folge auch final gewesen sein, was jedenfalls bei Warnungen regelmäßig der Fall ist.⁶⁰⁴

(2.) Bereiche des Informationshandelns

Das staatliche Informationshandeln kann in drei Bereiche gegliedert und grundrechtsrelevant werden: Zunächst ist der Bereich der Datenerhebung zu nennen. Anschließend hieran kommt der Bereich der Informationshandlung an sich. Schließlich ist der Bereich des Informationsinhalts von Bedeutung. Die nachfolgende Untersuchung konzentriert sich auf den Bereich des Inhalts der Information und seine grundrechtsrelevante Bedeutung. Für den Bereich der Datenerhebung käme lediglich das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht, welches allerdings auch beim Informationsinhalt eine wesentliche Rolle einnimmt. Ferner würde sich der Bereich der Informationshandlung lediglich auf den grundrechtsrelevanten Bereich des Informationsempfängers, d. h. der nicht näher konkretisierten Öffentlichkeit beziehen.⁶⁰⁵ Doch kommt es auf die Grundrechtsrelevanz für die Öffentlichkeit schwerpunktmäßig nicht an.

b.) Grundrechtlicher Schutzbereich

Die Grundrechte sind der eigentliche Kern der freiheitlich-demokratischen Ordnung des staatlichen Lebens im Grundgesetz.⁶⁰⁶ Die zwingende Beachtung der Grundrechte insbesondere für die vollziehende Gewalt ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 GG. Hieraus wird auch die objektive

⁶⁰⁴ So auch *Käß*, WiVerw 2002, 197 (204); *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1022 f.).

⁶⁰⁵ Zu den einschlägigen Grundrechten vgl. *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 73 ff.

⁶⁰⁶ BVerfGE 31, 58 (73).

Funktion der Grundrechte ersichtlich. Danach binden die nachfolgenden Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Das bedeutet, dass die Grundrechte dem Staat ein bestimmtes Verhalten verbieten, erschweren oder aber den Staat zum Schutz der Grundrechtsträger verpflichten können.⁶⁰⁷ Die subjektive Funktion erschöpft sich darin, dass der Grundrechtsträger rechtswidrige und nicht gerechtfertigte Eingriffe abwehren kann. Der jeweilige Schutzbereich eines Grundrechts eröffnet die grundrechtliche Prüfung eines konkreten Sachverhalts in sachlicher und personeller Hinsicht. Dieses soll nachfolgend anhand der Interessengruppen der betroffenen Unternehmen und der Verbraucher dargestellt werden.

(1.) Grundrechtlich geschützte unternehmerische Interessen

Der in der Presse unter den Schlagworten „Berger Wild Wildfleischskandal“ und vor dem Landgericht München I⁶⁰⁸ verhandelte Amtshaftungsprozess des Unternehmensinhabers zeigt sehr deutlich, welche finanziellen und wirtschaftlichen Wirkungen die Veröffentlichung von Hygienemängeln auf das jeweils adressierte Unternehmen haben kann, selbst dann, wenn keine Gesundheitsgefahr für den Menschen besteht, sondern die betroffenen Lebensmittel „nur“ für den menschlichen Verzehr ungeeignet sind. Die Berger-Wild GmbH meldete kurze Zeit nach der durch den Freistaat Bayern durchgeführten Information der Öffentlichkeit Insolvenz an. Das Interesse der betroffenen Unternehmen liegt deshalb darin, eine Veröffentlichung möglichst zu verhindern. Denn im gravierendsten Fall droht der wirtschaftliche, finanzielle und gar private Ruin.

Die staatliche Informationstätigkeit im Bereich des Lebensmittelrechts kann sich sowohl auf die Produkte des Unternehmens beziehen als auch auf dessen sonstige Umstände wie die betriebliche Hygiene. Die hier näher behandelte staatliche Informationspolitik hat stets die konkrete Unternehmens- oder Produktbezeichnung zum Gegenstand, so dass die staatliche Informationspolitik mit anderem Inhalt außen vor bleibt. Die eingangs dargestellten Arten⁶⁰⁹ der staatlichen Information können unterschiedlich stark in den jeweiligen Schutzbereich der Grundrechte eingreifen. Problematisch ist, wie der Schutzbereich betroffen sein kann, wenn aufgrund des multipolaren Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat auf der einen Seite und dem Betroffenen der Information kein direktes Rechtsverhältnis auszumachen ist. Allen drei Arten der staatlichen Informationstätigkeit ist gemeinsam, dass letztendlich die Öffentlichkeit als Adressat der Information durch jede ihr angehörende Person die beim Unternehmen eintre-

⁶⁰⁷ Vgl. *Epping*, Grundrechte, S. 5 Rn. 14.

⁶⁰⁸ Vgl. LG München I, LMuR 2012, 32 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. hierzu Dritter Teil, B. I. 1.) c.).

tenden Folgen hervorrufen kann. Dabei unterscheiden sich die Arten der Information lediglich hinsichtlich der immanenten Lenkungswirkung.

(a.) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

(aa.) Sachlicher Schutzbereich

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht „ergänzt als unbenanntes Freiheitsrecht die speziellen (benannten) Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissensfreiheit oder die Meinungsfreiheit, ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen“⁶¹⁰. Eine abschließende Erfassung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist auf Grund moderner Entwicklungen und im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts sowie gewandelter Lebensverhältnisse und der damit verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit nicht gewünscht, aber auch nicht möglich.⁶¹¹ Deshalb wird vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch die aus der Selbstbestimmung des Einzelnen fließende Befugnis dahingehend erfasst, dass dieser grundsätzlich selbst entscheiden darf, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.⁶¹² Gerade im Zuge moderner Informationsverarbeitungstechnologien ist eine individuelle Selbstbestimmung unerlässlich.⁶¹³ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst zwingend auch den Schutz des Einzelnen vor unbegrenzter Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner personenbezogenen Daten, so dass der Einzelne die Preisgabe und Verwendung selbst bestimmen darf, sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁶¹⁴ Gem. § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person^{615, 616}. Der Schutzzumfang des Art. 2 Abs. 1 GG wird nicht lediglich auf sensible Daten beschränkt, sondern umfasst auch solche personenbezogene Daten, welche (zunächst) wenig Informationsgehalt haben,⁶¹⁷ wie beispielsweise der Name oder die Anschrift von Unternehmen. Diese sind der Öffentlichkeit zwar allgemein zugänglich. Erst die mit der Verwendung solcher Daten verfolgte Zielrichtung und Verknüpfungsmöglichkeit kann zu einer grundrechtserheblichen Auswirkung auf die Pri-

⁶¹⁰ BVerfGE 54, 148 (158).

⁶¹¹ Vgl. BVerfGE 54, 148 (158); 118, 168 (183).

⁶¹² Vgl. BVerfGE 65, 1 (42).

⁶¹³ Vgl. BVerfGE 65, 1 (42).

⁶¹⁴ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43).

⁶¹⁵ Das BDSG erfasst juristische Personen nicht. Da sich deren Existenz- und Funktionsbedingungen von denen natürlicher Personen grundlegend unterscheiden, hat sich der Gesetzgeber lediglich für die Einbeziehung natürlicher Personen entschieden, vgl. ausführlich dazu *Dammann*, in: *Simitis*, Kommentar BDSG, § 3 Rn. 17 f.

⁶¹⁶ Hierauf nimmt auch BVerfGE 65, 1 (42) Bezug.

⁶¹⁷ Vgl. BVerfGE 120, 378 (398).

vatheit und Verhaltensfreiheit führen.⁶¹⁸ Der Schutz erstreckt sich auf informationsbezogene Maßnahmen, die für den Grundrechtsträger weder überschaubar noch beherrschbar sind.⁶¹⁹ Diese Gefahr droht in immensem Umfang dann, wenn vorhandene Informationsbestände für eine Vielzahl von Zwecken genutzt oder miteinander verknüpft werden können.⁶²⁰ Dieses trifft auf die Veröffentlichung im Internet zu. Schließlich umfasst der Schutzbereich auch solche personenbezogenen Daten, welche in der Öffentlichkeit bereits bekannt sind, da sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht alleine auf die Intim- und Privatsphäre bezieht, sondern Elemente der jedermann zugänglichen Sozialsphäre ebenso erfasst.⁶²¹

Grundsätzlich hat der Einzelne darüber zu entscheiden, wie mit seinen bei der Behörde befindlichen Daten verfahren wird, insbesondere in welchem Umfang und zu welchem Zweck seine Daten verwendet werden dürfen.

Im Bereich des Lebensmittelrechts bedeutet das, dass sowohl die durch Kontrollen erhobenen Daten wie Zeitpunkt, Ort, betreffendes Unternehmen als auch festgestellte Verstöße und sonstige Hygienemängel grundsätzlich in der Sphäre der Behörde zu verbleiben haben und zunächst nicht ohne Zustimmung des Einzelnen an die Öffentlichkeit gelangen dürfen. Denn diese Daten wurden aufgrund hoheitlicher Maßnahmen beim Betroffenen erhoben, so dass die Verarbeitung und Weitergabe dieser Daten grundrechtlich relevant ist.⁶²² Diese Annahme wird durch das in § 29 Abs. 1 VwVfG normierte Akteneinsichtsrecht der Beteiligten (§§ 11, 13 VwVfG) verstärkt. Die Auskunft über personenbezogene Daten kann erst dann erfolgen, wenn und soweit der Auskunftssuchende ein berechtigtes Interesse an der Auskunft geltend machen kann. Eine Herausgabe von Daten, noch dazu im Internet, ohne diese Voraussetzung ist dem Verwaltungsverfahren grundsätzlich fremd. Ob der Einzelne im Internet zur Schau gestellt werden möchte, liegt deshalb zunächst in seinem eigenen Entscheidungsbereich.

Der sachliche Schutzbereich entfällt nicht deshalb, weil berufsbezogene Daten veröffentlicht werden. Vielmehr ist sowohl bei Einzelunternehmen als auch bei juristischen Personen ein Rückschluss auf die dahinterstehende natürliche Person möglich.⁶²³ Deshalb ist staatliches Informationshandeln grundsätzlich geeignet, den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 (i. V. m. Art. 19 Abs. 3) GG zu berühren. Je nach konkreter Ausgestaltung der staatlichen Informationstätigkeit kann bei allen drei Formen der Information der Schutzbereich betroffen sein. Denn die Verwendung und Weitergabe von Daten, welche die Behörde zunächst zweckge-

⁶¹⁸ Vgl. BVerfGE 120, 378 (398 f.).

⁶¹⁹ BVerfGE 118, 168 (184).

⁶²⁰ BVerfGE 118, 168 (187).

⁶²¹ Vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 688 (690).

⁶²² Vgl. auch *Becker*, ZLR 2011, 391 (404).

⁶²³ So auch *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (45).

bunden im Rahmen der Lebensmittelkontrolle erhoben hat, ist geeignet, das Selbstbestimmungsrecht zu berühren.

(bb.) Persönlicher Schutzbereich

Ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch juristischen Personen zusteht, ist nicht endgültig geklärt.⁶²⁴ Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Eine Anwendung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bei juristischen Personen kommt jedenfalls dort nicht in Betracht, wo der Grundrechtsschutz an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, da juristische Personen als bloßes Zweckgebilde diese Anknüpfung nicht haben können.⁶²⁵ Das trifft insbesondere auf die Bereiche der Intim- und Privatsphäre zu. Vor dem Hintergrund, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als ein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fungiert,⁶²⁶ wäre das Schutzniveau – sofern eine Anerkennung bei juristischen Personen in Betracht kommt – im Vergleich zu natürlichen Personen abgesenkt, da sich juristische Personen als fiktive Gebilde nicht auf Art. 1 Abs. 1 GG und die darin verbürgte Menschenwürde berufen können.

(i.) Ablehnung

Teilweise wird ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung für juristische Personen gänzlich abgelehnt.⁶²⁷ Dies wird damit begründet, dass der Wesensgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zwingend Bezugspunkte zur Menschenwürde und zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht aufweise, weshalb juristische Personen schon deshalb nicht in den persönlichen Schutzbereich fallen können.⁶²⁸ Damit werde zugleich ein Gleichlauf mit § 3 Abs. 1 BDSG hergestellt, welcher den Begriff der personenbezogenen Daten bewusst nur auf natürliche Personen beziehe.⁶²⁹ Unternehmensbezogenen Daten könne ein schutzwürdiges Interesse nur im Bereich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zukommen, welche aber über Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet seien.⁶³⁰

⁶²⁴ Gegen eine Anwendung *Jarass*, NJW 1989, 857 (860).

⁶²⁵ Im Ergebnis offen gelassen BVerfGE 95, 220 (242)

⁶²⁶ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43).

⁶²⁷ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II, S. 185 Rn. 17.

⁶²⁸ Vgl. *Schoch*, Jura 2008, 352 (356).

⁶²⁹ Vgl. *Schoch*, Jura 2008, 352 (356); *Dammann*, in: *Simitis*, Kommentar BDSG, § 3 Rn. 17.

⁶³⁰ Vgl. *Schoch*, Jura 2008, 352 (356).

(ii.) Befürwortung

Dem ist nicht zu folgen. Eine Anwendung ist zu bejahen, sofern das Grundrecht, wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, korporativ betätigt werden kann.⁶³¹ Eine allgemeine Aussage hierzu ist nicht möglich, sondern anhand der verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist eine einzelfallspezifische Beurteilung geboten.⁶³²

Art. 19 Abs. 3 GG ist ferner als Begründung heranzuziehen und in diesem Zusammenhang als „Grundrechtserstreckungsnorm“⁶³³ zu verstehen, da die Menschenwürde zu allen Grundrechten einen Bezug aufweist und Art. 19 Abs. 3 GG andernfalls wirkungslos wäre.⁶³⁴

Juristische Personen verfolgen regelmäßig nur den Schutz ihrer wirtschaftlichen Interessen, jedoch kommt auch eine Beschädigung des guten Rufs in der Öffentlichkeit in wirtschaftlicher oder sonstiger Weise in Betracht.⁶³⁵ In diesen Fällen wäre der juristischen Person der Schutz aber nur über Art. 2 Abs. 1 GG anzuerkennen.⁶³⁶ Denn auch juristische Personen können individuelle Daten besitzen, so dass eine staatliche Erhebung, Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe und Veröffentlichung ihre Interessen im Bereich der Sozialsphäre tangieren kann.⁶³⁷ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass juristischen Personen das Recht der informationellen Selbstbestimmung, bspw. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse o. ä. betreffend, über das insofern spezielle Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zustehen könne.⁶³⁸ Allerdings unterscheidet sich dieses Grundrecht in seinem Schutzbereich von dem des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. So schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Ausübung des Berufs. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hingegen schützt den Bestand an bzw. die Verfügungsmacht über Informationen. Folglich decken sich diese Grundrechte nicht.⁶³⁹ Lediglich dann, wenn auf Grund der Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung von Daten negative Auswirkungen in der Berufsausübung zu verzeichnen sind, kommt eine Überschneidung beider Grundrechte in Betracht.⁶⁴⁰ Hierzu wird vertreten, dass in diesem Fall Art. 12 Abs. 1 GG als spezielleres Grundrecht dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorgehe.⁶⁴¹ Wird jedoch von den Rechtfertigungsanforderungen an einen Eingriff in den Schutzbereich her gedacht, sind die Anforderungen bei Art. 2 Abs. 1 GG höher. Gefordert

⁶³¹ Vgl. hierzu grundlegend BVerfGE 106, 28 (42 f.) sowie bezogen auf staatliche informelle Maßnahmen gegenüber juristischen Personen BVerfGE 118, 168 (203).

⁶³² Vgl. BVerfGE 118, 168 (203).

⁶³³ *Stern*, Staatsrecht III/1, S.1079.

⁶³⁴ Vgl. *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577 (578).

⁶³⁵ Vgl. OVG Lüneburg, NJW 2009, 2697 (2697).

⁶³⁶ Vgl. BVerfGE 118, 168 (205); BVerfG, NVwZ 2011, 94 (100).

⁶³⁷ *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577 (578).

⁶³⁸ Vgl. OVG Lüneburg, NJW 2009, 2697 (2697); *Breuer*, NVwZ 1986, 171 (171).

⁶³⁹ So auch *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577 (579).

⁶⁴⁰ Vgl. *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577 (579).

⁶⁴¹ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 2 Rn. 225.

wird als Rechtfertigung ein überwiegendes Allgemeininteresse.⁶⁴² Demgegenüber sind Rechtfertigungsanforderungen bei Art. 12 Abs. 1 GG gemildert, da lediglich vernünftige Erwägungen erfolgen und diese als zweckmäßig erscheinen müssen.⁶⁴³ Der Ansatz der Spezialität des Art. 12 Abs. 1 GG würde dazu führen, dass bei juristischen Personen mit Gewinnerzielungsabsicht das Grundrecht mit höheren Schutzanforderungen von vorne herein ausscheiden würde.⁶⁴⁴ Mithin ist von keinem Spezialitätsverhältnis auszugehen. Beide Grundrechte sind vielmehr nebeneinander anzuwenden mit dem Ergebnis, dass sich das für den Berechtigten stärkste Grundrecht durchsetzt.⁶⁴⁵

Staatliche Informationen können geeignet sein, Gefährdungen und sogar Verletzungen der grundrechtlich geschützten Freiheit juristischer Personen herbeizuführen und auch auf sie einschüchternd wirken.⁶⁴⁶ Die von juristischen Personen verfolgte Zwecksetzung ihrer Handlung ist bei der Bestimmung des grundrechtlichen Schutzbereichs zu berücksichtigen, da sich der Tätigkeitskreis natürlicher Personen von denen juristischer Personen wesentlich unterscheiden kann.⁶⁴⁷ Gerade wenn es um die Veröffentlichung von betriebsspezifischen Informationen geht, ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG auch auf diese anwendbar.⁶⁴⁸ Dies stellt einen Mehrwert zu Art. 12 Abs. 1 GG auf der Rechtfertigungsebene dar, da strengere Anforderungen für eine Eingriffsermächtigung erforderlich werden. Andernfalls würden diese gerade im Hinblick auf Art. 19 Abs. 3 GG schutzlos gestellt.

Im Bereich des Lebensmittelrechts geht es den betroffenen Unternehmen bei jeder Form staatlicher Information um die Wahrung der Verfügungsmacht über Betriebskontrollen oder auf andere Weise erlangten Daten. Dabei verfolgen die Unternehmen vornehmlich das Ziel, ihre wirtschaftliche Position beizubehalten, indem die Weitergabe und Verwendung der Daten unterbunden wird. Aus dieser wirtschaftlichen Zwecksetzung her resultiert eine Anwendung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Da es bei der hier in Rede stehenden staatlichen Informationspraxis um die Erhebung, Verarbeitung und Veröffentlichung von Daten über juristische Personen oder Personenvereinigungen geht, kommt lediglich ein Eingriff in die Sozialsphäre in Betracht, da der unantastbare Kernbereich der

⁶⁴² Vgl. BVerfGE 103, 21 (33).

⁶⁴³ Vgl. zusammenfassend *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Kommentar GG, Art. 12 Rn. 57.

⁶⁴⁴ Vgl. *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577 (580).

⁶⁴⁵ Vgl. *Wilms/Roth*, JuS 2004, 577 (580).

⁶⁴⁶ Vgl. BVerfGE 113, 29 (46).

⁶⁴⁷ Vgl. BVerfGE 118, 168 (204).

⁶⁴⁸ So auch *Möstl*, LMuR 2014, 77 (78); *Becker*, ZLR 2011, 391 (406 f.).

privaten Lebensführung gem. Art. 1 Abs. 1 GG und die Privatsphäre bei Unternehmen naturgemäß nicht vorliegen kann.⁶⁴⁹

(b.) Wettbewerbsfreiheit

(aa.) Wettbewerbsbegriff

Der Begriff des Wettbewerbs ist gesetzlich nicht definiert. Wettbewerb lässt sich allgemein definieren als das Streben, die Leistungen eines anderen Mitbewerbers zu übertreffen.⁶⁵⁰ Damit setzt Wettbewerb das Vorliegen von mindestens zwei Marktteilnehmern voraus und kann als Synonym von Konkurrenz bezeichnet werden, da sich die Konkurrenz im wirtschaftlichen Wettbewerb in finanzieller Hinsicht auswirkt.⁶⁵¹ Aus rechtlicher Sicht relevant ist der funktionierende Wettbewerb. Nur dieser ist geeignet, den Schutz aller Marktteilnehmer zu ermöglichen, zu erhalten und zu verbessern. Staatliche Informationspolitik kann geeignet sein, auf den Wettbewerb verhaltens- und damit zielgerichtet durch die Schaffung bzw. Erweiterung von Öffentlichkeit einzuwirken. Denn die staatliche Informationspolitik nimmt damit zentral am Marktgeschehen teil.⁶⁵² Die Einflussnahme kann sich in verschiedenen Bereichen auswirken, welche dem Wettbewerb und der Wettbewerbsfreiheit zuzuordnen sind. So ist ein Einwirken sowohl auf das Verhalten im Wettbewerb als auch auf die unternehmerische Selbstdarstellung möglich. Ferner stehen vermögensrechtliche Werte der Unternehmen zur Diskussion. Aufgrund der immensen Bedeutung des funktionierenden Wettbewerbs für das gesamte Marktgeschehen lässt sich die Wettbewerbsfreiheit als Grundsatz der geltenden und bestehenden Wirtschaftsordnung im Zusammenhang mit der sozialen Marktwirtschaft⁶⁵³ verstehen.⁶⁵⁴ Das Grundprinzip der bestehenden Wirtschaftsverfassung besteht im grundsätzlich freien Wettbewerb, der durch die am Markt auftretenden Anbieter und Nachfrager gekennzeichnet ist.⁶⁵⁵

(bb.) Diskussionsstand Zuordnung

Fraglich ist, welches konkrete Grundrecht die Wettbewerbsfreiheit erfasst. Die frühere Rechtsprechung sah diese vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG umfasst. Danach stellen staatli-

⁶⁴⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2002, 2164 (2165).

⁶⁵⁰ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 1.

⁶⁵¹ Vgl. Birk/Löffler, Marketing- und Vertriebsrecht, S. 145.

⁶⁵² So auch Engel, Staatliche Informationstätigkeit, S. 79.

⁶⁵³ Vgl. Art. 1 Abs. 3 des Vertrags über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.05.1990, BGBl 1190 II, S. 889 ff.

⁶⁵⁴ Vgl. Engel, Staatliche Informationstätigkeit, S. 79.

⁶⁵⁵ Vgl. BVerfGE 32, 311 (317).

che Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar, da die freie Entfaltung der Persönlichkeit jedes Einzelnen auch den grundrechtlichen Anspruch erfasse, durch Staatsgewalt nicht mit Nachteilen belastet zu werden.⁶⁵⁶ Denn vom Umfang her erfasse die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch die Freiheit auf Teilnahme am Wettbewerb.⁶⁵⁷ Art. 12 Abs. 1 GG schütze nur vor berufs- und gewerbespezifischen staatlichen Eingriffen und nicht bereits vor solchen, bei denen die Konkurrenz auf dem Markt einen Wettbewerbsvorsprung erhalte.⁶⁵⁸ Denn der einzelne Unternehmer könne seiner wirtschaftlichen Betätigung am Markt weiterhin nachgehen.⁶⁵⁹ Demgegenüber wird – ausgehend vom Apothekerurteil⁶⁶⁰ aus dem Jahre 1958 – als Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG auch die zu Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung am Markt angesehen, wozu das Verhalten der Unternehmer im wirtschaftlichen Wettbewerb gehöre.⁶⁶¹ Da eine künstliche Aufspaltung der Ausübung eines selbstständigen Berufes nicht möglich sei, stelle das Verhalten des Unternehmens im Wettbewerb einen Bestandteil der Berufsausübungsfreiheit dar.⁶⁶²

Der Wettbewerb als solcher bildet die Bewegungsplattform für die konkurrierenden Unternehmen. Die dort herrschenden Rahmenbedingungen und Regelungen wirken sich unmittelbar auf die Berufsausübung als solche aus. Diese ist deshalb Grenzen unterworfen, denn sie hat sich den Rahmenbedingungen und Regelungen anzupassen. Deshalb ist die Wettbewerbsfreiheit aus Gründen der Sachnähe und des Sachzusammenhangs Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen.⁶⁶³

(cc.) Art. 12 Abs. 1 GG

(i.) Sachlicher Schutzbereich im Allgemeinen

Der Schutz, der von Art. 12 Abs. 1 GG in sachlicher Hinsicht abgedeckt wird, umfasst die Freiheit jedes einzelnen Deutschen in einem für die moderne arbeitsteilige Gesellschaft besonders wichtigen Bereich, da er dem Einzelnen das Recht gewährleistet, jede für ihn geeignete, selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.⁶⁶⁴

⁶⁵⁶ Vgl. nur BVerwGE 30, 191 (197).

⁶⁵⁷ Vgl. BVerwGE 60, 154 (159).

⁶⁵⁸ Vgl. BVerwGE 65, 167 (173).

⁶⁵⁹ Vgl. BVerwGE 65, 167 (173).

⁶⁶⁰ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397 ff.), wonach der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht zwischen selbstständigen und unselbstständigen Berufen unterscheidet.

⁶⁶¹ Vgl. BVerwGE 71, 183 (189).

⁶⁶² Vgl. BVerfGE 32, 311 (317).

⁶⁶³ Vgl. BVerfGE 32, 311 (317); BVerfG, NVwZ 2015, 52 (55); BVerwG, NVwZ 2014, 1237 (1239); *Pinger*, JuS 1988, 53 (54).

⁶⁶⁴ So grundlegend BVerfGE 7, 377 (397).

Das Grundrecht der Berufswahlfreiheit und der Berufsausübungsfreiheit ist als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit zu erachten.⁶⁶⁵ Die nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG auf die Berufsausübungsfreiheit beschränkte staatliche Eingriffsbefugnis würde andernfalls zu einer künstlichen Aufspaltung beider Rechte führen.⁶⁶⁶ Ferner entspricht eine strikte Trennung nicht der Lebenswirklichkeit, da beide Rechte jeweils eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens darstellen und mit dieser zusammenhängen.⁶⁶⁷ Jeder Berufsausübung geht zunächst die Berufswahl voraus. Der Begriff „Beruf“ umfasst jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die für den Auszubehenden Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist, wobei es auf eine Unterscheidung, ob es sich um eine selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit handelt, nicht ankommt.⁶⁶⁸ Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht bei jeder Beeinträchtigung der Berufsausübung berührt. Vielmehr ist erforderlich, dass die staatliche Handlung berufsregelnde Tendenz aufweist.⁶⁶⁹ Verlangt wird dabei nicht, dass die Berufsausübung unmittelbar betroffen ist, sondern es ist ausreichend, dass ihre Rahmenbedingungen nachteilig verändert werden.⁶⁷⁰ Der Bezug zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG wird in solchen Fällen als gegeben anzusehen sein, wenn die staatlichen Maßnahmen in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz aufweisen.⁶⁷¹

(ii.) Sachlicher Schutzbereich im Besonderen

Die zu Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung wird ebenfalls vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst;⁶⁷² Bestandteil dieser unternehmerischen Betätigung ist auch das Verhalten des Unternehmens im wirtschaftlichen Wettbewerb.⁶⁷³

Der sachliche Schutzbereich erstreckt sich auf die Teilnahme am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.⁶⁷⁴ Die Reichweite des Schutzbereichs richtet sich nach den rechtlichen Regeln, die den Wettbewerb ermöglichen oder begrenzen, wenn und soweit die unternehmerische Berufstätigkeit nach den Grundsätzen des Wettbewerbs erfolgt.⁶⁷⁵ Darüber hinaus wird auch die Chance auf den Verkauf von Produkten und die Gewinnung von Kunden

⁶⁶⁵ Vgl. BVerfGE 7, 377 (402); *Epping*, Grundrechte, S. 139 Rn. 337.

⁶⁶⁶ Vgl. BVerfGE 7, 377 (401).

⁶⁶⁷ Vgl. BVerfGE 7, 377 (401).

⁶⁶⁸ Vgl. BVerfGE 7, 377 (398).

⁶⁶⁹ Vgl. BVerfG, NJW 1999, 3404 (3405).

⁶⁷⁰ Vgl. BVerfG, NJW 1999, 3404 (3405).

⁶⁷¹ BVerfGE 13, 181 (185 ff.).

⁶⁷² So auch *Schulte*, DVBl 1988, 512 (518); *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 80.

⁶⁷³ Vgl. BVerwGE 71, 183 (189).

⁶⁷⁴ Vgl. BVerfGE 105, 252 (265).

⁶⁷⁵ BVerfGE 115, 205 (229).

geschützt.⁶⁷⁶ Denn die unternehmerische Entscheidungs- und Betätigungsfreiheit kann sich nur im Zusammenspiel mit sozialer Interaktion verwirklichen.⁶⁷⁷ Eingeschränkt wird der Schutzbereich dadurch, dass kein grundrechtlicher Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten besteht.⁶⁷⁸

Ferner billigt Art. 12 Abs. 1 GG dem Grundrechtsinhaber kein uneingeschränktes Recht auf Außendarstellung und damit auf uneingeschränkte unternehmerische Selbstdarstellung am Markt zu.⁶⁷⁹ Dieser Ansicht wird zu Recht entgegen gehalten, dass dies eine Übertragung der zivilrechtlichen bzw. wettbewerbsrechtlichen Grundsätze des Privatrechts auf das Verfassungsrecht darstellt.⁶⁸⁰ Art. 12 Abs. 1 GG ist kein Anspruch auf tatsächlichen Erfolg im Wettbewerb zu entnehmen, was allerdings auf das im Wettbewerb multipolare Rechtsverhältnis zwischen den Marktteilnehmerin zurückzuführen ist.⁶⁸¹ Es ist gerade Aufgabe des Zivil- und Wettbewerbsrechts, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Marktteilnehmer mit der objektiven Wertentscheidung des Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG herzustellen.⁶⁸² Mischt sich der Staat lenkend in den Wettbewerb ein, so kann dies durchaus zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit des davon Betroffenen führen, so dass die staatliche Informationspolitik betreffend die wettbewerbsrechtlichen Erfolge nicht stets aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG herausfällt.⁶⁸³ Deshalb darf das jeweilige Unternehmen selbst entscheiden, wie es sich und seine Produkt am Markt präsentiert. Das bedeutet allerdings nicht, dass es von anderen nur so dargestellt werden darf oder muss, wie es sich selbst oder seine Produkte am Markt gesehen haben möchte.⁶⁸⁴ Jedoch hat ein Unternehmer sich aufgrund des kollidierenden Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Anderer) aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG mit der Kritik der am Marktgeschehen teilnehmenden Akteuren auseinanderzusetzen. Der Staat kann sich hingegen auf Freiheitsgrundrechte nicht berufen. Kritisiert der Staat Produkte ausdrücklich und konkret, liegt eine Grundrechtsbeeinträchtigung vor. Denn die Funktionsfähigkeit des Marktes setzt zwar ein hohes Maß an Information über marktrelevantes Verhalten voraus, damit insbesondere Verbraucher entscheidungserhebliche Informationen erhalten, um eine eigenständige hinreichende Beurteilung diesbezüglich treffen zu können. Verbraucherschutz kann nur durch Zugänglichmachen von möglichst zeitnahen und sachlich

⁶⁷⁶ Zur ausführlichen Herleitung vgl. *Murswiek*, DVBl 1999, 1021 (1026).

⁶⁷⁷ Vgl. *Albers*, DVBl 1996, 233 (239).

⁶⁷⁸ BVerfGE 34, 252 (256).

⁶⁷⁹ Vgl. BVerfGE 105, 252 (266).

⁶⁸⁰ Vgl. *Huber*, JZ 2003, 290 (292).

⁶⁸¹ Vgl. *Huber*, JZ 2003, 290 (292).

⁶⁸² Vgl. *Huber*, JZ 2003, 290 (292).

⁶⁸³ Vgl. BVerfGE 86, 28 (42).

⁶⁸⁴ Vgl. BVerfGE 105, 252 (266).

zutreffenden Informationen gewährleistet werden.⁶⁸⁵ Jedoch gilt dies primär auf zivil- und wettbewerbsrechtlicher Ebene. Die staatliche Informationspolitik erfordert demgegenüber die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grundsätze.⁶⁸⁶ Denn es macht sehr wohl einen Unterschied, ob sich ein am Markt tätiges Unternehmen der Kritik seiner Mitbewerber oder der staatlichen Kritik aussetzen muss. Staatliche Kritik ist eine solche besonderer Art und mit hoheitlichem Charakter.⁶⁸⁷ Der Staat agiert am Markt nicht gleichberechtigt mit anderen Marktteilnehmern, sondern steht diesen übergeordnet gegenüber.⁶⁸⁸ Anders als private Äußerungen von Marktteilnehmern im Wettbewerb genießen staatliche Informationen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb besondere Autorität und Glaubwürdigkeit.⁶⁸⁹ Zwar kann aus dem Grundgesetz keine allgemeine Neutralitätspflicht des Staates hergeleitet werden.⁶⁹⁰ Doch muss der Staat Neutralität in Bereichen wie denen des Wettbewerbs walten lassen, in denen er nicht aktiver Teilnehmer ist, aber einseitig zu Lasten einzelner Wettbewerbsteilnehmer handelt.

Schließlich sollen inhaltlich zutreffende, unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit und mit angemessener Zurückhaltung formulierte staatliche Informationen überhaupt nicht in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fallen.⁶⁹¹ Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass jedenfalls bei namentlicher Produkt- oder Unternehmensnennung die sachliche und objektive Richtigkeit einer Information nicht entscheidend dafür ist, ob der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt ist. Vielmehr ist der Entscheidung des BVerfG eine sprachliche Ungenauigkeit vorzuwerfen, welche zu dieser irreführenden Annahme führt.⁶⁹² Die Frage der sachlichen und objektiven Richtigkeit ist folgerichtig erst auf die Ebene der Rechtfertigung eines grundrechtsrelevanten Eingriffs zu thematisieren. Denn offensichtlich sind sachliche und objektiv richtige Informationen geeignet, den Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit zu beeinflussen. Alleine die Veröffentlichung von negativen Ergebnissen einer Lebensmittelkontrolle kann dazu führen – trotz ihrer sachlichen und objektiven Richtigkeit –, dass das betroffene Unternehmen gravierende wirtschaftliche Folgen erleiden muss. Die Öffentlichkeit reagiert empfindlich auf Informationen in Bezug auf den sensiblen Bereich des Lebensmittelrechts

⁶⁸⁵ Vgl. BVerfGE 105, 252 (266 f.).

⁶⁸⁶ In die Richtung *Huber*, JZ 2003, 290 (293).

⁶⁸⁷ Vgl. *Ohler*, ZLR 2002, 631 (633).

⁶⁸⁸ So auch *Porsch*, ZLR 2003, 175 (180); *Ohler*, ZLR 2002, 631 (633).

⁶⁸⁹ Vgl. *Porsch*, ZLR 2003, 175 (180); *Gramm*, Der Staat 1991, 51 (52).

⁶⁹⁰ Vgl. zum Ganzen *Gusy*, NVwZ 2015, 700 (700 ff.).

⁶⁹¹ Vgl. BVerfGE 105, 252 (268) sowie ausführlich dazu *Schnall*, in: Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 213 ff.

⁶⁹² Vgl. zum Ganzen kritisch *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (3); *Hellmann*, NVwZ 2005, 163 (165).

und quittiert die fehlende Einhaltung gesetzlicher Vorschriften oder mangelnde Hygiene damit, die Produkte nicht mehr zu kaufen oder Betriebe nicht mehr aufzusuchen.

Sofern derselbe Lebensbereich betroffen ist, geht Art. 12 Abs. 1 GG als Spezialvorschrift dem Art. 2 Abs. 1 GG vor.⁶⁹³ Die hier zu untersuchenden Formen der staatlichen Informationspolitik beziehen sich allesamt auf die konkrete Unternehmens- und Produktkennung.⁶⁹⁴ Deshalb wird die grundrechtsrelevante Informationstätigkeit lediglich auf diese bezogen.

(iii.) Persönlicher Schutzbereich

Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist zunächst eindeutig. Demnach steht das Grundrecht der Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit allen „Deutschen“ zu. Wer Deutscher ist, bestimmt Art. 116 GG. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob EU-Bürger und damit auch europäische Unternehmen in den persönlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen. Nach einer Ansicht spreche der eindeutige Wortlaut gegen eine Anwendung auf EU-Bürger.⁶⁹⁵ Nach anderer Ansicht werde eine Gleichstellung der EU-Bürger mit Deutschen im Sinne des Art. 116 GG präferiert,⁶⁹⁶ da Art. 18 Abs. 1 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit untersage. Schließlich komme dem Europarecht in dessen Anwendungsbereich ein Anwendungsvorrang zu.⁶⁹⁷ Die Rechtsprechung interpretiert Art. 2 Abs. 1 GG dahingehend, dass er Nichtdeutschen im Bereich des Berufs, der Arbeit und der Ausbildung einen gegenüber Art. 12 Abs. 1 GG weniger intensiveren Schutz gebe, da nur so das Spezialitätsverhältnis und der Wille des Verfassungsgebers ausreichend berücksichtigt würden.⁶⁹⁸ Schließlich wird vermittelnd vertreten, dass sich grundsätzlich über Art. 2 Abs. 1 GG ein unionskonformer Grundrechtsschutz ohne Verzerrung, aber mit dem gleichen Schutzniveau und dem strengeren Maßstab der Schranken von Art. 12 Abs. 1 GG bilden lasse.⁶⁹⁹ Soweit allerdings das Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV reicht, sei gleicher Schutz zu gewähren.⁷⁰⁰

Der vermittelnde Weg ist vorzugswürdig. Der eindeutige Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG ist zu akzeptieren. Es ist Aufgabe des (Verfassungs-)Gesetzgebers, Art. 12 Abs. 1 GG zu ändern,

⁶⁹³ Vgl. nur BVerfGE 30, 292 (336).

⁶⁹⁴ Zur grundrechtsrelevanten Frage bei allgemeinen Informationen vgl. *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 88 ff.

⁶⁹⁵ Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 12 Rn. 103, 105; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Kommentar GG, Art. 12 Rn. 10.

⁶⁹⁶ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art. 12 Rn. 12; *Wernsmann*, Jura 2000, 657 (663).

⁶⁹⁷ Vgl. ausführlich *Wernsmann*, Jura 2000, 657 (661).

⁶⁹⁸ Vgl. BVerfGE 78, 179 (197); 104, 337 (346); a. A. *Maurer*, in: Staatsrecht, S. 265 Rn. 30.

⁶⁹⁹ Vgl. *Kluth*, Jura 2001, 371 (371); *Wieland*, in: Dreier, Kommentar GG, Art. 12 Rn. 58; a. A. *Wernsmann*, Jura 2000, 657 (661).

⁷⁰⁰ Vgl. *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (520).

sofern er es für erforderlich erachtet und gleicher Grundrechtsschutz nicht auf andere Weise gewährt werden kann. Das ist jedoch (derzeit noch) bei Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG möglich. Die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit ist letztendlich Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Klärungsbedürftig ist schließlich, ob Art. 12 Abs. 1 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts anzuwenden ist. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG gelten Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Für den Bereich der Berufsausübungsfreiheit trifft das zu, soweit die zu Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offensteht.⁷⁰¹ Insbesondere die gewerbsmäßige Ausübung einer Tätigkeit kann sinnvollerweise sowohl von einer natürlichen Person als einzelner Gewerbetreibender als auch von einer juristischen Person ausgeübt werden. Wesensmerkmal ist dabei die auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeitsabsicht. Juristische Personen in den Schutzbereich der Grundrechte mit einzubeziehen, ist dann angezeigt und geboten, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen ist, d. h., wenn der Durchgriff auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt.⁷⁰² Die Unternehmen, die Gegenstand von staatlicher Information sind, üben regelmäßig gastronomische Tätigkeiten aus oder stellen sich als Hersteller von Produkten dar. Diese Tätigkeiten lassen sich zweifelsohne auch von natürlichen Personen ausüben, weshalb die Unternehmen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen.

(dd.) Art. 14 Abs. 1 GG

Neben der Stellung des Unternehmens im Wettbewerb sind in diesem Zusammenhang auch Rechtspositionen denkbar, die das Unternehmen infolge der aktiven Teilnahme am Wettbewerb erlangt hat. Eine Abgrenzung zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG kann grundsätzlich auf den Merksatz⁷⁰³ zurückgeführt werden, dass Art. 14 Abs. 1 GG nicht die Verdienstmöglichkeiten und Chancen schützt, sondern das Ergebnis des Erwerbsvorgangs im Sinne einer vermögensrechtlichen Eigentumsstellung. Art. 12 Abs. 1 GG hingegen schützt den Erwerbsvorgang als solchen. Aus der Teilnahme am Wettbewerb resultieren Geschäftsverbindungen, Kundenstämme oder die Marktstellung. Diese werden von Art. 14 Abs. 1 GG zu Recht nicht erfasst, da es sich zwar um Vermögens-, aber nicht um eigentumsrechtliche

⁷⁰¹ Vgl. nur BVerfGE 106, 275 (298).

⁷⁰² BVerfGE 21, 362 (369).

⁷⁰³ Vgl. BVerfGE 31, 8 (32).

Positionen handelt.⁷⁰⁴ Erfasst werden hingegen die einzelnen eigentumsrechtlichen Positionen im Unternehmen. Ob das Gewerbe als solches und im Besonderen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von Art. 14 Abs. 1 GG erfasst werden, ist bisher nicht einheitlich beantwortet. In den Anfängen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde das Recht am Gewerbebetrieb der (eigentumsrechtlichen) Sachgesamtheit gleichgestellt mit der Folge, dass der Gewerbebetrieb als solcher vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst war.⁷⁰⁵ Begründet wurde dies mit der Überlegung, dass sich der Gewerbebetrieb an sich, d. h. in seiner Gesamtheit als Ergebnis des Erwerbsvorgangs und der Kapitalnutzung des Gewerbebetriebs darstelle und deshalb einer eigentumsrechtlichen Position gleichkomme. Zeitlich nachfolgend wurde konkretisiert, dass der Eingriff nur in die Substanz des Gewerbebetriebs erfolgen könne.⁷⁰⁶ Damit sollten solche staatliche Maßnahmen aus dem Schutzbereich herausgenommen werden, die sich lediglich auf die Ausübung des Gewerbes beziehen, wie bspw. Auflagen für die gewerbliche Tätigkeit oder staatliche Kontrollen. Schließlich wurde angezweifelt, ob der Gewerbebetrieb unter die Eigentumsgarantie fallen könne, da ein Gewerbebetrieb die tatsächliche und nicht eine rechtliche Zuordnung und Zusammenfassung von zum Vermögen gehörenden Gegenständen darstelle.⁷⁰⁷ Deshalb solle die Unternehmerfreiheit hinsichtlich Absatz und Vertrieb in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen, da dem Unternehmer die Verfügungsbefugnis über seine Warenbestände zustehe.⁷⁰⁸

Der Bereich der staatlichen Informationstätigkeit richtet sich gerade auf zukünftiges Verhalten der Öffentlichkeit und betrifft demnach vor allem die Erwerbssaussichten und Umsatzchancen des von der Information betroffenen Unternehmens.⁷⁰⁹

In zivilrechtlicher Hinsicht ist – wenn auch mit differierender Begründung – anerkannt, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb jedenfalls als „sonstiges Recht“ in den Schutzbereich von § 823 Abs. 1 GG fällt.⁷¹⁰ Jedoch wird verkannt, dass die zivilrechtliche Beurteilung nicht ohne weiteres auf die verfassungsrechtliche Ebene übertragen werden kann. Die gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erforderliche Inhaltsbestimmung des Eigentums obliegt dem Gesetzgeber und nicht dem Richter(recht).⁷¹¹ Die zivilrechtliche Anerkennung des

⁷⁰⁴ Vgl. BVerfGE 77, 84 (118); a. A. *Schink*, Rechtsgutachten, S. 29.

⁷⁰⁵ Vgl. BVerfGE 1, 264 (277 f.).

⁷⁰⁶ Vgl. BVerfGE 13, 225 (229).

⁷⁰⁷ Vgl. BVerfGE 51, 193 (221).

⁷⁰⁸ Vgl. *Ossenbühl*, ZHR 1991, 329 (346); *Di Fabio*, JuS 1997, 1 (6), welche das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst sieht.

⁷⁰⁹ Zutreffend *Müller*, Risikokommunikation, S. 119.

⁷¹⁰ Vgl. nur BGH, NJW 1989, 1923 (1923).

⁷¹¹ Vgl. zu Recht *Wieland*, in: Dreier, Kommentar GG, Art. 14 Rn. 63.

Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht ist jedoch Ausfluss des Richterrechts.

(c.) Betriebs- und Geschäftsgeheimnis

Die Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen, mangelnden Hygieneanforderungen oder Produkten könnte den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG oder von Art. 12 Abs. 1 GG im Sinne der Offenlegung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen berühren.⁷¹² Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse werden allgemein definiert als alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens maßgeblich bestimmt werden können.⁷¹³ Ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung der Geheimnisse besteht, wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonsumenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen.⁷¹⁴ Ob die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG oder des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG fällt, kann für diese Arbeit dahingestellt bleiben.⁷¹⁵ Der Schutzbereich ist hinsichtlich der Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen oder Produkte jedenfalls nicht berührt. Veröffentlicht werden keine betriebsinternen Vorgänge, an denen gegenüber der Öffentlichkeit oder anderen Marktteilnehmern ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Vielmehr beinhaltet die Veröffentlichung allgemeine Daten wie Name, Anschrift sowie die seitens der Behörde festgestellten Verstöße und Bewertungen, die nicht in die Sphäre des Unternehmens, sondern in die der Behörde fallen.⁷¹⁶

⁷¹² Ausführlich *Breuer*, NVwZ 1986, 171 (172 ff.).

⁷¹³ BVerfGE 115, 205 (231); BVerwG, NVwZ 2009, 1113 (1114).

⁷¹⁴ BVerfGE 115, 205 (232).

⁷¹⁵ Zur parallelen Anwendung vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 105 (107); Beschl. v. 05.02.2009 – Az. 20 F 3/08 (zit. nach juris), Rn. 15; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 172; zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zählend BVerfGE 115, 205 (231); *Wolff*, NJW 1997, 98 (99); zum Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zählend OVG Schleswig, NuR 2006, 327 (328); *Kloepfer/Greve*, NVwZ 2011, 577 (579).

⁷¹⁶ Vgl. auch VGH München, Beschl. v. 22.12.2009 – Az. G 09.1 (zit. nach juris), Rn. 24 sowie zustimmend *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (36).

(d.) Unternehmensruf

Der Ruf eines Unternehmens spielt sowohl im Wettbewerb als auch bei den Konsumenten eine erhebliche Rolle. Denn dieser spiegelt wider, welches Ansehen das jeweilige Unternehmen am Markt genießt. Je besser der Ruf, desto mehr Vertrauen wird dem Unternehmen durch die Öffentlichkeit geschenkt. Deshalb sind Unternehmen darum bedacht, dass ihr (guter) Ruf keinen Schaden nimmt.

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG wie auch des Art. 14 Abs. 1 GG kann tangiert sein. Grundsätzlich ist beim Unternehmensruf eine Berührung des Schutzbereichs nur durch die Meinungsäußerung und nicht durch Ge- und Verbote denkbar.⁷¹⁷ Gebote fördern und erlauben die aktive Unternehmenstätigkeit; Verbote wirken entweder allgemein verbindlich für alle am Markt tätigen oder lediglich inter partes zwischen Behörde und Unternehmen. Im Bereich der staatlichen Informationspolitik kann der Schutzbereich hingegen nur durch die Nennung der konkreten Firma des Unternehmens berührt werden. Das soll nicht gelten, wenn lediglich bestimmte Produkte ohne Rücksicht auf Hersteller, Vertreiber oder Händler genannt werden.⁷¹⁸ Allerdings wird unberücksichtigt gelassen, dass ohne weiteres ein Rückschluss auf den konkreten Unternehmer möglich ist, so dass wiederum dieselben Folgen eintreten können, wie wenn die Firma des Unternehmens direkt genannt wurde.

(aa.) Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann auch die ehrenhafte Missbilligung der beruflichen Tätigkeit in Form einer Rüge oder Warnung für vergangenes Verhalten durch staatliche Organe erfassen, da hierdurch die ungestörte Berufsausübung nicht mehr garantiert werden kann.⁷¹⁹ Die Absatzmöglichkeiten des Unternehmens werden nachteilig beeinflusst und der Unternehmensruf wird beeinträchtigt, wenn ein mit staatlicher Autorität ausgestattetes und auf ein konkretes Produkt bezogenes negatives Werturteil geäußert wird.⁷²⁰ Es ist für die Missbilligung des gesamten Unternehmens ausreichend, wenn sich die staatliche Information lediglich auf das Produkt des Unternehmens beschränkt.⁷²¹ Deshalb ist der Ruf eines Unternehmens als Teil der Wettbewerbsfreiheit und des Rechts auf Selbstdarstellung anzusehen.⁷²² Deutlich wird dieser Umstand am eingangs⁷²³ aufgezeigten „Berger“-Wildfleischskandal.

⁷¹⁷ Vgl. *Gusy*, JZ 1989, 1003 (1004).

⁷¹⁸ So *Gusy*, NJW 2000, 977 (983).

⁷¹⁹ Vgl. BVerfGE 50, 16 (29).

⁷²⁰ Vgl. BVerwGE 71, 183 (194).

⁷²¹ Vgl. BVerwGE 87, 37 (44).

⁷²² Vgl. auch *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 100.

⁷²³ Vgl. hierzu Dritter Teil, B. IV. 2.) b.) (1.).

Durch die negative Presse erlitt auch der Ruf des Unternehmens erheblichen Schaden. Hieraus lässt sich ableiten, dass eine zwingende Verknüpfung zwischen negativer Information und Rufschädigung eines Unternehmens bestehen kann.⁷²⁴

(bb.) Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG

Es ist nicht geklärt, ob der Unternehmensruf auch als eigenständige Eigentumsposition in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen kann. So wird vertreten, dass der Unternehmensruf im Rahmen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu diesem Schutzbereich gehöre, da die Betriebseinheit einen Eigenwert habe, welche sich im Ruf des Unternehmens ausdrücke.⁷²⁵ Der Ruf eines Unternehmens werde durch die Tätigkeit am Markt und im Wettbewerb erworben und stelle sich als Resultat dieses Erwerbs dar.⁷²⁶ Demgegenüber wird vertreten, dass der Ruf eines Unternehmens nur dann in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen könne, wenn es sich bei diesem um ein subjektives Recht eines einzelnen am oder im Unternehmen Beschäftigten handle.⁷²⁷ Das in Rede stehende subjektive Recht müsse als Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet werden.⁷²⁸ Die Annahme eines subjektiven Rechts setzt eine Norm des objektiven Rechts voraus, die geeignet ist, entweder unmittelbar oder mittelbar durch Vermittlung eines von der Norm mit Rechtswirkungen ausgestatteten Aktes eine Rechtsposition des Einzelnen zu begründen.⁷²⁹ Als Normen des objektiven Rechts kämen für die Begründung subjektiver Rechtspositionen die Vorschriften des UWG in Betracht. Diese begründen allerdings keine subjektiven Rechte, da das UWG in Schutz- und Zielrichtung nur die Institution des Wettbewerbs an sich erfasst.⁷³⁰ Für die Annahme, dass der Ruf eines Unternehmens als absolutes Recht dem Eigentum vergleichbar ist, kommen auch die Normen des §§ 823, 831 BGB nicht in Betracht. Diese setzen solche subjektiven Rechtspositionen voraus, begründen diese aber nicht.

Schließlich bleibt zu bedenken, dass der Ruf eines Unternehmens sich jederzeit ändern kann, wobei diese Änderung nicht unmittelbar durch das Unternehmen selbst, sondern durch die Umgebung, den Markt geschaffen wird.⁷³¹

Da das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb infolge richterlicher Rechtsfortbildung entstanden ist und somit auf keiner positiv-gesetzlichen Grundlage fußt, ist auch

⁷²⁴ Vgl. zur Ursächlichkeit auch die Beispiele bei *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S 99.

⁷²⁵ Vgl. *Ossenbühl*, ZHR 1991, 329 (347).

⁷²⁶ So *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 101, 103.

⁷²⁷ So *Philipp*, Staatliche Verbraucherinformation, S. 176.

⁷²⁸ Vgl. BVerfGE 51, 193 (211, 217).

⁷²⁹ Vgl. BVerfGE 51, 193 (211).

⁷³⁰ Vgl. BVerfGE 51, 193 (215).

⁷³¹ Vgl. *Müller*, Risikobewertung, S. 123.

der Ruf eines Unternehmens konsequenterweise nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG einzubeziehen.⁷³²

(cc.) Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht eröffnet, da sich Unternehmen nicht auf die Menschenwürde berufen können.⁷³³ Zwar käme durchaus eine Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 3 GG in Betracht. Doch tritt Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht gegenüber dem spezielleren Art. 12 Abs. 1 GG zurück.⁷³⁴

(e.) Gleichheitsgrundsatz

Staatliche Informationspolitik ist grundsätzlich geeignet, zu einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG zu führen. So kann die Behörde infolge knapper personeller Ressourcen oder Arbeitsüberlastung nicht sicherstellen, dass alle Lebensmittelunternehmen zeitgleich kontrolliert und die Ergebnisse der Lebensmittelkontrollen zeitgleich im Internet veröffentlicht werden. Bei einer Bebilderung der hygienischen Verstöße kann der Gleichheitsgrundsatz betroffen sein, da nicht alle Verstöße gegen Hygienevorschriften fotografiert und demnach nicht alle Lebensmittelunternehmen mit entsprechenden Bildern im Internet geführt werden.

(aa.) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich erstreckt sich in Anwendung von Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts.⁷³⁵ Bei Personengesellschaften kommt es vor allem darauf an, ob diese in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit betroffen sind oder sich staatliche Maßnahmen gegen den einzelnen Gesellschafter richten.⁷³⁶ Bei der hier untersuchten Veröffentlichungspraxis ist ausnahmslos von der Gesamtheit des Unternehmens als solchem auszugehen, da dieses konkret benannt wird.

⁷³² Vgl. zur gegenteiligen Auffassung *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 102.

⁷³³ Vgl. hierzu Dritter Teil, B. IV. 2.) b.) (1.) (a.) (bb.).

⁷³⁴ Vgl. nur VGH München, BayVBl 2014, 173 (176).

⁷³⁵ Vgl. BVerfGE 19, 206 (225).

⁷³⁶ Vgl. BVerfGE 42, 374 (383 f.).

(bb.) Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht umfasst der Anwendungsbereich das Verbot, wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln.⁷³⁷ Eine Verletzung des Gleichheitssatzes ist dann anzunehmen, wenn der Staat eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen.⁷³⁸ Abzustellen ist demnach nicht auf die Identität, sondern die Vergleichbarkeit von Sachverhalten.⁷³⁹ Zur Bestimmung der Vergleichbarkeit ist ein gemeinsamer Oberbegriff zu bilden, unter welchen die miteinander zu vergleichenden Sachverhalte subsumiert werden können.⁷⁴⁰ Die Prüfung eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz erfolgt bezogen auf den eigenen Zuständigkeitsbereich der staatlichen Stelle.⁷⁴¹ Auf die staatliche Informationspolitik übertragen bedeutet das, dass die Vorgehensweise in vergleichbaren Fällen identisch sein muss. So besteht ein Gleichbehandlungsgebot, wenn es um die Veröffentlichung von Bildmaterial geht. Es ist keine sachliche Rechtfertigung denkbar, lediglich einzelne Hygieneverstöße zu fotografieren. Alleine die Tatsache, dass infolge knapper personeller Ressourcen oder Arbeitsüberlastung alle Unternehmen nicht zeitgleich kontrolliert werden können, stellt an sich noch keinen Verstoß dar. Ein Verstoß kann sich erst ergeben, wenn einzelne Lebensmittelunternehmen bereits im Internet geführt werden, andere wiederum nicht. Knappe personelle Ressourcen und Arbeitsüberlastung sind keine hinreichenden Rechtfertigungsgründe. Der Staat, die Verwaltung an sich sowie die einzelnen Behörden sind insoweit mit unerschöpflichen Mitteln ausgestattet, so dass sie entweder für ausreichende personelle Ressourcen zu sorgen oder aber es zu unterlassen haben, in die Rechte des Bürgers einzugreifen.⁷⁴²

(f.) Unionsgrundrechte

(aa.) Anwendbarkeit

Ob die staatliche Informationspolitik auch einen Eingriff in die Unionsgrundrechte der GrCh bewirken kann, ist streitig. Fest steht, dass der Betroffene aus den Grundrechten der GrCh subjektiv-öffentliche Rechtspositionen ableiten kann.⁷⁴³ Fraglich ist jedoch, ob der Anwendungsbereich bei nationaler staatlicher Informationspolitik überhaupt eröffnet ist.

⁷³⁷ BVerfGE 1, 14 (52).

⁷³⁸ Vgl. nur BVerfGE 55, 72 (88).

⁷³⁹ Vgl. *Epping*, Grundrechte, S. 380 Rn. 782.

⁷⁴⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Epping*, Grundrechte, S. 380 f. Rn. 783.

⁷⁴¹ Vgl. BVerfGE 21, 54 (68)

⁷⁴² Vgl. *Leisner*, VerwArch 2000, 227 (257).

⁷⁴³ Vgl. nur *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 14 Rn. 22.

(i.) Ausgangslage

Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh gelten die Grundrechte für die Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union, für die Mitgliedstaaten jedoch ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Hieraus folgt, dass die Durchführung des Rechts der Union sich auf Rechtsakte i. S. d. Art. 288 AEUV beziehen muss, d. h. es muss sich dabei um Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen handeln. Der Begriff der Durchführung im Allgemeinen umfasst neben legislativen auch administrative Akte.⁷⁴⁴ Mit Ausnahme der Veröffentlichungspraxis auf Grundlage des § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB wird jedoch kein Recht der Union aus- oder durchgeführt, da § 6 Abs. 1 S. 3 VIG keine Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben darstellt. Dies gilt ebenfalls für § 40 Abs. 1a LFGB. Denn Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 verlangt eine Information der Öffentlichkeit bei Vorliegen einer konkreten Gesundheitsgefahr für den Menschen. Dies wird alleine über § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB gewährleistet, welcher auf die Verordnung auch ausdrücklich Bezug nimmt. Die anderen Normen sehen eine Veröffentlichung bereits unterhalb der Schwelle der konkreten Gesundheitsgefahr vor.

(ii.) Rechtsprechung des EuGH

Nach einer neuen Entscheidung des EuGH⁷⁴⁵ stellt sich die Frage, ob die „Durchführung des Rechts der Union“ weiter als bisher angenommen auszulegen ist. Danach solle sich eine Berücksichtigung der Grundrechte der GrCh bereits dann ergeben, wenn und soweit nationale Vorschriften in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallen.⁷⁴⁶ Eine Anwendung der Grundrechte der GrCh komme nur dann nicht in Betracht, wo keine rechtliche Situation denkbar sei, die vom Unionsrecht nicht erfasst werde.⁷⁴⁷ Deshalb sollen die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fragestellungen und nicht außerhalb derselben Anwendung finden.⁷⁴⁸ Somit soll ein Gleichlauf beider Grundrechtsquellen – der unionsrechtlichen und nationalen – maßgeblich sein.⁷⁴⁹

(iii.) Kritik

Einschränkend wird die Entscheidung des EuGH aber dahingehend verstanden, dass nicht jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unions-

⁷⁴⁴ Vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, Art. 51 GrCh Rn. 8.

⁷⁴⁵ EuGH, Rs. C-617/10 = NVwZ 2013, 561 (561 ff.).

⁷⁴⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-617/10 = NVwZ 2013, 561 (562 ff.).

⁷⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-617/10 = NVwZ 2013, 561 (562 ff.).

⁷⁴⁸ So EuGH, Rs. C-117/14 = EuZW 2015, 439 (440).

⁷⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-617/10 = NVwZ 2013, 561 (562).

rechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf diese ausreichend seien.⁷⁵⁰ Somit wird entgegen dem Wortlaut nicht auf die „Durchführung“, sondern auf den „Geltungsbereich des Unionsrechts“ abgestellt.⁷⁵¹

Fraglich ist deshalb, ob zwischen den nationalen Grundrechten und den Unionsgrundrechten ein Alternativ- oder ein Kumulativverhältnis vorliegt.⁷⁵² Das Alternativverhältnis geht im Grunde von zwei getrennten Grundrechtssphären aus.⁷⁵³ Danach haben die Mitgliedstaaten die Unionsgrundrechte nur insoweit zu beachten, wie dies für eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts geboten sei, so dass demnach keine Anwendung der Unionsgrundrechte stattfinde, wenn und soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten etwaige Gestaltungsspielräume einräume.⁷⁵⁴ Im Alternativverhältnis werde die Trennung beider Sphären durch die Reichweite des Sekundärrechts bestimmt.⁷⁵⁵ Im Bereich des Kumulativverhältnisses solle eine Überprüfung nationaler Rechtsakte auch dann an Unionsgrundrechten erfolgen, wenn diese nicht durch eine Richtlinie beeinflusst seien.⁷⁵⁶ Ferner haben die Mitgliedsstaaten die Unionsgrundrechte zu beachten, wenn und soweit durch einen nationalen Rechtsakt ein Eingriff in die Grundfreiheiten des AEUV vorliege.⁷⁵⁷ Mit der zuvor benannten neuen Entscheidung des EuGH ist der Anwendungsbereich der kumulativen Geltung beider Grundrechtssphären erweitert worden. Einschränkend führt der EuGH hierzu aus, dass es den nationalen Behörden und Gerichten weiterhin freistehe, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werde.⁷⁵⁸

Zwar gehört der Bereich des Verbraucherschutzes gem. Art. 4 Abs. 2e it. f AEUV zur geteilten Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten. Doch ist fraglich, ob alleine dieser Berührungspunkt für eine ausschließliche Anwendung der Grundrechte der GrCh ausreicht. Hierzu wird vertreten, dass eigenständige nationale Regelungen wie die des § 40 Abs. 1a LFGB und § 6 Abs. 1 S. 3 VIG keine Anknüpfung an das Unionsrecht darstellen, da materiel-

⁷⁵⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2013, 1499 (1501) sowie erläuternd dazu *Thym*, NVwZ 2013, 889 (891) zum Machtkampf beider Gerichte sowie mit kritischer Prognose dazu bereits *Rabe*, NJW 2013, 1407 (1407 ff.) und zur Darstellung des Meinungsstandes bereits *Calliess*, JZ 2009, 113 (115 ff.).

⁷⁵¹ So *Streinz*, JuS 2013, 568 (569).

⁷⁵² Ausführlich dazu *Augsberg*, DÖV 2010, 153 (153 ff.).

⁷⁵³ Vgl. *Thym*, NVwZ 2013, 889 (892).

⁷⁵⁴ *Kingreen*, JZ 2013, 801 (803) sowie auch st. Rspr. BVerfG, NJW 1990, 974 (974); BVerfGE 125, 260 (307) wonach die Prüfung anhand der nationalen Grundrechte erfolge, wenn und soweit eine Richtlinie einen Umsetzungsspielraum eröffne.

⁷⁵⁵ Vgl. *Kingreen*, JZ 2013, 801 (803).

⁷⁵⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-540/03 = NVwZ 2006, 1033 (1037).

⁷⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-260/89 = EuZW 1991, 507 (510).

⁷⁵⁸ EuGH, Rs. C-617/10 = NVwZ 2013, 561 (562).

le Bezugspunkte zwischen Gesundheits- und Verbraucherschutz nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 nicht bestünden.⁷⁵⁹ Folglich komme eine Anwendung der Grundrechte der GrCh nicht in Betracht. Demgegenüber wird eine alternative Anwendung beider Grundrechtsverfassungen für möglich erachtet.⁷⁶⁰ Begründet wird dies damit, dass § 40 Abs. 1a LFGB und § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nicht auf zwingenden Vorgaben des Unionsrechts beruhen,⁷⁶¹ jedoch sehen Art. 17 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 178/2002 sowie Art. 7 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 eine allgemeine Informationsmöglichkeit gegenüber der Öffentlichkeit vor, weshalb nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen die staatliche Veröffentlichungspraxis im Lebensmittelbereich in den Geltungsbereich des Unionsrechts falle.⁷⁶²

(iv.) Eigene Bewertung

Ein gewisser Bezug zum Unionsrecht kann der staatlichen Informationspolitik auf Grundlage von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG sowie § 40 Abs. 1a LFGB sicher nicht abgesprochen werden. Zwar ist eine ausschließliche Anwendung der Grundrechte der GrCh nicht angezeigt, wenn und soweit es sich nicht um Informationen über von Lebensmittel ausgehende Gesundheitsgefahren handelt.⁷⁶³ Somit ist eine differenzierte Vorgehensweise erforderlich. Da allerdings § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB eine Umsetzung bzw. deklaratorische Wiedergabe des Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 darstellt, wäre eine Verletzung an den Grundrechten der GrCh zu messen. Da im Übrigen nicht abschließend geklärt werden braucht, ob die Grundrechte der GrCh alternativ oder kumulativ anzuwenden sind, wird nachfolgend in der gebotenen Kürze auf diese der Vollständigkeit halber eingegangen.

(bb.) Art. 7 und 8 GrCh

Art. 7 GrCh gewährleistet jeder Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und Kommunikation. Art. 8 Abs. 1 GrCh gibt jeder Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Art. 8 Abs. 1 GrCh steht in einem engen Zusammenhang mit Art. 7 GrCh,⁷⁶⁴ da personenbezogene Daten unmittelbare Bezugspunkte zur Sozial-, Privat- und Intimsphäre aufweisen. Art. 8 GrCh soll dann Anwendungs-

⁷⁵⁹ Vgl. *Peters*, Jura 2014, 752 (757).

⁷⁶⁰ Zur parallelen Anwendung vgl. *Becker*, ZLR 2013, 496 (497); *Gundel*, ZLR 2013, 662 (680).

⁷⁶¹ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (627); *Kingreen*, JZ 2013, 801 (803); *Becker*, ZLR 2011, 391 (405).

⁷⁶² Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (627).

⁷⁶³ Vgl. *Becker*, ZLR 2011, 391 (405); *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zum EUV/AEUV, Art. 51 GrCh Rn. 12.

⁷⁶⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-92, 93/09 = EuZW 2010, 939 (641).

vorrang zukommen, wenn es um Daten des Privat- und Familienlebens geht, im Umkehrschluss ist Idealkonkurrenz anzunehmen, wenn und soweit es sich um Daten handelt, die nicht Art. 7 GrCh zugeordnet werden können.⁷⁶⁵ Handelt es sich um geschäftliche Informationen, ist zudem Art. 16 GrCh von Relevanz.

Unter personenbezogenen Daten werden alle Informationen verstanden, die eine bestimmte oder bestimmbar natürliche Person betreffen.⁷⁶⁶ Eine Erweiterung auf juristische Personen ist nur dann möglich, soweit der Name der juristischen Person zugleich eine oder mehrere natürliche Personen bestimmt, was insbesondere bei einer Gesellschafterstellung der in der Firma genannten Person der Fall ist.⁷⁶⁷ Zu Recht wird hierzu vertreten, dass die Entstehungsgeschichte und die Systematik der GrCh für eine Anwendung auch auf juristische Personen sprechen.⁷⁶⁸ Zahlreiche Grundrechte der GrCh beziehen ihren persönlichen Anwendungsbereich auf „alle Menschen“, während Art. 8 GrCh von „jeder Person“ spricht.⁷⁶⁹

In sachlicher Hinsicht ist der Schutzbereich dem des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung⁷⁷⁰ vergleichbar. Bei der staatlichen Veröffentlichung von Subventionen beurteilt der EuGH dieses als einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GrCh.⁷⁷¹ Es wird nicht danach unterschieden, ob die Veröffentlichung den beruflichen Bereich des Betroffenen betrifft, da auch dieser zum weit auszulegenden Begriff des Privatlebens zählt.⁷⁷² Die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten im Internet stellt auf Grund der Tatsache, dass Dritte hierzu Zugang erhalten, einen Eingriff in Art. 7 GrCh dar.

(cc.) Art. 15 GrCh

Art. 15 Abs. 1 GrCh gewährleistet jeder Person das Recht zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben. I. V. m. Art. 16 GrCh bildet es zusammen das wirtschaftliche Grundrecht der GrCh.⁷⁷³ Der persönliche Schutzbereich erfasst alle Unionsbürger als natürliche Personen, welche einer nichtselbstständigen Tätigkeit nachgehen. Juristische Personen des Privatrechts sind als solche nicht vom Anwendungsbereich des Art. 15 GrCh, sondern vom Anwendungsbereich des Art. 16 GrCh erfasst.⁷⁷⁴ Hierdurch wird ein deut-

⁷⁶⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-92, 93/09 = EuZW 2010, 939 (641 f.); *Jarass*, in: Charta der Grundrechte, Art. 8 Rn. 4.

⁷⁶⁶ Vgl. nur EuGH, Rs. C-92, 93/09 = EuZW 2010, 939 (941).

⁷⁶⁷ Vgl. nur EuGH, Rs. C-92, 93/09 = EuZW 2010, 939 (941).

⁷⁶⁸ Vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, Art. 8 Rn. 11.

⁷⁶⁹ Vgl. bejahend zur Anwendung auf juristische Personen auch *Becker*, ZLR 2011, 391 (408); *Jarass*, in: Charta der Grundrechte, Art. 8 Rn. 7.

⁷⁷⁰ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 2.) b.) (1.) (a.) (aa.).

⁷⁷¹ Vgl. *Guckelberger*, EuZW 2010, 939 (946).

⁷⁷² Vgl. EuGH, Rs. C-92, 93/09 = EuZW 2010, 939 (942).

⁷⁷³ Vgl. *Jarass*, in: Charta der Grundrechte, Art. 16 Rn. 2.

⁷⁷⁴ So *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, Art. 15 GrCh Rn. 8 m. w. N.

licher Unterschied zu den nationalen Grundrechten ersichtlich, welche eine personelle Unterscheidung nicht vornehmen. Die Schutzwirkung wird weder durch die nationalen Grundrechte noch durch die GrCh eingeschränkt. Das Verhältnis der Grundrechte der GrCh zu den Grundfreiheiten ist nicht gänzlich geklärt. Da Art. 15 Abs. 2 GrCh die betroffenen Grundfreiheiten allerdings aufgreift, ist richtigerweise vom Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten als *lex specialis* gegenüber Art. 15 Abs. 1 GrCh im Anwendungsbereich der Berufsfreiheit auszugehen.⁷⁷⁵

(dd.) Art. 16 GrCh

In Art. 16 GrCh ist die unternehmerische Freiheit auf Ebene des Unionsrechts ausdrücklich anerkannt. Erfasst werden von der unternehmerischen Freiheit in persönlicher Hinsicht alle Selbstständigen sowie juristische Personen des Privatrechts.⁷⁷⁶ In sachlicher Hinsicht werden alle wirtschaftlichen Betätigungen erfasst, die durch Selbstständige ausgeübt werden können, wobei die Wettbewerbsfreiheit als Unterfall der unternehmerischen Freiheit mit umfasst wird.⁷⁷⁷ Die separate Aufführung der Berufsfreiheit in Art. 15 GrCh und der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 GrCh dient lediglich der Trennung von unselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit, ohne dass das eine oder andere Grundrecht hierdurch in seiner Wirkung eingeschränkt werden soll.⁷⁷⁸

(g.) Grundfreiheiten

(aa.) Verhältnis zur GrCh

Das Verhältnis der Grundrechte der GrCh zu den Grundfreiheiten des AEUV ist streitig. Nach Ansicht des EuGH seien die Grundfreiheiten in ihrem Anwendungsbereich gegenüber gleichlautenden Grundrechten der GrCh vorrangig anzuwenden, die Grundrechte der GrCh werden jedoch im Rahmen der geschriebenen Rechtfertigungsgründe wie auch bei den immanenten Schranken mitberücksichtigt und als sog. Schranken-Schranken geprüft.⁷⁷⁹ Die Rechtsprechung des EuGH unterstützend wird ausgeführt, dass die Rechtfertigungsgründe der Eingriffe in die Grundfreiheiten ebenso Begriffe des Unionsrechts enthalten, so dass es einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts bedürfe.⁷⁸⁰ Dem wird entgegen gehalten, dass sich Eingriffe in die Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung außerhalb des Anwendungsbereichs

⁷⁷⁵ Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar EUV/AEUV, Art. 15 GrCh Rn. 26 f..

⁷⁷⁶ Vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar EUV/AEUV, Art. 16 GrCh Rn. 3 m. w. N.

⁷⁷⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-200/96 = EuZW 1998, 406 (408).

⁷⁷⁸ Vgl. nur *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar EUV/AEUV, Art. 15 GrCh Rn. 4 m. w. N.

⁷⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-260/89 = EuZW 1991, 507 (510).

⁷⁸⁰ Vgl. nur *Jarass*, in: *Charta der Grundrechte*, Art.51 Rn. 21.

des Unionsrecht vollziehen.⁷⁸¹ Dieser Ansatz wird kritisiert. Auf Grund des Wortlauts des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh sei ein Eingriff in die Grundfreiheiten nicht die Durchführung von Unionsrechts, sondern stelle vielmehr eine Beeinträchtigung des Unionsrechts dar.⁷⁸² Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten befreie gerade von der Anwendung des Unionsrechts mit der Folge, dass die Grundrechte der GrCh nicht mit zu prüfen seien.⁷⁸³ Schließlich wird noch vertreten, dass die Grundfreiheiten einerseits und die kollidierenden Grundrechte der GrCh andererseits im Wege der Verhältnismäßigkeit in Ausgleich zu bringen seien.⁷⁸⁴ Wegen Art. 6 EUV stehen die Grundrechte der Grundrechtscharta gleichbedeutend neben den Grundfreiheiten.⁷⁸⁵ Infolge der Einheit der Rechtsordnung können die Unionsgrundrechte deshalb als Schranken oder Schranken-Schranken im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung fungieren.

(bb.) Betroffene Grundfreiheiten

Nachfolgend wird der Vollständigkeit halber die insbesondere einschlägige Grundfreiheit des Warenverkehrs dargestellt, in denen durch staatliche Stellen eingegriffen werden kann.

Gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV errichtet die Europäische Union einen gemeinsamen Binnenmarkt. Dieses dient zur Erreichung der Ziele in Art. 3 Abs. 1 EUV. Der gemeinsame europäische Binnenmarkt gewährleistet den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital gemäß den Bestimmungen der europäischen Verträge, Art. 26 Abs. 2 AEUV. Staatliche Informationspolitik kann geeignet sein, insbesondere die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV zu beeinträchtigen, da auch Lebensmittel Waren i. S. d. Art. 28 AEUV sind.⁷⁸⁶ Erforderlich ist lediglich, dass die Ware aus einem der Mitgliedstaaten stammt.⁷⁸⁷ Danach sind alle mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten verboten. Vom Anwendungsbereich her ist nicht nur die offene Diskriminierung erfasst, sondern jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.⁷⁸⁸ Diese Maßnahme gleicher Wirkung ist wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.⁷⁸⁹ Dabei fallen auch unverbindliche Akte der Mitgliedstaaten ohne

⁷⁸¹ Vgl. *Kanitz/Steinberg*, EuR 2003, 1013 (1025).

⁷⁸² *Cremer*, NVwZ 2003, 1452 (1454); *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570 (576).

⁷⁸³ So zustimmend *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar EUV/AEUV, Art. 51 GrCh Rn. 17.

⁷⁸⁴ Vgl. *Schroeder*, in: *Streinz*, Kommentar EUV/AEUV, § 36 Rn. 48.

⁷⁸⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-112/00 = NJW 2003, 3185 (3187).

⁷⁸⁶ Vgl. auch *Schoch*, ZLR 2010, 121 (131).

⁷⁸⁷ Vgl. ausführlich hierzu *Becker*, EuR 2002, 418 (421).

⁷⁸⁸ EuGH, Rs. 8/74 = NJW 1975, 515 (516).

⁷⁸⁹ EuGH, Rs. 8/74 = NJW 1975, 515 (516).

Regelungswirkung unter den Maßnahmenbegriff.⁷⁹⁰ Entscheidend ist für das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung, dass die staatliche Handlung dem Staat als solchem zugerechnet werden kann.⁷⁹¹ Dem steht auf europäischer Ebene nicht entgegen, dass sich die staatliche Tätigkeit überwiegend in der Finanzierung des Portals erschöpft.⁷⁹² Ferner bedarf es eines diskriminierenden Charakters der Maßnahme.⁷⁹³ Alleine die Absicht eines verbraucherbeeinflussenden Verhaltens ist für die Annahme einer Maßnahme gleicher Wirkung nicht ausreichend; es ist vielmehr zu fordern, dass die Herabwürdigung grenzüberschreitender Produkte ebenfalls beabsichtigt wird.⁷⁹⁴ Erforderlich ist weiter ein gewisser organisierter Umfang der staatlichen Information.⁷⁹⁵ Je vielfältiger und weitreichender die Verbreitung der Informationen und Empfehlungen ist und je mehr finanzieller Aufwand betrieben wird, desto eher ist vom Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung auszugehen.⁷⁹⁶

Das Portal www.lebensmittelklarheit.de ist geeignet, als Maßnahme gleicher Wirkung zu gelten. Die erhebliche finanzielle Förderung intendiert eine staatliche Maßnahme, welche infolge ihrer negativen Anprangerung bestimmter Produkte eine diskriminierende Wirkung auch für grenzüberschreitende Waren erzielen kann. Die Homepage ist in den Mitgliedstaaten ohne weiteres abrufbar, so dass deswegen die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV betroffen sein kann. Die Veröffentlichungspraxis ist geeignet, nicht kritisierten nationalen Lebensmittel solchen kritisierten Lebensmitteln aus der EU vorzuziehen, da für die Öffentlichkeit der Eindruck entstehen kann, bestimmte nationale Lebensmittel(unternehmen) seien besonders verbraucherfreundlich ausgestaltet.⁷⁹⁷

Eingegrenzt wird die erwähnte „Dassonville“-Formel durch die Grundsätze der „Keck“-Rechtsprechung⁷⁹⁸. Danach können staatliche Maßnahmen das Absatzvolumen und damit das Absatzvolumen von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten insoweit beschränken, als sie den Wirtschaftsteilnehmern eine Methode der Absatzförderung nehmen. In der Buy-Irish-Entscheidung des EuGH⁷⁹⁹ hat dieser offengelassen, ob die Grundsätze der „Keck“-Rechtsprechung im Bereich staatlicher Informationspolitik anzuwenden sind. Hierzu wird vertreten, dass eine Anwendung nicht in Betracht komme, da die „Keck“-Rechtsprechung nicht auf

⁷⁹⁰ Vgl. EuGH, Rs. 249/81 = NJW 1983, 2755 (2756).

⁷⁹¹ Vgl. *Becker*, EuR 2002, 418 (428).

⁷⁹² Vgl. EuGH, Rs. 249/81 = NJW 1983, 2755 (2756).

⁷⁹³ Vgl. EuGH, Rs. 249/81 = NJW 1983, 2755 (2756).

⁷⁹⁴ Vgl. *Becker*, EuR 2002, 418 (434).

⁷⁹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 249/81 = NJW 1983, 2755 (2756).

⁷⁹⁶ Vgl. *Becker*, EuR 2002, 418 (434).

⁷⁹⁷ Für eine Maßnahme gleicher Wirkung auch *Schoch*, ZLR 2011, 121 (131).

⁷⁹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-267/91, Rs. C-268/91 = NJW 1994, 121 (121); kritisch zum Ganzen *Leible/Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 84*.

⁷⁹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 249/81 = NJW 1983, 2755 (2755 ff.).

staatliches Informationshandeln zugeschnitten und eine Grenzziehung bei Sachverhalten mit zu ungewissen und zu mittelbaren Auswirkungen nicht möglich sei.⁸⁰⁰ Ob die „Keck“-Judikatur im Ganzen auf staatliches Informationshandeln anzuwenden ist, kann dahinstehen, da sie jedenfalls vom Grundgedanken her nicht einschlägig ist. Staatliche Informationspolitik ist aufgrund der vollständigen Namensnennung gerade nicht geeignet, lediglich eine Methode zur Absatzförderung zu nehmen, sondern kann sich auf den Marktzugang unmittelbar auswirken. Deshalb ist die staatliche Informationstätigkeit vielmehr geeignet, sämtliche Methoden der Absatzförderung zu unterbinden, da durch die Namens- und Produktnennung umfassend negative Auswirkungen im Ganzen zu befürchten sind.

Jedenfalls lassen sich staatliche Maßnahmen, welche in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV eingreifen, aber durch Art. 36 AEUV rechtfertigen. Eine Rechtfertigung kommt insbesondere aus Gründen des Gesundheitsschutzes in Betracht. Dieser Fall liegt jedoch, mit Ausnahme von Veröffentlichungen auf Grundlage von § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB, nicht vor. Somit scheidet eine Rechtfertigung über Art. 36 AEUV in der Regel aus.

Ferner kommt eine Rechtfertigung über die „Cassis“-Rechtsprechung⁸⁰¹ in Betracht. Danach kann eine staatliche Maßnahme aus zwingenden Erfordernissen etwa des Gesundheits- oder Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein. Der Grund des Gesundheitsschutzes kommt hier nicht in Betracht. Aber auch der Bezug zum Verbraucherschutz ist kritisch zu sehen, da durch die Veröffentlichungspraxis mangels objektiver Kriterien, vielmehr auf Grundlage subjektiver Empfindungen ein wirksamer flächendeckender Verbraucherschutz nur über gesetzliche Regelungen für die Produktkennzeichnung und Produktaufmachung erreicht werden kann.

Abschließend ist auch bei der Bestimmung der Warenverkehrsfähigkeit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

(2.) Verbraucherschutzinteressen

(a.) Allgemeines

Die Verbraucher stehen im Mittelpunkt der neuen Verbraucherinformationsregelungen. Zum einen steht ihnen gem. § 2 VIG ein eigenständiger Anspruch auf Informationsgewährung im Anwendungsbereich des § 1 VIG zu. Diese Informationszugangsfreiheit⁸⁰² bezieht sich alleine auf die Zugänglichkeit von Informationen, die bei der Verwaltung vorhanden sind, und betrifft demnach ausschließlich das Informationsverhältnis zwischen dem Verbraucher und der

⁸⁰⁰ Vgl. *Weiß*, EuZW 2008, 74 (75).

⁸⁰¹ Vgl. EuGH, Rs. 120/78 = NJW 1979, 1766 (1766).

⁸⁰² Zur Wirkung der Informationszugangsfreiheit vgl. nur *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 114.

staatlichen Stelle.⁸⁰³ Die Informationszugangsfreiheit enthält keine Aussage darüber, ob der Öffentlichkeit auch infolge aktiver staatlicher Informationspolitik ein Anspruch auf ebendiese Tätigkeit mit ebendiesen Informationen von Verfassungs wegen oder aufgrund einfach-gesetzlicher Grundlage zusteht.

So kann ein Verbraucher bspw. auf Grund der gesetzlichen Vorschrift von Behörden Auskünfte und Informationen einholen über Kontrollergebnisse in Restaurants, Gaststätten, Geschäften oder bei Lebensmittelherstellern wie Bäckereien oder Metzgereien.⁸⁰⁴ Damit soll sichergestellt werden, dass die Informationsrechte der Verbraucher an sich gestärkt werden, diese ein „Mehr“ an Informationen erhalten und die Lebensmittelkontrolle auch hinsichtlich der Tätigkeit und des Ergebnisses transparenter wird.⁸⁰⁵ Ferner steht das Verbraucherinformationsinteresse auch bei der Regelung des § 40 Abs. 1 und Abs. 1a LFGB im Vordergrund.⁸⁰⁶ Gerade die in den letzten Jahren vermehrt an die Öffentlichkeit gelangten Lebensmittelskandale haben zu einem sensibleren Umgang mit der Lebensmittelbranche an sich geführt. Die weitere Entwicklung eines sensiblen und eigenständigen Umgangs mit Lebensmitteln macht allerdings im Umkehrschluss entsprechende Informationen erforderlich. Die Versorgung der Öffentlichkeit mit Informationen lässt das Bild der Lebensmittelwirtschaft insgesamt wieder „ins rechte Licht“ rücken,⁸⁰⁷ und fördert das Vertrauen in den Lebensmittelsektor im Allgemeinen.

Werden mit der Information der Öffentlichkeit lediglich Gründe einer Markttransparenz verfolgt, erscheint fraglich, ob dem dahinterstehenden Verbraucherschutzinteresse Verfassungsrang beigemessen werden kann. Vertreten wird hierzu, dass das allgemeine Informationsinteresse nur einfach-gesetzlich geschützt werden könne, es folglich keinen Verfassungsrang genieße.⁸⁰⁸ Dem unternehmerischen Abwehranspruch gegenüber Informationsgewährung sei demnach Vorrang zu gewähren, weshalb bei einer anders gestalteten Praxis Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit bzgl. weitergehender Informationen bestünde.⁸⁰⁹ Andererseits verfolge die Herstellung von (unbegrenzter) Markttransparenz die Schaffung und Beibehaltung derjenigen Voraussetzungen, welche für die Ausübung der grundgesetzlich garantierten Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich seien.⁸¹⁰

⁸⁰³ Vgl. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 20.

⁸⁰⁴ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf Kleine Anfrage, BT-Drs. 18/2691, S. 1.

⁸⁰⁵ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf Kleine Anfrage, BT-Drs. 18/2691, S. 1 sowie zur staatlichen Handlungstransparenz *Wollenschläger*, *VerwArch* 2011, 20 (40).

⁸⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20.

⁸⁰⁷ In diese Richtung gehend *Pache/Meyer*, in: Meyer/Streinzi, Kommentar zum LFGB, § 40 Rn. 2.

⁸⁰⁸ Vgl. *Becker*, *ZLR* 2011, 391 (415).

⁸⁰⁹ Vgl. *Becker*, *ZLR* 2011, 391 (415).

⁸¹⁰ Vgl. *Kube*, *ZLR* 2007, 165 (183).

(b.) Art. 2 Abs. 2 GG

Geht es um die Abwehr konkreter Gefahren für die menschliche Gesundheit, ergibt sich das Verbraucherinformationsinteresse bereits aus der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 GG.⁸¹¹ Mit Ausnahme von § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB verfolgt die staatliche Informationspolitik aber nicht die Abwehr konkreter Gefahren, sondern Verbraucherschutzinteressen und Markttransparenz, so dass sich aus Art. 2 Abs. 2 GG kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf aktive Informationstätigkeit ergeben kann.

(c.) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem daraus abgeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁸¹² kann der Grundrechtsträger jeweils nur ein eigenes Auskunftsrecht über Daten und Vorgänge zu seiner eigenen Person geltend machen.⁸¹³ Dieses Recht umfasst jedoch keine Informationen über fremde Vorgänge.⁸¹⁴

(d.) Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG

Das in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG grundgesetzlich verbürgte Rechte auf Informationsfreiheit, wonach jeder das Recht hat, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, stößt bei den hier zu untersuchenden staatlichen Informationstätigkeiten auf seine Grenzen. Denn der sachliche Schutzbereich bezieht sich ausdrücklich nur auf „allgemein zugängliche Quellen“. Unter einer allgemein zugänglichen Quelle versteht das BVerfG⁸¹⁵ eine Informationsquelle, die technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d. h. einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen. Zeitungen und andere Massenkommunikationsmittel sind daher von Natur aus allgemein zugängliche Informationsquellen. Dieses Grundrecht ist jedoch erst dann einschlägig, sofern eine Veröffentlichung in allgemein zugänglichen Quellen bereits erfolgt ist. Für die Erzeugung einer allgemein zugänglichen Quelle ist zunächst ein Widmungsakt erforderlich.⁸¹⁶ Das Grundrecht begründet hingegen keinen Anspruch auf Informationsfreiheit gegenüber Vorgängen, welche nicht bereits allgemein zugänglich sind. Behördenakten sind demnach keine allgemein zu-

⁸¹¹ So *Möstl*, LMuR 2014, 77 (79); *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (41).

⁸¹² Vgl. eingehend Dritter Teil, B. IV. 2.) b.) (1.) (a.).

⁸¹³ Vgl. BVerwGE 82, 45 (48), wonach das Ergebnis zwar offen gelassen, doch eine starke Tendenz zur Akteneinsicht über eigene Vorgänge geäußert wird.

⁸¹⁴ So auch *Gurlit*, DVBl 2003, 1119 (1122).

⁸¹⁵ Grundlegend BVerfGE 27, 71 (83).

⁸¹⁶ Vgl. *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen, S. 82.

gänglichen Quellen.⁸¹⁷ Sie werden erst dann zu allgemeinen Quellen im Sinne der Vorschrift, wenn der Gesetzgeber sie dazu erklärt, wobei dem Einzelnen kein Recht auf Veröffentlichung in einer allgemeinen Quelle zusteht.⁸¹⁸

Fraglich ist insoweit, ob mit dem Erlass des VIG die Allgemein zugänglichkeit von Informationen für den Grundrechtsberechtigten geändert wurde.⁸¹⁹ Die Allgemein zugänglichkeit einer Quelle erfordert die Gewährung von Informationen ohne die Erfüllung weiterer Voraussetzungen. Dies tritt beim VIG zu, auch wenn die zuständige Behörde noch weitere Umstände für die Informationserteilung wie entgegenstehende private Interessen prüfen muss. Der Antragsteller muss jedenfalls keinerlei Voraussetzungen für den Erhalt von Informationen erfüllen.

Dieses Ergebnis wird auch aus § 29 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG ersichtlich, wonach ein Akteneinsichtsrecht in die das Verfahren betreffenden Unterlagen nur dann besteht, wenn und soweit die Kenntnis des Akteninhalts zur Geltendmachung oder Verteidigung der rechtlichen Interessen erforderlich ist. Der Zeitraum des Akteneinsichtsrechts beschränkt sich entgegen seinem Wortlaut nur auf das laufende Verfahren,⁸²⁰ und gilt nur für die am Verfahren Beteiligten i. S. d. § 13 VwVfG. Die Grenze des Akteneinsichtsrechts ist in § 29 Abs. 2 VwVfG enthalten. Relevant ist im Zusammenhang dieser Arbeit die letzte Variante, wonach für die Behörde keine Pflicht zur Gestattung der Akteneinsicht besteht, wenn die Unterlagen wegen berechtigter Interessen der Beteiligten oder dritter Personen geheim gehalten werden müssen. Nach der gesetzgeberischen Vorstellung wird auf diese Weise der Schutz der Privat- und Intimsphäre von Beteiligten oder unbeteiligten Dritten gewährt, wenn und soweit in den Akten Angaben über Einkommensverhältnisse, familiäre Zustände, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Gesundheitszeugnisse o. ä. enthalten sind.⁸²¹

Damit Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG der Öffentlichkeit ein subjektives Recht auf ungehinderten Zugang zu Behördenakten gewährleistet, müsste dieses Grundrecht um die objektiv-rechtliche Pflicht des Staates auf Informationsgewährung erweitert werden.⁸²² So besteht (derzeit) nur die Möglichkeit, über einfach-gesetzliche Regelungen einen Informationsanspruch zu begründen, aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG ist ein subjektives Recht nicht ableitbar.⁸²³ So wurde im

⁸¹⁷ Vgl. nur BVerfG, NJW 1986, 1243 (1243); a. A. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 212 ff, welcher für eine Aktivierung der Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG plädiert.

⁸¹⁸ Vgl. BVerfGE 27, 71 (83).

⁸¹⁹ Umfassender Überblick bei *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 212 f.

⁸²⁰ Vgl. BVerwGE 67, 300 (304).

⁸²¹ BT-Drs. 7/910, S. 53; vgl. auch § 30 VwVfG.

⁸²² Vgl. *Nolte*, DÖV 1999, 363 (369).

⁸²³ Vgl. auch *Albers*, ZJS 2009, 614 (617); *Zilkens*, NVwZ 2009, 1465 (1466); *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen, S. 94.

VIG für dessen Anwendungsbereich die Allgemeinzugänglichkeit geregelt. Dies hat für den jeweiligen Anwendungsbereich die Verwaltungstransparenz zur Folge.⁸²⁴ Die Regelungen des VIG sind insoweit *lex specialis* gegenüber dem Akteneinsichtsrecht aus § 29 Abs. 1 VwVfG während eines laufenden Verwaltungsverfahrens und verdrängen § 29 Abs. 1 VwVfG nach dessen Abschluss.⁸²⁵ Hieraus kann der Antragsteller bei Verweigerung der Informationserteilung ein subjektives Recht ableiten.⁸²⁶

(e.) Art. 10 Abs. 1 GG

Auch aus dem grundrechtlich gewährleisteten Kommunikationsgeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 GG lässt sich kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Information für die Öffentlichkeit (jeden Dritten) begründen.⁸²⁷ Der sachliche Schutzbereich umfasst hier nach Ansicht des BVerfG den privaten und geschäftlichen Fernmelde-/Telekommunikationsverkehr konkreter Kommunikationsteilnehmer und schützt gegen den Zugriff staatlicher Stellen.⁸²⁸ Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst nicht nur den Inhalt und die Vertraulichkeit der ausgetauschten Informationen und geführter Telefongespräche, sondern auch die näheren Umstände des Fernmeldeverhältnisses.⁸²⁹ Dazu gehören insbesondere die Tatsachen, ob und wann zwischen welchen Personen und Anschlüssen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.⁸³⁰ Da infolge der Digitalisierung jede Nutzung der Telekommunikation personenbezogene Spuren hinterlässt, die gespeichert und ausgewertet werden können, schützt Art. 10 Abs. 1 GG auch vor dem Zugriff auf diese Daten.⁸³¹

(f.) Art. 20 Abs. 1 GG

Das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG hat zur Zielsetzung die Pflicht des Staates, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.⁸³² Hieraus folge kein Grundsatz der allgemeinen Öffentlichkeit staatlichen Handelns, aber jedenfalls das Gebot, die Schwächen in der aktuellen modernen Informationsgesellschaft⁸³³, welche auch in Gestalt von Ungewissheit und Uninformiertheit auftreten kön-

⁸²⁴ So auch *Fluck*, DVBl 2006, 1406 (1406).

⁸²⁵ Vgl. *Zilkens*, NVwZ 2009, 1465 (1467).

⁸²⁶ Vgl. auch *Gurlit*, DVBl 2003, 1119 (1129) für den Anwendungsbereich des UIG.

⁸²⁷ So auch *Baldus*, in: BeckOK, Kommentar GG, Art. 10 Rn. 9.

⁸²⁸ Vgl. BVerfGE 115, 166 (182).

⁸²⁹ Vgl. BVerfGE 115, 166 (183).

⁸³⁰ BVerfGE 67, 157 (172).

⁸³¹ BVerfGE 115, 166 (183) m. w. N.

⁸³² BVerfGE 22, 180 (204); *Kugelmann*, DÖV 2005, 851 (857).

⁸³³ Vgl. zu den wesentlichen Aspekten einer Informationsgesellschaft *Kugelmann*, DÖV 2005, 851 (852).

nen, durch geeignete Vorkehrungen zu mildern.⁸³⁴ Diesem wird entgegen gehalten, dass die Veröffentlichung von nicht gesundheitsgefährdenden lebensmittelrechtlichen Verstößen und fehlender Gefährdung für die menschliche Gesundheit auf Grund ihrer Momentaufnahme den Zweck der Verbraucherinformation nicht erfüllen könne, da im Zeitpunkt der Veröffentlichung die dort aufgeführten Verstöße regelmäßig bereits beseitigt seien.⁸³⁵ Eine solche Veröffentlichungspraxis kläre das Publikum nur punktuell über tatsächliche Hygiene- und Qualitätsstandards auf, so dass die Rolle eines mündigen Verbrauchers hierbei nicht auszufüllen sei,⁸³⁶ denn es fehle ihm an der Vergleichsmöglichkeit. Schließlich wird noch angeführt, dass die Öffentlichkeit aufgrund der Vielzahl der an sie herangetragenen Informationen überfordert sei und der Schutzzweck auch deshalb nicht erreicht werden könne.⁸³⁷ Sofern tatsächlich Gesundheitsgefahren bestehen, ist die Veröffentlichung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften nicht geeignet, die Öffentlichkeit hierüber angemessen zu informieren und eine Entscheidungsgrundlage für künftiges Konsumverhalten zu liefern.⁸³⁸ Vielmehr habe sich die zuständige Behörde der Mittel des Ordnungsrechts zu bedienen, um auf Grund des bipolaren Verhältnisses eine möglichst effektive Gefahrenabwehr zu garantieren.⁸³⁹ Handle es sich allerdings um zurückliegende oder die Gesundheit nicht gefährdende Verstöße, biete die Veröffentlichung durchaus eine denkbare Möglichkeit, in Bezug auf das gegenwärtige und zukünftige Konsumhandeln einen wesentlichen Beitrag für die Konsumententscheidung zu liefern.⁸⁴⁰ Denn die grundrechtlich gesicherte Informationsfreiheit schütze auch den Zugang zur staatlichen Information, so dass die Verweigerung dieses Zugangs verfassungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehe.⁸⁴¹ Deshalb könne den unternehmerischen Interessen gegenüber dem Informationsinteresse des Verbrauchers kein grundsätzlicher Vorrang eingeräumt, sondern müsse im Wege der Abwägung ein sach- und interessengerechtes Ergebnis erzielt werden.⁸⁴²

Im Ergebnis lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip ein Anspruch auf Informationsgewährung nicht herleiten, da es als ausreichend anzusehen ist, wenn der Staat den Zugang zur Beseiti-

⁸³⁴ *Gurlit*, DVBl 2003, 1119 (1126).

⁸³⁵ Vgl. *Holzner*, NVwZ 2010, 489 (493); *Mettke*, ZLR 2009, 399 (400).

⁸³⁶ Vgl. *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (3).

⁸³⁷ Vgl. *Mettke*, ZLR 2009, 399 (400).

⁸³⁸ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (494).

⁸³⁹ Vgl. zum Zweck und der Zielrichtung des Ordnungsrechts nur *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (42).

⁸⁴⁰ Vgl. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (41).

⁸⁴¹ Vgl. *Möstl*, LMuR 2014, 77 (79).

⁸⁴² Vgl. *Möstl*, LMuR 2014, 77 (79); *Schoch*, NVwZ 2012, 1497 (1499).

gung von informativen Defiziten schafft, ohne dass sich hieraus ein Anspruch auf konkrete Informationsinhalte ergeben.⁸⁴³

(g.) Art. 20 Abs. 2 GG

Fraglich ist, ob sich ein verfassungsrechtlicher Informationsanspruch aus dem in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Demokratieprinzip herleiten lässt.

Durch die Veröffentlichung werden die staatliche Handlung und deren Tätigkeit transparenter, indem der Inhalt der Tätigkeit und der Umfang der Kontrollen offengelegt werden, was dazu führen kann, dass das im Grundgesetz verankerte Recht auf demokratische Teilhabe⁸⁴⁴ der Öffentlichkeit in Art. 20 Abs. 2 GG gestärkt werde.⁸⁴⁵ Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Staates als Demokratie und Rechtsstaat zeigt sich wesentlich in den Beteiligungsrechten des Bürgers. Diese Beteiligungsrechte erfordern aber gerade Publizität und Transparenz staatlichen Handelns.⁸⁴⁶ Ob das Verlangen nach Transparenz über das staatliche Handeln auch erfordert, dass hieraus ein Anspruch auf die Veröffentlichung von dessen Ergebnissen erwächst, erscheint mehr als fraglich. Dem Recht auf demokratische Teilhabe wird ausreichend Rechnung getragen, wenn das Handeln des Staates als solches transparent gemacht wird.⁸⁴⁷

(h.) Rechtsstaatsprinzip

Das in Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG verbürgte Rechtsstaatsprinzip gewährleistet dem Einzelnen in Verbindung mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG zahlreiche Mindestanforderungen an ein rechtsstaatliches Verwaltungs- und Gerichtsverfahren.⁸⁴⁸ Relevant ist in diesem Kontext das in § 29 Abs. 1 VwVfG konkretisierte Akteneinsichtsrecht. Dieses ist aber in seinem sachlichen Anwendungsbereich auf ein laufendes Verwaltungsverfahren (§ 9 VwVfG) begrenzt und gewährleistet als subjektiv-öffentliches Recht gerade nicht einen (ungehinderten) Anspruch auf aktive Informationserteilung.

⁸⁴³ So auch *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen, S. 158.

⁸⁴⁴ Ausführlich zum Demokratieprinzip *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen, S. 105 ff.

⁸⁴⁵ Vgl. *Schoch*, ZLR 2010, 121 (133); *Gurlit*, DVBl 2003, 1119 (1126); *Engelbert/Kutscha*, NJW 1993, 1233 (1236) plädieren für ein subjektives Recht auf Information auf Grundlage von Art. 20 Abs. 2 GG.

⁸⁴⁶ Vgl. *Jestaedt*, AöR 126 (2001), 204 (2015).

⁸⁴⁷ So auch *Zumpe*, Öffentlichkeit staatlicher Informationen, S. 123.

⁸⁴⁸ Vgl. BVerfG, NVwZ 2010, 954 (955); NJW 2006, 1048 (1049).

(i.) Unionsrecht

(aa.) Recht auf Zugang zu Dokumenten

Gemäß Art. 15 Abs. 3 AEUV sowie gemäß Art. 42 GrCh haben Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz oder satzungsmäßigen Sitz in einem Mitgliedsstaat das Recht auf Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission. Dieses Recht wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 konkretisiert.⁸⁴⁹ Hierdurch soll das Prinzip der Transparenz⁸⁵⁰ verwirklicht werden. Denn Transparenz solle eine bessere Beteiligung der Bürger am Entscheidungsprozess ermöglichen und eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger in einem demokratischen System ermöglichen.⁸⁵¹ Seine Grenzen findet das Recht auf Zugang in Art. 4 Abs. 1 lit. b) der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001⁸⁵², wonach der Zugang zu verweigern ist, sofern der Schutz personenbezogener Daten beeinträchtigt werden würde.⁸⁵³ Gem. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 ist der Zugang grundsätzlich auch zu verweigern, sofern insbesondere der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person beeinträchtigt werden würde, sofern nicht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht. Für den nationalen Lebensmittelbereich können hieraus keine Rechte für die Öffentlichkeit abgeleitet werden. Denn gem. Art. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 werden unter Dokumenten, zu denen Zugang zu gewähren ist, lediglich Politiken, Maßnahmen oder Entscheidungen aus dem Zuständigkeitsbereich des Organs verstanden. Unter Entscheidungen sind dabei keine lediglich während der Tätigkeit in Erfahrung gebrachte Missstände oder (aus der Sphäre der Verwaltung) herrührende Einschätzungen zu verstehen.

(bb.) Recht auf Verbraucherschutz

Fraglich ist, ob für den Einzelnen aus Art. 169 AEUV und Art. 38 GrCh ein Anspruch auf Verbraucherschutz und damit verbunden ein Anspruch auf Informationen über lebensmittelrechtliche Verstöße ohne konkrete Gesundheitsgefahr herleitet werden kann. Die Union hat gem. Art. 169 Abs. 1 AEUV einen Beitrag zum Verbraucherschutz zu leisten und ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen. Art. 38 GrCh verbürgt das sog. Grundrecht auf Verbraucherschutz.⁸⁵⁴ Zunächst ist ungeachtet des Inhalts bereits fraglich, ob aus Art. 169 AEUV

⁸⁴⁹ Vertiefend hierzu *Epiney*, NVwZ 2011, 976 (979 f.); *Bock*, DÖV 2002, 556 (556 ff.).

⁸⁵⁰ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 Erwägungsgrund Nr. 1.

⁸⁵¹ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 Erwägungsgrund Nr. 2.

⁸⁵² ABl. EU, L 145/43 (L 145/45).

⁸⁵³ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 2.) b.) (1.) (a.) (aa.).

⁸⁵⁴ So *Knops*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Kommentar zum AEUV/EUV/GrCh, Art. 38 GrCh Rn. 1.

i. V. m. Art. 38 GrCh⁸⁵⁵ ein subjektives Recht auf Verbraucherschutz hergeleitet werden kann.

Nach der überwiegenden Ansicht stellt Art. 169 AEUV i. V. m. Art. 38 GrCh kein subjektives Recht des Einzelnen auf Verbraucherschutz dar, weil es sich lediglich um eine Zielsetzung handle.⁸⁵⁶ Nach anderer Ansicht diene Art. 38 GrCh auch dem Interesse Einzelner, weshalb sich daraus ein subjektives Recht auf Verbraucherschutz herleiten lasse.⁸⁵⁷

Eine Entscheidung hierüber kann dahingestellt bleiben, wenn und soweit die hier in Rede stehende Frage nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Art. 169 AEUV i. V. m. Art. 38 GrCh fällt. Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 169 AEUV erstreckt sich auf den Verbraucherschutz innerhalb der Union, welcher gem. Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV in die geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten fällt. Durch den Anwendungsbereich des Art. 169 AEUV sollen EU-Akte im Sinne des Art. 288 AEUV ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen.⁸⁵⁸ Ein solcher Rechtsakt liegt bereits mit Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 über die Information der Öffentlichkeit beim hinreichenden Verdacht einer Gesundheitsgefahr vor. Hierdurch wird einerseits ein Beitrag zum Schutz der Gesundheit der Verbraucher geleistet als auch unionsübergreifend ein hohes Verbraucherschutzniveau sichergestellt. Weitergehende Informationsmaßnahmen können jedenfalls aus Art. 169 AEUV i. V. m. Art. 38 GrCh nicht hergeleitet werden.

(j.) Zwischenfazit

Es wird deutlich, dass die Öffentlichkeit aus dem Verfassungsrecht kein subjektives Recht auf Information ableiten kann.⁸⁵⁹ Dieses ist nur über einfach-gesetzliche Regelungen wie das VIG möglich. Zwar ist richtig, dass im Hinblick auf die Vertragsfreiheit auch für die Öffentlichkeit eine solide Informationsbasis nötig erscheint, um vollinformierte Entscheidungen zu treffen. Doch liegt es primär in den Händen der Vertragsschließenden, sich die für den Vertragsschluss erforderlichen Informationen selbst zu beschaffen. Allerdings wurde bereits – ohne Erfolg – eine Initiative gestartet, dass der freie Informationszugang für die Öffentlichkeit ver-

⁸⁵⁵ Vgl. zur einheitlichen Betrachtungsweise beider Normen *Knops*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Kommentar zum EUV/AEUV/GrCh, Art. 38 GrCh Rn. 1 ff.

⁸⁵⁶ Vgl. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, Art. 38 GrCh Rn. 5; *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte, Art. 38 Rn. 3; *Rudolf*, in: Meyer, Charta der Grundrechte, Art. 38 Rn. 5; *Streinz*, in: *Streinz*, Kommentar EUV/AEUV, Art. 38 GrCh Rn. 2.

⁸⁵⁷ Vgl. zur Begründung *Knops*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Kommentar zum AEUV/EUV/GrCh, Art. 38 GrCh Rn. 35 f.

⁸⁵⁸ Vgl. *Berg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Kommentar zum AEUV/EUV/GrCh, Art. 169 AEUV Rn. 16.

⁸⁵⁹ So auch *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 89; *Becker*, DVBl 2011, 1413 (1413).

fassungsrechtlich gesichert werden sollte.⁸⁶⁰ Die Grundrechte sollten um einen Art. 2a GG (Gewährleistung der Selbstbestimmung), einen Art. 5a GG (Informationsfreiheit) und einen Art. 13a GG (Schutz informationstechnischer Systeme) erweitert werden. Art. 5a GG sollte dergestalt formuliert werden, dass jeder das Recht auf Zugang zu Daten öffentlicher Stellen hat. Beschränkungen dieses Rechts sollten nur auf gesetzlicher Grundlage und nur dann erfolgen dürfen, wenn öffentliche Interessen die Vertraulichkeit zwingend gebieten oder ein überwiegendes Interesse Dritter an der Vertraulichkeit besteht.⁸⁶¹ Damit solle gewährleistet werden, dass die bisher nur einfachgesetzlich verbürgte Informationsfreiheit gegenüber grundrechtlich geschützten Positionen Dritter gestärkt werde und künftig im Rahmen der Abwägung den Vorzug erhalte.⁸⁶² Diese Änderung würde zu einer gänzlichen Abkehr von der beschränkten Aktenöffentlichkeit führen, da dann auch keine themenbegrenzte Informationsfreiheit eröffnet würde, wie dies bspw. beim VIG der Fall ist. Argumentiert wird auch mit der europarechtlichen Bestimmung des Art. 42 GrCh.⁸⁶³ Danach hat jeder das Recht auf Zugang zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Europäischen Rates und der Europäischen Kommission. Verkannt wird dabei jedoch, dass das Informationsrecht auf europäischer Ebene sich nahezu auf keine Verwaltungsverfahren mit personenbezogenen Daten oder entgegenstehenden Interessen privater Dritter beziehen kann. Deshalb ist die Informationsfreiheit auf einfachgesetzlicher Grundlage zu belassen und der Schutz der Dritten durch einen Vorzug ihrer berechtigten Interessen bei der Abwägung zu sichern.

Es erscheint richtig, dass sich der Gesetzgeber auf bestimmte Bereiche wie das Lebensmittelrecht konzentriert und hier einen allgemeinen Informationszugang eröffnet hat. Denn der Lebensmittelbereich stellt zum einen einen Bereich dar, welcher die Allgemeinheit tagtäglich betrifft. Zum anderen besteht hier ein evidentes Informationsinteresse, da die Öffentlichkeit andernfalls wenige bis keine Möglichkeiten hat, sich ausreichend zu unterrichten. Dieser Belang ist daher zwingend zu berücksichtigen. Eine verfassungsrechtliche Normierung ist indes nicht erforderlich. Der Grundsatz des Geheimnisschutzes und der begrenzten Akteneinsicht sollte als Grundpfeiler erhalten bleiben. Einfach-gesetzliche Regelungen sind ausreichend, um der Öffentlichkeit in sensiblen Bereichen einen ausgewogenen und angemessenen Anspruch auf Informationserteilung zu gewähren. Eine uferlose Ausweitung brächte gerade im Hinblick auf den hohen Stellenwert des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung erhebliche Risiken für die betroffenen Unternehmen mit sich.

⁸⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 16/9607, S. 1; *Wegener*, NVwZ 2015, 609 (610).

⁸⁶¹ Vgl. BT-Drs. 16/9607, S. 3.

⁸⁶² Vgl. BT-Drs. 16/9607, S. 4.

⁸⁶³ So *Wegener*, NVwZ 2015, 609 (610).

(3.) Zusammenfassung

Staatliche Informationspolitik ist geeignet, in erheblichem Maße in verfassungsrechtlich geschützte Positionen der betroffenen Unternehmen einzugreifen. Neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG, welches auch auf juristische Personen anzuwenden ist, kommt ebenso eine Verletzung der Wettbewerbsfreiheit und des Unternehmensrufs aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht, wobei Art. 12 Abs. 1 GG auf juristische Personen anzuwenden ist. Schließlich kann der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein, wenn und soweit eine unterschiedliche behördliche Handhabung eines vergleichbaren Sachverhalts erfolgt. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts steht die Verletzung der Grundrechte der GrCh im Raum. Ferner ist ebenso eine Verletzung der Grundfreiheiten möglich.

Die mit der staatlichen Informationspolitik verfolgten Verbraucherinteressen sind (derzeit) verfassungsrechtlich nicht geschützt, sondern können lediglich aus einer einfach-gesetzlichen Grundlage hergeleitet werden.

c.) Eingriffsqualität

Fraglich ist, ob staatliche Informationspolitik überhaupt verfassungsrechtlich als Eingriff zu qualifizieren ist. Dies wird nachfolgend anhand des klassischen sowie des weiten Eingriffsbegriffs untersucht.

(1.) Eingriffsarten

(a.) Klassischer Eingriffsbegriff

Der klassische Eingriffsbegriff hat die Merkmale der Finalität, des Rechtsakts, der Imperativität und der Unmittelbarkeit zum Inhalt.⁸⁶⁴ Er knüpft insoweit an die (gesetzlich normierten) Merkmale eines Verwaltungsakts (§ 35 S. 1 VwVfG) an.⁸⁶⁵ Staatliches Handeln ist als final anzusehen, wenn es gerade die Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzbereichs bezweckt. Ein finales Handeln liegt dann nicht vor, wenn es auf ein ganz anderes Ziel gerichtet ist und der grundrechtliche Schutzbereich nur nebenbei, d. h. als mittelbare Folge beeinträchtigt wird. Der Eingriff muss durch Rechtsakt erfolgen, d. h. es kommt auf die rechtlichen und nicht auf die tatsächlichen Wirkungen der Handlung an. Eine rechtliche Wirkung ergibt sich regelmäßig beim Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes. Dieser ist auf die Herbeiführung einer unmittelbaren Rechtsfolge nach außen hin gerichtet. Ferner muss der Eingriff imperativ

⁸⁶⁴ Vgl. zum Ganzen *Dreier*, in: *Dreier*, Kommentar GG, Vorb. Rn. 123 m. w. N.

⁸⁶⁵ Vgl. nur *Bethge*, *Jura* 2003, 327 (332) m. w. N.

sein. Imperativ ist ein Eingriff, wenn er eine verbindliche Anordnung trifft ist und ggfs. mittels Befehl oder Zwang durchgesetzt werden kann. Letztlich muss die Grundrechtsbeeinträchtigung unmittelbar auf den Eingriff zurückzuführen sein. Unmittelbar ist ein Eingriff, wenn die Grundrechtsbeeinträchtigung durch staatliches Handeln ohne Zwischenschritte eintritt.

Die Anwendung des klassischen Eingriffsbegriffs versagt bei staatlichem Informationshandeln Das staatliche Informationshandeln ist dem Handlungsinstrument des Realakts zuzuordnen, so dass es stets bereits am Merkmal des Rechtsakts fehlen würde. Ferner ist das Merkmal der Imperativität nicht gegeben, da staatliches Handeln gerade nicht durchgesetzt werden kann, sondern die Wirkungen auf dem Verhalten des Informationsempfängers beruhen.

(b.) Weiter Eingriffsbegriff

(aa.) Allgemeines

Mit der Funktion der Grundrechte wäre es nicht vereinbar, sich lediglich auf den klassischen Eingriffsbegriff zu beschränken,⁸⁶⁶ da staatliches Handeln nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes beschränkt ist, sondern auch in anderen Erscheinungsformen einen Grundrechtseingriff präsentieren kann. Gerade der weite Bereich der staatlichen Informationspolitik mit wirtschaftlichen Bezügen erfordert eine Anpassung des klassischen Begriffs an die tatsächlichen Gegebenheiten; neue Handlungsformen des Staates wie die staatliche Informationspolitik machen den Reformbedarf deutlich. Der Staat wird heute nicht mehr nur im Wege eines unmittelbar finalen Eingriffs tätig,⁸⁶⁷ sondern bedient sich vermehrt bloß mittelbar wirksamer Lenkungsmittel.⁸⁶⁸ Das Einschalten der Öffentlichkeit als Mittler zwischen Staat und Betroffenen kann und darf nicht dazu führen, dass eine Umgehung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte eintritt. Staatliches Informationshandeln und die mit diesem bei den betroffenen Unternehmen eintretenden Folgen sind zwar kein klassischer Grundrechtseingriff. Die staatliche Information dient nur als Grundlage, Ursache oder Voraussetzung für das sich daran anschließende Verhalten eines vom Betroffenen unabhängigen privaten Dritten, welches schließlich zu gravierenden wirtschaftlichen Folgen führen kann. Das Grundgesetz steht aber einer Anpassung des Eingriffsbegriffs nicht entgegen, da es diesen nicht konkret vorgegeben, sondern im Hinblick auf tatsächliche Entwicklungen offen gelassen hat.⁸⁶⁹ Fest steht lediglich, dass staatliches Informationshandeln nicht in der Form eines Rechtsaktes erfolgt, sondern in anderer Weise, weshalb die hierdurch entstehenden negativen Eingriffsfol-

⁸⁶⁶ Vgl. BVerwGE 71, 183 (192).

⁸⁶⁷ BVerfGE 46, 120 (145).

⁸⁶⁸ Vgl. BVerwGE 71, 183 (192).

⁸⁶⁹ Vgl. BVerfGE 105, 279 (300).

gen als nur tatsächliche („faktische“) Beeinträchtigungen verstanden werden.⁸⁷⁰ Entscheidend ist nicht der Eintritt einer Rechtsfolge wie bspw. bei der Versagung der Erteilung einer Genehmigung. Vielmehr sollen tatsächliche Wirkungen wie z. B. die Verringerung eines Absatzerfolges oder das Zurückdrängen von Produkten erzielt werden. Dies sind tatsächliche und keine rechtlichen Erfolge, so dass eine zwangsweise Durchsetzung indessen nicht in Betracht kommt.

Ein einheitliches Modell dafür, wann im Bereich der staatlichen Informationspolitik ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts vorliegt, ist nicht ersichtlich. Vielmehr wird der klassische Eingriffsbegriff einzelfallbezogen modifiziert.

(i.) Transparenzlistenentscheidung

Im „Transparenzlisten“-Urteil des BVerwG⁸⁷¹ bejahte dieses einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bei Vorliegen einer mittelbaren, aber finalen Grundrechtsbeeinträchtigung.⁸⁷² Denn die Beeinträchtigung trete nicht durch eine obrigkeitliche Regelung ein. Vielmehr entfalte die Veröffentlichung der Transparenzlisten zum Zwecke der Markttransparenz bei Arzneimitteln nur mittelbare Wirkung, da die möglichen wirtschaftlichen Nachteile für den Arzneimittelhersteller alleine auf dem autonomen Verhalten Dritter beruhen. Entscheidend sei der Akt staatlicher Wirtschaftslenkung, der final auf eine Veränderung des Wirtschaftslebens ziele. Unter staatlicher Wirtschaftslenkung sind allgemein, ungeachtet ihrer Rechtsform, alle staatlichen Maßnahmen zu verstehen, durch die auf den wirtschaftlichen Prozess eingewirkt werden soll, um einen wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitisch erwünschten Zustand oder Ablauf des Wirtschaftslebens herzustellen oder zu erhalten,⁸⁷³ die somit final auf die Absatzchancen der Betroffenen wirken. Die Vorgehensweise der Listenveröffentlichung sei als „grundrechtsspezifische“ Maßnahme anzusehen und erfülle mithin die Kriterien für einen Eingriff.⁸⁷⁴

(ii.) Glykolentscheidung des BVerwG

Nach der „Glykol“-Entscheidung des BVerwG⁸⁷⁵ liegen weder ein Akt staatlicher Wirtschaftslenkung noch eine mit der Veröffentlichung der glykolphaltigen Weine angestrebte unmittelbare und rechtlich verbindliche Wirkung vor. Vielmehr trete die für die betroffenen Un-

⁸⁷⁰ Vgl. eingehend zum Begriff der faktischen Beeinträchtigung *Albers*, DVBl 1996, 233 (233).

⁸⁷¹ Vgl. BVerwGE 71, 183 (190).

⁸⁷² Vgl. BVerwGE 71, 183 (190 ff.).

⁸⁷³ *Badura*, in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 292.

⁸⁷⁴ Vgl. BVerwGE 71, 183 (194).

⁸⁷⁵ Vgl. BVerwGE 87, 37 (43).

ternehmen nachteilige Wirkung aufgrund eines auf einer freien Kaufentscheidung der Öffentlichkeit beruhenden Verhaltens ein und sei demnach nur mittelbar. Dennoch erfasse die Schutzfunktion des Grundrechts auch eine von einem schlicht-hoheitlichen (staatlichen) Handeln ausgehende bloß tatsächliche und mittelbare Betroffenheit des Grundrechtsträgers. Auf eine finale Wirkung komme es nicht an. Gerade bei einer in Frage stehenden Grundrechtsbeeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG müsse auch eine mit staatlicher Autorität vorgenommene Handlung als Eingriff gewertet werden, wenn diese einen solchen zwar nicht bezwecke, aber zumindest als eine voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken könne. Der Eingriff setze deshalb auch nicht zwangsläufig eine berufsregelnde Tendenz voraus. Wie das BVerfG⁸⁷⁶ zu Recht ausführt, wäre der Schutz des Einzelnen vor Beschränkungen nur unvollkommen gewährleistet, wollte man alleine solche Vorschriften am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich prüfen, die die berufliche Betätigung unmittelbar zum Gegenstand haben. Deshalb könne der Schutzbereich auch durch Vorschriften oder Maßnahmen berührt werden, die erst infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Freiheit mittelbar zu beeinträchtigen, obwohl sie keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter tragen.

(iii.) Glykolentscheidung des BVerfG

Anders entschied in diesem Zusammenhang das BVerfG⁸⁷⁷ auf die Verfassungsbeschwerde im Parallelverfahren hin⁸⁷⁸. Hier verneinte das BVerfG bereits eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Ausführungen zum Eingriffsbegriff lassen die Entscheidungsgründe in zu kritisierender, aber konsequenter Weise vermissen.

(iv.) Warentestentscheidung

In seiner „Warentest“-Entscheidung nahm das BVerwG⁸⁷⁹ vollumfänglich Bezug auf die „Transparenzlisten“- und „Glykol“-Entscheidungen und fasste die Veröffentlichung behördlicher Warentests in einer Zeitschrift als Eingriff auf. Wesentliches Argument war die mit der Veröffentlichung einhergehende gravierende rufschädigende Wirkung für das betroffene Lebensmittelunternehmen. Auch hier komme es auf eine finale Wirkung nicht an. Ausreichend

⁸⁷⁶ BVerfGE 13, 181 (185).

⁸⁷⁷ Vgl. BVerfGE 105, 252 (252 ff.).

⁸⁷⁸ Vgl. BVerwG, JZ 1991, 624 (624 ff.); BVerfGE 87, 37 (37 ff.).

⁸⁷⁹ Vgl. BVerwG, DVBl 1996, 807 (807 f.).

sei, dass die Folgen staatlichen Handelns für die tätig werdenden Organe voraussehbar seien und trotz Kenntnis in Kauf genommen werden.

(v.) Zwischenfazit

Die Betrachtung der diversen Entscheidungen offenbart, dass der Rechtsprechung eine klare Linie bei der Bestimmung der staatlichen Informationspolitik als grundrechtsrelevantem Eingriff fehlt. Dieses ist aber die logische Konsequenz der vielfältigen Erscheinungsformen staatlichen Handelns. Dennoch lassen sich exaktere Maßstäbe klassifizieren, an denen das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs gemessen werden kann. Deshalb wird nachfolgend auf die einzelnen Gruppierungen näher eingegangen.

(bb.) Finalität und Imperativität

Staatliche Handlungen im herkömmlichen Sinn sind durch das kumulative Vorliegen von Finalität und Imperativität geprägt und bedürfen im Bereich der staatlichen Informationspolitik je nach Einzelfall gewisser Modifikationen.

(i.) Indirekte Verhaltenssteuerung

Versucht der Staat mit Mitteln des Zwangs eine Rechtsfolge herbeizuführen, so kommt es ihm gezielt auf diese an. Sein Handeln wirkt final. Staatliche Informationspolitik kann jedoch niemals imperativ wirken, weil das durch die Öffentlichkeit geübte Konsumverhalten gegenüber den betroffenen Unternehmen nicht aufgrund einer mit Zwang durchsetzbaren staatlichen Maßnahme herbeigeführt werden kann.⁸⁸⁰ Vielmehr wird der Adressat der staatlichen Information derart beeinflusst, dass er schlussendlich die mit der Information beabsichtigte Wirkung beim Unternehmen auslöst.⁸⁸¹ Da das Merkmal der Imperativität bei staatlichen Informationen nicht vorliegen kann, bedarf es einer sachgerechten Modifikation. Diese liegt im Einsatz der indirekten Verhaltenssteuerung. Je nach ihrer Intensität ist sie geeignet, einen Erfolg herbeizuführen, welcher einer zwangsweise durchgesetzten Maßnahme (weithin) gleichkommt. Deshalb kann eine indirekte Verhaltenssteuerung in Bezug auf einen Dritten parallel dazu auch final sein, wenn und soweit sie gerade auf den Eintritt des Verhaltenserfolgs gerichtet ist.⁸⁸² Der indirekten Verhaltenssteuerung ist die Finalität damit immanent,⁸⁸³ wenn der gleiche Erfolg auch hätte mit Mitteln des Zwangs erreicht werden können. Wird auf die Ent-

⁸⁸⁰ So auch *Wollenschläger*, *VerwArch* 2011, 20 (37).

⁸⁸¹ So auch *Kügel/Platzmann*, *LMuR* 2012, 1 (4).

⁸⁸² Vgl. *BVerfGE* 105, 252 (273).

⁸⁸³ So *Murswiek*, *DVBf* 1997, 1021 (1025).

schließungsfreiheit des Einzelnen dergestalt eingewirkt, dass lediglich nur eine Handlungsvariante sanktionslos bleibt und damit die Wahl einer anderen Entschließungsrichtung sanktioniert wird, kann dies einer imperativen Maßnahme im Ergebnis gleichkommen. Nur so kann ein Ziel auch ohne Mittel des Zwangs durchgesetzt und schließlich erreicht werden.

(ii.) Finalität und Vorhersehbarkeit

Staatliches Informationshandeln kann final wirken, muss es jedoch nicht. Liegt eine finale Wirkung vor, so bildet dies das stärkste Indiz für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs.⁸⁸⁴ Werde einer staatlichen Maßnahme das Kriterium der Finalität attestiert, so soll ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts vorliegen, ohne dass die Prüfung etwaiger weiterer Merkmale erforderlich ist.⁸⁸⁵ Dem kann nur dann uneingeschränkt gefolgt werden, wenn sich die Finalität auf den Eintritt des Verhaltens Erfolgs bei bestimmten Dritten bezieht und nicht lediglich auf die Beeinflussung der Öffentlichkeit allgemein. Denn bloße Begleit- und Reflexerscheinungen bei Dritten sind nicht als grundrechtsspezifische Maßnahmen diesen gegenüber zu qualifizieren,⁸⁸⁶ da dem Staat andernfalls aufgrund einer uferlosen Eingriffsdefinition wiederum keinerlei grundrechtskonforme Handlungsmöglichkeiten mehr zur Verfügung stünden. Bei staatlicher Information im Allgemeinen ist eine finale Wirkung dann anzunehmen, wenn nicht lediglich das Verhalten des Informationsempfängers beeinflusst werden soll, sondern sie darüber hinaus auch auf die Herbeiführung weitergehender Folgen abzielt, welche nicht handlungsleitend sein müssen,⁸⁸⁷ aber dennoch von einigem Gewicht sind. Eine Hauptmotivation hierzu muss nicht vorliegen. Die Warnung als staatliche Informationsform solle dabei stets einen Sanktionscharakter für nicht erwünschtes Verhalten des Unternehmens durch den Staat enthalten. Der Ausspruch einer Warnung sei deshalb auch stets als Eingriff zu qualifizieren, da mit deren Aussprechen die für das Unternehmen eintretenden wirtschaftlichen und finanziellen Folgen voraussehbar sind und in Kauf genommen werden.⁸⁸⁸ Warnungen erfolgen im Lebensmittelbereich regelmäßig zur Verhütung von Gesundheitsgefahren, so dass mit dem Ausspruch einer Warnung primär und handlungsleitend die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG verfolgt wird. Dass damit zwangsläufig weitergehende (wirtschaftliche) Folgen beim Unternehmen verbunden sind, liegt in der Natur der Sache. Doch diese Konstellation ist nicht stets als finale Handlung einzustufen. Die finale Wirkung ist

⁸⁸⁴ Vgl. *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (696).

⁸⁸⁵ Vgl. *Porsch*, ZLR 2003, 175 (178); *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (695).

⁸⁸⁶ Vgl. BVerwGE 71, 183 (194).

⁸⁸⁷ Vgl. *Murawiek*, DVBl 1997, 1021 (1025).

⁸⁸⁸ Vgl. *Porsch*, ZLR 2003, 175 (178); *Murawiek*, DVBl 1997, 1021 (1025); *Heintzen*, VerwArch 1990, 532 (549).

vielmehr auf den Gesundheitsschutz gerichtet. Dem steht die Annahme als Grundrechtseingriff nicht per se entgegen.⁸⁸⁹ Entscheidend ist in diesem Fall die Vorhersehbarkeit der möglichen Nachteile und Folgen für die betroffenen Unternehmen.⁸⁹⁰ Nur so wird gewährleistet, dass sich der Staat seiner Pflicht zur (Be-)Achtung der Grundrechte nicht verschließt und vor allem das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung nicht umgeht.

Sofern der Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auch die Chance auf soziale Interaktion mit umfasse, so soll jegliche staatliche Information im Lebensmittelbereich auf eine Beeinträchtigung derselben abzielen, sofern sie nicht gänzlich neutral und ohne staatliche Autorität erfolge (was nur selten der Fall sei).⁸⁹¹ Zwar ist soziale Interaktion als Mittel des Erfolgs unerlässlich. Doch muss unterschieden werden, welche konkrete soziale Interaktion gezielt beeinträchtigt werden soll. Als sozialer Interaktionspunkt kommt vor allem die Interaktion zwischen den am Markt tätigen Unternehmen in Betracht. Hier lässt sich eine Beeinträchtigung nur schwer begründen, da die Marktteilnehmer untereinander im Konkurrenzverhältnis stehen. Als weiterer sozialer Interaktionspunkt kommt die Interaktion der Öffentlichkeit bzw. des einzelnen Verbrauchers mit dem am Markt tätigen Unternehmen in Betracht. Diese Verbindung ist durchaus geeignet, staatlicherseits beeinflusst zu werden, weil dadurch ein Austausch- und Vertrauensverhältnis unterbunden werden kann.

(cc.) Unmittelbarkeit

Ob staatliches Informationshandeln unmittelbar oder mittelbar zum Grundrechtseingriff führen kann, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Fest steht jedenfalls, dass die Folgen einer staatlichen Information erst durch dazwischen geschaltete Öffentlichkeit eintreten, so dass zunächst diese für den Folgeneintritt verantwortlich anzusehen ist.⁸⁹² Fraglich ist deshalb, ob das Merkmal der Unmittelbarkeit wegzulassen, zu ersetzen oder schlicht inhaltlich zu modifizieren ist.

(i.) Modifikationsbedürfnis

Das Merkmal der Unmittelbarkeit wird im Wesentlichen durch zwei Ansätze geprägt: Zum einen soll bei fehlender Unmittelbarkeit auf das Merkmal der Finalität⁸⁹³ bzw. bei mangelnder Finalität auf das Merkmal der Vorhersehbarkeit abgestellt werden, zum anderen soll das

⁸⁸⁹ Vgl. im Allgemeinen *Augsberg*, DVBl 2007, 733 (740).

⁸⁹⁰ Vgl. BVerwGE 87, 37 (43).

⁸⁹¹ So *Murawiek*, DVBl 1999, 1021 (1027).

⁸⁹² So auch *Gusy*, NJW 2000, 977 (983).

⁸⁹³ So *Gusy*, NJW 2000, 977 (983).

Merkmal der Unmittelbarkeit durch das Merkmal der Zurechenbarkeit an eine staatliche Stelle ersetzt werden.⁸⁹⁴ Vertreten wird auch, dass das Merkmal der Unmittelbarkeit trotz dazwischen geschalteter Öffentlichkeit vorliege, da es zwar ein normatives, aber gleichwohl der Interpretation und Anpassung zugängliches Kriterium darstelle.⁸⁹⁵ Es dürfe keinen Unterschied hinsichtlich der Unmittelbarkeit machen, ob der Erfolg durch ein Verbot unmittelbar oder durch die Öffentlichkeit mittelbar herbeigeführt werde, da dies eine Bewertung nach der Theorie des Letztverursachers darstelle.⁸⁹⁶ Der letztgenannte Lösungsansatz ist allerdings abzulehnen. Bereits terminologisch macht es einen gewichtigen Unterschied, ob Folgen unmittelbar oder mittelbar eintreten. Damit steht nicht fest, ob ein Grundrechtseingriff überhaupt vorliegt, da das Merkmal der Unmittelbarkeit alleine keine Aussage hierüber treffen kann. Es erweist sich als effektiver, im Bereich der staatlichen Informationspolitik das Merkmal der Unmittelbarkeit gänzlich zu vermeiden und sich stattdessen zu fragen, ob die staatliche Information final auf den Grundrechtseingriff gerichtet war, da Finalität und Unmittelbarkeit bzw. deren Äquivalent nicht kumulativ vorliegen müssen, sondern alternativ vorliegen dürfen.⁸⁹⁷ Liegt bereits das Merkmal der Finalität vor, zielt die staatliche Information gerade auf den Erfolgseintritt, so kommt es konsequenterweise auf das Merkmal der Unmittelbarkeit nicht mehr an. Kommt eine Finalität nicht in Betracht, ist nach der Vorhersehbarkeit der Folgen zu fragen. Hierbei ist maßgeblich, mit welcher Wahrscheinlichkeit die staatlicherseits beabsichtigten Folgen eintreten werden und ob diese Wahrscheinlichkeit ausreicht, um von einer objektiv vorhersehbaren Beeinträchtigung zu sprechen.⁸⁹⁸ Auch wenn der Folgeneintritt für die staatliche Stelle voraussehbar war, trifft diese Feststellung noch keine Aussage darüber, ob ihr dieser auch zurechenbar ist. Denn tritt ein Dritter in die Kausalkette ein und ist der Folgeneintritt ausschließlich auf das autonome, aber ggfs. beeinflusste Verhalten dieses Dritten zurückzuführen, so bedarf es wertender Gesichtspunkte für die Zurechnung der Folgen an den Dritten. Zu fragen ist, ob der objektive Zweck der staatlichen Information bei einem Dritten zu Grundrechtsbeeinträchtigungen führen soll.⁸⁹⁹ Diese Situation ist mit der mittelbaren Täterschaft aus § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vergleichbar. Danach erfolgt die Zurechnung eines Erfolges an einen Dritten, wenn dieser Dritte einen anderen dazu veranlasst hat, die Handlungen für den Erfolgseintritt vorzunehmen.⁹⁰⁰ Aber auch im Zivilrecht sind die Fälle der mittelbaren

⁸⁹⁴ Vgl. BVerwG, NJW 2006, 1303 (1304).

⁸⁹⁵ Vgl. *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (697).

⁸⁹⁶ Vgl. *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (697).

⁸⁹⁷ Vgl. *Gusy*, NJW 2000, 977 (983).

⁸⁹⁸ *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 162.

⁸⁹⁹ So auch *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 166.

⁹⁰⁰ Vgl. nur *Heine*, in: Schönke/Schröder, Kommentar StGB, § 25 Rn. 6a.

Kausalität über wertende Zurechnungskriterien zu lösen.⁹⁰¹ So tritt eine Ersatzpflicht des Schädigers in dieser Fallkonstellation nur ein, wenn der Zurechnungszusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden trotz Hinzutreten weiterer Umstände fortbesteht.⁹⁰² Es muss ausgeschlossen werden, dass trotz vorhersehbaren Folgeneintritts die Ursache dafür auf gänzlich anderen Erwägungen beruht als auf der staatlichen Information.

(ii.) Zurechenbarkeit

Diskussionswürdig sind zwei Bereiche: Zum einen muss geklärt werden, inwieweit mögliche mittelbare Beeinträchtigungen bereits als Grundrechtseingriffe qualifiziert werden können und im Anschluss daran, welche Kriterien für eine Zurechenbarkeit an die staatliche Stelle aufzustellen sind. Wird eine staatliche Information verlautbart, steht in diesem Zeitpunkt noch nicht mit Sicherheit fest, ob es tatsächlich durch das sich hieran anschließende Konsumverhalten privater Dritter zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung (bei Unternehmen) kommt. Bloße Grundrechtsgefährdungen bewegen sich erst im Vorfeld einer verfassungsrechtlich relevanten Grundrechtsbeeinträchtigung.⁹⁰³ Es steht im Zeitpunkt der staatlichen Information ex ante noch nicht mit Sicherheit fest, ob diese Information zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung führen wird. Die staatliche Information kann in ihrer Zielrichtung hinsichtlich des Lenkungscharakters gegenüber der Öffentlichkeit wirkungslos sein, sie kann aber auch zu erheblichen negativen Folgen wie Existenzgefährdung und Existenzvernichtung beim betroffenen Unternehmen führen.⁹⁰⁴ Doch ob bereits solche Grundrechtsgefährdungen als Eingriff zu qualifizieren sind, ist jeweils – ex ante betrachtet – immer nur ausgehend vom Schutzbereich des in Frage kommenden Grundrechts zu entscheiden.⁹⁰⁵ Je nach Art und Schwere der möglichen Folgen kann bereits eine entfernte Wahrscheinlichkeit des Folgeneintritts ausreichen, um die sich aus dem Schutzbereich ergebenden Schutzpflichten und Anforderungen der öffentlichen Gewalt konkret auszulösen.⁹⁰⁶ Der Bereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG zugunsten des betroffenen Unternehmen weist einen hohen Verfassungsrang auf, da besonders die unkontrollierte Verbreitung, noch dazu im Internet, erhebliches Gefahrenpotenzial mit sich bringt, gegenüber welchem verfas-

⁹⁰¹ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar BGB, Vorb. § 249 Rn. 52.

⁹⁰² Vgl. *Schubert*, in: BeckOK BGB, § 249 Rn. 62.

⁹⁰³ Vgl. BVerfGE 66, 39 (57 f.), welches im Ergebnis eine Grundrechtsbeeinträchtigung alleine durch die Zustimmung der Bundesregierung zur Aufstellung von Raketen und Marschflugkörpern auf dem Gebiet der BRD ablehnte, da die Zustimmung nicht zum Ziel hatte, eine Gefahr für die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG herbeizuführen.

⁹⁰⁴ So auch *Schink*, Rechtsgutachten, S. 14 hinsichtlich der Rechtsnatur des Smiley-Modells.

⁹⁰⁵ Zum Vorliegen eines mittelbaren Grundrechtseingriffs aufgrund staatlicher Information vgl. zustimmend nur *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2846).

⁹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 49, 89 (142).

sungsrechtlicher Schutz unumgänglich ist. Anders sieht das im Bereich der Wettbewerbsfreiheit als Unterfall der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG aus. Ob tatsächlich negative wirtschaftliche Folgen beim Unternehmen eintreten, ist nicht hinlänglich bekannt. Dennoch ist die Vorgehensweise der staatlichen Informationspolitik im Lebensmittelsektor bereits im Allgemeinen durchaus geeignet, einen Eingriff in den Schutzbereich auszulösen. Der Bereich des Lebensmittelrechts stellt einen für die Öffentlichkeit sensiblen Bereich dar, der hohes Interessens- und Informationspotenzial mit sich bringt. Eine mit der staatlichen Informationspolitik verbundene anprangernde Wirkung löst bei der Öffentlichkeit naturgemäß und zwangsläufig mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Verhaltensreaktion aus.⁹⁰⁷ Bereits diese hohe Wahrscheinlichkeitsstufe ist geeignet, den Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit nachhaltig und negativ zu berühren; daher ist nicht von einer bloßen Grundrechtsgefährdung, sondern von einer tatsächlichen Grundrechtsbeeinträchtigung auszugehen. Schließlich ist klärungsbedürftig, welche Kriterien an die Zurechenbarkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung an die öffentliche Gewalt zu stellen sind. Das Merkmal der Zurechenbarkeit ist nicht völlig losgelöst vom Merkmal der Finalität oder der Vorhersehbarkeit zu sehen. Denn ob ein Verhalten eines privaten Dritten der öffentlichen Gewalt letztendlich zugerechnet werden kann, ist auch daran zu messen, ob die durch das Verhalten eines privaten Dritten eintretende negative Folge für die öffentliche Gewalt vorhersehbar gewesen ist⁹⁰⁸ sowie von deren Vorstellungsbild mit umfasst wird. Entscheidend ist deshalb, ob das Handeln des privaten Dritten dem – wenn auch nur mittelbaren – Zweck der staatlichen Informationstätigkeit entspricht.⁹⁰⁹ Es kommt also elementar auf die Zielrichtung der staatlichen Informationstätigkeit an. Nicht entscheidend sein kann, ob die staatliche Information mehrere Zielrichtungen verfolgt. Für die Zurechnung ist vielmehr entscheidend, dass eine dieser Zielrichtungen durch das Verhalten eines privaten Dritten verwirklicht wurde, d. h. kausal auf dieses zurückgeführt werden kann.⁹¹⁰ Für die Zurechenbarkeit muss also ausreichen, dass der Informationsgeber den Vorgang willentlich in Gang gesetzt hat und der (wahrscheinliche) Erfolgseintritt in seiner Sphäre liegt.

⁹⁰⁷ Anders aber *Schink*, Rechtsgutachten, S. 14.

⁹⁰⁸ In die Richtung *Lenski*, ZJS 2008, 13 (15).

⁹⁰⁹ Vgl. BVerwG, NJW 2006, 1303 (1305).

⁹¹⁰ Anders *Schink*, Rechtsgutachten, S. 13 f., welcher zwar die doppelte Zielrichtung des Smiley-Modells bejaht, jedoch eine Zurechnung ausschließt, da der mit der Information intendierte Lenkungszweck rechtlich unverbindlich sei und demnach die Smiley-Liste auf mögliche negative Folgen keinen Einfluss nehmen könne, da dazwischen das autonome Verhalten der Öffentlichkeit trete, welches gerade nicht steuerbar sei.

(dd.) Eigene Bewertung

Staatliche Informationspolitik ist allgemein dazu in der Lage, einen Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen darzustellen.⁹¹¹ Dieser Eingriff vollzieht sich grundsätzlich über zwei Ebenen: Auf der ersten Ebene geht es inhaltlich um die Veröffentlichung von personen- und unternehmensbezogenen Daten. Auf der zweiten, deutlich schwerwiegenderen Ebene steht das (voraussehbare) Verhalten der Öffentlichkeit, welches letztendlich zum massiven Eingriff führt.⁹¹²

Eine Einschränkung dahingehend, dass die hier behandelte staatliche Informationspolitik lediglich einen sozial adäquaten Bereich ohne fühlbare wesentliche Beeinträchtigung betrifft, ist nicht möglich.⁹¹³ Die vom Eingriff tangierten Grundrechte (der betroffenen Unternehmen) sind insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie das Grundrecht der Berufsfreiheit in Form der Wettbewerbsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.⁹¹⁴ Von einem Grundrechtseingriff sollte stets dann ausgegangen werden, wenn die Information mit Staatsautorität erfolgt, schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann und diese Folgen beabsichtigt, vorhersehbar und überdies in Kauf genommen werden.⁹¹⁵ Liegen diese drei Voraussetzungen vor, ist der Eingriff ohne weiteres auch dem Staat zurechenbar, da das willentliche Element indiziert werden kann. Eine starre schematische Anwendung sollte unterbleiben. Die Informationserteilung lässt sich flexibel gestalten. Dies erfordert eine ebenso flexible Anwendung des Eingriffsbegriffs.

Die mit der staatlichen Information intendierte Lenkungswirkung, welche zwangsläufig und vorhersehbar zu gravierenden wirtschaftlichen und finanziellen Folgen beim Unternehmen (zumindest in mittelbarer Weise) führen kann, muss bei der Bestimmung des Grundrechtseingriffs beachtet werden. Sofern jedoch die staatliche Information lediglich und ausschließlich einen neutralen Informationsgehalt hat, welcher nicht (mittelbar) zu nachteiligen Folgen führt, so könnte durchaus ein Eingriff verneint werden.⁹¹⁶ Denn eine funktionierende Marktwirtschaft bedingt einen ungehinderten Zugang zu allen öffentlich zugänglichen Tatsachen.⁹¹⁷

⁹¹¹ So auch *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (4).

⁹¹² Vgl. auch *Reimer*, JöR 2010, 275 (287).

⁹¹³ Vgl. zu den Einschränkungen beim Eingriffsbegriff nur *Engel*, Staatliche Informationstätigkeit, S. 152 ff.

⁹¹⁴ Vgl. zum Eingriffscharakter bei Veröffentlichung von personenbezogenen Daten bereits BVerfGE 78, 77 (84) sowie BVerfG, NJW 2008, 1435 (1436).

⁹¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 82, 76 (94).

⁹¹⁶ Vgl. *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (4); *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (27), welcher bereits das Smiley-System als rein informativ betrachtet, dennoch einen Eingriff bejaht; *Murawiek*, NVwZ 2003, 1 (4);.

⁹¹⁷ Vgl. *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490); *Murawiek*, NVwZ 2003, 1 (4).

Werden diese Informationen durch staatliche Initiative ohne intendierte Lenkungsfunktion erteilt, ist damit viel eher die Stärkung des Wettbewerbs als dessen Schwächung zu sehen.⁹¹⁸

d.) Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Wenn und soweit ein Grundrechtseingriff bejaht wird, wird grundsätzlich das Erfordernis des Gesetzesvorbehalts ausgelöst.⁹¹⁹ Das bedeutet, dass die öffentliche Gewalt für jeden Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts einer parlamentarischen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Das materielle Erfordernis folgt aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 2, 3 GG und stellt ein ausreichendes Maß an Legitimation sicher.⁹²⁰ In formeller Hinsicht sichert der Gesetzesvorbehalt das Rechtsstaatsprinzip, indem die Zulässigkeit des Eingriffs selbst und dessen Schwere hinreichend klar und bestimmt normiert werden.⁹²¹ Problematisch stellt sich im Bereich der staatlichen Informationspolitik das multipolare Rechtsverhältnis dar, da der eigentliche Grundrechtseingriff erst durch das dazwischen tretende Verhalten der Öffentlichkeit eintritt. Ob die Öffentlichkeit die aufgrund staatlicher Informationspolitik erhaltenen Informationen überhaupt begehrt (hat), wird seitens der zuständigen Stelle/Behörde nicht festgestellt und vom Gesetzgeber auch nicht vorgesehen.⁹²² Es wird lediglich unterstellt.

(1.) Weitergehende Anforderungen trotz Eingriffscharakter?

Im Bereich der staatlichen Informationspolitik solle entgegen dem prinzipiellen Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bei Vorliegen eines Eingriffs eine andere Maxime gelten. Danach besage alleine das Vorliegen eines Eingriffs in den Schutzbereich eines Grundrechts noch nichts darüber aus, ob die öffentliche Gewalt für diesen Eingriff auch einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Dies resultiert aus der „Osho“-Entscheidung⁹²³ des BVerfG. Diese macht deutlich, dass für das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage weitergehende Anforderungen maßgeblich seien als nur die Feststellung eines Grundrechtseingriffs. So werde eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erst dann für erforderlich gehalten, wenn und soweit sich die staatliche Information nach ihrer Zielsetzung und ihren Wirkungen als Ersatz für eine staatlich-hoheitliche Maßnahme darstelle und

⁹¹⁸ Vgl. *Murswiek*, DVBl 1997, 1021 (1027); *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2705 (2711).

⁹¹⁹ Vgl. BVerfGE 8, 155 (167) zur Formel, dass „Eingriffe in Freiheit und Eigentum“ einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt auslösen.

⁹²⁰ Vgl. *Gusy*, NJW 2000, 977 (982).

⁹²¹ Vgl. *Gusy*, NJW 2000, 977 (982).

⁹²² Vgl. grundlegend *Becker*, ZLR 2011, 391 (409).

⁹²³ Vgl. BVerfGE 105, 279 (300 f.).

demnach als Grundrechtseingriff im herkömmlichen, klassischen Sinne zu qualifizieren sei.⁹²⁴ Erforderlich sei demnach ein funktionales Äquivalent.⁹²⁵ Die Zielsetzung entspreche einem klassischen Eingriff, wenn es im Ergebnis dem Kriterium der Finalität gleichkomme.⁹²⁶ Die Wirkung der staatlichen Information habe sich schließlich an den Merkmalen von Finalität, Intensität und Unmittelbarkeit zu orientieren.⁹²⁷ Weitergehende Anhaltspunkte oder konkrete Aussagen hierzu gibt die Entscheidung des BVerfG nicht.⁹²⁸ Erkennbar ist jedoch, dass das Merkmal der Finalität, welches die Zielsetzung beinhalten soll, sich bei dieser Prüfungsebene nicht auf das Verhalten eines privaten Dritten zu beziehen hat, der ggfs. die Grundrechtsbeeinträchtigung herbeiführt, sondern auf den Beeinträchtigungserfolg selbst.⁹²⁹

(a.) Zielsetzung staatlicher Informationspolitik

Die „Osho“-Entscheidung des BVerfG zugrunde gelegt, bleibt für das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu untersuchen, ob der eingetretene Erfolg beim Lebensmittelunternehmen von der Zielsetzung der öffentlichen Gewalt her (mit)umfasst ist. Relevant sind deshalb die Informationsarten der Warnung und der Empfehlung, da der Hinweis als schwächste Verhaltenslenkung regelmäßig produkt- und unternehmensübergreifend erfolgt, so dass schließlich der Erfolgseintritt von der staatlichen Zielsetzung nicht erfasst sein kann.

(aa.) Warnung

Die Warnung stellt das stärkste Mittel zur Verhaltenslenkung dar, welche einem behördlichen Verbot gleichkommen kann. Deshalb steht bei einer Warnung das Merkmal der Finalität im Vordergrund, da es nicht darauf ankommen kann, ob das beabsichtigte Ergebnis erst durch die Einschaltung der Öffentlichkeit eintritt oder bereits der Staat selbst durch Zwangsmaßnahmen für das Resultat sorgt.⁹³⁰ Dem Staat kommt es bei einer Warnung gezielt auf die Verhinderung eines Gefahreintritts für die menschliche Gesundheit oder andere Rechtsgüter von elementarer Bedeutung an. Diese Zielsetzung kann lediglich über eine voraussehbare und kontrollierte Verhaltenslenkung erreicht werden. Auf Grund der immensen Folgen für das von der War-

⁹²⁴ Vgl. BVerfGE 105, 279 (303).

⁹²⁵ Vgl. BVerfGE 105, 279 (303).

⁹²⁶ Vgl. *Lenski*, ZJS 2008, 13 (15).

⁹²⁷ Vgl. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (37); a. A. *Lenski*, ZJS 2008, 13 (15), welche eine Orientierung an den Merkmalen von Unmittelbarkeit, Imperativität und Rechtsaktqualität befürwortet, ohne zu berücksichtigen, dass dem staatlichen Informationshandeln diese Merkmale kaum entsprechen können.

⁹²⁸ So auch *Lenski*, ZJS 2008, 13 (15).

⁹²⁹ Zustimmung *Lenski*, ZJS 2008, 13 (16).

⁹³⁰ So auch *Käβ*, WiVerw 2002, 197 (204).

nung betroffene Unternehmen ist bei einer produktbezogenen Warnung durch staatliche Behörden stets eine Ermächtigungsgrundlage als erforderlich zu erachten.⁹³¹

(bb.) Empfehlung

Die dieser Untersuchung zugrunde gelegte staatliche Informationspolitik beinhaltet eine intendierte Handlungsrichtung und -lenkung. Der Öffentlichkeit werden (bis auf die Information nach § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB) Informationen über hygienerechtliche Verstöße konkreter Unternehmen, ggfs. bebildert oder durch produktspezifische Kritik zur Verfügung gestellt. Der Ausspruch einer konkreten, ausdrücklichen produkt- oder unternehmensbezogenen Warnung liegt nicht vor. Allerdings führen diese Informationen zwangsläufig dazu, dass die Öffentlichkeit von den betroffenen Unternehmen oder deren Produkten Abstand nimmt, da diese Informationen einen erheblichen Abschreckungsfaktor besitzen (können). Damit die Unternehmen künftig hygienerechtliche Vorschriften einhalten, ist eine gewisse Druckwirkung erforderlich, welche über die Öffentlichkeit und deren Reaktion erreicht wird. Die für die betroffenen Unternehmen eintretenden wirtschaftlichen und finanziellen Folgen werden dabei staatlicherseits vorhersehbar in Kauf genommen. Deshalb werden die negativen Erfolge bei den betroffenen Unternehmen von der staatlichen Zielsetzung des Verbraucherschutzes, der Sanktionierung vergangenen und der Prävention künftigen Verhaltens mit umfasst. Hierbei ist der Übergang zur Warnung vor einem konkreten Unternehmen oder Produkt fließend, weshalb auch bei der Informationsart der Empfehlung eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist.

(b.) Mittelbar-faktische/-finale Grundrechtsbeeinträchtigung

Das BVerwG versucht für das Vorliegen eines funktionalen Äquivalents danach zu unterscheiden, ob die Zielsetzung der staatlichen Information auf eine mittelbar-faktische oder eine mittelbar-finale Grundrechtsbeeinträchtigung abziele. Lediglich im letztgenannten Fall solle der Vorbehalt des Gesetzes eingreifen.⁹³² Gemeint ist damit, dass zwischen finalen und nicht finalen mittelbar-faktischen Maßnahmen zu unterscheiden ist.⁹³³ Denn staatliche Informationspolitik hat zur Folge, dass stets mittelbare Beeinträchtigungen infolge des multipolaren Rechtsverhältnisses vorliegen. Die Bestimmung, ob ein finales Verhalten vorliegt, ist nicht einfach zu beantworten, da danach unterschieden werden muss, ob die staatliche Zielsetzung

⁹³¹ Vgl. *Di Fabio*, JuS 1997, 1 (4); *Leidinger*, DÖV 1993, 925 (930); *Ossenbühl*, ZHR 1991, 329 (336).

⁹³² Vgl. BVerwG, NJW 2006, 1303 (1304).

⁹³³ Vgl. *Murawiek*, NVwZ 2003, 1 (6); *Huber*, JZ 2003, 290 (294), wonach nicht finale mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe aufgrund der grundsätzlich abstrakt-generellen Gesetzesregelung tatsächlich schwer zu normieren wären.

lediglich auf das Verhalten des privaten Dritten Einfluss zu nehmen beabsichtigt oder die letztlich beim (Lebensmittel-)Unternehmen eintretende Grundrechtsbeeinträchtigung intendiert. Wird allerdings berücksichtigt, dass die Veröffentlichung zwangsläufig mit negativen Konsequenzen für das betroffene Unternehmen verbunden ist, sind die Eingriffsqualität und das Erfordernis des Gesetzesvorbehalts logische Konsequenz.⁹³⁴ Denn wie eingangs bereits⁹³⁵ erläutert, zielt staatliches Informationshandeln zwar unmittelbar auf die Verhaltensrichtung eines privaten Dritten, aber nur mittelbar auf den Eintritt einer Grundrechtsbeeinträchtigung beim Unternehmen. Deshalb versucht die öffentliche Gewalt durch staatliches Informationshandeln ein Verhalten bei bestimmten Personen auszulösen, welches wiederum negative Folgen für die weiteren Beteiligten haben kann.⁹³⁶ Das Problem dieser Informationsstruktur liegt in den verschiedenen auf einander aufbauenden Handlungsabläufen.⁹³⁷ Zur Lösung dieses Problems wird vertreten, dass auf das Merkmal der Intensität abgestellt werden solle, mit welcher eine Grundrechtsbeeinträchtigung erfolge,⁹³⁸ wenn keine Finalität nachgewiesen werden könne. Besser eignet sich bei fehlender Finalität aber das Kriterium der Vorhersehbarkeit, da dieser Begriff, auch in seiner Bedeutung, dem Beziehungsgeflecht im multipolaren Rechtsverhältnis am nächsten kommt. Der Begriff der Intensität hat hingegen keinerlei Aussagegehalt für die bestehende Dreieckskonstellation.

Zielt die staatliche Information in den Kernbereich eines grundrechtlich gewährleisteten Verhaltens des privaten Dritten, so liegt beim Unternehmen keine mittelbar-finale, sondern lediglich eine mittelbar-faktische Grundrechtsbeeinträchtigung vor. Zielt die staatliche Information demgegenüber in den Kernbereich eines Grundrechts des Unternehmens, so liegt bei diesem eine mittelbar-finale Grundrechtsbeeinträchtigung vor, welche zwangsläufig das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage auslöst.⁹³⁹ Allerdings darf es keinen Unterschied machen, ob die Folgen beim betroffenen Grundrechtsträger final mittelbar-faktisch oder nicht final mittelbar-faktisch eintreten. Denn auch die nicht finalen Folgen sind auf das staatliche Handeln zurückzuführen, für den Staat regelmäßig erkennbar und vorhersehbar und werden von ihm (zwangsläufig) in Kauf genommen.⁹⁴⁰ Der Bereich multipolarer Rechtsverhältnisse wird gerade charakterisiert durch eine einzelfallabhängige und flexible Handhabung des Ein-

⁹³⁴ So auch *Wollenschläger*, *VerwArch* 2011, 20 (37).

⁹³⁵ Siehe hierzu Dritter Teil, B. I. 1.) c.).

⁹³⁶ Abstrakt formuliert bei *Lenski*, *ZJS* 2008, 13 (16) sowie bereits *Kloepfer*, *Staatliche Information als Lenkungsmittel*, S. 28.

⁹³⁷ *Lenski*, *ZJS* 2008, 13 (16) formuliert das als „mehrstufige Mittelbarkeit“.

⁹³⁸ Vgl. *Lenski*, *ZJS* 2008, 13 (17); *Rönnau/Faust/Fehling*, *JuS* 2004, 113 (118).

⁹³⁹ Vgl. *BVerwG*, *NJW* 2006, 1303 (1304); *Lenski*, *ZJS* 2008, 13 (17).

⁹⁴⁰ So auch *Leidinger*, *DÖV* 1993, 925 (928).

griffsbegriffs. Deshalb kann das Fehlen einer finalen Handlung nicht zum ersatzlosen Wegfall des Erfordernisses einer Ermächtigungsgrundlage führen.

(2.) Aufgabenzuweisung als Befugnisnorm?

(a.) Meinungsstand in der Rechtsprechung

Das BVerwG geht in seiner „Glykol“-Entscheidung davon aus, dass trotz Bejahung der Eingriffsqualität eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht erforderlich sei, da es nach allgemeiner Auffassung jedenfalls zu den im Grundgesetz vorausgesetzten Aufgaben der Bundesregierung gehöre, die gesellschaftliche Entwicklung ständig zu beobachten, Fehlentwicklungen oder sonst auftretende Probleme möglichst rasch und genau zu diagnostizieren, Möglichkeiten ihrer Verhinderung oder zumindest Behebung zu erwägen und die dazu erforderlichen Maßnahmen in die Wege zu leiten, gleichgültig, ob es dazu noch der Beschlussfassung durch den Gesetzgeber bedarf oder nicht.⁹⁴¹ Ferner führt das Gericht aus, es könne nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass die Regierung von Verfassungs wegen das Recht haben müsse und habe, zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter die Öffentlichkeit umfassend über die gegebene Sachlage zu informieren.⁹⁴² Schließlich führt das BVerwG aus, dass die der Regierung übertragene Aufgabe der politischen Krisenbewältigung durch Information und Warnung der Öffentlichkeit auch die Befugnis einschließen müsse, konkrete Grundrechtsträger als Quelle der bestehenden Gefahrensituation zu bezeichnen, wenn dies zur Erfüllung der genannten Aufgabe erforderlich sei.⁹⁴³

Das BVerfG führt in seiner „Glykol“-Entscheidung ähnliches aus. Danach sei maßgeblich, dass, wenn Aufgaben der Regierung oder der Verwaltung mittels öffentlicher Information wahrgenommen werden können, in der Aufgabenzuweisung zugleich grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln liege.⁹⁴⁴ Dieses sei speziell bei der Staatsregierung der Fall, denn die Aufgabe ziele auf die in einer Demokratie wichtige Gewinnung politischer Legitimation und umfasse die Mitwirkung an der Erfüllung konkreter öffentlicher Aufgaben außerhalb der Tätigkeit der Administration.⁹⁴⁵ Es gehöre in einer Demokratie zur Aufgabe der Regierung, die Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld ihrer eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit zu unterrichten.⁹⁴⁶ Würde die Regierung sich in solchen Lagen der Aufgabe entziehen, den Bürgern durch Aufklärung, Beratung und Ver-

⁹⁴¹ BVerwGE 87, 37 (47).

⁹⁴² BVerwGE 87, 37 (47).

⁹⁴³ BVerwGE 87, 37 (47).

⁹⁴⁴ BVerfGE 105, 252 (268 ff.).

⁹⁴⁵ BVerfGE 105, 252 (268).

⁹⁴⁶ BVerfGE 105, 252 (268).

haltensempfehlung Orientierungen zu geben und sich stattdessen auf Gesetzesinitiativen beschränken oder auf administrative Maßnahmen anderer Staatsorgane warten, würde ein wichtiges Element schneller, wirkungsvoller und auf möglichst geringe Beeinträchtigung Dritter gerichteter Krisenbewältigung fehlen.⁹⁴⁷

(b.) Meinungsstand in der Literatur

Einer der wichtigsten, nicht umstrittenen Eckpfeiler des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts besteht in dem Grundsatz, nicht von der Aufgabe auf die Befugnis zu schließen.⁹⁴⁸ Alles andere stellt einen gravierenden juristischen Fehler dar.⁹⁴⁹ Einer Befugnis im Sinne einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf es nur dann nicht, wenn kein Eingriff in Grundrechte Dritter vorliegt.⁹⁵⁰ Liegt allerdings, wie das bei staatlicher Informationspolitik regelmäßig der Fall ist, ein Grundrechtseingriff vor, verbietet sich ein Rückschluss von der Aufgabe zur Befugnis; vielmehr ist eine von der Aufgabenzuweisung unabhängige Befugnisnorm notwendig.⁹⁵¹ Denn erst die konkrete Befugnisnorm enthält diejenigen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Behörde zu einem Grundrechtseingriff ermächtigt wird.⁹⁵² Somit begründet das jeweilige Eingriffsgesetz die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen und legt darüber hinaus Voraussetzungen und Grenzen hierfür fest.⁹⁵³ So führt das BVerwG für die Veröffentlichung von Warentests mit den damit verbundenen nachteiligen Folgen für die Unternehmen aus, dass der Gesetzgeber, sofern er eine solche Veröffentlichung gestatten will, dies auch klar und eindeutig zum Ausdruck bringen müsse, wozu er auch in der Lage sei.⁹⁵⁴ Der Schluss von einer sehr allgemein gehaltenen Kompetenznorm auf die Eingriffsbefugnis sei nicht gerechtfertigt.⁹⁵⁵

(c.) Eigene Bewertung

Es ist für den Bereich der staatlichen Informationspolitik weder offensichtlich noch mit überzeugenden Gründen zu rechtfertigen, weshalb die Erforderlichkeit einer Befugnisnorm hier nicht gelten soll.⁹⁵⁶ Selbst bei der Öffentlichkeitsarbeit der Regierung, welche eine legitime (aber nicht positiv normierte) Aufgabe darstellt, käme als Befugnisnorm jedenfalls die poli-

⁹⁴⁷ BVerfGE 105, 252 (269).

⁹⁴⁸ Vgl. *Schoch*, DVBl 1991, 667 (672); *Heintzen*, VerwArch 1990, 532 (537); *Gusy*, JZ 1989, 1003 (1004).

⁹⁴⁹ Vgl. *Gusy*, NJW 2000, 977 (982).

⁹⁵⁰ Vgl. *Heintzen*, VerwArch 1990, 532 (533); *Gusy*, JZ 1989, 1003 (1004).

⁹⁵¹ Vgl. *Heintzen*, VerwArch 1990, 532 (537); *Gusy*, JZ 1989, 1003 (1004).

⁹⁵² Vgl. *Schulte*, DÖV 1988, 512 (518).

⁹⁵³ Vgl. *Gusy*, JZ 1989, 1003 (1004).

⁹⁵⁴ Vgl. BVerwG, NJW 1996, 3161 (3162).

⁹⁵⁵ Vgl. BVerwG, NJW 1996, 3161 (3162).

⁹⁵⁶ In die Richtung auch *Heintzen*, VerwArch 1990, 532 (537).

zeiliche Generalklausel in Betracht.⁹⁵⁷ Dennoch wäre bei der Heranziehung der polizeilichen oder sicherheitsrechtlichen Generalklausel zu beachten, dass Polizei- und Sicherheitsrecht Ländersache ist und die einschlägigen Vorschriften somit für die staatliche Informationstätigkeit auf Bundesebene nicht (direkt) anwendbar sind. Gleichwohl sprechen zumindest gegen eine Anwendung auf Landesebene keine vernünftigen Gründe. Dann wäre jedoch zudem erforderlich, dass das staatliche Informationshandeln der (konkreten) Gefahrenabwehr dient. Nur so ließe sich Polizei- und Sicherheitsrecht rechtlich zulässig anwenden, da für die Befugnis zum Handeln grundsätzlich das Vorliegen einer „konkreten Gefahr“⁹⁵⁸ verlangt wird. Wird die Polizei-/Sicherheitsbehörde im Wege von Hinweisen unterhalb der Schwelle der Grundrechtsbeeinträchtigung und damit nicht eingreifend tätig, ist allerdings die schlichte gesetzliche Aufgabenzuweisung hierzu erforderlich, aber auch ausreichend.⁹⁵⁹ Im Umkehrschluss hieraus folgt allerdings auch, dass die Veröffentlichung von Informationen in Form von Empfehlungen infolge ihrer Grundrechtsrelevanz einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Da gerade keine Warnung und mithin keine konkrete Gefahr für elementare Rechtsgüter vorliegt, können die Vorschriften des Polizei- und Sicherheitsrechts als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht herangezogen werden.

(3.) Fehlende Normierbarkeit

Dem Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage können sich im Bereich des Lebensmittelrechts die Behörden nicht durch die Argumentation entziehen, dass das dort getätigte Informationshandeln überhaupt nicht normierbar sei. Wenn und soweit eine nicht finale mittelbar-faktische Grundrechtsbeeinträchtigung durch staatliche Informationspolitik auf gubernativer Ebene vorliege, wird die Normierbarkeit abgelehnt.⁹⁶⁰ Ferner wird vertreten, dass die Voraussehbarkeit lediglich faktischer Beeinträchtigungen nicht bis ins letzte Detail regelbar sei.⁹⁶¹ Die Grundrechtsbeeinträchtigung vollziehe sich nicht durch staatlicherseits gefordertes Verhalten des Normadressaten, sondern trete in den Wirkungen staatlichen Handelns auf und durch einen Dritten ein. Diese Beeinträchtigung entstehe aus einem komplexen Geschehensablauf, so dass die Folgen aus dem eingesetzten Mittel oder dem verwirklichten Zweck erst indirekt auftreten.

⁹⁵⁷ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1989, 279 (280) wonach die allgemein gehaltene Aufklärungsarbeit des Innenministeriums als oberste Landespolizeibehörde keinen Rechtseingriff darstellt und damit keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage sowie keiner konkreten Gefahr bedarf – die polizeiliche Gefahrenabwehrklausel ist hierfür ausreichend; s. a. *Porsch*, ZLR 2003, 175 (178).

⁹⁵⁸ Vgl. bspw. Art. 11 Abs. 1 PAG, welcher von einer „im einzelnen Fall bestehenden Gefahr“ spricht.

⁹⁵⁹ Vgl. bereits VGH Mannheim, NVwZ 1989, 279 (280).

⁹⁶⁰ Vgl. BVerfGE 105, 279 (304).

⁹⁶¹ Ablehnend *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, S. 174.

Diese Überlegung kann auf den Bereich des Lebensmittelrechts nicht übertragen werden. Zum einen wird nicht die Gubernative/Regierung, sondern die Exekutive/Verwaltungsbehörde tätig. Entscheidend ist jedoch primär, dass der Bereich des Lebensmittelrechts klar eingegrenzt werden kann.⁹⁶² Sowohl der von der Verwaltung verfolgte Zweck als auch das hierfür eingesetzte Mittel sind dieser in Inhalt, Umfang und Wirkung bekannt, so dass staatliches Informationshandeln gesetzlich – wenn auch in abstrakter Weise – formuliert werden kann. Das staatliche Informationshandeln lässt sich klar ab- und eingrenzen und ist keine bzw. zumindest nicht immer oder in der Regel eine Reaktion auf dringende Gesundheitsgefahren (mit Ausnahme der Homepage von www.lebensmittelwarnung.de, da eine Ermächtigungsgrundlage vorliegt, in der die Voraussetzungen für die Veröffentlichung normiert wurden) oder entspringt dringendem Handlungsbedarf, sondern ergibt sich als Ergebnis eines Prüfungsprozesses. Dieses Problem kann der Gesetzgeber ex ante bewältigen,⁹⁶³ da die Folgen staatlicher Informationspolitik im Lebensmittelbereich in Gestalt gravierender negativer Betroffenheit der Unternehmen durchaus voraussehbar sind. Für die Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage werden also keine unüberwindbaren Hürden aufgestellt.⁹⁶⁴ Vielmehr muss der Gesetzgeber eine nachvollziehbare Prognoseentscheidung hinsichtlich des Grundrechtseingriffs zu Grunde legen und in seine Abwägung einstellen.⁹⁶⁵

(4.) Sonstige Argumente gegen das Erfordernis eines Gesetzesvorbehalts

Allgemein lässt sich diskutieren, ob lediglich faktische Beeinträchtigungen, welche die Sozialsphäre des Einzelnen berühren, als sozial adäquat einzustufen seien mit der Folge, dass sich hieraus das Erfordernis eines Gesetzesvorbehalts verneinen lässt. Begründet wird dies bspw. mit dem Grundsatz der effektiven Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, welcher bereits tatbestandlich die Verletzung eigener Rechte fordert.⁹⁶⁶ Diesem wird versucht entgegen zu halten, dass sich aus Art. 2 Abs. 1 GG und der darin verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit ein unbegrenzter Anspruch auf allgemeine Nachteilsfreiheit ableiten ließe.⁹⁶⁷ Alle rein objektiv-zufälligen Beeinträchtigungen wiederum würden zu einer Gefährdung der Handlungsfähigkeit der staatlichen Organe führen.⁹⁶⁸ Die Annahme, dass auch bloß faktische Beeinträchtigungen als Grundrechtseingriff gelten können mit der Folge des Gesetzesvorbehalts,

⁹⁶² So auch *Wollenschläger*, *VerwArch* 2011, 20 (40); *Gurlit*, *DVB1* 2003, 1119 (1131).

⁹⁶³ Vgl. auch *Huber*, *JZ* 2003, 290 (294); *Porsch*, *ZLR* 2003, 175 (183).

⁹⁶⁴ So auch *Engelbert/Kutscha*, *NJW* 1993, 1233 (1234).

⁹⁶⁵ Vgl. *BVerfGE* 50, 290 (379).

⁹⁶⁶ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, *Kommentar GG*, Art. 19 Rn. 153.

⁹⁶⁷ Vgl. *Zuleeg*, *DVB1* 1976, 509 (514).

⁹⁶⁸ Vgl. *Friauf*, *DVB1* 1971, 674 (681 f).

würde zu einer übermäßigen Arbeitsbelastung der Parlaments und zu einer Verzögerung der Behandlung wichtiger Themen führen.⁹⁶⁹ Die in dieser Arbeit erörterte staatliche Informationspolitik berührt zwar die Sozialsphäre der Unternehmen, doch nicht den Bereich der sozial adäquaten Lebensführung. Es steht überwiegend außer Zweifel, dass mit dieser Art von staatlicher Informationspolitik ein mittelbarer Grundrechtseingriff vorliegt. Dieser aber bedarf infolge seiner gravierenden Auswirkungen auf die verfassungsrechtlich geschützten Güter einer parlamentarischen Ermächtigungsgrundlage. Deshalb sind die Ansätze zum einschränkenden Erfordernis eines Gesetzesvorbehalts hier nicht weiter von wesentlicher Relevanz.

(5.) Eigene Bewertung

Es befremdet, dass vor allem im Bereich der staatlichen Informationspolitik keine präzise Beachtung der verfassungsrechtlichen Grundsätze erfolgt. Die staatliche Informationspolitik stellt alleine eine andere Form des staatlichen Tätigkeitsfeldes dar. Sofern der Bereich der Gesundheitsgefahren aufgrund seiner Dringlichkeit einer anderen Beurteilung zugänglich ist, so hat der Gesetzgeber sich ausdrücklich gegen eine restriktive Übertragung und Anwendung der zuvor dargestellten Rechtsprechung entschieden, wie dies die Existenz von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG und § 40 Abs. 1 und 1a LFGB belegt.⁹⁷⁰ Daher bleibt festzuhalten, dass neuerdings weder weitergehende Anforderungen an das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gestellt werden, noch der Grundsatz der Trennung von Befugnis und Aufgabe hinfällig wird und der Bereich der staatlichen Informationspolitik sehr wohl normierbar ist. Deshalb wird der Gesetzesvorbehalt mit seinen Schutzmechanismen für die Exekutive und den Grundrechtsbetroffenen ausgelöst, wenn eine gezielte Instrumentalisierung der Entscheidungsfreiheit des einen Grundrechtsträgers zu Lasten der Entscheidungsfreiheit des anderen stattfindet.⁹⁷¹ Nicht etwa lässt der komplexe Geschehensablauf innerhalb von multipolaren Rechtsverhältnissen die Normierbarkeit entfallen. Vielmehr begründet er umgekehrt sogar deren Notwendigkeit. Je komplexer ein Sachverhalt, je größer die Gefahr von Grundrechtseingriffen, nicht zuletzt solchen von irreversibler Natur, desto größer und von höherer Intensität muss das Bestreben des Gesetzgebers sein, exakte Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen, die dem Einzelnen die größtmögliche Rechtssicherheit gewähren.

⁹⁶⁹ So *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, S. 163.

⁹⁷⁰ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (491); *Schoch*, ZLR 2010, 121 (134).

⁹⁷¹ *Kloepfer*, Staatliche Information als Lenkungsmittel, S. 28.

e.) Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Ausgehend von der Prämisse, dass staatliches Informationshandeln einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Interessen darstellt und deshalb dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage unterliegt, ist im nächsten Schritt zu untersuchen, welche Anforderungen an die jeweilige Ermächtigungsgrundlage im Einzelnen zu stellen sind. Diskussions- und darstellungswürdig sind die Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage wegen eines Eingriffs in das Recht auf Berufsfreiheit in Form der Wettbewerbsfreiheit (1.) und in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (2.).

(1.) Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Da sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungsfreiheit entgegen Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG unter einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt stehen,⁹⁷² ist bei den Eingriffsbefugnissen des Gesetzgebers die sog. Dreistufentheorie⁹⁷³ beachtlich. Die hier in Rede stehenden Eingriffe bewegen sich auf der Ebene der Berufsausübung, nach Ansicht des BVerfG somit auf Ebene der ersten Stufe, weshalb vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls für eine Beschränkung als zweckmäßig erachtet werden.⁹⁷⁴ Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls können z. B. Gründe des Verbraucherschutzes sein, weshalb diese Erwägungsgründe dem Gesetzgeber eine äußerst weitgehende Gestaltungsfreiheit einräumen.⁹⁷⁵ Die Dreistufentheorie ist zwischenzeitlich in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgegangen,⁹⁷⁶ wobei insbesondere die Merkmale der Erforderlichkeit und Angemessenheit eine differenzierte Ausgestaltung hinsichtlich der einzelnen Stufen erfahren. Die Erforderlichkeit von bloßen Berufsausübungsregelungen lässt sich im Hinblick auf vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls als Zielsetzung regelmäßig leicht bejahen.⁹⁷⁷ Gleiches gilt für das Merkmal der Angemessenheit. Die die Berufsausübung beeinträchtigende Rechtsnorm muss klar, bestimmt und vollständig sein, um dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit zu genügen.⁹⁷⁸

⁹⁷² Vgl. BVerfGE 7, 377 (402).

⁹⁷³ Vgl. bspw. nur *Hufen*, Staatsrecht II, S. 619 Rn. 29.

⁹⁷⁴ Vgl. BVerfGE 7, 377 (405).

⁹⁷⁵ So zu Recht *Hufen*, Staatsrecht II, S. 619 Rn. 30.

⁹⁷⁶ Vgl. BVerfGE 30, 292 (315); *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (390).

⁹⁷⁷ Zum Überblick vgl. *Hufen*, Staatsrecht II, S. 623 Rn. 38.

⁹⁷⁸ BVerfGE 34, 293 (302).

(2.) Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG

(a.) Allgemeines

Das Grundgesetz gewährt dem Einzelnen keine absolute Herrschaft über seine Daten, so dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährt wird. Eine absolute, uneingeschränkte Herrschaft kann dem Einzelnen hinsichtlich „seiner“ Daten nicht zugesprochen werden, da sich jeder Einzelne innerhalb der sozialen Gemeinschaft als auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit darstellt.⁹⁷⁹ Einschränkungen sind deshalb dann möglich, sofern diese im überwiegenden Allgemeininteresse liegen.⁹⁸⁰ Ein Eingriff erfordert eine wirksame verfassungsmäßigen gesetzliche Grundlage, welche die Grundsätze der Normenbestimmtheit, -klarheit sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfüllt⁹⁸¹, und darüber hinaus die notwendige Zweckbestimmung und Zweckbindung erkennen lässt sowie – soweit erforderlich – organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts.⁹⁸²

(b.) Normenbestimmtheit und Normenklarheit

Das Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit erfordert, dass die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkung des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung für den Betroffenen erkennbar sein müssen.⁹⁸³ Deshalb müssen Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs in der jeweiligen Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.⁹⁸⁴ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte in Bezug darauf eine Rechtskontrolle durchführen können; ferner soll sich der Betroffene auf belastende Maßnahmen einstellen können.⁹⁸⁵

(c.) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hat neben dem Gebot der Bestimmtheit der Norm auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Danach sind Eingriffe in die dem Einzelnen von Verfassungs wegen zustehenden Freiheitsrechte nur insoweit zulässig, wie sie zum Schutz überwiegender Interessen anderer oder öffentlicher Interessen unerlässlich

⁹⁷⁹ BVerfGE 65, 1 (43 f.).

⁹⁸⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44).

⁹⁸¹ Vgl. nur BVerfGE 120, 378 (401).

⁹⁸² Vgl. ergänzend *Schoch*, Jura 2008, 352 (357).

⁹⁸³ Vgl. BVerfGE 45, 400 (418).

⁹⁸⁴ Vgl. st. Rspr., BVerfG, NVwZ 2007, 688 (690).

⁹⁸⁵ BVerfG, NVwZ 2007, 688 (690).

sind.⁹⁸⁶ Die Anforderungen an die Ausgestaltung einer Ermächtigungsgrundlage sind umso anspruchsvoller, je tiefer die Daten aus der persönlichen Sphäre des Betroffenen stammen und je nachhaltiger die Benutzung der Daten erfolgen kann.⁹⁸⁷ Zwar stammen und berühren die Daten bei der staatlichen Information die Sozialsphäre, da es sich um betriebsspezifische Daten handelt und Unternehmen infolge ihrer fiktiven Struktur keine Intim- und Privatsphäre aufweisen können, doch sind die Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage dennoch als hoch anzusehen, da eine Löschung von im Internet veröffentlichten Daten nahezu ausgeschlossen ist.⁹⁸⁸ Gerade Gefährdungen durch die Nutzung automatisierter Datenverarbeitungsprogramme und auch die Veröffentlichung im Internet sowie die uneingeschränkten Vervielfältigungsmöglichkeiten erlegen dem Gesetzgeber auf, sowohl die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm strikt zu erfüllen als auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entgegenwirken.⁹⁸⁹ Die Veröffentlichung im Internet führt zwangsläufig und naturgemäß dazu, dass der Einzelne seine von dritter Seite aus veröffentlichten Daten nicht mehr steuern und diesen Vorgang weder überschauen oder gar beherrschen kann. Dies resultiert aus der weitreichenden Verbreitung, welche durch die automatische Abrufbarkeit über das Internet erreicht wird.⁹⁹⁰

(d.) Zweckbestimmung und Zweckbindung

Die Zweckbestimmung und Zweckbindung der Datenerhebung, -verarbeitung und -veröffentlichung muss in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage präzise normiert sein.⁹⁹¹ Denn die Gefahren der automatisierten Datenverarbeitung erfordern einen Schutz gegen Zweckentfremdung durch Weitergabe- und Verwendungsverbote.⁹⁹² Die organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen lassen sich durch Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten sowie Verwertungsverbote und Dokumentationspflichten ausreichend verwirklichen.⁹⁹³

Im Lichte der Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage müssen die Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit der Daten miterfasst und berücksichtigt werden.⁹⁹⁴ Bei-

⁹⁸⁶ Vgl. nur st. Rspr., BVerfGE 65, 1 (44).

⁹⁸⁷ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

⁹⁸⁸ Vgl. *Becker*, ZLR 2013, 496 (499).

⁹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (45).

⁹⁹⁰ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 – Az. 13 B 215/13 (zit. nach juris), Rn. 21.

⁹⁹¹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (46).

⁹⁹² Vgl. BVerfGE 65, 1 (46).

⁹⁹³ Vgl. BVerfGE 65, 1 (46); *Schoch*, Jura 2008, 352 (358).

⁹⁹⁴ Vgl. BVerfGE 65, 1 (45).

de wesentlichen Umstände hängen einerseits vom Zweck der Datenerhebung und andererseits von den Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten ab.⁹⁹⁵ So kann eine zunächst völlig belanglose Information infolge deren Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit, insbesondere im Hinblick auf die Nutzung des Internets, dessen Suchmaschinen und damit einer unendlichen Verknüpfungsmöglichkeit einen neuen Stellenwert erreichen.⁹⁹⁶

f.) Zwischenfazit

Als Zwischenfazit lässt sich für die staatliche Informationspolitik im Allgemeinen und im Lebensmittelbereich im Besonderen, ohne auf konkrete Veröffentlichungsbeispiele einzugehen, zusammenfassen, dass neben dem Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG und dem Recht auf Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auch andere Schutzbereiche als Maßstab und Grenze für Regelungen in Betracht kommen. Ebenso sind die europarechtlichen Bestimmungen nicht unberücksichtigt zu lassen, für diese Arbeit jedoch ohne weitere Bedeutung. Entgegen einer uneinheitlichen Rechtsprechung stellt sich die staatliche Informationspolitik regelmäßig als Grundrechtseingriff dar. Hierbei darf es zu keiner schematischen Anwendung von wesentlichen Merkmalen kommen. Diese müssen vielmehr stets einzelfallbezogen betrachtet werden. Neben der Finalität bzw. der Vorausssehbarkeit von negativen Folgen spielen die indirekte Verhaltenslenkung sowie die Zurechenbarkeit an den Staat eine entscheidende Rolle. Schließlich löst der Eingriff auch das Erfordernis eines Gesetzesvorbehalts aus. Insoweit ist es mangels Gefahr und somit mangels Dringlichkeit durchaus umsetzbar, passende normative Bestimmungen zu treffen („Normierbarkeit“).

3.) Konkrete Veröffentlichungspraxis

Nachdem die grundlegenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatliche Informationspolitik untersucht wurden, wird sich die Analyse in der Folge mit der derzeit in Öffentlichkeit, Rechtsprechung und Literatur umstrittenen konkreten Praxis der Veröffentlichung von staatlichen Informationen im Lebensmittelbereich auseinandersetzen. Schwerpunktmäßig werden das Smiley-Modell, die Portale www.lebensmittelklarheit.de sowie www.lebensmittelwarnung.de wie auch die Information auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB unter verfassungsrechtlicher Perspektive behandelt. Diese vier der Arbeit zugrunde gelegte Praxisbeispiele

⁹⁹⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (45).

⁹⁹⁶ Vgl. BVerfGE 65, 1 (45).

le sind ihrer Art nach nicht abschließend. Vielmehr zeigen die Lebensmittelbehörden kreativen Ideenreichtum, wenn sie stetig neue Erscheinungsformen präsentieren und wieder außer Vollzug setzen. Indessen ist eine schier unbegrenzte Vielzahl an literarischen Meinungen zum gesamten Spektrum der staatlichen Informationspolitik im Lebensmittelbereich zu konstatieren. Deshalb werden nachfolgend lediglich jeweils die Kernprobleme anhand ihrer konkreten Ausgestaltung untersucht.

a.) Das Smiley-Modell

Das sog. Smiley-Modell ist in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen.⁹⁹⁷ Der seitens der betroffenen Unternehmen beantragte vorläufige Rechtsschutz hatte in allen Fällen Erfolg.⁹⁹⁸ Die fehlende Verfassungsmäßigkeit steht weit überwiegend außer Zweifel.⁹⁹⁹ Die Rechtsprechung vermisst eine wirksame Ermächtigungsgrundlage für eine solche Praxis.¹⁰⁰⁰

(1.) Zielrichtung

(a.) Meinungsstand

Welche konkrete Zielrichtung dem Smiley-Modell attestiert werden kann, wird in der Literatur nicht einheitlich bewertet. Es wird vertreten, dass die Veröffentlichung im Internet die Schwelle von informationellen Hinweisen und bloßen staatlichen Empfehlungen hin zu einer Warnung überschreite,¹⁰⁰¹ da sie nicht marktneutral sei, sondern angesichts ihrer intendierten Lenkungsfunktion eine Druckwirkung auf die Unternehmen ausübe.¹⁰⁰² An der Marktneutralität fehle es bereits auf Grund farblicher Markierungen oder eingeführter Bewertungssysteme.¹⁰⁰³ Auch die zeitlich nachfolgende Bebilderung einzelner Verstöße spricht gegen die Annahme von Marktneutralität. Das Modell diene nicht dem Schutz vor (konkreten) Gefahren für die Gesundheit des Menschen, sondern verfolge andere Ziele.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁷ Vgl. nur *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490 ff.) sowie *Holzner*, NVwZ 2011, 490 (490 ff.); a. A. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (21 ff.).

⁹⁹⁸ Statt vieler OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846, (846 ff.).

⁹⁹⁹ Es steht außer Zweifel, dass es sich beim Smiley-System um staatliche Informationspolitik handelt, da bereits das Bezirksamt Pankow das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage, jedenfalls die Grundsätze der Glykol-/Osho-Entscheidung für maßgeblich hält; vgl. zur Verneinung des Bestimmtheitsgrundsatzes *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (27), welcher die Verfassungsmäßigkeit einer Veröffentlichung aber nicht in Zweifel zieht; so auch *Gurlit*, NVwZ 2011, 1052 (1053); *Schink*, DVBl 2011, 253 (258); *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2246); zur fehlenden Verfassungsmäßigkeit vgl. nur *Möstl*, LMuR 2014, 77 (78) m. w. N.

¹⁰⁰⁰ Vgl. nur OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 843 (846).

¹⁰⁰¹ Vgl. *Werner*, ZLR 2008, 115 (123 f.).

¹⁰⁰² Vgl. *Porsch*, ZLR 2008, 175 (177).

¹⁰⁰³ Vgl. *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (4).

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (490); *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (42);

Die Zielsetzung dieser Vorgehensweise erschöpfe sich nicht in der Information der Verbraucher, sondern bezwecke auch, die betroffenen Unternehmen zu sanktionieren und zu mehr Hygiene zu veranlassen; sie hat mithin Lenkungswirkung.¹⁰⁰⁵ Dies allerdings unter Inkaufnahme der „Kehrseite“¹⁰⁰⁶ von wesentlichen Nachteilen für die Unternehmer, die Umsatzrückgang und Rufschädigung oder gar ein Insolvenzrisiko zu tragen haben.¹⁰⁰⁷ Es lasse sich nicht abstreiten, dass sich die Veröffentlichungspraxis auch gegen die jeweiligen Unternehmen gerichtet habe.¹⁰⁰⁸ Die Veröffentlichung von Hygienemängeln solle nicht als Ersatz für klassische ordnungsrechtliche Maßnahmen wie Schließung des Betriebs oder Verhängung eines Bußgelds gewertet werden, sondern als eigenständige Alternative dazu.¹⁰⁰⁹

Anders beurteilt dies *Wollenschläger*¹⁰¹⁰, welcher der Negativliste als Hauptzweck die Verbraucherinformation zuschreibt. Zudem verfolge die Behörde mit der Veröffentlichung keinen gezielten Sanktionszweck, jedenfalls sei dieser – sofern er denn anzunehmen wäre – nicht ihr Schwerpunkt. Schließlich erschöpfe sich der Zweck der Veröffentlichung in der Prävention sowie in der Herstellung der Informationsfreiheit der Öffentlichkeit.

Auch *Schink* attestiert der Negativliste eine doppelte Zielsetzung, welche sich einerseits in einer Verhaltenssteuerung der Gaststättenbetreiber erschöpfe, zum anderen die Information der Öffentlichkeit verfolge.¹⁰¹¹ Zwar komme der Öffentlichkeitsinformation eine intendierte Lenkungsfunktion zu, dennoch sei damit noch nicht klar, dass negative Folgen bei den betroffenen Gaststättenbetrieben eintreten werden, da das Verhalten der Öffentlichkeit nicht absehbar sei.¹⁰¹² Eine der Warnung vergleichbare Form der Information gehe aus der Negativliste nicht hervor, da diese den Adressatenkreis nicht zu einem bestimmten Verhalten auffordere.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁵ Vgl. *Holzner*, DVBl 2012, 17 (18); sogar *Schink*, DVBl 2011, 253 (254); *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (37); a. A. *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2241), welcher neben der Verbesserung der Lebensmittelsicherheit den Zweck des VIG erschöpfend in der Markttransparenz sieht.

¹⁰⁰⁶ BVerwGE 90, 112 (121).

¹⁰⁰⁷ Vgl. *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (492); *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (5).

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Di Fabio*, JuS 1997, 1 (6); *Kloepfer*, Staatliche Information als Lenkungsmittel, S. 30; a. A. BVerfG, NJW 2002, 2621 (2624).

¹⁰⁰⁹ Vgl. zum funktionalen Äquivalent BVerfGE 105, 279 (303); *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (491); a. A. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (847), da das der Veröffentlichung zu Grunde liegende Bewertungsmodell gem. § 6 AVV RÜb zu einer Verringerung der amtlichen Kontrolltätigkeit gegenüber anderen ordnungsrechtlichen Maßnahmen führt. Im Ergebnis ist dies jedoch nicht entscheidend, da sowohl zusätzliche als auch ersetzende Maßnahmen als Eingriff zu qualifizieren sind.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (27).

¹⁰¹¹ Vgl. *Schink*, DVBl 2011, 253 (254).

¹⁰¹² Vgl. *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2242); *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2845) allgemein zum VIG sowie speziell *Schink*, DVBl 2011, 253 (254).

¹⁰¹³ Vgl. *Schink*, Rechtsgutachten, S. 13.

(b.) Eigene Bewertung

Diese Ansicht erscheint oberflächlich. Die Versorgung der Öffentlichkeit mit derartigen Informationen hat in der Praxis zwangsläufig zur Folge, dass negative Folgen für die Betroffenen eintreten werden. Es ist nicht fernliegend anzunehmen, dass eine solche Vorgehensweise zwar vordergründig der konkreten Information der Öffentlichkeit dient, allerdings vor allem auf die Denunziation bestimmter Betriebe zielt.¹⁰¹⁴ Der Lebensmittelbereich ist sensibel. Bei Kenntnis von lebensmittelrechtlichen Verstößen wird ein Besuch der entsprechend gekennzeichneten Gaststätte naturgemäß vermieden. Über das beabsichtigte Verbraucherverhalten wird auf die betroffenen Unternehmen Druck ausgeübt.¹⁰¹⁵ Es soll gerade eine Sanktionswirkung erreicht werden, die darauf abzielt, dass die Nachfrage nach dem Angebot des negativ bewerteten Lebensmittelbetriebs zurückgeht,¹⁰¹⁶ und dieses Unternehmen so künftig seine Hygiene verbessert. Dem Smiley-Modell kann eine Wirkung vergleichbar einer Warnung vor konkreten Unternehmen nicht abgesprochen werden.¹⁰¹⁷ Sowohl der Warnung als auch dem Smiley-Modell liegen Tatsachenbehauptungen zugrunde. Zwar enthält die Warnung daneben eine ausdrücklich formulierte Verhaltenssteuerung, welche dem Smiley-Modell fehlt. Doch ist die Verhaltenssteuerung bereits der bloßen Veröffentlichung von hygienerechtlichen Verstößen und entsprechenden Bildern dazu immanent. Es erscheint fraglich, die Intensität der Folgen für die Unternehmen im Verhältnis zu einer Warnung deshalb als geringer anzusehen seien, weil es sich lediglich um eine Tatsachenfeststellung handle.¹⁰¹⁸ Denn exakt betrachtet basiert das Smiley-Modell nicht auf einer Tatsachenfeststellung, sondern auf einer Bewertung der Behörde, da nicht die reinen Ergebnisse der Kontrolle veröffentlicht werden, sondern die von der Behörde für die Veröffentlichung vorgenommene Bewertung der Ergebnisse.

Zu berücksichtigen bleibt aber eine immanente Verhaltenslenkung, welche existenzbedrohend und gar existenzvernichtend wirken kann, wenn auch nicht muss.¹⁰¹⁹ Denn die im Internet dargestellte Situation entspricht im Zeitpunkt der Veröffentlichung oft oder gar regelmäßig nicht mehr der tatsächlichen Lage, da beanstandete Hygiene- oder sonstige Verstöße dann bereits beseitigt sein können.¹⁰²⁰ Somit zielt das Smiley-Modell auf die Beeinflussung der Öffentlichkeit zur Sanktionierung der betroffenen Unternehmen und nicht (nur) auf deren In-

¹⁰¹⁴ Vgl. *Mettke*, ZLR 2009, 399 (399).

¹⁰¹⁵ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (492); *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (490); *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1360).

¹⁰¹⁶ Vgl. auch *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1359).

¹⁰¹⁷ So aber *Schink*, Rechtsgutachten, S. 15.

¹⁰¹⁸ So aber *Schink*, Rechtsgutachten, S. 15.

¹⁰¹⁹ So auch *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2242).

¹⁰²⁰ Vgl. *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 2012, 420 (439).

formation.¹⁰²¹ Mithin sind die bei den betroffenen Unternehmen eintretenden wirtschaftlichen und finanziellen Folgen für die Behörde voraussehbar.

(2.) Schutzbereich

Die Veröffentlichungspraxis beim Smiley-Modell berührt die Grundrechte der Berufsausübungsfreiheit in Form der Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) sowie insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG).¹⁰²²

Die hierzu ergangene Judikatur beschränkt sich in ihren Entscheidungsgründen auf den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG). Dabei wären parallele Ausführungen zu beiden Schutzbereichen durchaus angebracht, da sich beide Grundrechte gegenseitig nicht ausschließen, sondern sie infolge ihrer differenzierten Schutzrichtung nebeneinanderstehen.¹⁰²³ Im Wesentlichen finden sich nur Ausführungen zum Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit. Hierzu heißt es, dass die Veröffentlichung einen nachhaltigen Akt der staatlichen Wirtschaftslenkung darstelle, die über die Schaffung einer bloßen Informationsgrundlage für die eigene Entscheidung der Öffentlichkeit hinausgehe.¹⁰²⁴ Die Veröffentlichung beinhalte vielmehr eine berufsregelnde Tendenz, da infolge des verwendeten Bewertungssystems und der Veröffentlichung unter Verwendung von Smileys die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen zu Lasten bestimmter Unternehmen verändert würden, um den gewünschten Zustand des besseren Verbraucherschutzes herzustellen.¹⁰²⁵

Da neben einer textlichen Veröffentlichung zeitlich nachfolgend auch Bildmaterial über die hygienischen Zustände bei einigen Unternehmen veröffentlicht wurde, stellt sich insoweit die Frage nach einem Eingriff in den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Ungleichbehandlung ist durchaus zu bejahen, da keine einheitliche Handhabung bei der Veröffentlichung von Bildmaterial zu erkennen war.¹⁰²⁶ Die Publikation auch von Bildern verstärkt die anprangernde Wirkung, da die gerügten hygienerechtlichen Verstöße deutlich vor Augen geführt werden. Ferner kann die für die Lebensmittelüberwachung zuständige Behörde aufgrund personeller und finanzieller Ressourcen nicht zeitgleich alle Lebensmittelunterneh-

¹⁰²¹ Vgl. *Mettke*, ZLR 2009, 399 (400).

¹⁰²² So auch *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (43).

¹⁰²³ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 1581 (1582).

¹⁰²⁴ Vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (847); NVwZ-RR 2014, 843 (844).

¹⁰²⁵ Vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (847).

¹⁰²⁶ Vgl. *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (492) sowie *Schink*, Rechtsgutachten, S. 8.

men kontrollieren, so dass es bei nur vereinzelter Veröffentlichung von Bildern zur Privilegierung Einzelner und zur Sanktionierung anderer kommt.¹⁰²⁷

(3.) Grundrechtseingriff

Ob ein grundrechtsrelevanter Eingriff vorliegt, lässt sich nicht schematisch beantworten, sondern anhand der bereits zuvor¹⁰²⁸ erläuterten Kriterien wie Finalität¹⁰²⁹, Voraussehbarkeit, Zurechenbarkeit und ggfs. Schwere¹⁰³⁰ der Beeinträchtigung¹⁰³¹ im Einzelfall wertend bestimmen.

Infolge der tatsächlichen Gestaltung der Veröffentlichungspraxis und der damit einhergehenden Wirkungen kann das Merkmal der Unmittelbarkeit von vornherein verneint werden.¹⁰³²

Dass dieses Eingriffsmerkmal fehlt, weil es letztendlich auf das Entscheidungsverhalten der Öffentlichkeit kommt, ist unerheblich, da die Veröffentlichungspraxis eine Lenkung intendiert hat, welche sich die zuständige Behörde zurechnen lassen muss.¹⁰³³ Denn maßgeblich für Rufschädigung, Umsatzeinbußen und sonstige negative Folgen ist erst das an die Veröffentlichung anknüpfende Verhalten der hierdurch informierten Öffentlichkeit. Neben Namen und Anschrift der betroffenen Unternehmen enthielt die Veröffentlichung auch die festgestellten in der Vergangenheit liegenden Hygieneverstöße. Einige Verstöße wurden durch Bilder illustriert. Zwar wird hierzu in Anlehnung an die „Glykol“-Rechtsprechung des BVerwG und BVerfG vertreten, dass die Negativliste (noch) keinen Eingriff in Grundrechte darstelle, da es sich lediglich um sachlich und objektiv richtige marktbezogene Informationen handle.¹⁰³⁴ Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden, da nicht die Ergebnisse, wie sie sich nach einer lebensmittelrechtlichen Kontrolle darstellen, veröffentlicht wurden, sondern die von der Behörde vorgenommene systematische Bewertung. Somit können diese Informationen zwar sachlich sein, doch fehlen ihnen die Unparteilichkeit und insoweit auch die Objektivität.

Eine Eingriffsqualität liegt beim Smiley-Modell vor. Die Veröffentlichung zielt jedenfalls im Nebenzweck auch darauf ab, die betroffenen Unternehmen zu sanktionieren und damit bei ihnen ein anderes, verbessertes Hygieneverständnis hervorzurufen. Der Sanktionszweck kann in seiner Wirkung einem imperativen Eingriff gleichgestellt werden, da die Unternehmen

¹⁰²⁷ So auch *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (492) und selbst *Schink*, Rechtsgutachten, S. 4; *Wiemers*, ZLR 2009, 413 (424).

¹⁰²⁸ Vgl. hierzu S. 138 ff., Dritter Teil, B. IV. 2.) c.).

¹⁰²⁹ Vgl. nur zur zwangsläufigen Folge einer Veröffentlichung BVerwGE 90, 112 (121).

¹⁰³⁰ Vgl. zur Schwere einer Grundrechtsbeeinträchtigung bei staatlicher Informationspolitik BVerwGE 87, 37 (40 f.).

¹⁰³¹ So auch *Huber*, JZ 2003, 290 (293).

¹⁰³² So auch *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (490).

¹⁰³³ Vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (847).

¹⁰³⁴ Vgl. *Schink*, DVBl 2011, 253 (255 f.).

zwangsläufig zum Handeln bzw. zu Verhaltensänderungen veranlasst werden. Aufgrund der Möglichkeit von gravierenden wirtschaftlichen Folgen ist eine zwangsweise Durchsetzung überhaupt nicht mehr erforderlich. Die Öffentlichkeit wird durch diese Informationen dazu angehalten, solche Unternehmen zu meiden, da naturgemäß und vorhersehbar kein Gast in Restaurants und Gaststätten speisen möchte, welche hygienisch nicht sauber sind. Diese Intension lässt sich als berufsregelnde Tendenz einstufen, da der Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit mittelbar beeinträchtigt wird. Die Veröffentlichung weist eine besondere Intensität bzw. Schwere der Beeinträchtigung auf, da Umsatzrückgang und Rufschädigung letztlich zwangsläufige Folgen sind. Dies ist für die zuständige Behörde auch ohne weiteres erkennbar, vorhersehbar und ihr damit auch zurechenbar.

(4.) Ermächtigungsgrundlage

Die Vorgehensweise beim Smiley-Modell würde auf die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG gestützt. Fraglich ist, ob diese Norm als Ermächtigungsgrundlage überhaupt in Betracht kommt und für diese Veröffentlichungspraxis auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

(a.) Meinungsstand in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung¹⁰³⁵ sieht § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nicht als geeignete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) für das Smiley-Modell an. § 6 Abs. 1 S. 3 VIG beziehe sich seinem Wortlaut nach auf die Veröffentlichung von „Informationen“. „Informationen“ seien gem. § 2 Abs. 1 S. 1 VIG Daten. Daten sind nach allgemeiner Ansicht durch Beobachtungen, Messungen oder statistische Erhebungen gewonnene Angaben, Werte oder formulierte Befunde.¹⁰³⁶ Die Internetveröffentlichung enthalte demgegenüber keine Daten, sondern eine Bewertung, welche einem Textergebnis gleichkomme.¹⁰³⁷ Denn die Veröffentlichung stütze sich nicht (alleine) auf die Ergebnisse der Lebensmittelkontrollen, sondern die Darstellung erfolge anhand eines „risikoorientierten Bewertungssystems“.¹⁰³⁸ Die Judikatur lehnt jedoch eine Veröffentlichungspraxis auf Grundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nicht gänzlich ab. So solle es rechtmäßig sein, die Feststellung des Ergebnisses einer lebensmittelrechtlichen Kontrolle für die Dauer

¹⁰³⁵ Vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (847 f.); NVwZ-RR 2014, 843 (844 f.) sowie VG Berlin, Beschl. v. 19.03.2014 – Az. 14 L 35.14 (zit. nach juris), Rn. 35.

¹⁰³⁶ OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (848).

¹⁰³⁷ Vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (848); NVwZ-RR 2014, 843 (845).

¹⁰³⁸ Vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 2014, 846 (848).

von einem Monat im Internet zu veröffentlichen, wenn der in Bezug auf den lebensmittelrechtlichen Verstoß erlassene Bußgeldbescheid bereits bestandskräftig geworden sei.¹⁰³⁹ Der Unterschied beider Sachverhalte liegt eindeutig in der Vorgehensweise der Behörde. Während beim Smiley-Modell auf Grundlage der gewonnenen Ergebnisse ein weiterer Verarbeitungsprozess der Daten stattgefunden hat, lag dies im zweiten Fall nicht vor. Dort wurden gerade die Ergebnisse der Kontrolle unverfälscht und ohne eigene Bewertung veröffentlicht.

(b.) Meinungsstand in der Literatur

Auch die Literatur¹⁰⁴⁰ sieht in § 6 Abs. 1 S. 3 VIG keine geeignete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage.

(aa.) Gesetzeszweck

§ 6 Abs. 1 S. 3 VIG ermächtigt die Behörde zu einer Veröffentlichung im Internet. Der Gesetzeszweck von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG liege aber in der Verfahrensbeschleunigung und verbesserten Verfahrensökonomie.¹⁰⁴¹ Die Gesetzesbegründung sehe die aktive Informationstätigkeit auf Grundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nur als Ersatz für die Beantwortung von zahlreichen Einzelanfragen an, welche inhaltlich dieselbe Thematik zum Gegenstand haben und weil so kosteneffizient reagiert werden könne.¹⁰⁴² Zahlreiche Anträge zu denselben Themen, Inhalten oder Gegenständen indizieren ein gewisses berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an einer konkreten Information. Diese Sachlage unterscheide sich wesentlich von dem Smiley-Modell, da dort die Behörde initiativ/aktiv eine Veröffentlichung vorgenommen habe, ohne zu berücksichtigen, ob hinsichtlich dieser Informationen auf Grundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG überhaupt ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an der Informationsgewährung bestehe. Anders stelle es sich bei einem nur „reaktiven“ Antrag eines Verbrauchers auf Informationsgewährung dar. Diese erfolge nicht öffentlich, so dass die besonderen medialen Gefahren grundsätzlich nicht bestünden.

Darüber hinaus wird argumentiert, dass für die aktive Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen als Grundlage § 39 Abs. 2 Nr. 8 i. V. m. § 40 Abs. 1 LFGB heranzuziehen

¹⁰³⁹ Vgl. OVG Saarlouis, NVwZ 2011, 632 (632 ff.).

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (493); *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (491); a. A. *Raspé*, BLJ 2013, 8 (9).

¹⁰⁴¹ Vgl. BT-Drs. 16/5404 S. 13 zu § 5 Abs. 1 S. 2 VIG a. F.; zu den Auslegungsmethoden und –grenzen nur *Holzner*, DVBl 2012, 17 (18 ff.); a. A. *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2847); *Schink*, DVBl 2011, 253 (259) sowie zum Wortlaut und Sinn des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nur *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (578); *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (492); *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (491).

¹⁰⁴² Vgl. BT-Drs. 16/5404, S. 13 zu § 5 Abs. 1 S. 2 VIG a. F.; *Gurlit*, NVwZ 2013, 1267 (1267).

sei.¹⁰⁴³ Die Anwendung von § 40 Abs. 1 LFGB scheitere jedoch am Vorliegen einer konkreten Gesundheitsgefahr.¹⁰⁴⁴ Für § 40 Abs. 1a LFGB fehle es in der Regel an der Untersuchung zweier unabhängiger Stellen.

Demgegenüber vertritt *Schink* die Auffassung, § 6 Abs. 1 S. 3 VIG sei als Ermächtigungsgrundlage ausreichend.¹⁰⁴⁵ Der Anlass der aktiven Information der Öffentlichkeit liege in den zahlreichen lebensmittelrechtlichen Skandalen und dem dafür mutmaßlichen Grund, nämlich der fehlenden vorherigen Information durch die Verwaltung. Dieses werde nunmehr durch § 6 Abs. 1 S. 3 VIG erreicht, da bereits vor der Konsumententscheidung wesentliche Informationen vorhanden seien.

(bb.) Fehlende verfassungsrechtliche Anforderungen

§ 6 Abs. 1 S. 3 VIG stelle aus verfassungsrechtlicher Hinsicht keine geeignete¹⁰⁴⁶ gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff insbesondere in Art. 2 Abs. 1 GG dar, da weder eine Eingriffsschwelle bestehe noch Angaben zur Löschung vorhanden seien.¹⁰⁴⁷ Es sei zu berücksichtigen, dass der Kreis der Empfänger durch eine aktive Veröffentlichung wesentlich größer und zufälliger sei, Aktualität suggeriert werde und naturgemäß keine vollständige Löschung mehr möglich sei.¹⁰⁴⁸ Deshalb stelle sich diese Vorgehensweise als ein intensiverer Eingriff dar als die Herausgabe von Informationen an eine Einzelperson.

Die informationspflichtige Stelle ist, sofern es sich nicht um personenbezogene Daten handelt, nicht verpflichtet, die inhaltliche Richtigkeit der Informationen zu überprüfen. Allerdings kann eine einfach-gesetzliche Grundlage das bestehende Staatshaftungsrecht aus Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB nicht aushebeln.¹⁰⁴⁹ Auch wenn der „Glykol“-Beschluss des BVerfG in seinem Umgang mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen äußerst kritisch einzuschätzen ist, so ist die Entscheidung im Kern dahingehend zutreffend, dass staatliche Informationen dem Gebot der Sachlichkeit und Richtigkeit zu genügen haben.¹⁰⁵⁰ Wird diese Rechtsprechung weiter fortgedacht, so liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG dann vor, wenn

¹⁰⁴³ So auch *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (492), da § 40 Abs. 1 LFGB im Gegensatz zu § 6 Abs. 1 S. 3 VIG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hinsichtlich Bestimmtheitsgebot, Vorhersehbarkeit und Verhältnismäßigkeit wahrt; *Werner*, ZLR 2008, 115 (124).

¹⁰⁴⁴ So auch *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (28).

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Schink*, Rechtsgutachten, S. 37; *Sydow*, NVwZ 2008, 481 (483), welcher überhaupt keine Notwendigkeit für eine gesetzliche Normierung der aktiven Informationspolitik sieht.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (492 ff.); *Wiemers*, ZLR 2009, 413 (422); *Werner*, ZLR 2008, 115 (124); *Schoch*, NJW 2010, 2241 (2246), welche für eine verfassungskonforme Auslegung des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG unter Anwendung der Vorschriften des LFGB sind.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Holzner*, DVBl 2012, 17 (20); a. A. *Schink*, DVBl 2011, 253 (259).

¹⁰⁴⁸ Vgl. auch BVerfGE 104, 65 (72); *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (43).

¹⁰⁴⁹ Vgl. *Kube*, ZLR 2007, 165 (191).

¹⁰⁵⁰ Vgl. BVerfGE 105, 252 (268).

die an die Öffentlichkeit herausgegebenen Informationen diesem Gebot nicht entsprechen.¹⁰⁵¹ Dies hat zugleich zur Folge, dass der Gesetzesvorbehalt ausgelöst wird. Hierzu wird vertreten, dass bei der Veröffentlichung eine Rechtfertigung von auf ihre Richtigkeit ungeprüften Informationen nicht möglich sei, da legitime Gründe dafür nicht ersichtlich seien.¹⁰⁵² Schließlich wird vertreten, dass es einen Unterschied mache, ob die Behörde von sich aus Informationen an die Öffentlichkeit gebe oder dies auf Antrag erfolge.¹⁰⁵³ Der zweitgenannten Vorgehensweise komme nicht das gleiche Gewicht zu wie der aktiven Herausgabe von Informationen durch die Behörde. Der Bürger als mündiger Informationsempfänger sei selbst in der Lage, die ihm auf Antrag erteilte Information auf Sachlichkeit und demnach auf Verwertbarkeit hin zu überprüfen. Demgegenüber solle eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend möglich sein, dass § 6 Abs. 3 VIG lediglich auf die passive Informationserteilung anzuwenden sei und es im Übrigen bei den Geboten der Sachlichkeit und Richtigkeit verbleibe.¹⁰⁵⁴ Schließlich wird die Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG auch unter dem Blickwinkel der Unschuldsvermutung in Zweifel gezogen. So besagt Art. 6 Abs. 2 EMRK, dass jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig gilt. Beim Smiley-Modell ist ein Zuwarten auf das Ende eines Bußgeld- oder Strafverfahrens gesetzlich nicht vorgesehen. Vielmehr steht im Zeitpunkt der Veröffentlichung (noch) nicht fest, welche Sanktion als Folge des Verstoßes festgesetzt wird, stattdessen werden bereits im Vorhinein irreversible und negative Fakten geschaffen.¹⁰⁵⁵

(cc.) Eigene Bewertung

Im Ergebnis besteht weithin Konsens, dass die Veröffentlichung im Rahmen des Smiley-Modells nicht auf § 6 Abs. 1 S. 3 VIG gestützt werden kann. Für die aktive Informationspolitik sei ausschließlich § 40 Abs. 1 LFGB konzipiert, welcher sich jedenfalls am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip orientiert.¹⁰⁵⁶ Die Rechtsprechung entzieht sich der Antwort auf die Frage, ob § 6 Abs. 1 S. 3 VIG als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage den verfassungsrechtlichen Anforderungen für diese Veröffentlichungspraxis genüge.¹⁰⁵⁷ Bei Hinzuziehung der Diskussion in der Literatur ist dies abzulehnen. Die Konzeption von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG lässt infolge ihrer äußerst allgemeinen Ausführungen und unter Berücksichtigung

¹⁰⁵¹ So auch *Gusy*, NVwZ 2015, 700 (701); *Werner*, ZLR 2008, 115 (121).

¹⁰⁵² Vgl. *Werner*, ZLR 2008, 115 (122).

¹⁰⁵³ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 01.04.2014 – Az. 8 A 654/12 (zit. nach juris), Rn. 203 ff.

¹⁰⁵⁴ So *Schoch*, ZLR 2010, 121 (137) m. w. N.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Wallau*, ZLR 2010, 382 (385).

¹⁰⁵⁶ Vgl. *Wiemers*, ZLR 2009, 413 (423).

¹⁰⁵⁷ Zur fehlenden Bestimmtheit vgl. *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1360); *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (40) sowie zur Verfassungswidrigkeit *Becker/Blackstein*, NJW 2011, 490 (492 ff.).

des Gesetzeszweckes stark darauf schließen, dass den Behörden lediglich einzelne Veröffentlichungen bei einem (bekannten) Informationsinteresse der Öffentlichkeit gestattet sind. Als Informationsart lässt § 6 Abs. 1 S. 3 VIG auf die Erteilung bloßer Hinweise schließen, da § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nicht als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe zu qualifizieren ist. Es fehlen insbesondere Bestimmungen zur Dauer, Inhalt und Umfang der Veröffentlichung. Es ist für die von der Veröffentlichung betroffenen Unternehmen nicht aus der Norm ersichtlich, in welchen Fällen eine Veröffentlichung erfolgt, so dass die Norm nicht bestimmt und klar genug ist.

Schließlich kommen auch die Grundsätze der „Glykol“- und der „Osho“-Entscheidung nicht zum Tragen, da die dort aufgestellten Prinzipien nur für die staatliche Information der Gubernative, nicht auch die der Exekutive gelten.¹⁰⁵⁸ Ferner ist ausgehend von einer sprachlichen Ungenauigkeit¹⁰⁵⁹ des BVerfG (da sich das BVerfG der klassischen Prüfung von Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung entzogen hat) ein Eingriff in den Schutzbereich der Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG gegeben, da gerade infolge einer eigenen Bewertungspraxis der Behörde keine objektiven Informationen vorliegen.

(5.) Eigene Bewertung

Das Smiley-Modell ist nicht lediglich auf die Herstellung von Markttransparenz und Verbraucherschutz ausgerichtet. Durch die vollständige Nennung von Firma und Anschrift des betroffenen Betriebs und durch die zumindest teilweise erfolgte Bebilderung der Verstöße und Zustände zielt es auch auf die Sanktionierung der Unternehmen.¹⁰⁶⁰ Die Veröffentlichungspraxis hat eine immanent verhaltenslenkende Funktion.¹⁰⁶¹ Deshalb ist neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch die Wettbewerbsfreiheit im weitesten Sinn betroffen. Kontrollergebnisse einer eigenständigen Bewertung zuzuführen und diese anschließend zu veröffentlichen, ohne die Gewähr dafür zu bieten, dass es sich um sachlich und objektiv richtige Ergebnisse handelt, macht eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich, an der es derzeit (noch) fehlt. § 6 Abs. 1 S. 3 VIG eröffnet entgegen der Auffassung einiger Autoren keine Möglichkeit zur systematischen Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen. Der Gesetzeszweck spricht dagegen. Vielmehr erschöpft sich Sinn und Zweck der Vorschrift in der Verfahrensökonomie. Denn naturgemäß wird kein Verbraucher vor dem geplanten Restaurantbesuch eine Anfrage auf Informationserteilung bei der zuständigen Behörde

¹⁰⁵⁸ So auch *Holzner*, NVwZ 2011, 489 (490).

¹⁰⁵⁹ Vgl. eingehend *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (2 ff.).

¹⁰⁶⁰ So auch *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 2012, 420 (440); *Wallau*, ZLR 2010, 382 (385).

¹⁰⁶¹ Vgl. auch *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (3).

über die Ergebnisse einer Lebensmittelkontrolle stellen. Vielmehr liegen in seinem Interessensspektrum nur solche Informationen, welche auch eine wesentliche Bedeutung für die Öffentlichkeit haben. Dies lässt sich an der Anzahl der gestellten oder erwarteten Anfragen auf Informationsgewährung bzgl. eines aktuellen Themenbereichs bestimmen. Daher ist es nunmehr Aufgabe des Gesetzgebers, eine legitime Eingriffsermächtigung zu schaffen, welche die gegenläufigen Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringt und die verfassungsrechtlichen Anforderungen einhält.¹⁰⁶² Derzeit ist völlig unberücksichtigt gelassen worden, dass die Anordnung eines Verbots zwar, rechtlich gesehen, weniger einschneidend ist als die aktive Öffentlichkeitsinformation, allerdings die tatsächlichen Folgen der Unterrichtung deutlich gravierender ausfallen können.¹⁰⁶³

b.) Das Verbraucherportal: www.lebensmittelklarheit.de

Das vom BMEL finanziell geförderte Projekt www.lebensmittelklarheit.de stellt sich als rechtlich diskussionswürdig dar, vor allem im Hinblick darauf, ob das Ministerium - entgegen seiner eigenen rechtlichen Auffassung – nicht doch einer öffentlich-rechtlichen Ermächtigunggrundlage für die dauerhafte Veröffentlichung von Produkten in der Rubrik „getäuscht“ bedarf, da es sich dabei womöglich doch um einen grundrechtlich relevanten Eingriff einer staatlichen Stelle handelt.

(1.) Rechtsnatur der Veröffentlichung

Äußerst schwierig stellt sich schon die Klärung der Frage dar, welche Rechtsnatur der Veröffentlichung von Produktmeldungen in der Rubrik „getäuscht“¹⁰⁶⁴ zugeschrieben werden kann.¹⁰⁶⁵ Die Schwierigkeit resultiert aus dem Umstand, dass es für das Verbraucherportal im Allgemeinen und für die Rubrik „getäuscht“ im Besonderen keine gesetzliche Grundlage gibt, sondern der Betrieb desselben alleine auf die Aufgabenzuweisung des Verbraucherschutzes an das Ressortministerium gestützt wird.¹⁰⁶⁶ Die Beantwortung der Frage ist nicht nur relevant für die Bestimmung des einschlägigen Rechtswegs, sondern auch für das nachfolgend zu untersuchende Problem, ob die Veröffentlichung einen Grundrechtseingriff darstellt. Hier kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Entweder handelt es sich bei der Veröffentlichung um

¹⁰⁶² Einen Vorschlag hierzu bietet *Holzner*, DVBl 2012, 17 (20 f.).

¹⁰⁶³ Vgl. auch *Werner*, ZLR 2008, 115 (118).

¹⁰⁶⁴ Freilich sind die anderen Rubriken für die betroffenen Lebensmittelunternehmen günstig, so dass nicht denkbar ist, dagegen um gerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen.

¹⁰⁶⁵ Zur immensen Bedeutung der Zuordnung bereits *Kloepfer*, Staatliche Information als Lenkungsmittel, S. 23 für den Bereich der Umweltinformation.

¹⁰⁶⁶ Vgl. zur Schwierigkeit im Allgemeinen *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 17.

einen dem Öffentlichen Recht zurechenbaren Vorgang, dann ist insoweit der Verwaltungsrechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gem. § 40 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 45 VwGO eröffnet. Andernfalls, sofern die Veröffentlichung dem Zivilrecht zuzuordnen ist, käme der Rechtsweg vor die ordentlichen Gerichte gem. § 13 GVG in Betracht.

(a.) Allgemeine Zuordnungsgrundsätze

§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO verlangt für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wird anhand der herrschenden Abgrenzungstheorien¹⁰⁶⁷ vorgenommen, sofern eine gesetzliche Norm verfügbar ist. Andernfalls erfolgt die Einordnung zu einem Rechtsgebiet anhand des Sinnzusammenhangs und der Zielrichtung.¹⁰⁶⁸ Nach dem Grundsatz der Wahlfreiheit liegt es grundsätzlich im Entscheidungsbereich der Verwaltung, ob sie ihre Tätigkeit öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich ausgestaltet, sofern der Gesetzgeber insofern keine Festlegung vorgenommen hat.¹⁰⁶⁹ Denn alleine die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe – wie hier des Verbraucherschutzes – enthält für sich alleine noch keine Aussage darüber, ob das Handeln auch dem Öffentlichen Recht als solches zugeordnet werden kann.¹⁰⁷⁰ Sie stellt lediglich ein Indiz dar,¹⁰⁷¹ da im Zweifel davon auszugehen ist, dass eine öffentliche Aufgabe auch mit den Mitteln des Öffentlichen Rechts erfüllt wird.¹⁰⁷²

Problematisch stellt sich die Frage hier insbesondere deshalb dar, weil das BMEL als Exekutivorgan ein in privater Rechtsform gestaltetes Verbraucherportal finanziell fördert und darüber hinaus das Portal für die eigene Zielsetzung des Verbraucherschutzes einsetzt.¹⁰⁷³ Ferner erscheint bedeutsam, dass etwaige Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht unmittelbar durch die Einordnung in die Rubrik „getäuscht“ eintreten, sondern erst über das Verhalten eines unabhängigen Dritten, d. h. der Konsumenten möglich werden. Hier ist entscheidend, wie sich das Verhältnis der öffentlichen Stelle als Informationsgeber bzw. wie hier Portalbetreiber gegenüber dem betroffenen Dritten, d. h. dem Lebensmittelunternehmen, rechtlich einordnen lässt.

¹⁰⁶⁷ Vgl. dazu ausführlich *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 40 Rn. 6 ff.

¹⁰⁶⁸ Vgl. *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 17.

¹⁰⁶⁹ Vgl. BVerwG, NJW 1987, 2529 (2529); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, S. 36 Rn. 111a.

¹⁰⁷⁰ Vgl. zur st. Rspr. nur BVerwG, DÖV 1981, 678 (679).

¹⁰⁷¹ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, Kommentar VwVfG, § 1 Rn. 11b.

¹⁰⁷² Vgl. zur st. Rspr. GmS-OGB, BVerwGE 74, 368 (372).

¹⁰⁷³ Andernfalls wäre eine Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht problemlos möglich, vgl. allgemein *Engel*, Die staatliche Informationstätigkeit, S. 19.

(b.) Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 VwVfG

Fraglich ist zunächst und relevant für den weiteren Untersuchungsgang, ob das BMEL oder das vzbv als Behörde anzusehen ist. Dies ist wesentlich für die Frage, wessen Tätigkeit und wessen Handlungen (verfassungsrechtlich) zu bewerten sind.

(aa.) Allgemeines

Wesentliches Merkmal einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist stets, dass ein hoheitliches Handeln einer Behörde¹⁰⁷⁴ vorliegt. Die öffentlich-rechtlichen Handlungsmöglichkeiten einer Behörde sind vielfältig. Doch hier kann schon ohne weitere Prüfung festgestellt werden, dass die Veröffentlichung der Produktmeldung in der Rubrik „getäuscht“ weder einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG noch eine Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 VwVfG darstellt. Denn es fehlt am Merkmal der Regelung.¹⁰⁷⁵ Die Veröffentlichung der Produktmeldung in der Rubrik „getäuscht“ soll aber weder eine förmliche Produktbeanstandung darstellen¹⁰⁷⁶ noch die betroffenen Unternehmen verbindlich zur Änderung der Produktkennzeichnung oder Produktaufmachung auffordern. Vielmehr wird es in das Belieben des betroffenen Lebensmittelunternehmens gestellt, welche Reaktion auf eine Produktmeldung erfolgen soll.

Da Behörden nicht nur in der Handlungsform des Verwaltungsaktes bzw. der Allgemeinverfügung tätig werden können, kommt vorliegend als weitere Möglichkeit die Form des schlichten Verwaltungshandelns in Betracht. Allerdings setzt schlichtes Verwaltungshandeln ebenfalls das Merkmal einer hoheitlichen Handlung voraus. In der Konstellation von www.lebensmittelwarnung.de kommen als hoheitlich handelndes Subjekt sowohl das BMEL als auch der vzbv in Betracht.

(bb.) Ansicht des BMEL

Nach Ansicht des BMEL liege unter keinen denkbaren Umständen das Handeln einer öffentlichen Stelle, mithin keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, da die im Portal veröffentlichten Produkte die alleinige Meinung der Verbraucherzentralen und nicht des BMEL zum Aus-

¹⁰⁷⁴ Zum Behördenbegriff vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG.

¹⁰⁷⁵ So auch *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (122); vgl. zum Begriff der Regelung Dritter Teil, B. I. 1.) b.) (2.).

¹⁰⁷⁶ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015, S. 10.

druck brächten.¹⁰⁷⁷ Der vzbv trage die alleinige Verantwortung für das von ihm und im Auftrag der Verbraucherzentrale Hessen betriebene Portal.¹⁰⁷⁸ Dennoch sieht es das BMEL als eine eigene originäre Aufgabe an, die Aufklärung der Öffentlichkeit im Bereich des Lebensmittelrechts zu betreiben.¹⁰⁷⁹ Dies geschehe durch allgemeine Informationspolitik via Broschüren oder eben durch Förderung von Verbraucherorganisationen oder Informationseinrichtungen wie der hier in Rede stehenden Initiative „Klarheit und Wahrheit“.¹⁰⁸⁰

(cc.) Zwischenfazit

Das BMEL veröffentlicht allerdings nicht selbst, sondern unterstützt das Projekt lediglich in finanzieller Hinsicht. Das Förderungsvolumen betrug für den Zeitraum vom 01.09.2010 bis 31.12.2012 insgesamt 983.000 €, für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis 31.12.2014 ca. eine weitere Million Euro.¹⁰⁸¹ Somit kann die Veröffentlichung an sich noch keine hoheitliche Maßnahme des BMEL darstellen.¹⁰⁸² Aber auch wenn auf die Veröffentlichung durch das vzbv und die Verbraucherzentrale Hessen abgestellt wird, kommt keine hoheitliche Tätigkeit in Betracht. Beiden Stellen ist gemeinsam, dass sie jeweils als gemeinnützigen Verein errichtet sind, welcher parteipolitisch neutral agiert.¹⁰⁸³

(dd.) Zurechnung an BMEL

Somit bleibt die Frage zu klären, ob die Vorgehensweise der Veröffentlichung von Produktmeldungen in der Rubrik „getäuscht“ durch den vzbv gleichwohl als Behördentätigkeit im

¹⁰⁷⁷ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 10, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Fragen und Antworten des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom Januar 2014, S. 2 abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 05.02.2015.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 7, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

¹⁰⁸⁰ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 7, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

¹⁰⁸¹ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 9, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

¹⁰⁸² Vgl. *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (122).

¹⁰⁸³ Vgl. <http://www.vzbv.de/ueber-uns/organisation>, zuletzt abgerufen am 31.01.2015; <https://www.verbraucher.de/wer-wir-sind>, zuletzt abgerufen am 31.01.2015; <https://www.verbraucher.de/wer-wir-sind>, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG anzusehen ist. Dies wäre entweder dann der Fall, wenn und soweit die Voraussetzungen der Beleihung mit hoheitlichen Befugnissen an private Dritte vorliegen. Oder aber es könnte eine Behördentätigkeit des BMEL vorliegen, wenn der vzbv als Verwaltungshelfer für das BMEL tätig wird und das Ministerium sich dieses Verhalten zurechnen lassen muss. In beiden Fällen läge im Ergebnis ein hoheitliches Handeln einer Behörde vor und könnte daher eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit angenommen werden.

(i.) Beleihung

Beleihung wird verstanden als „ein Verwaltungsakt, durch welchen dem, über welchen er ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben wird über ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Ausübung in eigenem Namen“¹⁰⁸⁴. Liegt eine Beleihung vor, so wäre für ein betroffenes Unternehmen der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten eröffnet, da eine hoheitliche Tätigkeit und mithin eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit anzunehmen wäre.¹⁰⁸⁵

Die Bejahung einer Beleihung muss allerdings strenge Voraussetzungen erfüllen. Die Ausübung hoheitlicher Aufgaben gem. Art. 33 Abs. 4 GG darf grundsätzlich nur öffentlichen Institutionen überlassen werden: Nur in bestimmten Grenzen kann sie auf natürliche oder juristische Personen des Privatrechts übertragen werden. In statusrechtlicher Hinsicht bleiben diese dem Privatrecht zugeordnet. Lediglich in funktioneller Hinsicht kommt ihnen die Funktion eines Verwaltungsträgers, mithin einer Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG zu. Dies hat rechtlich zur Folge, dass der Beliehene (auch) an die bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften und insbesondere an die Beachtung der Grundrechte Einzelner gebunden ist. Jedoch sind auch an den Beleihungsakt hohe Anforderungen zu stellen. So kann die Beleihung nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen.¹⁰⁸⁶ Diese Voraussetzung resultiert aus dem bei der Beleihung notwendig vorliegenden Eingriff in das staatliche Kompetenzgefüge.¹⁰⁸⁷ Ferner setzt die Beleihung voraus, dass der originäre Hoheitsträger eine gewisse Herrschaft über den Beliehenen behalten muss.¹⁰⁸⁸

Die für die Förderung bereitgestellten Mittel wurden im Haushaltsplan des Bundes veranschlagt.¹⁰⁸⁹ Der Parlamentsbeschluss über den Haushaltsplan in Form des Haushaltsgesetzes

¹⁰⁸⁴ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 180.

¹⁰⁸⁵ Vgl. auch Ibler, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 86 Rn. 75 ff.

¹⁰⁸⁶ Vgl. BVerfG, NJW 1987, 2501 (2502).

¹⁰⁸⁷ Vgl. Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, § 1 Rn. 57.

¹⁰⁸⁸ Vgl. auch Ibler, in: Maunz/Dürig, Kommentar GG, Art. 86 Rn. 75 ff.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 9, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

(vgl. Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG) ist allerdings nicht geeignet, die Voraussetzungen für eine Beleihung zu schaffen. Das Haushaltsgesetz ist ein nur-formelles Gesetz,¹⁰⁹⁰ so dass es keine Regelungswirkung im Staat-Bürger-Verhältnis entfaltet. Erforderlich wäre vielmehr eine gesetzliche Grundlage in Form eines institutionellen Gesetzesvorbehalts,¹⁰⁹¹ wonach die Beleihung durch oder auf Grund eines Gesetzes im formellen und materiellen Sinn infolge einer Rechtsverordnung, eines Verwaltungsaktes oder öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgt.¹⁰⁹² Das Erfordernis eines Gesetzesvorbehalts dient nicht nur dem Interesse zum Schutz subjektiver Rechte, sondern zeitgleich auch zur Stärkung der parlamentarischen Verantwortung und damit der demokratischen Legitimation staatlicher Handlungen.¹⁰⁹³

Zwar ist ergänzend zu berücksichtigen, dass das BMEL die Initiative „Klarheit und Wahrheit“ als eigenes Projekt darstellt, das Teilprojekt www.lebensmittelklarheit.de finanziell fördert und es in seiner Gesamtheit unterstützt sowie auf jeder abrufbaren Seite auf der Homepage genannt wird, jedoch kann dies nicht über das Fehlen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hinweghelfen. Allerdings können diese Tatsachen durchaus für die Annahme einer Herrschaftsstellung i. S. einer Entscheidungs- und Verfügungsgewalt sprechen.¹⁰⁹⁴ Dennoch entscheidet das vzbv eigenständig über die Veröffentlichung, ohne das BMEL in diesen Entscheidungsprozess mit einzubeziehen, weshalb schließlich ein Herrschaftsverhältnis nicht angenommen werden kann.

(ii.) Verwaltungshelfer

Als weitere Handlungsform kommt die des Verwaltungshelfers in Betracht. Darunter werden natürliche oder juristische Privatpersonen verstanden, die für einen Hoheitsträger nach dessen Weisung untergeordnete Handlungsbeiträge ohne eigene Entscheidungsbefugnis erbringen.¹⁰⁹⁵ Kennzeichnend für einen Verwaltungshelfer ist, dass dessen Handlungsbeiträge keine Ausübung eigener Hoheitsgewalt beinhalten und vorgenommene Handlungen nicht im eigenen Namen und eigener Zuständigkeit erfolgen, mithin eine gesetzliche Grundlage für die Einbeziehung nicht erforderlich ist.¹⁰⁹⁶ Jedoch ist die vorliegende Konstellation mit der eines Verwaltungshelfers nicht vergleichbar. Das vzbv entscheidet eigenständig über den Inhalt der Produktmeldungen, organisiert deren Ablauf, tritt nach außen hin als Hauptbetreiberin des

¹⁰⁹⁰ Vgl. BVerfGE 38, 121 (127); BVerwGE 58, 45 (48); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 73 Rn. 17.

¹⁰⁹¹ Vgl. *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, S. 406 Rn. 92.

¹⁰⁹² Vgl. überblickshalber *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 624 Rn. 57.

¹⁰⁹³ Vgl. BVerfGE 105, 279 (303).

¹⁰⁹⁴ So *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (122).

¹⁰⁹⁵ Vgl. zur Werkzeugtheorie BGH, VersR 1967, 859 (860).

¹⁰⁹⁶ Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 01.10.2009 – Az. 6 S 99/09 (zit. nach juris), Rn. 30.

Portals in Erscheinung. Eine nur untergeordnete Aufgabenwahrnehmung kann hierin nicht gesehen werden.

(ee.) Eigene Bewertung

Aufgrund der strengen Voraussetzungen für ein Beleihungsverhältnis ist auch deren Vorliegen bei der hier gegebenen Konstellation abzulehnen. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Übertragung hoheitlicher Befugnisse lässt sich nicht ersetzen. Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse bzw. staatlicher Macht auf Dritte bedarf als Ausnahme einer besonderen Begründung, die vorliegend nicht erkennbar ist. Das hat zur Folge, dass das vzbv nicht als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG anzusehen ist,¹⁰⁹⁷ so dass diesem auch die Eigenschaft einer staatlichen Stelle nicht zugesprochen werden kann.

Da das vzbv weder originär als Behörde gilt noch im Wege der Beleihung als Behörde einstuft wird, kommt somit nur das BMEL als Behörde in Betracht, welchem zweifelsohne die Behördeneigenschaft im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG zukommt.

(c.) Weitere Voraussetzungen für ein öffentlich-rechtliches Verhältnis

Fraglich ist schließlich, ob der Betrieb des Verbraucherportals als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Da vorliegend keinerlei Rechtsnormen existieren, nach denen die Einordnung in das jeweilige Rechtsverhältnis vorgenommen werden kann, ist diese Qualifizierung durch eine rechtliche Beurteilung des Sachzusammenhangs und der Zielsetzung der Informationshandlung vorzunehmen.

Von einer reinen wettbewerbsrechtlichen Zielsetzung kann beim Verbraucherportal nicht gesprochen werden. Sein Ziel ist nicht die Stärkung oder Überwachung des Wettbewerbs nach den Vorschriften des UWG. Das Portal verfolgt ebenso wenig das Ziel, die am Markt tätigen Unternehmen mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts zu sanktionieren. Auch geht das BMEL nicht von einer primär wettbewerbsrechtlichen Tätigkeit aus. Somit scheidet eine Zuordnung zum Wettbewerbs-, mithin zum Privatrecht aus diesem Grund aus.¹⁰⁹⁸ Vielmehr geht in der Sache um die Stärkung des Verbraucherschutzes. Dies ist auch nach eigener Aussage des BMEL als öffentlich-rechtliche Aufgabenwahrnehmung anzusehen.¹⁰⁹⁹ Aus den Vermutungs-

¹⁰⁹⁷ In die Richtung auch *Kloepfer*, Staatliche Information als Lenkungsmittel, S. 24.

¹⁰⁹⁸ Eine privat-rechtliche Tätigkeit ist anzunehmen, wenn und soweit die Verwaltung gezielt auf den Wettbewerb einzuwirken versucht, vgl. GSZ, BGHZ 67, 81 (86) sowie daran anschließend BVerwG, BVerwGE 58, 167 (170).

¹⁰⁹⁹ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, S. 1, abrufbar unter

regeln zur Zuordnung zu einem Rechtsgebiet ist demnach mangels entgegenstehender Anhaltspunkte von einer öffentlich-rechtlichen Einordnung auszugehen.

(d.) Zwischenfazit

Als Zwischenfazit lässt sich somit nach der bisherigen Untersuchung festhalten, dass das Verbraucherportal in das Rechtsgebiet des öffentlichen Rechts fällt, weil das BMEL als Behörde öffentlich-rechtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz ausübt.

(2.) Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit

Klärungsbedürftig ist die Frage, ob die Veröffentlichung von gemeldeten Produkten in der Rubrik „getäuscht“ trotz Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen an die Produktkennzeichnung und Produktaufmachung wegen der damit verbundenen wettbewerblichen Wirkungen in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG fällt. Die BMEL-Initiative bezweckt die Besserstellung derjenigen Unternehmen, die (bereits) eine verbraucherfreundliche Produktkennzeichnung und Produktaufmachung verwenden.¹¹⁰⁰ Im Umkehrschluss tritt durch die Veröffentlichung von gemeldeten Produkten eine Wettbewerbsverzerrung ein. Den in der Rubrik „getäuscht“ veröffentlichten Produkten wird angelastet, die Öffentlichkeit im Hinblick auf Produktkennzeichnung und Produktaufmachung zu täuschen. Mit der Veröffentlichung wird naturgemäß die Vorstellung verbunden, dass das Produkt nicht den geforderten Preis wert ist und dass vertreibende Unternehmen die Öffentlichkeit über den wahren Wert zu täuschen versuchen. Beide Erwägungen sind geeignet, einen Interessenten zu veranlassen, vom Kauf dieses konkreten Produkts wie auch von allen anderen Produkten des Unternehmens Abstand zu nehmen. Die angesprochenen Unternehmen sollen durch die Publikation über das Portal gezwungen werden, ihre Produkte – auch wenn bzw. obwohl diese bereits die gesetzlichen Anforderungen an die Produktkennzeichnung und Produktaufmachung erfüllen – den subjektiven Empfindungen einzelner Kaufinteressenten anzupassen. Die damit einhergehende Sanktionswirkung führt dazu, dass der Wettbewerb einseitig zu Lasten derjenigen verzerrt wird, die sich zwar an die gesetzlichen Bestimmungen halten, bei denen

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015; Broschüre Fragen und Antworten zur Projektförderung durch das BMEL vom Januar 2014 S. 2, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.05.2015.

¹¹⁰⁰ Wobei hier freilich anzumerken ist, dass diese Aussage seitens des BMEL nicht objektiviert werden darf, da das Verbraucherportal von der subjektiven Wahrnehmung der Konsumenten lebt. Es ist nicht auszuschließen, dass sich der einzelne Konsument von Produkten getäuscht fühlt, obwohl die überwiegende Anzahl der Konsumenten keine Täuschung empfindet.

dies aber vereinzelt als Täuschung empfunden wird, der Gesetzgeber jedoch gleichwohl weiterhin untätig bleibt.

Im Übrigen kommt das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG vorliegend nicht in Betracht. Es werden keine personen- bzw. unternehmensbezogenen Daten veröffentlicht. Die seitens der Öffentlichkeit ausgehende Initiative zur Meldung konkreter Produkte und die damit verbundene Veröffentlichung bzw. Illustration legen nur Merkmale eines Produkts offen, welche für die Allgemeinheit bereits ersichtlich waren.

(3.) Grundrechtseingriff

(a.) Allgemeines

Ob für das Portal www.lebensmittelklarheit.de eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist, beurteilt sich danach, ob die Veröffentlichung der gemeldeten Produkte einen Grundrechtseingriff durch eine staatliche Stelle darstellt. Nur in diesem Fall bedarf es wegen des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes nach Art. 1 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG einer (parlaments-)gesetzlichen Rechtfertigung. Die Rechtfertigungslast für einen Grundrechtseingriff obliegt demnach – auch in solch einer formalen Hinsicht - der staatlichen Stelle.¹¹⁰¹

(aa.) Meinung des BMEL

Das BMEL geht davon aus, dass eine Ermächtigungsgrundlage nicht erforderlich sei, da das Portal nicht von einer öffentlichen Stelle betrieben werde und somit kein Eingriff in die Rechte der von der Veröffentlichung betroffenen Unternehmen vorliege.¹¹⁰² Das BMEL verkennt nicht - im Gegenteil -, dass die Veröffentlichung von Produktmeldungen unter der Kategorie „getäuscht“ durch die Öffentlichkeit kritisch und kontrovers diskutiert wird,¹¹⁰³ da dabei ein jederzeitiger Zugriff und eine jederzeitige Verbreitungsmöglichkeit im Internet eröffnet werden. Zur medialen Wirkung des Portals, insbesondere, dass einmal auf der Portalseite eingestellte Produktmeldungen dauerhaft online bleiben, somit bis auf weiteres abgerufen werden können und eine spätere Datenlöschung gerade nicht vorgesehen ist, führt das BMEL aus, dass alleine die Möglichkeit der Information über das Internet oder über Apps auf Smartpho-

¹¹⁰¹ Vgl. hierzu nur *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (574) m. w. N.

¹¹⁰² Vgl. Broschüre Fragen und Antworten zur Projektförderung durch das BMEL vom Januar 2014 S. 2, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.05.2015.

¹¹⁰³ Vgl. Pressemitteilung Nr. 261 v. 05.12.2011 der Bundesverbraucherministerin Ilse Aigner, abzurufen unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2011/261-AI-Verbraucherrechtstage_Bamberg.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015.

nes zusätzlich höhere Erwartungen in Bezug auf schnell und einfach verfügbare Informationen über Lebensmittel wecken.¹¹⁰⁴ Dem entspricht die mit dem Verbraucherportal initiierte größere Transparenz.¹¹⁰⁵

Schließlich führt das BMEL aus, dass die Veröffentlichung gerade diejenigen Unternehmen besserstellen soll, von welchen sich die Konsumenten nicht getäuscht fühlen.

(bb.) Kritik des BLL

Die Ansicht des BMEL sowie die Praxis beim Portal werden gleichwohl (plausibel) kritisiert. So wird in der Presse über einen „Online-Pranger“¹¹⁰⁶ gesprochen. Der Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. (kurz: BLL) begrüßt und unterstützt grundsätzlich das Ziel einer transparenten Verbraucherinformation, kritisiert aber in diesem Zusammenhang die fehlende Objektivität und Sachlichkeit bei der Umsetzung des Portals.¹¹⁰⁷ Ferner werden auch seitens des BLL die Pranger-Wirkung des Portals und die damit verbundenen Folgen einer Beeinträchtigung einzelner Unternehmen im Wettbewerb moniert.¹¹⁰⁸

(cc.) Eigene Bewertung

Die Art und Weise sowie der Umfang des Portals ließen sich durch entsprechende (periodische) Veröffentlichungen in einer Tageszeitung nicht in gleicher Wirkung realisieren. Denn das Internet kennzeichnet neben der Möglichkeit einer sekundengenauen Aktualität auch, dass die von dritter Seite kommenden Reaktionen einheitlich, übersichtlich und laufend aktualisiert auf einer Seite zusammenhängend dargestellt werden können. Aber auch die Herausgabe einer Broschüre würde unter Aktualitätsgesichtspunkten aus den zuvor genannten Gründen nicht zielführend sein. Allerdings setzt sich ein am Markt tätiges Unternehmen naturgemäß einer Kommunikation und einer Kritik der Öffentlichkeit in Bezug auf die Qualität oder sons-

¹¹⁰⁴ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015, S. 3.

¹¹⁰⁵ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015, S. 3.

¹¹⁰⁶ http://www.focus.de/finanzen/recht/lebensmittelklarheit-de-online-pranger-fuer-lebensmittel-kollabiert_aid_647774.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015.

¹¹⁰⁷ Vgl. Pressemitteilung des BLL v. 26.10.2011, abrufbar unter <http://www.bll.de/de/presse/pressemitteilungen/pm-20111026-100-tage-lebensmittelklarheit.html>, zuletzt abgerufen am 01.02.2015.

¹¹⁰⁸ Vgl. Pressemitteilung des BLL v. 26.10.2011, abrufbar unter <http://www.bll.de/de/presse/pressemitteilungen/pm-20111026-100-tage-lebensmittelklarheit.html>, zuletzt abgerufen am 01.02.2015.

tige konsumrelevante Aspekte aus.¹¹⁰⁹ Den auf diese Art erzeugten (negativen) Wirkungen können sich die betroffenen Unternehmen generell nur schwer entziehen.¹¹¹⁰

Dennoch ist das Portal geeignet, Kunden- und Absatzrückgang sowie Rufschädigung herbeizuführen.¹¹¹¹ Zwar zielt das BMEL nicht primär auf das Eintreten dieser gravierenden Folgen ab, weshalb es am Merkmal der Finalität fehlt. Doch sind diese Folgen für das BMEL durchaus vorhersehbar, so dass das durch die Öffentlichkeit herbeigeführte, beeinträchtigende Verhalten dem Ministerium auch zugerechnet werden kann.

Gerade die Tatsache, dass keine objektive und sachlich richtige Information veröffentlicht wird, sondern es für eine Veröffentlichung ausreicht, wenn das subjektive Empfinden einer Täuschung nachvollziehbar erläutert wird, kann gravierende Folgen für die wirtschaftliche Betätigungsweise am Markt auslösen. Jedenfalls erzielt die veröffentlichte Produktmeldung eine gewisse Druckwirkung auf die Lebensmittelwirtschaft wie auch auf die Konsumenten. Negative Zurschaustellung führt zwangsläufig zum Umdenken in weiten Kreisen der Bevölkerung im Zusammenhang mit potenziellen Kaufentscheidungen. Hiermit kann durchaus eine gewisse Lenkungswirkung erzeugt werden, welche negative Folgen i. S. einer Prangerwirkung für die betroffenen Unternehmen nach sich ziehen kann.

Somit ist sich die Behörde der Wirkungsweise dieser medialen Veröffentlichung bewusst und nimmt die daraus resultierenden Folgen für die betroffenen Unternehmen in Kauf. Dies lässt sich bei weitem nicht mehr nur als bloße Realisierung des gesteigerten Verbraucherschutzes und des vermehrten Verlangens nach Transparenz bezeichnen.¹¹¹² Auch ist die Veröffentlichung mit den damit verbundenen Folgen nicht mehr als bloße Reflexerscheinung zu werten. Transparenz herzustellen führt nämlich nicht zwangsläufig zu einer mittelbaren Grundrechtsbeeinträchtigung bei einzelnen Personen. Vielmehr ist vorliegend die Besonderheit der Veröffentlichung im Internet ausschlaggebend.¹¹¹³ Zwar beruhen die Beeinträchtigungen auf dem Konsumverhalten des Einzelnen, haben ihren Ursprung aber in der von der vzbv veranlassten Veröffentlichung.¹¹¹⁴ Es kann aus Sicht des Unternehmens keinen Unterschied machen, ob bereits die Veröffentlichung durch das vzbv oder erst das Konsumverhalten Dritter zu negati-

¹¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 105, 252 (266).

¹¹¹⁰ Vgl. Pressemitteilung Nr. 261 v. 05.12.2011 der Bundesverbraucherministerin Ilse Aigner, abzurufen unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/2011/261-AI-Verbraucherrechtstage_Bamberg.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015.

¹¹¹¹ Vgl. insoweit auch BVerwGE 71, 183 (194) bei der Veröffentlichung einer Transparenzliste mit Preis-, Wirksamkeits- und Qualitätssicherungsangaben von Arzneimitteln.

¹¹¹² So auch BVerwGE 71, 183 (195).

¹¹¹³ So auch *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (573), welche die anprangernde Wirkungsweise monieren.

¹¹¹⁴ *Schink*, Rechtsgutachten, S. 14.

ven Folgen wie Umsatzrückgang und Rufschädigung führen.¹¹¹⁵ Entscheidend ist vielmehr, dass solche negativen Folgen entstehen können.

Die Abbildung des Produkts, die damit verbundene Nennung und Offenlegung des Unternehmens wie auch die von der Verbraucherzentrale vorgenommene Bewertung würden je für sich nicht näher bedeutsame Informationen darstellen. Doch in der Verbindung der einzelnen Informationen zu einer einheitlichen Information verdichtet sich die Bedeutung in eine solche mit grundrechtsrelevantem Bezug. Schließlich stellt sich die Beeinträchtigung des Schutzbereichs auch nicht als typisches systemimmanentes Risiko des Unternehmers dar,¹¹¹⁶ da es außerhalb seiner Einflussphäre liegt, trotz Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen eine (schädliche) Veröffentlichung zu verhindern. Den Unternehmen steht es im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG frei, wie sie sich und ihre Produkte am Markt präsentieren. Die Veröffentlichung schränkt dieses Recht ein, da über die Einhaltung gesetzlicher Regelungen eine Lenkungsabsicht versucht wird durchzusetzen, die noch mehr verbraucher“freundliche“ Produktkennzeichnung und Produktaufmachung herbeiführen will. Zwar müssen sich Unternehmen im Wettbewerb bzw. am Markt der Dynamik der diesen maßgeblichen beeinflussenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen stellen.¹¹¹⁷ Doch erfolgt dies vorliegend nicht unter gleichgeordneten Marktteilnehmern, sondern letztendlich staatlicherseits.

Mithin liegt ein Grundrechtseingriff vor. Es sind zudem keine überwiegenden Gründe des Allgemeinwohls ersichtlich, welche eine anprangernde Wirkung im Hinblick auf Produkte rechtfertigen, welche die sie betreffenden gesetzlichen Bestimmungen vollständig einhalten.

Abschließend ist anzumerken, dass zwar Private richtigerweise keiner (verfassungsrechtlichen) Rechtfertigung für die Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzbereichs eines Anderen bedürfen. Jedoch kann und darf sich der Staat selbst dem Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für sein Verhalten nicht dadurch entziehen, dass er Private in die Kausalkette zwischen Staat und betroffenes Unternehmen einschaltet.¹¹¹⁸

(b.) Zurechenbarkeit des Grundrechtseingriffs

Da das vzbv infolge seiner privaten Stellung einer Grundrechtsbindung und Grundrechtsbeachtung nicht unterliegt, ist fraglich, ob auf welche Art und Weise dem BMEL der Grundrechtseingriff in den Schutzbereich des (hier alleine in Betracht kommenden)

¹¹¹⁵ In diese Richtung BVerwGE 71, 183 (194).

¹¹¹⁶ Vgl. BVerwGE 71, 183 (189).

¹¹¹⁷ Vgl. BVerwGE 71, 183 (195).

¹¹¹⁸ So auch *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (4).

Art. 12 Abs. 1 GG zugerechnet werden kann. Als einziger Anknüpfungspunkt der Zurechnung kommt die staatliche Förderung des Projekts in Betracht.

Dem Staat ist es grundsätzlich verwehrt, sich das Handeln Privater zu Eigen zu machen, wenn sein Handeln für Dritte nachteilige Wirkungen entfalten kann.¹¹¹⁹ Das Handeln Privater unterliegt einer anderen rechtlichen Ordnung mit anderen Grundsätzen und Wertungen. Auch für eine Förderung solcher Tätigkeiten ist erforderlich, dass dabei ein Mindestmaß an Sachkunde, Objektivität, Unabhängigkeit und Neutralität gewahrt wird bzw. werden kann.¹¹²⁰ Nur so kann gewährleistet werden, dass sich der Staat nicht privater Dritter bedient, um gezielt das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu unterlaufen.

Es muss staatlicherseits gewährleistet werden, dass auch bei Zulassung und Förderung privater Betreiber Mindestanforderungen eingehalten werden, um den Eingriff und die gravierenden negativen Folgen für die betroffenen Unternehmen möglichst gering zu halten. Zutreffend weist das BVerwG darauf hin, dass staatliche Informations“politik“ mit speziellen grundrechtlichen Freiheitsrisiken verbunden ist.¹¹²¹

Eine staatliche Förderung in erheblicher finanzieller Hinsicht kann unzweideutig zum Ausdruck bringen, dass sich der Staat die Zielrichtung und die Wirkungen des geförderten Projekts oder Portals im Hinblick auf die der Förderung zugrundeliegenden Ziel billigt.¹¹²² Bei Einsatz und Förderung eines privaten Dritten ist es nicht auszuschließen, sondern sogar nahelegend, dass es der staatlichen Stelle gerade um die mit der Veröffentlichung regelmäßig eintretenden Ziele geht.¹¹²³

Eine solche Vorgehensweise verlängert daher lediglich die bereits bestehende Kausalkette, indem die nachteiligen Wirkungen für die betroffenen Unternehmen erst über die erhebliche finanzielle Förderung ermöglicht werden und das beabsichtigte Verhalten der Öffentlichkeit den betroffenen Unternehmen gegenüber erreichbar (und erreicht) wird, was aber der Annahme einer einheitlichen grundrechtsrelevanten Handlung aufgrund eines einheitlichen Lebenssachzusammenhangs nicht entgegensteht.¹¹²⁴

Der Annahme einer Zurechnung des Grundrechtseingriffs steht auch nicht entgegen, dass sich die Förderung auf das Verbraucherportal insgesamt richtet und nicht gegen die einzelnen von der Veröffentlichung betroffenen Unternehmen.

¹¹¹⁹ Zustimmend *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1362).

¹¹²⁰ Angelehnt an *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1362).

¹¹²¹ BVerwGE 90, 112 (123).

¹¹²² Zur fehlenden Zuständigkeit des BMEL vgl. *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1362).

¹¹²³ Vgl. auch BVerwGE 90, 112 (121) sowie in diese Richtung auch *Kloepfer*, Staatliche Information als Lenkungsmittel, S. 24; *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (581).

¹¹²⁴ Vgl. BVerwGE 90, 112 (120); *Heuer/Martínez*, Agrarrecht Nr. 06/12, S. 10.

Das Portal wird weder objektiv noch neutral betrieben, da es zu keiner abschließenden Prüfung der an dieses gemeldeten Produkte kommt. Die für die Förderung eines privaten Dritten maßgeblichen Anforderungen liegen daher bereits dem Grunde nach nicht vor. Schließlich bleibt zu bedenken, dass der vzbv und die Verbraucherzentrale Hessen eine Interessenvertretung der Verbraucher darstellen.¹¹²⁵ Deshalb kann bei der Beteiligung des vzbv und der Verbraucherzentrale Hessen mit durchweg sachlichen, neutralen und objektiven Äußerungen nicht gerechnet werden.

Somit ist der Grundrechtseingriff dem BMEL infolge der erheblichen finanziellen Förderung zurechenbar.

(4.) Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Es liegt ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit vor. Da Art. 12 Abs. 1 GG unter einem (einfachen) Gesetzesvorbehalt steht, wird zunächst untersucht, ob bereits vorhandene gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen das Vorgehen des Verbraucherportals tragen. Anschließend wird untersucht, welche Anforderungen an eine (neu zu schaffende) Ermächtigungsgrundlage zu stellen sind.

(a.) Staatliche Informationstätigkeit der Regierung

Die Grundsätze über die staatliche Informationstätigkeit der Regierung und ihrer Ministerien als Aufgabe der Staatsleitung sind hier nicht anwendbar. Die Aufgabe der Staatsleitung ermächtigt dazu, die Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge außerhalb oder weit im Vorfeld ihrer eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit zu unterrichten.¹¹²⁶ Ferner dient eine rechtzeitige öffentliche Information der effektiven Bewältigung von Konflikten in Staat und Gesellschaft und erleichtert deren Lösung, weil auf diese Weise neuen, oft kurzfristig auftretenden Herausforderungen entgegengetreten, auf Krisen schnell und sachgerecht reagiert sowie den Bürgern auch mit Warnungen und Empfehlungen zur Orientierung verholfen werden kann.¹¹²⁷ Das Portal dient nicht der Unterrichtung oder Information über die eigene politische Tätigkeit oder der Bewältigung von staatlichen oder gesellschaftlichen Konflikten. Vielmehr handelt es sich beim Betreiben des Portals um eine originäre Aufgabe der Regierung und mit erheblichen Nachteilen für die betroffenen Unternehmen verbunden ist. Da das Portal keine Reaktion auf kurzfristig auftretende Herausforderungen oder Krisen darstellt, sondern ihm ein Projektpla-

¹¹²⁵ Vgl. nur § 2 Satzung der Verbraucherzentrale Hessen.

¹¹²⁶ BVerwG, NJW 2006, 1303 (1304).

¹¹²⁷ BVerwG, NJW 2006, 1303 (1304).

nungs- und -umsetzungsprozess vorgelagert war, ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

(b.) § 6 Abs. 1 S. 3 VIG

Eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kann nicht in § 6 Abs. 1 S. 3 VIG gesehen werden. § 6 Abs. 1 S. 3 VIG verlangt, dass die Intension zu kritischer Produktberichterstattung von einer öffentlichen Stelle hervorgeht. Beim Portal hingegen geht die Intension von Verbrauchern aus.

Ferner spricht auch der Zweck der Vorschrift gegen eine Anwendbarkeit. Eine aktive Information der Öffentlichkeit auf Grundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG dient haushalterisch-rationalen Gründen: Die Kosten für zahlreiche Einzelanfragen bzgl. derselben Information sollen durch die Möglichkeit einer einzigen öffentlichen Auskunft gering gehalten und aufwendige Einzelantworten vermieden werden.¹¹²⁸

(c.) § 40 LFGB

Auch § 40 Abs. 1 und Abs. 1a LFGB kommen als Ermächtigungsgrundlagen nicht in Betracht. § 40 Abs. 1 LFGB scheidet deshalb aus, da es sich bei den veröffentlichten Produktmeldungen um keine Produkte handelt, welche eine objektive Gefahr für die menschliche Gesundheit darstellen, es sich bei ihnen vielmehr um eine auf einer subjektiven Täuschungsempfindung beruhende Angabe handelt. Schließlich kann auch § 40 Abs. 1a LFGB nicht herangezogen werden, da es insoweit bereits an dem Merkmal der doppelten Untersuchung des Lebensmittels durch unabhängige Stellen zur Feststellung hinreichender begründeter Verdachtsmomente fehlt.

Ferner kann den veröffentlichten Produkten kein, auch kein bereits beseitigter Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften auf Grund von hinreichenden Tatsachen angelastet werden, da die Produkte gerade nicht aufgrund einer Gesetzesverletzung veröffentlicht werden, sie vielmehr die gesetzlichen Rahmenbedingungen bzw. Vorschriften einhalten.

(d.) „Glykol“- und „Osho“-Rechtsprechung

Zu denken ist schließlich noch an die „Glykol“- und „Osho“-Rechtsprechung¹¹²⁹ des BVerfG. Auch dies scheitert bereits daran, dass es insoweit an dem Merkmal der objektiven und sach-

¹¹²⁸ Vgl. BT-Drs. 16/5404, S. 13.

¹¹²⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2002, 2621 (2621 ff.); NJW 2002, 2626 (2626).

lich richtigen Information durch die öffentliche Stelle fehlt.¹¹³⁰ Die veröffentlichten Produktmeldungen basieren nämlich primär auf einer subjektiven Täuschungsempfindung des Verbrauchers und geben gerade keine verbindlichen, sachlichen und objektiven Entscheidungen über die Produkte wieder.¹¹³¹

(e.) Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Verbraucheraufklärung ist ein wichtiges Element zur Gewinnung von Markttransparenz – sowohl im Interesse der Verbraucher als auch unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten sowie im Interesse der am Markt auftretenden Unternehmen.¹¹³² Die „Stiftung Warentest“¹¹³³ bspw. bietet weitestgehend Gewähr dafür, dass sie bei ihren Produktbewertungen auf ordnungsgemäße Weise zu vertretbaren Wertungen gelangt. Sie wurde mit dem Ziel gegründet, unabhängig und objektiv über verbraucherrelevante Themen zu berichten und Waren sowie Dienstleistungen zu kaufen, zu testen und die Ergebnisse anschließend zu veröffentlichen.¹¹³⁴ In diesen Fällen kann sie sich auch auf das Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit stützen. Diese Konstellation unterscheidet sich aber wesentlich von der Veröffentlichung der gemeldeten Produkte in der Rubrik „getäuscht“. Denn hier wird das BMEL als Behörde, folglich als staatliche Stelle tätig, diese kann sich nicht auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berufen, da sie nicht Träger von Freiheitsrechten, sondern gerade umgekehrt grundrechtsgebunden ist.¹¹³⁵ Es ist auch nicht möglich, dem vzbv das Freiheitsrecht des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zuzubilligen, unabhängig davon, ob sich dieser eingetragene Verein (§ 21 BGB) überhaupt auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen kann. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit dient nämlich nach seiner Zielsetzung nicht dazu, im Interesse einer bestimmten staatlichen Wirtschaftspolitik den Schutzbereich anderer Grundrechte wie der Wettbewerbsfreiheit zu verkürzen.¹¹³⁶ Zudem wird auch nicht ausschließlich das Ziel der Verbraucheraufklärung verfolgt, so dass im Ergebnis der Schutzbereich der Meinungsfreiheit hier nicht berührt ist.

Auch ist es nicht überzeugend, das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage dadurch zu negieren, dass auf die über das Portal agierende Öffentlichkeit abgestellt wird,

¹¹³⁰ Vgl. zum Erfordernis des Sachlichkeitsgebots BVerfGE 105, 252 (272 f.).

¹¹³¹ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014 S. 10, abrufbar unter

http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 01.02.2015; *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (580).

¹¹³² Vgl. BGHZ 65, 325 (332).

¹¹³³ Vgl. hierzu BGHZ 65, 325 (328 ff.) zur Rechtmäßigkeit einer Berichterstattung und Produktvergleichung im Hinblick auf einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

¹¹³⁴ Vgl. www.test.de/unternehmen; § 2 der Satzung der Stiftung Warentest.

¹¹³⁵ Vgl. nur BVerwG, NVwZ-RR 2000, 598 (599); so auch *Gusy*, NJW 2000, 977 (978).

¹¹³⁶ Vgl. BVerwGE 71, 183 (195).

weil sich dieser Personenkreis auf die freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berufen könnte. Denn der Staat würde sich so der Grundrechtsbindung entziehen können, indem er private Dritte für eigene Zwecke einschalten würden. Damit würde der Gesetzesvorbehalt zugunsten der betroffenen Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sowie die generelle Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz aus Art. 20 Abs. 3 GG unterlaufen.

Somit kommt eine Rechtfertigung für den Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit nicht aus dem Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als immanenter Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit in Betracht.¹¹³⁷

(f.) Haushaltsansatz und Förderungsbeschluss

Das Ministerium kann sich auch nicht auf die im (in Gesetzesform beschlossenen¹¹³⁸) Haushaltsplan befindlichen Finanzierungsansätze als ausreichende Ermächtigungsgrundlage berufen. Zwar kann im Bereich der Subventionierung generell eine beliebige parlamentarische Willensäußerung als Ermächtigungsgrundlage im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG ausreichen, doch gilt dies nur, wenn keine besonderen grundrechtlichen Hürden bestehen.¹¹³⁹ Beim Verbraucherportal werden allerdings wesentliche grundrechtliche Fragen relevant, deren Bewältigung eine gesetzliche Regelung gerade notwendig machen. Daraus folgt, dass das BMEL hier versucht, sich den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die staatliche Informationspolitik durch den Einsatz eines privaten Dritten zu entziehen.¹¹⁴⁰

Schließlich kann auch der Beschluss der Bundesregierung zur Förderung der Initiative „Klarheit und Wahrheit“ nicht als Ermächtigungsgrundlage angesehen werden, dieser erfüllt nicht die Voraussetzungen an ein formelles Gesetz und besitzt zudem keine Außenwirkung.¹¹⁴¹

(g.) Anforderungen an eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Mangels bereits vorhandener und geeigneter gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage bleibt zu fragen, welche Anforderungen an eine (noch umzusetzende) Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu stellen wären. Neben den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit der Norm ist insbesondere problematisch, ob bzw. wann eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage auch verhältnismäßig wäre.

¹¹³⁷ In die Richtung BVerwGE 71, 183 (195 f.).

¹¹³⁸ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 3.) b.) (3.) (b.),

¹¹³⁹ Vgl. BVerwGE 90, 112 (126).

¹¹⁴⁰ So auch *Heuer/Martínez*, Agrarrecht Nr. 06/12, S. 22.

¹¹⁴¹ So auch *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (581).

(aa.) Zweck und Mittel

Der Zweck des Portals liegt in Maßnahmen zum Verbraucherschutz, speziell zur Verbesserung des Täuschungsschutzes der Verbraucher.¹¹⁴² Es handelt sich dabei um Maßnahmen, welche zu den vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls zählen.

(bb.) Geeignetheit

Es ist fraglich, ob der dem Portal zugrunde gelegte Verbraucherbegriff geeignet ist, die dem Portal zugrunde gelegte Zielsetzung auch tatsächlich zu verwirklichen. Ferner ist fraglich, ob die Ermittlung des Graubereiches und die damit angestrebte Produktbeurteilung unter staatlicher Förderung einen subjektiven Verbraucherbegriff erforderlich machen.

(i.) Allgemeines

Der Leitgedanke des Verbraucherportals in der Rubrik „Produkte melden“ liegt ausweislich der Beschreibung auf der Homepage zur Vorgehensweise darin, dass Verbraucherinnen und Verbraucher einer lediglich „gefühlten Irreführung“ durch Produkte unterliegen müssen. Nach Ansicht des BMEL lasse sich der „Graubereich“ nur zutreffend ermitteln, wenn auf die subjektive Wahrnehmung abgestellt wird.¹¹⁴³ Die subjektive Wahrnehmung als Grundlage einer Irreführung ist kein geeigneter Maßstab für eine objektive und sachliche Diskussion.¹¹⁴⁴ Zwar ist es richtig, dass der Gesetzgeber lediglich abstrakt-generelle Vorschriften zum Verbraucherschutz, insbesondere zum Verbot der Täuschung erlassen kann. Eine Einzelfallregelung ist nicht möglich. Doch ist die Meinung Einzelner nicht geeignet, die Zielvorgaben zu erfüllen und den „Graubereich“ zu ermitteln. Der Schutz von Verbraucherinnen und Verbraucher ist lediglich auf objektivierter Grundlage möglich. Durch das variierende Bewusstsein jedes einzelnen Konsumenten ist es weder für den Gesetzgeber noch für die Lebensmittelunternehmen möglich, dieses Bewusstsein einzelfallabhängig zu bedienen. Bei der heutzutage bestehenden reichhaltigen Produktbreite sind ein einheitlicher Maßstab und auch einheitliche Regelungen erforderlich. Das subjektive Gefühl eines Individuums erfüllt diese Anforderungen nicht. Denn es bleibt zu bedenken, dass die gemeldeten Produkte die rechtlichen Vorgaben zur Le-

¹¹⁴² Vgl. Broschüre Fragen und Antworten zur Projektförderung durch das BMEL vom Januar 2014 S. 1, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.05.2015.

¹¹⁴³ Vgl. Fragen und Antworten des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom Januar 2014, S. 1, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 05.02.2015.

¹¹⁴⁴ Vgl. auch *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (119).

bensmittelkennzeichnung und Produktgestaltung einhalten. Dieser Umstand ist dem BMEL auch bekannt.¹¹⁴⁵ Doch nach Ansicht des BMEL sei es schwierig, zwischen klar verständlicher Produktgestaltung und bewusster Irreführung zu unterscheiden.¹¹⁴⁶ Wäre es hierbei nicht ratsam, auf einen einheitlichen Verbraucherbegriff abzustellen, anstatt individuelle Vorstellungen von Produktkennzeichnung und Produktaufmachung als Grundlage zu nehmen? Objektivierung, Information und Aufklärung sind geeignete Instrumentarien, um ggfs. bestehende gesetzliche Defizite zu erforschen. Zu denken ist hierbei an staatlich geförderte Umfragen oder Statistiken. Die daraus erzielten Ergebnisse lassen sich wiederum objektivieren und (bei Bedarf) gesetzlich umsetzen. Nur so kann ein allgemeingültiger Maßstab geschaffen werden, der auch die berechtigten Interessen der Lebensmittelunternehmen ausreichend berücksichtigt. Andernfalls besteht die berechtigte Gefahr, dass einseitig zulasten der Unternehmer von staatlicher Seite auf die Ergebnisse reagiert wird.

(ii.) EU-Verbraucherbegriff

Als objektive Grundlage zu der Frage, ob tatsächlich eine Täuschung der Konsumenten vorliegt, bieten sich sowohl der wettbewerbsrechtliche EU-Verbraucherbegriff¹¹⁴⁷ als auch der nationale Verbraucherbegriff im Lebensmittelrecht an. Die Nutzung eines einheitlichen Verbraucherleitbegriffs dient im Wesentlichen der Bestimmung, welches Maß an Rücksicht die Unternehmer gegenüber den Verbrauchern aufzuwenden haben, und trägt auch den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit ausreichend Rechnung,¹¹⁴⁸ um sich noch im Rahmen des rechtlichen Zulässigen zu bewegen. In europarechtlicher Hinsicht wird im Bereich des Wettbewerbs auf einen „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“¹¹⁴⁹ abgestellt.¹¹⁵⁰ Zeitlich nachfolgend wird der Durchschnittsverbraucher als „normal informiert, aufmerksam und verständig“ beschrieben.¹¹⁵¹ Signifikante Unterschiede sind bei beiden Bezeichnungen nicht erkennbar. Die Verwendung eines objektiven Verbrauchermaßstabs dient vor allem der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in die unternehmerische Freiheit, da die Unternehmen nicht grenzenlos wettbewerbsrecht-

¹¹⁴⁵ Vgl. Broschüre des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom April 2014, abrufbar unter http://www.bmel.de/DE/Ernaehrung/Kennzeichnung/_Texte/KlarheitUndWahrheitBeiLebensmitteln.html, zuletzt abgerufen am 31.01.2015, S. 2.

¹¹⁴⁶ Vgl. zur beispielhaften Aufzählung einzelner Produktmeldungen nur *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (119 ff.).

¹¹⁴⁷ Vgl. zur Diskussion um die Änderung des Verbraucherleitbildes infolge europarechtlicher Gesetzgebung *Möstl*, LMuR 2014, 77 (81).

¹¹⁴⁸ Vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, Kommentar UWG, § 1 Rn. 21.

¹¹⁴⁹ EuGH, Rs. C-210/96 = EuZW 1998, 526 (528).

¹¹⁵⁰ Vgl. zur Entwicklung nur *Möstl*, LMuR 2014, 77 (80) m. w. N.

¹¹⁵¹ EuGH, Rs. C-104/01 = GRUR 2003, 604 (607).

lich tätig werden können; somit dient eine Abwägung der Verbraucherinteressen gegenüber der freien Waren- und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 34 und 56 AEUV als Grundlage der Begriffsbestimmung, wenn und soweit wettbewerbsrechtliche Maßnahmen von staatlicher Seite umgesetzt werden sollen.¹¹⁵²

(iii.) Nationaler Verbraucherbegriff

Im nationalen Bereich war früher das Leitbild eines „flüchtigen Verbrauchers“ herrschend, welcher keine genauen Vorstellungen über die Beschaffenheit eines Lebensmittels hatte und deshalb die gewohnte Beschaffenheit erwartete, weshalb er wegen seiner Unwissenheit schutzwürdig war.¹¹⁵³ Nunmehr ist das Leitbild des „mündigen Verbrauchers“¹¹⁵⁴ gebräuchlich. Die herkömmliche Bedeutung des Wortes „mündig“ bedeutet eine Fähigkeit des Einzelnen, bestimmte Entscheidungen zu treffen.¹¹⁵⁵ Im Kontext des Lebensmittelrechts und der in diesem Bereich initiierten Gesetze und Gesetzesänderungen soll die Mündigkeit des Verbrauchers durch staatliche Informationspolitik hergestellt werden. Dies soll dazu führen, dass er diejenigen Informationen erhält, die ihm die bewusste Auswahl von Produkten ermöglichen und eine eigenverantwortliche Marktteilnahme gewährleisten.¹¹⁵⁶ Wenn aber dem staatlichen Informationshandeln ein mündiger Verbraucher als Leitbild dient, dann attestiert dieses Leitbild bereits selbst die Grenze der staatlichen Information hinsichtlich Inhalt und Umfang. Ein mündiger Verbraucher ist durchaus in der Lage, tatsächliche und gesellschaftliche Gegebenheiten kritisch zu hinterfragen und sich nicht zu leicht (von der Produktkennzeichnung) täuschen zu lassen.¹¹⁵⁷

(iv.) Eigene Bewertung

Beiden Begriffen ist nunmehr gemeinsam, dass sich ein objektiver Maßstab herausgebildet hat, der durch einen Abwägungsvorgang verschiedener Interessen gebildet wurde. Diesen Ansatz allerdings lässt die Vorgehensweise beim Verbraucherportal www.lebensmittelklarheit.de

¹¹⁵² Vgl. *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (120).

¹¹⁵³ Vgl. hierzu nur *Meisterernst/Muffler*, ZLR 2013, 25 (26 f.) m. w. N.

¹¹⁵⁴ Vgl. nur Gesetzesentwurf zum VIG, BT Drs. 16/5404 S. 1 sowie kritisch hierzu die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV „Ist der „mündige Verbraucher“ ein Mythos? Auf dem Weg zu einer realistischen Verbraucherpolitik“ vom Dezember 2012, abrufbar unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ministerium/Beiraete/Verbraucherpolitik/2012_12_MuendigerVerbraucher.html, zuletzt abgerufen am 06.03.2015.

¹¹⁵⁵ Vgl. <http://de.wiktionary.org/wiki/m%C3%BCndig>, zuletzt abgerufen am 31.01.2015.

¹¹⁵⁶ So *Kühnle*, in: *Leible*, Verbraucherinformation 2010, 5 (19).

¹¹⁵⁷ Vgl. *Meisterernst/Muffler*, ZLR 2013, 25 (26).

vermissen.¹¹⁵⁸ Es wird einseitig auf ein subjektives Empfinden abgestellt, welches nicht geeignet ist, für die überwiegende Anzahl der Konsumenten repräsentierte Stellung zu beziehen. Es ist deshalb nicht einleuchtend, weshalb die Lebensmittelbranche zu Kennzeichnungsänderungen lediglich aus diesem Grund animiert werden sollte. Der Schutzzweck des Verbraucherportals geht somit fehl. Nicht die Verbraucherinnen und Verbraucher erhalten einen verbesserten Schutz vor Produkttäuschung, sondern nur der Einzelne. Dies wiederum rechtfertigt nicht, über Jahre hinweg auf Staatskosten Produktbewertungen vorzunehmen. Handlungsleitend ist aus staatlicher Sicht das Gemeinwohlinteresse, d. h. (bezogen auf das Lebensmittelrecht) die Gesamtheit der Verbraucherinnen und Verbraucher. Nur so partizipiert jeder Einzelne von staatlichen Fördermaßnahmen im Lebensmittelbereich. Das dem Portal zugrunde gelegte Verbraucherleitbild erinnert vielmehr an den überholten flüchtigen, unkritischen und hilflosen Verbraucher, welcher selbst vor richtiger und wahrheitsgemäßer Produktgestaltung und Produktkennung geschützt werden muss.¹¹⁵⁹

(cc.) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob das Portal erforderlich ist. Erforderlichkeit ist dann anzunehmen, wenn zur Erreichung des Erfolges das mildeste Mittel, eine gleiche Wirksamkeit unterstellt, eingesetzt werden muss.¹¹⁶⁰ Als deutlich milderer Mittel zur Zweckerreichung ist eine anonyme Veröffentlichung gemeldeter Produkte denkbar, da hierdurch die anprangernde Wirkung vermieden werden könnte.¹¹⁶¹ Zwar würden hierdurch die Wirkungen einer Anstoß- und Sanktionsfunktion für die betroffenen Unternehmen abgeschwächt werden. Der umfassende Zweck des Verbraucherschutzes wäre weiterhin gewährleistet, da das subjektive Täuschungsempfinden des Einzelnen von der Verbraucherzentrale zur Kenntnis genommen würde und über diese zum BMEL. Schließlich ließe sich auch das Ziel von mehr Markttransparenz erreichen, allerdings nicht über die Veröffentlichung von Produkten, deren Basis das subjektive Täuschungsempfinden einzelner Konsumenten ist, sondern stattdessen, wie im Lebensmittelsektor geboten, nur auf Grundlage objektiver Maßstäbe.¹¹⁶²

¹¹⁵⁸ So auch *Akkermann/Grundmann*, LMuR 2011, 117 (120); *Grube/Immel/Wallau*, Verbraucherinformationsrecht, S. 274 Rn. 220.

¹¹⁵⁹ Zum eigentlich maßgeblichen Verbraucherleitbild vgl. nur *Sosnitza*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, Kommentar UWG, § 5 Rn. 48.

¹¹⁶⁰ Vgl. nur BVerfGE 100, 313 (375).

¹¹⁶¹ In die Richtung *Marini/Kühl*, DÖV 2013, 573 (581).

¹¹⁶² So auch *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (9).

(dd.) Angemessenheit

Schließlich ist fraglich, ob eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage auch angemessen wäre, d. h., dass die Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.¹¹⁶³ Die bei den betroffenen Unternehmen eintretenden Beeinträchtigungen sind immens. Die Anprangerung infolge kritischer Produktmeldungen samt Produktdarstellung auf Grund subjektiver Empfindungen Einzelner steht nicht mehr im Verhältnis zum verfolgten Zweck des Verbraucherschutzes. Eine Ermittlung eines potenziellen gesetzgeberischen Handlungsbedarfs in der Produktkennzeichnung und Produktaufmachung lässt sich nur auf einer fundierten objektiven Grundlage erfassen.

(h.) Fazit

Es steht fest, dass die Vorgehensweise des Portals einen Grundrechtseingriff darstellt, welcher dem BMEL infolge seiner erheblichen finanziellen Förderung auch zurechenbar ist. Eine geeignete gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist derzeit nicht vorhanden. Eine Ermächtigungsgrundlage, welche die jetzige Vorgehensweise gesetzlich erfassen würde, wäre insbesondere unverhältnismäßig. Bereits jetzt lassen sich durch das vzbv die Grundsätze der Sachlichkeit, Objektivität, Unabhängigkeit und Neutralität nicht wahren.¹¹⁶⁴ Schließlich gilt zu berücksichtigen, dass zur Wahrung der Neutralität die Verbraucherzentralen jedoch (derzeit) ungeeignet sind,¹¹⁶⁵ da sie doch ihrer Zielsetzung nach einseitige Interessenvertreter auf Seiten der Verbraucherinnen und Verbraucher darstellen.¹¹⁶⁶ Der Staat kann sich seiner verfassungsrechtlich verbürgten Bindung an die von seinem Handeln tangierten Grundrechte aller Betroffenen nicht durch die Einschaltung privatrechtlicher Akteure und Handlungsformen entziehen.¹¹⁶⁷

(5.) Verbraucherportal als öffentliche Einrichtung?

In einer neuen Entscheidung¹¹⁶⁸ hat das BVerwG ausgeführt, dass eine auf Grundlage einer Bund-Länder-Vereinbarung basierende Errichtung einer sog. Koordinierungsstelle, die eine Internet-Datenbank betreibt (und eine unselbstständige Arbeitsgruppe beim Kultusministerium darstellt), als öffentlich-rechtliche Einrichtung zu qualifizieren sei, weil die Koordinierungsstelle eine staatliche Stelle mit staatlicher bzw. öffentlicher Aufgabenwahrnehmung bil-

¹¹⁶³ Vgl. BVerfGE 50, 217 (227).

¹¹⁶⁴ *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1362).

¹¹⁶⁵ So auch *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1362).

¹¹⁶⁶ Vgl. bspw. Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, abrufbar unter <http://www.vz-bawue.de/Profil>, zuletzt abgerufen am 01.03.2015.

¹¹⁶⁷ So auch *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, 2405 (2712).

¹¹⁶⁸ Vgl. BVerwG, NJW 2015, 2358 (2358 ff.).

de.¹¹⁶⁹ Das habe zur Folge, dass ein Grundrechtseingriff dann nicht vorliege, wenn (unter Berufung auf die Glykol- und Oho-Rechtsprechung des BVerfG¹¹⁷⁰) die staatliche Informationspolitik in ihrer Zielsetzung und Wirkung kein Ersatz für eine staatliche Maßnahme darstelle, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sei und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalte.¹¹⁷¹ Beim Portal www.lebensmittelklarheit.de fehlt es bereits am Merkmal einer staatlichen Stelle. Das Portal wurde vom vzbv mit Unterstützung der Verbraucherzentrale Hessen errichtet und wird von beiden betrieben sowie vom BMEL „lediglich“ finanziell gefördert. Das BMEL macht sich damit die Tätigkeit des Portals zu Eigen, ohne, dass die Betreiber des Portals selbst zur staatlichen Stelle werden. Aber auch wenn dies angenommen werden würde, würde weiterhin ein grundrechtsrelevanter Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen. Zwar wird mit dem Portal versucht, den Verbraucherschutz zu fördern, weshalb eine öffentliche Aufgabe dem Grunde nach gegeben ist. Doch umfasst dieser öffentliche Aufgabenbereich nicht die Veröffentlichung von subjektiven Einschätzungen und Empfindungen der Öffentlichkeit, sondern er beschränkt sich auf sachlich objektive Informationen. Es besteht deshalb an dem Empfinden des Einzelnen kein gesamtgesellschaftliches Interesse.¹¹⁷²

(6.) Eigene Bewertung

Der rechtlichen Bewertung wurde hier nur die Veröffentlichung von gemeldeten Produkten in der Rubrik „getäuscht“ zu Grunde gelegt. Es bleibt festzuhalten, dass diese Vorgehensweise einen, wenn auch nur mittelbaren und faktischen, aber vom Staat voraussehbaren und damit ihm zurechenbaren Grundrechtseingriff in die Wettbewerbsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Eine dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG genügende Ermächtigunggrundlage liegt (derzeit) nicht vor. Eine solche ließe sich auch nicht auf Grundlage der bisherigen Vorgehensweise verwirklichen. Eine Fortführung des Portals ist nur mit anonymisierter Veröffentlichung denkbar. So könnte der Einzelne seine Kritik an Produkten weiterhin an eine hierfür geeignete Stelle übermitteln, diese Kritik würde sachlich aufbereitet an die betroffenen Unternehmen zur Stellungnahme weitergeleitet werden. Ob die Unternehmen ihre Produkte, welche sich an die gesetzlichen Vorgaben halten, infolge dessen ändern oder so belassen, liegt jedoch in deren Entscheidungssphäre und kann sich nicht erzwingen lassen. Hierfür wäre die Änderung der gesetzlichen Regelungen erforderlich.

¹¹⁶⁹ Vgl. BVerwG, NJW 2015, 2358 (2359, 2361).

¹¹⁷⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2002, 2621 (2621 ff.); NJW 2002, 2626 (2626 ff.).

¹¹⁷¹ Vgl. BVerwG, NJW 2015, 2358 (2362).

¹¹⁷² Anders infolge der historischen Verantwortung Deutschlands bei Kulturgütern, bei denen ein Raubkunstverdacht besteht, BVerwG, NJW 2015, 2358 (2362).

c.) Die Website www.lebensmittelwarnung.de

(1.) Allgemeines

Das Informations- und Warnungsportal www.lebensmittelwarnung.de basiert auf der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des § 40 Abs. 1 LFGB und stellt sich im Gegensatz zu dessen Abs. 1a als eher unspektakulär dar.¹¹⁷³ Dass die dort vorgesehene Art der Information einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie auch in die Berufsausübungsfreiheit darstellt, bedarf keiner weitergehenden Erläuterungen, zumal auch der Gesetzgeber selbst von einem Eingriff ausgeht, wie die Existenz der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage belegt. Verfassungsmäßige Zweifel hieran werden bislang ersichtlich nicht geäußert.¹¹⁷⁴ Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird durch § 40 Abs. 2 LFGB gewahrt, nachdem die aktive Öffentlichkeitsinformation durch die zuständige Behörde ultima ratio ist.¹¹⁷⁵

(a.) Fehlende Löschungsfrist

Kritisiert werden könnte einzig, dass das Portal für die dort aufgeführten Warnungen keine Löschungsfrist vorsieht. In Anbetracht der Tatsache, dass lediglich Lebensmittel im Portal gelistet werden, von denen eine Gesundheitsgefahr ausgeht, ist die Bestimmung eines Lösungszeitpunkts schwierig. Die Produkte können auch noch eine lange Zeit nach dem Erwerb in zahlreichen Haushalten vorzufinden sein. Jedenfalls ist eine Veröffentlichung bis zum Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums der jeweiligen Produktionsreihe angemessen, um die bei ihrem Verbrauch bestehenden Gefahren für die menschliche Gesundheit weitestgehend auszuschließen.

(b.) Zielrichtung

Die mit dieser Veröffentlichungspraxis bezweckte Gefahrenabwehr für die menschliche Gesundheit berücksichtigt in ausreichendem Maße den hohen und verfassungsrechtlich gesicherten Rang des Gesundheitsschutzes aus Art. 2 Abs. 2 GG. § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB ist dabei die deklaratorische Wiedergabe von Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 über die Information der Öffentlichkeit beim hinreichenden Verdacht einer Gesundheitsgefahr, welcher ohnehin wegen des Ordnungscharakters (Art. 288 Abs. 2 AEUV) unmittelbare Geltung hat und in § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB nur wiedergegeben wurde.¹¹⁷⁶ Zwar wäre das auf Grund der allgemeinen Geltung und der Gesamtverbindlichkeit von Verordnungen nicht erforderlich gewesen

¹¹⁷³ Vgl. zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen ausführlich *Grube*, LMuR 2011, 21 (24 f.).

¹¹⁷⁴ Vgl. hierzu *Möstl*, LMuR 2014, 77 (79); *Akkermann*, LMuR 2011, 117 (122).

¹¹⁷⁵ Vgl. auch *Pache/Meyer*, in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 1.

¹¹⁷⁶ Vgl. auch *Becker*, LMuR 2012, 35 (36).

und dann sogar als unzulässig einzuordnen, wenn die unmittelbare Geltung der Verordnung durch die nationale gesetzliche Formulierung geschmälert oder verborgen werden könnte.¹¹⁷⁷ Dass sich der Gesetzgeber für die Formulierung als Soll-Vorschrift entschieden hat, während Art. 10 der Verordnung als Muss-Vorschrift formuliert ist, ist unerheblich. Mit der Formulierung als Soll-Vorschrift sollte lediglich der Regelfall einer Informationsverpflichtung zum Ausdruck gebracht werden.¹¹⁷⁸ Die Soll-Vorschrift wird im Zuge der Änderung des § 40 LFGB gestrichen und lediglich durch das Wort „informieren“ ersetzt,¹¹⁷⁹ wonach die Vorschrift künftig auch im Wortlaut Art. 10 der Verordnung entsprechen wird. Die Diskussion um die Zulässigkeit einer von der europäischen Verordnung abweichenden nationalen Regelung wird künftig hinfällig werden.¹¹⁸⁰ Der mit Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 verfolgte Schutzzweck – die Verbraucherinformation und Schutz vor Gesundheitsgefahren – hätte allerdings bereits durch eine Soll-Vorschrift erreicht werden können, da es neben der Öffentlichkeitsinformation insbesondere auch die Rückrufaktion des Unternehmens als weiteres geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr gibt.

(c.) Abwägungsmöglichkeit

Eine Möglichkeit zur Abwägung der gegenläufigen Interessen ermöglicht § 40 Abs. 1 S. 2 LFGB in den Fällen des § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 – 5 GG, d. h. nur dann, wenn die Information nicht der Gefahrenabwehr, sondern anderen Zwecken dient und insbesondere, wenn formale Regelverstöße begangen wurden.¹¹⁸¹

(d.) Anhörungspflicht

Schließlich sieht § 40 Abs. 3 LFGB eine Pflicht zur vorherigen Anhörung des betroffenen Unternehmens vor. Dies soll regelmäßig zu im Einvernehmen zwischen der Lebensmittelbehörde und dem Unternehmen getroffenen Maßnahmen führen.¹¹⁸²

(2.) Europarechtswidrigkeit von § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5 LFGB?

Diskutiert wurde und wird weiterhin, ob § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5 LFGB europarechtswidrig ist.¹¹⁸³ Hintergrund dieser Diskussion ist Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002, welcher

¹¹⁷⁷ Vgl. nur *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 20.

¹¹⁷⁸ Vgl. BR-Drs. 273/07, S. 29.

¹¹⁷⁹ Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 24.04.2015, S. 6.

¹¹⁸⁰ Vgl. zum bisherigen Meinungsstand *Eggers*, ZLR 2010, 145 (157).

¹¹⁸¹ *Grube*, LMuR 2011, 21 (22).

¹¹⁸² Vgl. *Eggers*, ZLR 2010, 145 (157).

¹¹⁸³ Vgl. nur *Gurlit*, NVwZ 2013, 1267 (1267 ff.); *Voit*, LMuR 2012, 9 (9 ff.); *Grube*, LMuR 2011, 21 (22 ff.).

eine Informationspflicht lediglich für Gesundheitsgefahren vorsieht, während der nationale Gesetzgeber in § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5 LFGB eine in der Regel bestehende Pflicht zur Information der Öffentlichkeit auch unterhalb der Schwelle einer Gesundheitsgefahr normiert hat.

(a.) Entscheidung des EuGH

Diese Frage ist zwischenzeitlich durch den EuGH entschieden worden. Danach stehe Art. 10 der Verordnung der Information der Öffentlichkeit unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr durch nationale Lebensmittelbehörden nicht entgegen.¹¹⁸⁴ Begründet wird dies insbesondere mit dem wesentlichen Argument, dass ein Lebensmittel auch dann nicht den Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit genüge, wenn es lediglich für den Verzehr ungeeignet sei.¹¹⁸⁵ Denn Art. 5 Abs. 1 der Verordnung verfolgt auch den Schutz der Verbraucherinteressen als allgemeines Ziel, so dass diese Zielsetzung beeinträchtigt würde, wenn es den Behörden untersagt wäre, auch bzw. bereits bei für den Verzehr ungeeigneten Lebensmitteln Informationen hierüber an die Öffentlichkeit geben zu dürfen.¹¹⁸⁶ Ferner wird auf Art. 17 Abs. 2 UAbs. 2 der Verordnung verwiesen, wonach die zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten angemessene Maßnahmen wie die öffentliche Bekanntgabe von Informationen über die Sicherheit und Risiken der Lebensmittel treffen dürfen.¹¹⁸⁷ Jedoch verweist der EuGH auch auf Art. 7 der Verordnung Nr. 882/2004:¹¹⁸⁸ Danach habe die Öffentlichkeit zwar generell ein Recht auf Zugang zu Informationen, andererseits dürfen aber Informationen, die im Rahmen einer amtlichen Kontrollaufgabe erlangt würden, nicht weitergegeben werden, sofern diese der Geheimhaltungspflicht unterliegen.¹¹⁸⁹

(b.) Kritik

Kritisiert wird an der Entscheidung des EuGH, dass Art. 10 der Verordnung Nr. 178/2002 eine abschließende Regelung darstelle, da dort die gegenläufigen Interessen der Unternehmen und der Verbraucher in einen sachgerechten Ausgleich gebracht würden.¹¹⁹⁰ In Fällen der Genussuntauglichkeit genüge zum Schutze des Verbrauchers eine Rückruf- und Rückholaktion,

¹¹⁸⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NJW 2013, 1725 (1726) sowie zustimmend *Gurlit*, NVwZ 2013, 1267 (1267); *Martini/Kühl*, NVwZ 2013, 573 (575).

¹¹⁸⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NJW 2013, 1725 (1726).

¹¹⁸⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NJW 2013, 1725 (1726).

¹¹⁸⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NJW 2013, 1725 (1726).

¹¹⁸⁸ Vgl. zur Neufassung den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts [...], COM (2013), 265 sowie kritisch dazu *Gundel*, ZLR 2013, 662 (667 f.).

¹¹⁸⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NJW 2013, 1725 (1726).

¹¹⁹⁰ Vgl. *Becker/Merschmann*, NJW 2013, 1725 (1726).

da der Verbraucher bei (zu) häufiger Information einer Warnung im Ernstfall nicht die nötige Aufmerksamkeit schenken würde.¹¹⁹¹ Art. 7 der Verordnung Nr. 882/2004 solle eine (der Vorschrift bisher nicht zuerkannte) subjektive Schutzfunktion dahingehend zukommen, dass sich der Betroffene auf diese Norm als subjektives öffentliches Recht berufen könne.¹¹⁹² Die Nichtberücksichtigung dieses Umstandes durch den EuGH führe dazu, dass Art. 7 der Verordnung Nr. 882/2004 durch die Behörden bei der Entscheidung über eine Veröffentlichung lediglich zu berücksichtigen sei, ohne jedoch weitergehende Schutzmechanismen für den Betroffenen auszulösen.¹¹⁹³

(c.) Eigene Bewertung

Ausgehend von Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 178/2002 und dem dort normierten Schutz von Verbraucherinteressen sowie der Zielsetzung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB wie auch des gesetzgeberischen Willens, eine eigenständige Entscheidungsgrundlage für die Verbraucherinnen und Verbraucher zu schaffen, ist die Entscheidung des EuGH nur konsequent.¹¹⁹⁴ Bereits die Tatsache, dass sich für den Verzehr ungeeignete Lebensmittel im Verkehr befinden, rechtfertigt eine Information der Öffentlichkeit. § 40 Abs. 2 LFGB sieht die Information der Öffentlichkeit als ultima ratio an, so dass in Verbindung mit der gebotenen Interessenabwägung ein ausreichender Schutz gegenläufiger Interessen auch schon unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr gewährleistet werden kann. Es sind keine Gründe ersichtlich, sich lediglich auf eine Rückholaktion durch das Unternehmen zu beschränken, da bei dieser Maßnahme regelmäßig eine zeitliche Zäsur zwischen Inverkehrbringen und Rückruf/aus dem Verkehr ziehen nicht auszuschließen ist. Gerade bei einer sehr breiten bzw. überregionalen Verteilung der für den Verzehr ungeeigneten Lebensmittel erscheint die schlichte Rückholaktion nicht zielführend. Denn es muss in diesem Zusammenhang auch zwingend danach unterschieden werden, wer die Rückholaktion in der Öffentlichkeit gegenüber den Verbrauchern veranlasst, da je nachdem eine unterschiedliche Wahrnehmung und unterschiedliche Folgen denkbar sind.¹¹⁹⁵

¹¹⁹¹ Vgl. *Becker/Merschmann*, NJW 2013, 1725 (1726); *Grube*, LMuR 2011, 21 (22).

¹¹⁹² So *Becker/Merschmann*, NJW 2013, 1725 (1727); a. A. *Gundel*, ZLR 2013, 662 (666).

¹¹⁹³ Vgl. *Becker/Merschmann*, NJW 2013, 1725 (1727); *Wollenschläger*, VerwArch (2011), 20 (35).

¹¹⁹⁴ So auch *Gurlit*, NVwZ 2013, 1267 (1267); *Wollenschläger*, EuZW 2013, 419 (421).

¹¹⁹⁵ Ausführlich *Voit*, LMuR 2012, 9 (11).

(3.) Grundrechtseingriff

Zur Frage des Grundrechtseingriffs wird vertreten, dass die Vorgehensweise auf Grundlage des § 40 Abs. 1 LFGB keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG darstellen könne.¹¹⁹⁶ Dies wird damit begründet, dass die Schmälerung von Chancen am Markt, Produkte zu verkaufen, nicht auf den Umstand der öffentlichen Information zurückzuführen sei, sondern darauf, dass die Produkte selbst tatsächlich bspw. Schadstoffe o. ä. enthalten haben. Die staatliche Information stelle in diesem Fall nur eine maßgebliche marktrelevante Information dar, welche für die Entscheidungsbildung der Marktsubjekte wichtig und erforderlich sei. Marktrelevante Informationen seien solche, die der Öffentlichkeit bereits auf anderem Wege grundsätzlich zugänglich seien oder von dieser beschafft werden könnten, hingegen nicht solche Informationen, welche erst durch die behördliche (Kontroll-)Tätigkeit erlangt werden. Dies könne aber nur für Fälle des § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5 LFGB gelten, da diese Regelungen alleine vom nationalen Gesetzgeber zu verantworten sind und nicht in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen.

Bei Informationen unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB sind wegen Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh ausschließlich die europäischen Vorschriften maßgeblich anzuwenden, da es sich hier zweifelsfrei um Durchführung von EU-Recht handelt. Als beeinträchtigte unionsgrundrechtliche Schutzbereiche kommen gem. Art. 7 und Art. 8 Abs. 1 GrCh die Achtung des Privatlebens sowie der Schutz personenbezogener Daten in Betracht,¹¹⁹⁷ darüber hinaus Art. 15 Abs. 1 GrCh und der darin enthaltene Schutz der Berufsfreiheit sowie schlussendlich die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GrCh.

Sofern die staatliche Information nur solche Inhalte zum Gegenstand hat, welche der Öffentlichkeit bereits auf anderem Wege zugänglich sind und das Publikum hierauf nur hingewiesen wird, kann der Annahme eines fehlenden Eingriffs zugestimmt werden. Denn in solchen Fällen ist es nur eine Frage der Zeit und des Mediums, wann und wie die Öffentlichkeit diese Informationen zur Kenntnis nimmt und entsprechend reagiert. Im Übrigen ist aber von einem Grundrechtseingriff auszugehen, auch wenn damit potenzielle Gesundheitsgefahren im Falle des § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB unterbunden werden sollen. Denn aus ex ante-Sicht sind die Folgen für die betroffenen Unternehmen durch die Behörde vorhersehbar; ferner auch zurechenbar, da die Behörde gerade darauf abzielt, dass die Öffentlichkeit von den betroffenen Produkten Abstand hält.

¹¹⁹⁶ So *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (4).

¹¹⁹⁷ Vgl. oben, Dritter Teil, B. IV. 2.) b.) (1.) (f.) (bb.).

d.) Informationen auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB

Die staatliche Informationstätigkeit auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB ist derzeit außer Vollzug gesetzt.¹¹⁹⁸ Hierzu haben diverse Entscheidungen der OVG bzw. VGH beigetragen. Diese stellten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine geplante oder bereits erfolgte Veröffentlichung auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB insbesondere die Verfassungsmäßigkeit der Norm in Frage. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der neuen Vorschrift haben zu einer Vielzahl von kritischen Beiträgen in der Literatur geführt; ebenso sind zahlreiche gerichtliche Entscheidungen hierzu ergangen.

(1.) Gesetzgeberische Intension

Der Einführung des § 40 Abs. 1a LFGB¹¹⁹⁹ lag die weiterhin (trotz § 40 Abs. 1 S. 2 LFGB) bestehende behördliche Unsicherheit zu Grunde, in welchen Fällen eine Information der Öffentlichkeit angezeigt sei. Der im Jahre 2010/2011 in der Öffentlichkeit vielfach diskutierte Dioxin-Skandal¹²⁰⁰ habe die Öffentlichkeit erheblich verunsichert, weshalb nunmehr im Gesetz selbst geregelt werden sollte, wann eine Verpflichtung zur Veröffentlichung besteht.

(2.) Allgemeines

§ 40 Abs. 1a LFGB sieht eine Veröffentlichungspflicht vor unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels sowie des Lebensmittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, wenn der durch Tatsachen hinreichend begründete Verdacht besteht, dass (Nr. 1) in Vorschriften im Anwendungsbereich dieses Gesetzes festgelegte zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen überschritten wurden oder dass (Nr. 2) gegen sonstige Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB, die dem Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsgefahren 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 dreihundertfünfzig Euro zu erwarten ist. Gem. § 40 Abs. 3 S. 1 LFGB ist das betroffene Unternehmen vor der Vornahme der Information anzuhören, sofern durch die Anhörung die Erreichung des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks nicht gefährdet wird. Das ultima ratio-Prinzip des § 40 Abs. 2 S. 1 LFGB, nach welchem die Information der Öffentlichkeit nur dann zulässig ist, wenn andere ebenso wirksame Maßnahmen

¹¹⁹⁸ Vgl. nur informatorischer Hinweis des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, abrufbar unter <http://verbraucherinfo.ua-bw.de/>, zuletzt abgerufen am 03.04.2015.

¹¹⁹⁹ Vgl. BT Drs. Nr. 17/7374, S. 13, 20.

¹²⁰⁰ Vgl. Dritter Teil, B. I.

nicht oder nicht rechtzeitig getroffen werden können, findet im Falle des § 40 Abs. 1a LFGB keine Anwendung.

(3.) Zielrichtung

Nach Ansicht der zuständigen Lebensmittelbehörden diene die Veröffentlichung vor allem der aktiven Information¹²⁰¹ des Verbrauchers aus Gründen der (den Behörden gebotenen Herstellung von) Transparenz und sollte nicht als Warnung (miss)verstanden werden.¹²⁰² Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass § 40 Abs. 1a LFGB, anders als § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB, eine Warnung vor dem betroffenen Unternehmen darstellt und nicht die Warnung vor Gesundheitsgefahren.¹²⁰³ Die Veröffentlichung erfolge erst zeitlich später als die festgestellten Verstöße, so dass es sich in keinem Fall mehr um Gefahrenabwehr handelt.¹²⁰⁴

(4.) Verhältnis von § 40 LFGB zu § 6 Abs. 1 S. 3 VIG

Die aktive Verbraucherinformation auf Grundlage des VIG solle grundsätzlich nur die allgemeine Verbesserung der Markttransparenz im Lebensmittelbereich bezwecken.¹²⁰⁵ § 40 Abs. 1a LFGB werde daneben allerdings als aktives und gezieltes Instrument der Marktlenkung und Sanktionierung von Unternehmen eingesetzt.¹²⁰⁶ Gegenüber § 6 Abs. 1 S. 3 VIG handle es sich bei § 40 Abs. 1 und Abs. 1a LFGB um Vorschriften mit strengeren Voraussetzungen.¹²⁰⁷ Die Öffentlichkeitsinformation durch die zuständige Behörde im Fall des § 40 Abs. 1 LFGB stehe unter dem Vorbehalt des § 40 Abs. 2 S. 1 LFGB, so dass sich deren Zulässigkeit danach richte, ob nicht andere wirksame Maßnahmen, insbesondere die eigenständige Information seitens des Unternehmens selbst möglich seien. Diese Regelung stelle sich als Ausfluss des verfassungsrechtlich verbürgten Verhältnismäßigkeitsprinzips dar und fehle bei § 6 Abs. 1 S. 3 VIG.¹²⁰⁸ Hieraus wird gefolgert, dass § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nicht zur aktiven Information ermächtige, sondern diese ausschließlich über § 40 LFGB zu erfolgen habe mit der Konsequenz, dass daher § 6 Abs. 1 S. 3 VIG verfassungskonform einschränkend auszulegen

¹²⁰¹ Kritisch hierzu *Kühne/Preuß*, ZLR 284 (306).

¹²⁰² Vgl. nur Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, abrufbar unter <http://verbraucherinfo.ua-bw.de/>, zuletzt abgerufen am 03.04.2015 sowie Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz, abrufbar unter <http://www.stmuv.bayern.de/aktuell/presse/detailansicht.htm?ID=BTB5ZwrxX0hJSQDNcWLv1A%3D%3D>, zuletzt abgerufen am 03.04.2015.

¹²⁰³ Vgl. *Gundel*, ZLR 2013, 662 (663).

¹²⁰⁴ Vgl. *Kühne/Preuß*, ZLR 284 (307).

¹²⁰⁵ Vgl. *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2847).

¹²⁰⁶ Vgl. VG Berlin, LMRR 2012, 77 (77).

¹²⁰⁷ Vgl. *Böhm/Lingenfelder/Voit*, NVwZ 2011, 198 (201).

¹²⁰⁸ Vgl. auch *Werner*, ZLR 2008, 115 (124).

sei.¹²⁰⁹ Demnach verbleiben für den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nur solche Informationen, die nicht bereits auf Grundlage des § 40 LFGB veröffentlicht werden können.¹²¹⁰ § 40 LFGB sei *lex specialis* gegenüber § 6 Abs. 1 S. 3 VIG im Anwendungsbereich seines Abs. 1 und insbesondere bei konkreten Gesundheitsgefahren.¹²¹¹ § 6 Abs. 1 S. 3 VIG wird dennoch ein eigenständiger Anwendungsbereich zuerkannt.¹²¹² Denn § 40 LFGB entfalte gegenüber § 6 Abs. 1 S. 3 VIG keine Sperrwirkung, weil jene Vorschrift zwar in ihrem Anwendungsbereich abschließend, jedoch ein Rückgriff auf § 6 Abs. 1 S. 3 VIG im Hinblick auf dessen (spezifische) Zielsetzung weiterhin möglich sei.¹²¹³ Nach gegenteiliger Auffassung liege gleichwohl eine Sperrwirkung vor, da § 40 LFGB strengere Voraussetzungen habe.¹²¹⁴ Beide Vorschriften verfolgen freilich unterschiedliche Zielsetzungen. Während § 6 Abs. 1 S. 3 VIG aus Effizienzgründen eine aktive Information der Öffentlichkeit durch die Behörde zulässt, wenn andernfalls eine Vielzahl von Anfragen des Publikums zu erwarten ist,¹²¹⁵ geht insbesondere § 40 Abs. 1a LFGB in eine gänzlich andere Richtung. Denn mit § 40 Abs. 1a LFGB soll zwar auch eine Entscheidungsgrundlage der Öffentlichkeit über schon erfolgte, zurückliegende lebensmittelrechtliche Verstöße geschaffen bzw. erweitert werden.¹²¹⁶ Doch tatsächlich wird primär vor den betreffenden Unternehmen gewarnt.¹²¹⁷ Daher ist im Ergebnis nicht von einer Sperrwirkung im Verhältnis beider Vorschriften auszugehen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst zur Regelung der aktiven Information der Öffentlichkeit in unterschiedlichen Gesetzen entschieden. Beide verfolgen nach der gesetzgeberischen Vorstellung unterschiedliche Zielsetzungen.

(5.) Verhältnis von § 40 Abs. 1a zu § 40 Abs. 1 LFGB

Die staatliche Information auf Grundlage des § 40 Abs. 1 S. 1 LFGB bezweckt ausschließlich die Warnung der Öffentlichkeit vor Gefahren für die menschliche Gesundheit. § 40 Abs. 1a LFGB knüpft an vergangenes Handeln an und setzt demnach keine (akute) Gesundheitsgefahr für den Menschen voraus.¹²¹⁸ Auch deshalb wird die Information auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB als Warnung vor einem Unternehmen und nicht vor einem (gesundheitsgefähr-

¹²⁰⁹ Vgl. auch *Werner*, ZLR 2008, 115 (124).

¹²¹⁰ So *Werner*, ZLR 2008, 115 (125).

¹²¹¹ Vgl. *Theis*, DVBl 2013, 627 (633); *Schoch*, ZLR 2010, 121 (136); *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225 (229).

¹²¹² Vgl. *Kube*, ZLR 2007, 165 (179).

¹²¹³ So *Gurlit*, NVwZ 2011, 1052 (1053) m. w. N.

¹²¹⁴ Vgl. *Böhm/Lingenfelder/Voit*, NVwZ 2011, 198 (201).

¹²¹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/5404, S. 13.

¹²¹⁶ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 19 f.

¹²¹⁷ So auch *Pache/Meyer*, in: *Meyer/Strein*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25.

¹²¹⁸ So auch *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (9).

denden) Produkt angesehen.¹²¹⁹ Das Verhältnis von § 40 Abs. 1a LFGB zu § 40 Abs. 1 LFGB ist dennoch nicht abschließend geklärt. Es wird vertreten, dass § 40 Abs. 1a LFGB nur Sachverhalte erfasse, die keine Gefahr für die Gesundheit des Menschen bedeuten, d. h., dass die Veröffentlichung nicht zum Schutze vor Gesundheitsgefahren erfolge. Zielt die Veröffentlichung auf den Schutz vor Gesundheitsgefahren, ist denkbar, dass § 40 Abs. 1 LFGB vorrangig anzuwenden sei. Vertreten wird hierbei auch, dass § 40 Abs. 1a LFGB aber auch in Fällen anzuwenden sei, in denen eine Gefahr für die menschliche Gesundheit bestehe, da sich keinerlei Anhaltspunkte finden ließen, dass dieser Sachverhalt nicht von § 40 Abs. 1a LFGB erfasst sein soll.¹²²⁰ Hierfür solle auch ein systematischer Vergleich beider Vorschriften sprechen. § 40 Abs. 1 LFGB sei als Soll-Vorschrift ausgestaltet, während § 40 Abs. 1a LFGB als Muss-Vorschrift ausgestaltet sei. Deshalb ließe sich ableiten, dass leichte Verstöße ohne eine Gefahr für die menschliche Gesundheit bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen in den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1a LFGB fallen, während schwere Verstöße mit einer Gefahr für die menschliche Gesundheit von der Soll-Vorschrift des § 40 Abs. 1 LFGB erfasst werden würden.¹²²¹ Dieser Ansicht ist entgegen zu halten, dass die Veröffentlichungspflicht auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB strengere und in der praktischen Umsetzung weitaus aufwendigere Voraussetzungen hat als § 40 Abs. 1 LFGB. Bei Vorliegen einer Gesundheitsgefahr ist akutes Handeln gefragt. Es wäre mit der staatlichen Schutzpflicht des Art. 2 Abs. 2 GG unvereinbar, wenn die Behörde zuvor noch zwei unabhängige Stellen mit der Prüfung beauftragen und das Ergebnis abwarten müsste.

(6.) Schutzbereichseingriff

Die Veröffentlichung von regelmäßig zurückliegenden lebensmittelrechtlichen Verstößen kann grundrechtsrelevant sein. Neben einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG in Form der Wettbewerbsfreiheit¹²²² sowie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG¹²²³ kommt darüber hinaus auch eine Schädigung des Rufs eines Unternehmens als Ausfluss (ebenfalls) des Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Die Veröffentlichung von bereits begangenen Verstößen unter Nennung des Unternehmens hat zwangsläufig zur Folge, dass die Öffentlichkeit eher zurückhaltender beim Aufsuchen genau dieses Unternehmens sein wird. Diese negative Information wird auch durch einen Hinweis darauf

¹²¹⁹ Vgl. *Gundel*, ZLR 2013 662 (663).

¹²²⁰ Zutreffend *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 33.

¹²²¹ Vgl. *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 33.

¹²²² Vgl. nur VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023); *Gundel*, ZLR 2013, 662 (671).

¹²²³ Vgl. nur VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023); *Gundel*, ZLR 2013, 662 (671).

nicht beseitigt, dass die festgestellten Verstöße zwischenzeitlich beseitigt worden sind. Ungeachtet der an der „Glykol“-Rechtsprechung des BVerfG geäußerten Kritik kann diese Entscheidung vorliegend nicht auf die Information der Öffentlichkeit auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB übertragen werden, so dass es bei einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs bleibt. Denn die auf § 40 Abs. 1a LFGB gestützten Informationen stellen sich nicht als schlichte Tatsacheninformationen, sondern als Ergebnis eines Subsumtionsvorgangs samt negativer Wertung dar.¹²²⁴

Der Gesetzgeber selbst geht bei der Veröffentlichungspraxis auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB von einem Grundrechtseingriff aus, da er sich hierbei zur Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage veranlasst sah.

(7.) Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

Es ist zwischenzeitlich eine nicht mehr überschaubare Fülle an kritischen Äußerungen zu der Frage festzustellen, ob die Ermächtigungsgrundlage des § 40 Abs. 1a LFGB den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Eingriff insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entspricht. Die Rechtsprechung ist nunmehr einhellig der Auffassung, dass dies nicht der Fall ist.¹²²⁵ Die Auffassungen der Literatur zur Frage, ob § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB verfassungs- und europarechtskonform ist, sind hingegen gespalten. Da sich mittlerweile verschiedene Themenkomplexe zur Frage der Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität herausgebildet haben, werden diese nachfolgend dargestellt und untersucht. Dabei erfolgt eine Begrenzung auf § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB, welcher weitaus mehr Kritik erfahren hat als § 40 Abs. 1a Nr. 1 LFGB

(a.) Verfassungsmäßigkeit von § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB

Fraglich ist bereits, ob der Gesetzgeber bei Erlass des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB die gebotene (verfassungsrechtliche) Sorgfalt hat walten lassen.¹²²⁶ Weder sei der konkrete Informationsinhalt klar, noch erfülle die Norm die Grundsätze der Normenklarheit und Normenbestimmtheit. Ferner sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Denn § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB stelle keine eigenständige und mildere Form der Lebensmittelüberwachung dar, sondern ergänze und ersetze die klassischen ordnungsrechtlichen Instrumente und setze auf den Pranger-

¹²²⁴ Zustimmung *Gundel*, ZLR 2013, 662 (671).

¹²²⁵ Vgl. stellvertretend für alle VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023).

¹²²⁶ So *Soravia/Popa*, LMuR 2013, 120 (123).

effekt.¹²²⁷ Deshalb wird sich die Arbeit nachfolgend mit den in Kritik stehenden Merkmalen auseinandersetzen.

(aa.) Informationsinhalt

§ 40 Abs. 1a LFGB sieht als Veröffentlichungsinhalt die Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels vor. Kontrovers beurteilt wird, ob sich die Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen nur auf ein konkretes Lebensmittel beziehen muss, welches nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht oder ob der Behörde auch gestattet ist, über allgemeine Hygienemängel im Unternehmen ohne konkreten Bezug zu einem bestimmten Lebensmittel zu informieren.

(i.) Begrenzte Veröffentlichungspflicht

Für eine begrenzte Veröffentlichungspflicht nur bezogen auf ein konkretes Lebensmittel wird in der Rechtsprechung sowie Literatur insbesondere angeführt, dass der Wortlaut der Norm eindeutig sei und sich aus den dazugehörigen Gesetzesmaterialien nichts Gegenteiliges ergebe, die Entstehungsgeschichte sowie die fehlende Herstellung vollständiger Transparenz jedoch für die Zulassung nur einer begrenzten Veröffentlichung sprechen.¹²²⁸ § 40 Abs. 1a LFGB ziele auf eine Produktwarnung ab, so dass diese Zielrichtung nur erreicht werden könne, wenn ein konkreter Produktbezug hergestellt werde, während demnach Hinweise auf allgemeine hygienische Missstände im Unternehmen nicht möglich, von der Norm nicht gedeckt und somit unzulässig seien.¹²²⁹

(ii.) Unbegrenzte Veröffentlichungspflicht

Demgegenüber wird auch, insbesondere von der obergerichtlichen Judikatur, eine unbegrenzte Veröffentlichungspflicht bzgl. allgemeiner Hygienemängel ohne konkreten Bezug zu einem Lebensmittel für zulässig erachtet.¹²³⁰ Denn auch das Umfeld von Lebensmitteln, in welchem diese verarbeitet oder hergestellt werden, könne je nach der Art des festgestellten Hygienever-

¹²²⁷ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023).

¹²²⁸ Vgl. aus der verwaltungsgerichtlichen Rspr. bspw. VG Regensburg, Beschl. v. 23.10.2013 – Az. RO 5 E 12.1580 (zit. nach juris), Rn. 56; VG Stuttgart, Beschl. v. 11.12.2012 – Az. 4 K 3720/12 (zit. nach juris), Rn. 10 sowie Rathke, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, § 40 Rn. 75.

¹²²⁹ Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 23.04.2013 – Az. 8 B 28/13 (zit. nach juris), Rn. 2, a. A. Gundel, ZLR 2013, 662 (678).

¹²³⁰ Vgl. hierzu OVG Koblenz, NVwZ 2013, 1020 (1022); VGH München, Beschl. v. 18.03.2013 – Az. 9 CE 13.80 (zit. nach juris), Rn. 20 sowie einzig davon abweichend OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (628).

stoßes ein deutlich erhöhtes Risiko für eine nachteilige Beeinflussung, etwa durch Kontamination mit Schimmelpilzsporen oder Mikroorganismen, hervorrufen.¹²³¹

(iii.) Vermittelnde Veröffentlichungspflicht

Vermittelnd wird vertreten, dass sich die Veröffentlichung von allgemeinen Verstößen einem Lebensmittel nach dem Wortlaut der Norm zuordnen lassen müsse, so dass eine Veröffentlichung nicht in Betracht komme, wenn eine solche Zuordnung nicht möglich sei.¹²³² Ferner würde ein konkreter Bezug zwischen dem jeweiligen Hygienemangel und dem betroffenen Lebensmittel dem Verbraucher an sich keinen Zugewinn an Informationen zukommen lassen, da diese Art der Informationsflut bei zahlreichen Verstößen die bezweckte Transparenz nicht erfüllen könne.¹²³³ Denn weder Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck noch die Entstehungsgeschichte der Norm zielen auf eine alleinige Warnung der Öffentlichkeit vor produktspezifisch genau benannten Verstößen.¹²³⁴ Vielmehr komme es auch auf mehr Transparenz und zusätzliche Motivation der Unternehmen zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften an.¹²³⁵

(iv.) Eigene Bewertung

Die Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels ist nur möglich, wenn und soweit zwischen Hygieneverstoß und Lebensmittel ein Bezug hergestellt werden kann. § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB ist nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Veröffentlichung jeglicher hygienischer Verstöße konzipiert worden. Die Veröffentlichung von hygienischen Verstößen, welche sich einem Lebensmittel zuordnen lassen, ist von § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB ebenfalls nicht gedeckt. Allgemeine hygienische Missstände in Restaurants, Gaststätten oder produzierenden Lebensmittelunternehmen haben zwangsläufig – wenn auch nur mittelbar – zur Folge, dass sich der Hygieneverstoß einem Lebensmittel oder einer Gesamtheit von Lebensmitteln zuordnen lässt. So würden bspw. hygienische Missstände im Kühllager zur Folge haben, dass sämtliche dort gelagerte oder potenziell zu lagernde Lebensmittel aufgeführt werden müssten. Die Öffentlichkeit hätte hierdurch keinen Mehrwert, die Behörden hätten einen immensen Verwaltungsaufwand. Deshalb ist die Veröffentlichungspflicht lediglich auf konkrete Lebensmittel zu beschränken.

¹²³¹ Vgl. nur zur Begründung OVG Koblenz, NVwZ 2013, 1020 (1022).

¹²³² Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (628).

¹²³³ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 – Az. 13 B 215/13 (zit. nach juris), Rn. 43.

¹²³⁴ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 – Az. 13 B 215/13 (zit. nach juris), Rn. 43.

¹²³⁵ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 – Az. 13 B 215/13 (zit. nach juris), Rn. 43.

(bb.) Das Merkmal „nicht unerheblich“

Die Tatbestandsalternative des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB sieht eine Veröffentlichungspflicht vor, wenn in nicht nur unerheblichem Ausmaß gegen sonstige Vorschriften aus dem Anwendungsbereich des LFGB verstoßen wurde. Fraglich ist, wie sich dieses Merkmal exakt bestimmen lässt. Fest steht jedenfalls, dass es nicht gleichzusetzen ist mit einem nicht erheblichen Ausmaß, sondern unterhalb dieser Schwelle anzusiedeln ist.¹²³⁶ Hierfür spricht bereits die Wortwahl des Gesetzgebers. Nicht unerheblich erfordert deshalb eine gewisse Schwere (mehr als nur nicht erheblich), so dass Bagatellverstöße nicht in den Anwendungsbereich fallen.¹²³⁷ Verfehlt wäre es jedoch anzunehmen, dass das Merkmal des nicht unerheblichen Ausmaßes nicht gegeben sei bzw. wegfallt, wenn es sich um Verstöße von nicht ganz gravierender Art ohne damit verbundene Gesundheitsgefahr handle und diese unverzüglich nach ihrer Feststellung beseitigt werden.¹²³⁸ Das Merkmal eröffne eine Abwägungsmöglichkeit, so dass in diesem Falle das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens gegenüber dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit überwiege.¹²³⁹ Diesem Ansatz wird zu Recht entgegengehalten, dass § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB gerade nicht voraussetzt, dass der in der Information aufgeführte Mangel noch weiterhin besteht, so dass eine erfolgte Beseitigung einer Veröffentlichung nicht (notwendig) entgegensteht.¹²⁴⁰ Die an dessen Feststellung unverzüglich erfolgende Beseitigung eines Mangels sagt nichts über die Erheblichkeit desselben aus,¹²⁴¹ kann jedoch und muss sogar im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden. Es sei ausreichend, wenn in die Veröffentlichung ein hinreichend klarer Hinweis auf die zwischenzeitlich beseitigten Mängel aufgenommen werde.¹²⁴²

(cc.) Bußgelderwartung

§ 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB sieht als kumulative Voraussetzung für eine Veröffentlichungspflicht neben dem Vorliegen eines Verstoßes gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften in nicht nur unerheblichem Ausmaß auch vor, dass die Verhängung eines Bußgeldes von min-

¹²³⁶ Vgl. *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 45.

¹²³⁷ Vgl. auch BT-Drs. 17/7374, S. 20, wonach besonders hervorgehobene Rechtsverstöße veröffentlicht werden sollen.

¹²³⁸ Vgl. VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. M 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 47.

¹²³⁹ Vgl. VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. M 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 47; zustimmend *El-sing/Rosenow*, VuR 2013, 77 (80).

¹²⁴⁰ Vgl. *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 46.

¹²⁴¹ So *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 46.

¹²⁴² Vgl. OVG Lüneburg, NJW 2013, 1252 (1253).

destens 350 € zu erwarten ist. Die Bußgeldsanktion darf demnach im Zeitpunkt der Veröffentlichung noch nicht verhängt worden sein.¹²⁴³ Dies erschließt sich aus dem Wortlaut.

(i.) Höhe des Bußgelds

Kritisch wird die Höhe des zu erwartenden Bußgeldes von 350 € diskutiert, da dieser Einschreitwert im Verhältnis zu der gem. § 60 Abs. 5 Nr. 1 LFGB zu verhängenden maximalen Höhe von 100.000 € als verschwindend gering und im Bagatellbereich liegend anzusehen sei.¹²⁴⁴ Der Gesetzgeber begründet die Schwelle von 350 € damit, dass bisherige Erfahrungen eine solche Höhe von 350 € als sachgerecht erscheinen lassen.¹²⁴⁵ Doch woher der Gesetzgeber diese Erfahrungen genommen hat, wird weder aus der Begründung noch auch aus sonstigen Umständen ersichtlich.¹²⁴⁶

Dieser niedrige Einschreitwert rechtfertigt nicht die mit der Veröffentlichung verbundene Prangerwirkung.¹²⁴⁷ Des Weiteren sei fraglich, ob noch ein angemessener Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse und dem grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteresse bei einer solchen geringen Eingriffsschwelle bestehe, da gerade keine Gesundheitsgefahr erforderlich sei und mithin Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG mit seinem Schutzauftrag zur Wahrung der körperlichen Integrität und Gesundheit unterhalb dieser Schwelle nicht wirksam werde.¹²⁴⁸ Dem kann entgegen gehalten, dass bereits ab einem Bußgeld von 200 € die Eintragung ins Gewerbezentralregister erfolgt, § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO. Daher stellt der fast doppelt so hohe Wert von 350 € doch ein wichtiges Indiz für einen Verstoß von gewisser Schwere dar und solle als zwingende Vermutung für einen Verstoß in nicht nur unerheblichem Ausmaß dienen.¹²⁴⁹ Dennoch wird der konkreten Wertbestimmung vorgeworfen, dass diese im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs und die zu erwartenden wirtschaftlichen Folgen völlig unverhältnismäßig sei.¹²⁵⁰ Andererseits wird geäußert, dass sich die bisherige Behördenpraxis hinsichtlich dieses Schwellenwertes als sachgerecht erwiesen habe,¹²⁵¹ und in die von der Behörde anzustellende Prognose die Verstöße in ihrer Gesamtheit einzustellen seien, wobei solche Rechtsverletzungen außen vor zu bleiben haben, welche nicht einem bestimmten Lebensmittel zuge-

¹²⁴³ Vgl. *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 45.

¹²⁴⁴ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1025); VGH München; Beschl. v. 18.03.2013 – Az. 9 CE 12.2755 (zit. nach juris), Rn. 21; VG Minden, Beschl. v. 08.04.2013 – Az. 7 L 157/13 (zit. nach juris), Rn. 37.

¹²⁴⁵ Vgl. BT-Drs. Nr. 17/7374, S. 20.

¹²⁴⁶ Vgl. *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (298).

¹²⁴⁷ Vgl. VG Minden, Beschl. v. 08.04.2013 – Az. 7 L 157/13 (zit. nach juris), Rn. 37.

¹²⁴⁸ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1025).

¹²⁴⁹ Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (931); *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB § 40 Rn. 42.

¹²⁵⁰ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1025) unter Verweis auf *Grube/Immel*, in: ZLR 2012, 109 (117); *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (299); *Schoch*, NVwZ 2012, 1497 (1502).

¹²⁵¹ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20.

ordnet werden können.¹²⁵² Auch wenn dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Ermächtigungsgrundlagen hinsichtlich einzelner Tatbestandsvoraussetzungen ein Gestaltungsspielraum eingeräumt wird,¹²⁵³ so erweise sich die gegenständliche Eingriffsschwelle als willkürlich und stelle zudem einen Widerspruch zu § 3 Nr. 1b VIG dar.¹²⁵⁴ Zwar geht § 3 Nr. 1b VIG vom grundsätzlichen Ausschluss einer Veröffentlichung von Informationen während eines laufenden ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfahrens aus. Doch sieht die Norm gleichwohl eine Ausnahme vor für Fälle des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VIG (konkrete Gesundheitsgefahr) oder beim Überwiegen des öffentlichen Interesses. Bereits wegen der Ausgestaltung von § 40 Abs. 1a LFGB als Muss-Vorschrift macht der Gesetzgeber deutlich, dass er im Anwendungsbereich dieser Regelung stets vom Überwiegen des öffentlichen Interesses ausgeht.

Eine Einschreitschwelle von 350 € erscheint auf den ersten Blick geringfügig. Aus Gründen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG ist es notwendig, dass sich der Gesetzgeber auf einen einheitlichen Einschreitwert festlegt.

Durch den kumulativ gestalteten Tatbestand wird sichergestellt, dass nur solche Verstöße zur Veröffentlichung gelangen, welchen eine gewisse Schwere attestiert werden kann. Hierzu ist ein Rückgriff auf die Bußgelderwartung vertretbar. Den Behörden obliegt die interne vorhergehende Prüfung, ob der jeweilige Verstoß anhand der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Maßstäbe ein Bußgeld von mindestens 350 € erwarten lässt. In Verbindung mit der Überprüfungspflicht seitens zweier unabhängiger Stellen, wie in § 40 Abs. 1a LFGB gefordert, wird gewährleistet, dass bloße Vermutungen über Verstöße nicht zu einer Veröffentlichung führen.

(ii.) Bemessung des Bußgelds

Kritik wird ferner dahingehend geäußert, dass für die Bemessung eines Bußgeldes viele Faktoren wie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen, die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung oder die Schuldeinsicht des Betroffenen maßgeblich sind,¹²⁵⁵ weshalb sich die Eingriffsschwelle an sich als ungeeignet und für die Rechtsunterworfenen als völlig unbestimmt darstelle.¹²⁵⁶ Zwar solle sich hieraus keine Verfassungswidrigkeit ergeben, da im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht die gleichen strikten Anforderungen zu stellen seien wie im Strafrecht.¹²⁵⁷ Allerdings sperre § 475 StPO die Veröffentlichung solcher

¹²⁵² Vgl. OVG Münster, Beschl. v. Beschl. v. 24.04.2013 – Az. 13 B 215/13 (zit. nach juris), Rn. 50.

¹²⁵³ Vgl. nur BVerfGE 103, 44 (70).

¹²⁵⁴ Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB § 40 Rn. 26.

¹²⁵⁵ Vgl. *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (298 f.); *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB § 40 Rn. 42.

¹²⁵⁶ Vgl. *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (299).

¹²⁵⁷ Vgl. *Gundel*, ZLR 2013, 661 (674).

Informationen während eines Strafverfahrens, da dort eine eigenständige Abwägungsregelung normiert sei.¹²⁵⁸ Damit liege ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vor, der sich nur dadurch lösen ließe, dass das Tatbestandsmerkmal des Bußgeldes gestrichen werde.¹²⁵⁹ Für vertretbar wird auch die Möglichkeit gehalten, die Öffentlichkeit lediglich über den Verdacht eines Verstoßes zu informieren, anstelle die Information so zu gestalten, dass der Eindruck erweckt wird, ein Verstoß stehe bereits fest.¹²⁶⁰ Allerdings würde dies dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen, da nicht alle lebensmittelrechtlichen Verstöße bußgeldbewehrt sind und somit auch Bagatellfälle in den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB fallen würden.¹²⁶¹

(iii.) Unschuldsvermutung

Dennoch erscheine die Veröffentlichung von Informationen problematisch, da eine Strafsanktion lediglich zu erwarten sei und noch nicht konkret feststehe.¹²⁶² Da sich der sachliche Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 EMRK und der darin verbürgten Unschuldsvermutung nicht nur auf das Strafverfahren an sich bezieht, sondern auch Ordnungswidrigkeitenverfahren erfasst,¹²⁶³ solle die Veröffentlichungspraxis auf Grundlage von § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB der in Art. 6 Abs. 2 EMRK enthaltenen Unschuldsvermutung widersprechen.¹²⁶⁴ Als zulässig erachtet werden hingegen Maßnahmen mit rein präventiver Zielsetzung, bei denen die Unschuldsvermutung als nicht berührt angesehen werde.¹²⁶⁵ Hier werde lediglich an den Verdacht und nicht an die Schuld angeknüpft,¹²⁶⁶ weshalb es der Unschuldsvermutung nicht zuwider laufe, wenn Rechtsfolgen ohne Strafcharakter an einen verbleibenden Tatverdacht anknüpfen.¹²⁶⁷ Zwar handle es sich bei § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB nicht um eine Strafe oder eine repressive Sanktion, dennoch sei die Unschuldsvermutung, zumindest im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, zu berücksichtigen.¹²⁶⁸ Die Unschuldsvermutung untersage auch, eine Person wegen des Verdachts einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu maßregeln, solange deren Schuld nicht

¹²⁵⁸ Vgl. *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 2012, 420 (434); *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175 (189); a. A. *Gundel*, ZLR 2013, 661 (679), welcher davon ausgeht, dass § 40 Abs. 1a LFGB dem § 475 StPO vorgehe; hierzu a. A. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (931).

¹²⁵⁹ Vgl. *Gundel*, ZLR 2013, 661 (667); a. A. *Schoene*, ZLR 2013, 65 (74).

¹²⁶⁰ Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (930).

¹²⁶¹ Vgl. *Gundel*, ZLR 2013, 661 (667).

¹²⁶² Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (933); *Gundel*, ZLR 2013, 661 (674).

¹²⁶³ Vgl. *Mayer*, in: *Karpenstein/Mayer*, Kommentar EMRK, Art. 6 Rn. 28.

¹²⁶⁴ Vgl. nur *Schoene*, ZLR 2013, 65 (71); *Theis*, DVBl 2013, 627 (633); die Unschuldsvermutung ist Teil des Rechtsstaatsprinzips und findet über Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG Anwendung, vgl. BVerfG, NJW 1987, 2427 (2427).

¹²⁶⁵ Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (926) m. w. N.

¹²⁶⁶ Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (926).

¹²⁶⁷ Vgl. BVerfGE 82, 106 (117).

¹²⁶⁸ Zum Ganzen *Dannecker*, JZ 924 (925).

gerichtlich festgestellt wurde.¹²⁶⁹ Werden der Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB auch oder gerade repressive Ziele unterstellt, liege ein Verstoß dagegen vor, da die Veröffentlichung im Internet einer solchen gerichtlichen Strafe gleichkomme.¹²⁷⁰ Denn nicht das Gericht sanktioniert durch die Festsetzung einer Strafe, sondern die Öffentlichkeit durch ihr Verhalten. Sanktionen ergehen zur Ahndung zurückliegenden Verhaltens ohne Rücksicht darauf, ob die Sanktion auch für die Zukunft erforderlich sei, weshalb die Veröffentlichung bei § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB auf eben diese Wirkung aufsetze.¹²⁷¹ Denn die Veröffentlichung erfolge ohne Rücksicht auf bereits beseitigte Mängel oder akute Gesundheitsgefahr, knüpfe vielmehr alleine an ein zurückliegendes Verhalten an. Dennoch komme es auf die Absicht des Gesetzgebers an, ein Instrument einführen zu wollen, das Sanktionszwecken diene, wobei stets zu prüfen sei, ob nicht eine Umgehung des Sanktionscharakters vorstättengehe, indem Maßnahmen als Markttransparenz oder Verbraucherinformation deklariert werden und tatsächlich die repressive Wirkung vorhersehbar und kalkulierbar sei.¹²⁷² Doch im Ergebnis solle sich § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB als Instrument der Verbraucherinformation darstellen, da weder in der Norm selbst noch in der Gesetzesbegründung Anhaltspunkte für einen repressiven Charakter zu finden seien.¹²⁷³

Es darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass die massiven Wirkungen und Folgen für die betroffenen Unternehmen dem Gesetzgeber gleichwohl bekannt, jedenfalls vorhersehbar waren und sind. Auch wenn der Gesetzgeber öffentlich keine Aussage zu einer repressiven Zielsetzung trifft, so kann und darf dies noch nicht bedeuten, dass er faktisch dieses Ziel nicht verfolgt.¹²⁷⁴ Die Verbraucherinformation mündet zwangsläufig darin, dass der Verbraucher das betroffene Unternehmen meiden wird, auch wenn zwischenzeitlich überhaupt keine Mängel mehr vorliegen.¹²⁷⁵ Deshalb ist es zutreffend davon auszugehen, dass der Einsatz negativer Generalprävention dem Sanktionsrecht vorbehalten bleiben muss, weil dort der Gesetzgeber die Wirkungen der Veröffentlichung bzgl. Abschreckung und Sanktionierung beabsichtigt und nicht lediglich als ungewünschte Nebenfolge in Kauf nimmt.¹²⁷⁶ Denn der Gesetzgeber geht auch selbst davon aus, dass die Veröffentlichung dazu beitragen wird, künftig ein regelkonformes Verhalten der Unternehmen zu erreichen. Dieser Zweck mit repressiver Wirkung dürfte bei der schlichten Verbraucherinformation nicht als deren Rechtfertigung herangezogen

¹²⁶⁹ Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (926).

¹²⁷⁰ Vgl. *Schoene*, ZLR 2013, 65 (69 ff.).

¹²⁷¹ Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (928); *Schoene*, ZLR 2013, 65 (74).

¹²⁷² Vgl. *Dannecker*, JZ 2013, 924 (928); a. A. *Riemer*, ZLR 2013, 223 (226).

¹²⁷³ So *Dannecker*, JZ 2013, 924 (929); a. A. *Schoene*, ZLR 2013, 65 (71).

¹²⁷⁴ So auch *Schoene*, ZLR 2013, 65 (71).

¹²⁷⁵ Vgl. *Schoene*, ZLR 2013, 65 (71).

¹²⁷⁶ Vgl. ausführlich *Dannecker*, JZ 2013, 924 (929).

werden.¹²⁷⁷ Eine Veröffentlichung von Verstößen, ohne dass überhaupt das Bußgeldverfahren abgeschlossen ist, stellt sich als eigener Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK dar und ist nicht lediglich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als abwägungsrelevanter Belang zu berücksichtigen. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit ist als eigenständiger Rechtssatz anzusehen, welcher die Verfassungswidrigkeit einer Norm für sich herbeiführen kann. Allerdings kann eine Beachtung der Unschuldsvermutung nur dann gelten, wenn und soweit es um die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten geht, da die Unschuldsvermutung lediglich auf natürliche Personen Anwendung findet. Eine Ausnahme kann dann sachgerecht sein, wenn und soweit die hinter einem Unternehmen stehende natürliche Person ohne weiteres identifiziert werden kann oder identifizierbar ist.

(dd.) Normenklarheit und -bestimmtheit

(i.) Allgemeines

Das Bestimmtheitsgebot erfordert zunächst, dass die jeweilige einschlägige Norm klar erkennen lässt, was Rechtens sein soll,¹²⁷⁸ so dass der Betroffene sein Verhalten entsprechend ausrichten und sich nach der gesetzlichen Bestimmung richten kann. Diese Vorgabe folgt aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip. Im Umkehrschluss muss der Betroffene aber auch erkennen können, welches konkrete Verhalten seitens der Behörde sanktioniert werden kann. Deshalb muss eine gesetzliche Ermächtigung für die Behörde zur Vornahme von Verwaltungsakten und sonstigem rechtsverbindlichem Handeln, welches gerade auf einen Rechtseingriff zielt, nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein, so dass das behördliche Handeln der Behörde einerseits gerichtlich messbar und zum anderen zumindest in gewissem Ausmaß für den Betroffenen voraussehbar und berechenbar wird.¹²⁷⁹ Ausgehend von der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG hat der parlamentarische Gesetzgeber wesentliche Entscheidungen zu einem Lebenssachverhalt selbst zu treffen, sofern sie den grundrechtlich geschützten Bereich betreffen.¹²⁸⁰ Außerhalb der wesentlichen Entscheidungen verbleibt der Verwaltung ein eigenständiger Handlungsspielraum. Dabei ist es dem Gesetzgeber in den Grenzen des Bestimmtheitsgebotes erlaubt, sich unbestimmter Rechtsbegriffe zu bedienen oder Zweck, Inhalt und Ausmaß nicht ausdrücklich zu bestimmen, sondern eine Auslegung im Rahmen der allgemeinen Grundsätze zuzulassen.¹²⁸¹ Die damit

¹²⁷⁷ So *Dannecker*, JZ 2013, 924 (929).

¹²⁷⁸ Vgl. BVerfGE 5, 25 (31).

¹²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 8, 274 (325).

¹²⁸⁰ Vgl. zur Wesentlichkeitstheorie des BVerfG sowie zu deren Entwicklung *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, S. 124 ff.

¹²⁸¹ Vgl. BVerfGE 8, 274 (326).

umrissenen Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz sind nicht als starre Richtlinie anzusehen.¹²⁸² Vielmehr ist konkret entscheidend, in welchem Ausmaß in die Grundrechte des Betroffenen eingegriffen wird, sowie die Art und Intensität des Verhaltens, zu dem die Behörde auf Grund der gesetzlichen Regelung ermächtigt wird.¹²⁸³ Je intensiver der Eingriff in das jeweilige Grundrecht ist und je schwerwiegender die Auswirkungen für den Betroffenen auf Grund des Eingriffs sind, desto höhere Anforderungen sind an die Bestimmtheit der Norm zu stellen.¹²⁸⁴

Im Bereich des Lebensmittelrechts wird für eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen plädiert, um Flexibilität herzustellen und zu erhalten.¹²⁸⁵ Die Ausfüllung derselben solle den Gerichten und der Verwaltung überlassen werden. Allerdings handelt es sich bei § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB um einen feststehenden Bereich, welcher keiner Entwicklung bedarf. Deshalb wäre und ist eine ausdrückliche gesetzgeberische Entscheidung hier durchaus möglich.

(ii.) Kritik

Die mangelnde Bestimmtheit wird überwiegend hinsichtlich der Einschreitschwelle des zu erwartenden Bußgeldes in Höhe von 350 € diskutiert. Bemängelt wird, dass der anzustellenden Prognose über die Bußgeldfestsetzung ein objektiver und transparenter Maßstab z. B. in Form eines Bußgeldkataloges fehle, weshalb eine stark unterschiedliche Gewichtung der Verstöße sowie eine uneinheitliche Veröffentlichungspraxis erwartet werden müsse.¹²⁸⁶

Ferner werden die Merkmale „in nicht nur unerheblichem Ausmaß“ und „wiederholt“ als (zu) unbestimmt angesehen.¹²⁸⁷ Es wird deshalb empfohlen, wegen der gravierenden Folgen einer Veröffentlichung im Internet die Tatbestandsmerkmale zurückhaltend bzw. restriktiv zu handhaben.¹²⁸⁸

(iii.) Eigene Bewertung

Der Gesetzgeber musste sich auf Grund des Gleichbehandlungsgebots für eine Eintrittsschwelle bei der Bußgelderwartung festlegen, welche im Hinblick auf die Eintragung ins Gewerberegister nicht unbedingt als zu niedrig anzusehen ist. Einer uneinheitlichen Veröffentlichungspraxis kann durch gemeinsame Verwaltungsvorschriften begegnet werden. Es gilt zu

¹²⁸² Vgl. BVerfGE 56, 1 (12 f.).

¹²⁸³ Vgl. BVerfGE 48, 210 (221).

¹²⁸⁴ Vgl. BVerfGE 56, 1 (13).

¹²⁸⁵ Vgl. *Elsing/Rosenow*, ZLR 2013, 240 (248).

¹²⁸⁶ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1024); *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (299).

¹²⁸⁷ Vgl. Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drs. 454/1/11, S. 15; *Rathke*, in: *Zipfle/Rathke*, Lebensmittelrecht, § 40 Rn. 72.

¹²⁸⁸ Vgl. *Pitzer*, StoffR 2013, 44 (44).

beachten, dass es dem Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsauftrags bei seiner Entscheidung frei steht, an welche tatsächlichen Verhältnisse er Rechtsfolgen knüpft.¹²⁸⁹ Was (noch) sachlich vertretbar und oder (bereits) sachfremd ist, hat sich an der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts zu orientieren.¹²⁹⁰ Hinzu tritt der Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum der Verwaltung bspw. bei der Festsetzung eines Bußgeldes, so dass einzelfallspezifische Umstände durch die Festlegung einer Eintrittsschwelle sowie durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe berücksichtigungsfähig bleiben. Deshalb ist § 40 Abs. 1a LFGB (noch) nicht als unbestimmt anzusehen.

(ee.) Fehlendes Ermessen

Dass § 40 Abs. 1a LFGB im Gegensatz zu § 40 Abs. 1 LFGB als Muss-Vorschrift ausgestaltet ist, ist nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu betrachten, sondern als eigener Prüfungspunkt anzusehen. Denn Ermessen und Verhältnismäßigkeit weisen zwar regelmäßig Parallelen auf und finden sich beide auf der Rechtsfolgenseite einer Vorschrift, verfolgen jedoch gänzlich unterschiedliche Ziele. So zielt das Entschließungsermessen auf das „Ob“ und das Auswahlermessen auf das „Wie“ einer behördlichen Tätigkeit. Erst im Anschluss, d. h. wenn feststeht, dass die Behörde tätig wird, hat sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung anzuschließen. Deshalb soll die nicht vorgesehene Ermessenseröffnung bereits hier diskutiert werden.

(i.) Allgemeines

Ermessen bedeutet, dass das Handeln der Behörde nicht schon durch die jeweilige Rechtsvorschrift eindeutig und abschließend vorgezeichnet bzw. determiniert ist und die Behörde nur die Aufgabe hätte, die entsprechenden Tatsachen unter einen Tatbestand zu subsumieren, sondern dass die insoweit maßgeblichen Rechtsvorschriften der Behörde einen gewissen Spielraum bei der Setzung einer bestimmten Rechtsfolge lassen.¹²⁹¹ Eine Muss-Vorschrift begegnet an sich noch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Gesetzgeber hat sich selbst die Entscheidung vorbehalten, dass und in welcher Weise die Behörde tätig zu werden hat.

¹²⁸⁹ BVerfGE 99, 165 (178).

¹²⁹⁰ Vgl. BVerfGE 99, 165 (178).

¹²⁹¹ So *Kopp/Ramsauer*, Kommentar VwVfG, § 40 Rn. 18.

(ii.) Kritik

§ 40 Abs. 1a LFGB eröffnet der Behörde weder ein Entschließungs- noch ein Auswahlermessen. Die Veröffentlichungspflicht zielt somit auf eine Warnung vor dem betroffenen Unternehmen ab und stelle dieses unter einen Generalverdacht bzgl. lebensmittelrechtlicher Verstöße.¹²⁹² Es stelle sich letztlich als rechtsstaatswidrig dar, den zuständigen Behörden kein Ermessen einzuräumen, was sich aus einem systematischen Vergleich mit § 40 Abs. 1 LFGB ergebe.¹²⁹³ Während § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB für den Anwendungsbereich des Abs. 1 eine Abwägungsmöglichkeit für Verstöße unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr zulässt, fehlt eine entsprechende Regelung oder Verweisung für den Anwendungsbereich des Abs. 1a. Diese sei aber erforderlich, da die Veröffentlichung eine unkontrollierte und flächendeckende Eigendynamik mit irreparablen Folgen für das betroffene Unternehmen nach sich ziehen kann.¹²⁹⁴ Dieser Ansatz betrifft nicht eine nicht vorhandene Ermessensmöglichkeit, sondern die Frage der Verhältnismäßigkeit. Denn die von der Behörde getroffene Entscheidung hat im Ergebnis jedenfalls dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen.

Die Konzeption einer Muss-Vorschrift kann hier insbesondere auf die in der Gesetzesbegründung genannte eigene Unsicherheit der Behörde im Umgang mit lebensmittelrechtlichen Skandalen gestützt werden.¹²⁹⁵ Es findet sich allerdings keine Aussage darüber, ob bzw. wie damit eine sachgerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen erreicht wird.

(iii.) Eigene Bewertung

Es bleibt aber folgendes zu beachten: Die in § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB geregelte Abwägungspflicht bezieht sich nur auf die Fälle des S. 2 Nr. 3 – 5, also wiederum auf solche unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr. Handelt es sich nunmehr um einen Verstoß, welcher zunächst nicht in den Anwendungsbereich des Abs. 1a fällt, jedoch in denjenigen des Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5, so hat die Behörde eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Verstößt das Unternehmen anschließend wiederholt gegen Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB, so ergibt sich hieraus unter Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Veröffentlichungspflicht. Verstößt das Unternehmen jedoch zum ersten Mal, aber mit einer gewissen Schwere gegen Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB, ist es durchaus vertretbar, von einer Abwägungsmöglichkeit abzusehen, da diese nur für „leichte“ Verstöße in Betracht kommen kann.

¹²⁹² Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25.

¹²⁹³ Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 28.

¹²⁹⁴ Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25.

¹²⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20.

Dennoch wäre im Ergebnis die Eröffnung eines Ermessensspielraums sach- und interessengerecht,¹²⁹⁶ sofern es dem Gesetzgeber tatsächlich darum geht, die Öffentlichkeit zu informieren und die Verwaltungstätigkeit transparenter zu gestalten. Insbesondere einmalige Verstöße gegen das LFGB können ihre Ursache in verschiedenen Gründen haben. Der mit der Veröffentlichung verbundene gravierende Grundrechtseingriff macht allerdings bereits in der Phase des Entschlusses über eine Veröffentlichung eine Interessenabwägung erforderlich.

(ff.) Verhältnismäßigkeit im Allgemeinen

Ob § 40 Abs. 1a LFGB den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entspricht, wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur nicht gänzlich einheitlich beantwortet. Lediglich wenige Entscheidungen sehen § 40 Abs. 1a LFGB im Ganzen als verfassungsgemäß an. Fraglich ist deshalb, ob § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Kritisch und diskussionswürdig sind insoweit vor allem die Merkmale der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Veröffentlichung hinsichtlich der Veröffentlichungspraxis im Allgemeinen.

(i.) Meinungsstand in der Rechtsprechung

So erachtet das VG Regensburg¹²⁹⁷ als eines der ersten Gerichte, welches mit einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hinsichtlich eines Unterlassungsanspruchs befasst war, die Vorschrift als hinreichend klar formuliert und verhältnismäßig, insbesondere erfülle sie die Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt als Rechtfertigung für Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG, da ein „hinreichend begründeter Verdacht“ vorausgesetzt werde, der eine gewisse Richtigkeitsgewähr intendiere, so dass bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das öffentliche Interesse an der Information der Öffentlichkeit überwiege. Auch sei die Information der Öffentlichkeit geeignet und erforderlich, die mit § 40 Abs. 1a LFGB verfolgte Markttransparenz herzustellen und künftigen Verstößen durch präventive Zwecke entgegenzuwirken.¹²⁹⁸ Vor allem ziele die Information der Öffentlichkeit auf die Wahrung des überragend wichtigen Gemeinschaftsguts der Gesundheit der Bevölkerung.¹²⁹⁹ Vom OVG Münster¹³⁰⁰ wird erläutert, weshalb gegen die Verfassungsmäßigkeit der Norm keine Bedenken bestün-

¹²⁹⁶ Vgl. auch Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drs. 454/1/11, S. 15

¹²⁹⁷ Vgl. VG Regensburg, Beschl. v. 23.10.2012 – Az. RO 5 E 12.1580 (zit. nach juris), Rn. 57 und 61.

¹²⁹⁸ Vgl. VG Trier, Beschl. v. 29.11.2012 – Az. 1 L 1339/12.TR (zit. nach juris), Rn. 24; Beschl. v. 18.12.2012 – Az. 1 L 1543/12.TR (zit. nach juris), Rn. 7; VG Minden, Beschl. v. 08.04.2013 – Az. 7 L 157/13 (zit. nach juris), Rn. 36.

¹²⁹⁹ Vgl. VG Saarlouis, Beschl. v. 25.01.2013 – Az. 3 L 76/13 (zit. nach juris), Rn. 13, ohne zu differenzieren, dass § 40 Abs. 1a LFGB auch eine Veröffentlichung unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr vorsieht.

¹³⁰⁰ Zum Ganzen vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (627 ff.).

den. So führt es aus, dass § 40 Abs. 1a LFGB legitime Ziele verfolge, da es hierbei um Markttransparenz und die Motivation zur Einhaltung der hygienerechtlichen Vorschriften gehe.¹³⁰¹ Ferner sei die Information der Öffentlichkeit geeignet und erforderlich, da diese andernfalls nicht an die für ihre Entscheidungen maßgeblichen Informationen gelangen würde, und schließlich sei sie angemessen, weil die Abwägung der widerstreitenden Interessen zugunsten des Verbraucherschutzes ausfalle und mit der Anhörungspflicht aus § 40 Abs. 3 LFGB den Unternehmerinteressen ausreichend Rechnung getragen werde.¹³⁰² Erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 40 Abs. 1a LFGB äußert dagegen der VGH Mannheim¹³⁰³ dahingehend, dass insbesondere der schwerwiegende Grundrechtseingriff zu den rechtfertigenden Gründen für die Öffentlichkeitsinformation außer Verhältnis stehe.

(ii.) Allgemeines

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird (primär) aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet¹³⁰⁴ und verlangt, dass ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein muss.¹³⁰⁵ Er muss einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden, hier den öffentlichen und unternehmerischen Interessen, verfolgen. Dabei ist die Verhältnismäßigkeit stets am legitimen Zweck zu messen. Die erste Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert sich am Gesetz selbst, d. h. dass dieses verhältnismäßig zu sein hat.¹³⁰⁶ Statuiert das Gesetz, wie § 40 Abs. 1a LFGB, eine Handlungspflicht, so kann die Wahrnehmung und Erfüllung der behördlichen Handlung bei der Gesetzesanwendung nicht unverhältnismäßig sein, wenn und so weit das Gesetz selbst verhältnismäßig ist.¹³⁰⁷ Eröffnet das Gesetz der Verwaltung beim Gesetzesvollzug einen Handlungs- oder Beurteilungsspielraum, so ist auch die behördliche Handlung für sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.¹³⁰⁸

(iii.) Legitimer Zweck

Als legitimer Zweck der Veröffentlichung auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB kommen drei Konzepte in Betracht.

¹³⁰¹ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (629).

¹³⁰² Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (629).

¹³⁰³ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1024).

¹³⁰⁴ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44).

¹³⁰⁵ Vgl. statt vieler BVerfG, NJW 2008, 822 (828).

¹³⁰⁶ Vgl. nur VGH Mannheim, VBIBW 2008, 437 (443); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar GG, Art. 20 Rn. 81a; *Sachs*, in: *Sachs*, Kommentar GG, Art. 20 Rn. 148.

¹³⁰⁷ Vgl. nur VGH Mannheim, VBIBW 2008, 437 (443).

¹³⁰⁸ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar GG, Art. 20 Rn. 81a.

So liegt ein Zweck in der Disziplinierung der Unternehmen durch Drohung mit einer Verbraucherinformation über das Internet.¹³⁰⁹ Auch wenn damit nicht der Schutz vor Gesundheitsgefahren bezweckt wird, ist dieses Ziel dennoch legitim, da der sensible Bereich des Lebensmittelrechts effektive Maßnahmen für eine Gewährleistung gesetzestreuem Verhaltens ermöglichen muss.

Als zweiter legitimer Zweck kommen die Verbraucheraufklärung und -information sowie damit im engen Zusammenhang stehend die Herstellung von Markttransparenz in Betracht. Zwar ist dieser Zweck nicht explizit verfassungsrechtlich gewährleistet, aber dennoch in der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem Grundsatz der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG angelegt finden.¹³¹⁰

Schließlich liegt ein legitimer Zweck in der Sanktionierung von begangenen Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, indem eine Veröffentlichung aufgrund eines bloßen Tatsachenverdachts unabhängig vom Vorliegen von festgestellten Mängeln oder Gesundheitsgefahren vorgenommen wird.¹³¹¹ Die hinzutretende, für andere Unternehmen abschreckende Funktion kann auch dazu beitragen, dass künftig ein besseres Einhalten der lebensmittelrechtlichen Pflichten erreicht wird.¹³¹²

Der legitime Zweck der Gefahrenabwehr kommt hingegen nicht in Betracht, da bei der Veröffentlichungspflicht gem. § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB keine Gefahr für die menschliche Gesundheit besteht.¹³¹³

Die von § 40 Abs. 1a LFGB verfolgten legitimen Zwecke sind als sog. relative Gemeinschaftswerte einzustufen, da die Intension des Gesetzgebers zur Schaffung von § 40 Abs. 1a LFGB in schlichten Gemeinschaftsinteressen mit wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Bezügen liegt und nicht von der Verfassung vorgegeben ist (sog. absolute Gemeinschaftswerte).¹³¹⁴

Da § 40 Abs. 1a LFGB mehrere Zielrichtungen verfolgt, sind die einzelnen Zielrichtungen jeweils für sich zu betrachten.¹³¹⁵

¹³⁰⁹ So zu Recht *Gundel*, ZLR 2013, 662 (673).

¹³¹⁰ Vgl. zutreffend *Raspé*, BLJ 2013, 8 (13).

¹³¹¹ So auch *Schoene*, ZLR 2013, 65 (71).

¹³¹² So *Dannecker*, JZ 2013, 924 (927); *Theis*, DVBl 2013, 627 (630).

¹³¹³ So auch *Raspé*, BLJ 2013, 8 (12).

¹³¹⁴ Vgl. BVerfGE 13, 97 (107).

¹³¹⁵ So auch *Dannecker*, JZ 2013, 924 (929).

(iv.) Mittel

Die Veröffentlichung im Internet unter Namensnennung ist auch als Mittel zur Zweckerreichung geeignet, da infolge der gravierenden wirtschaftlichen Konsequenzen für die Unternehmen eine faktische Zwangswirkung zur Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften hervorgerufen wird. Schließlich dient die Veröffentlichung im Internet auch dem Schutz der Verbraucher und schafft Markttransparenz, da Kontrollergebnisse (in wertender) Form zugänglich gemacht werden.

(v.) Geeignetheit

Das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel muss zur Zweckerreichung geeignet sein. Ein Mittel ist dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.¹³¹⁶ Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder erreichbar ist.¹³¹⁷ Die Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen fördert jedenfalls die jeweils damit verfolgten Zwecke.

(vi.) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob diese Vorgehensweise erforderlich ist. Erforderlichkeit liegt vor, wenn kein mildereres, aber gleich effektives Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung steht.¹³¹⁸

Geht es um die Disziplinierung der Unternehmen, so erscheint die Veröffentlichung im Internet unter Namensnennung durchaus als erforderlich, da inter partes wirkende Maßnahmen wie erhöhte Bußgeldfestsetzungen nicht denselben Effekt haben wie eine Veröffentlichung.¹³¹⁹ Die Anprangerung in der Öffentlichkeit löst einen nicht zu unterschätzenden Druck auf die genannten Unternehmen aus.¹³²⁰ Allerdings ist erwägenswert, ob vermehrte Kontrollen und ein anderes Veröffentlichungssystem sich nicht ebenfalls als gleichermaßen effektiv erweisen. Die Verbraucheraufklärung und -information, mithin Markttransparenz an sich kann durchaus mit mildereren Mitteln erreicht werden. Zu denken ist hierbei an die Herausgabe von lebensmittelrechtlichen Zeitschriften oder die periodische Publikation in anderen Medien unter Aufzählung der kontrollierten Unternehmen und dem (reinen, nicht bewerteten) Ergebnis.¹³²¹ Zwar würde je nach ausgewähltem Medium die Aktualität der Information in den Hintergrund tre-

¹³¹⁶ BVerfGE 63, 88 (115).

¹³¹⁷ BVerfGE 67, 157 (175).

¹³¹⁸ Vgl. BVerfGE 19, 330 (337); 30, 292 (316).

¹³¹⁹ A. A. *Raspé*, BLJ 2013, 8 (12), welche die Bußgeldfestsetzung als milderes Sanktionsmittel ansieht, aber verkennt, dass sie nicht gleich effektiv wie die Veröffentlichung im Internet ist.

¹³²⁰ So auch *Joh/Krämer/Teufer/Umland*, ZLR 420 (428) bezogen auf das unausgesprochene, aber tatsächliche Ziel der Maßnahmen.

¹³²¹ In diese Richtung *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (289).

ten, doch ließen sich die verfolgten Zwecke ebenfalls erreichen. Zu Recht wird an der bisherigen Vorgehensweise kritisiert, dass diese Art der Information zu einer Informationsflut führt, die die Öffentlichkeit mehr überfordert als deren Entscheidungsgrundlage verbessert.¹³²² Alleine der Zweck der Verbraucherinformation an sich erfordert keine sofortige Veröffentlichung auf Grundlage eines Tatsachenverdachts. Vielmehr ist es dem Informationsinteressenten wegen des gravierenden Grundrechtseingriffs ohne weiteres zumutbar, bis zum Abschluss eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens abzuwarten, um die gesuchte Information zu erhalten.¹³²³

Auch und insbesondere der in § 40 Abs. 1a LFGB nicht normierten Lösungszeitpunkt bzw. Veröffentlichungszeitraum weckt weitere Zweifel an der Erforderlichkeit der Veröffentlichung.¹³²⁴ Der gravierende Grundrechtseingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordere eine gesetzliche Bestimmung der Veröffentlichungsdauer, da eine zeitlich unbegrenzte Veröffentlichung den Normzweck nicht mehr erfüllen könne.¹³²⁵ Die Verbraucherinformation erfahre keinen Zuwachs durch eine zeitlich unbegrenzte Veröffentlichung, da es keinen Mehrwert gebe, (lange) in der Vergangenheit liegende Verstöße zu veröffentlichen. Aber auch die Sanktionierung von Verstößen erfordere keine zeitlich unbegrenzte Veröffentlichung, da bereits durch eine relativ kurze Veröffentlichungsdauer dieselben gravierenden Folgen zu erzielen seien. Schließlich müssen die Unternehmen die Möglichkeit zur Korrektur bzw. Besserung erhalten. Dies wird ihnen aber verwehrt, wenn und soweit lebensmittelrechtliche Verstöße ohne zeitliche Grenze im Internet abrufbar sind. Zwar wird dem entgegengehalten, dass eine konkrete Nennung der Veröffentlichungsdauer nicht erforderlich sei, da sich der Lösungszeitpunkt im konkreten Einzelfall aus dem Informationszweck ergebe, so z. B. nach dem Verbrauch des Lebensmittels.¹³²⁶ Allerdings wird hierbei nicht beachtet, dass eine Veröffentlichung auch zulässig ist, wenn der der Veröffentlichung zugrundeliegende Verstoß bereits vor dieser beseitigt worden ist. Eine einzelfallabhängige Lösungsregelung wäre nicht durchführbar. Die fehlende Fristbestimmung wird auch als rechtmäßig erachtet.¹³²⁷ Eine starre Frist erweise sich als sachlich problematisch, da es von Fall zu Fall verschieden lang dauern könne, bis ein Ordnungswidrigkeitenverfahren endgültig abgeschlossen sei. Deshalb reiche eine Regelung zum Lösungszeitpunkt in einer (allgemeinen und grundsätzlich nur intern wirkenden) Verwaltungsvorschrift gänzlich aus. Dem ist jedoch zu widersprechen, da

¹³²² Vgl. nur *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 2012, 420 (434).

¹³²³ So zu Recht *Dannecker*, JZ 2013, 924 (929).

¹³²⁴ Vgl. nur VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1024).

¹³²⁵ Vgl. nur VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1024); *Streinz*, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 229.

¹³²⁶ So *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, § 40 Rn. 79.

¹³²⁷ Vgl. VG Trier, Beschl. v. 18.12.2012 – Az. 1 L 1543/12.TR (zit. nach juris), Rn. 28.

es dem Gesetzgeber nicht auf den Abschluss des Bußgeldverfahrens ankommt. Deshalb ist der Gesetzgeber in der Lage, im Rahmen einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage die (Höchst-)Dauer der Veröffentlichung zu bestimmen.¹³²⁸ Eine analoge Anwendung von § 20 Abs. 2 BDSG komme mangels Vergleichbarkeit des Sachverhalts nicht in Betracht,¹³²⁹ ebenso wenig eine analoge Anwendung des § 3 S. 1 Nr. 1e VIG. Dort darf eine Auskunft nicht mehr erteilt werden, wenn die Information fünf Jahre vor der Antragstellung entstanden ist. Dies betrifft allerdings öffentliche Interessen, während es vorliegend um die privaten Interessen der Unternehmer geht.¹³³⁰ Sicherlich lässt das Fehlen des exakten Lösungszeitpunkts Zweifel an der Erforderlichkeit der Veröffentlichung aufkommen. Doch darf in diesem Zusammenhang nicht außer Acht gelassen werden, dass Informationen im Internet trotz Löschung weiterhin verfügbar bleiben können. Es ist denkbar, dass zwischenzeitlich andere Internetsnutzer die Informationen auf andere Homepages transferieren, sie verlinkt oder ähnliches getan haben. Die Verbreitung einer einmal ins Internet gestellten Information lässt sich damit nicht mehr kontrollieren. Es ist vielmehr darauf zu achten, dass der Gesetzgeber neben der Bestimmung eines Lösungszeitpunkts ein adäquates System einführt, mit welchem gewährleistet wird, dass tatsächlich gelöschte Informationen für die Zukunft nicht mehr abrufbar sein werden. Dies könnte durch die Veröffentlichung in eigens programmierten staatlichen Portalen erfolgen. Dadurch ließe sich aber nicht verhindern, dass die Informationen in der Zwischenzeit bereits durch andere Nutzer in Umlauf gebracht wurden. Dem Merkmal der Erforderlichkeit könnte so besser entsprochen werden.

Wird der Zweck der Sanktionierung betrachtet, ist fraglich, ob die Maßnahmen eines (hohen) Bußgeldes für sich nicht ausreichend ist. Denn das betroffene Unternehmen wird in zweifacher Weise sanktioniert: Zum einen über die Veröffentlichung, zum anderen über die Festsetzung eines Bußgeldes. Die Erkenntnis eines (eigenen) Fehlverhaltens und die staatliche repressive Strafsanktion können ebenso alleine über die Festsetzung eines Bußgeldes erreicht werden, so dass (darüber hinaus) die Veröffentlichung der Verstöße nicht erforderlich ist.

(vii.) Angemessenheit

Bleibt schließlich noch die Frage, ob § 40 Abs. 1a LFGB „angemessen“ ist. Angemessen (bzw. „zumutbar“) ist ein Grundrechtseingriff, wenn die Schwere der gesetzlich ermöglichten Grundrechtsbeeinträchtigung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht.

¹³²⁸ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (628).

¹³²⁹ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (627).

¹³³⁰ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (628).

Hierzu wird vertreten, dass die fehlende Ermessenseröffnung den Grundsätzen der Angemessenheit nicht mehr gerecht werde, da es sich bei der Veröffentlichung um einen gravierenden Grundrechtseingriff handle.¹³³¹ Dadurch werde nicht der nötige Raum für die Beachtung besonderer Fallgestaltungen (wie z. B. die sofortige Mängelbeseitigung) und von Härten eingeräumt.¹³³² § 40 Abs. 1a LFGB diene nicht der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthaltenen staatlichen Schutzpflicht vor Gesundheitsgefahren, sondern verfolge Ziele der schlichten Verbraucherinformation, weshalb ein angemessener Ausgleich hinsichtlich des schweren Grundrechtseingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (und in das Recht auf Berufsausübungsfreiheit) im Verhältnis zu dem öffentlichen Interesse an der Verbraucherinformation nicht bestehe.¹³³³ Die Veröffentlichung von Informationen in ungefilterter Form führe zu einem negativen Image des Unternehmens.¹³³⁴ Zu bedenken sei bei der gesetzgeberischen Abwägung, dass der Verbraucherschutz als legitimes Ziel in Betracht kommt, allerdings als solcher verfassungsrechtlich nicht verbürgt ist, weshalb dieser regelmäßig hinter dem grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteresse zurückzutreten habe.¹³³⁵ Zwar steht es dem Gesetzgeber frei, die Angemessenheitsprüfung selbst vorzunehmen, doch obliegt ihm dabei eine besonders sorgfältige Prüfung.¹³³⁶ Dies resultiert daraus, dass beim späteren Normvollzug keine Abwägung der widerstreitenden Interessen mehr vorgesehen und damit nicht mehr vorgeschrieben ist, so dass der Gesetzgeber selbst schon beim Normerlass die Abwägung für eine unbestimmte Anzahl von Fällen vorzunehmen und die getroffene Entscheidung zu begründen habe. Die der Gesetzesbegründung ersichtliche Abwägung wird diesen Anforderungen jedoch nicht gerecht. Denn die Präferenz des Gesetzgebers für den Erlass einer Muss-Vorschrift ohne weitergehende gesetzlich eröffnete Abwägungsmöglichkeit resultiert alleine aus der (angeblichen) zurückhaltenden Behördenpraxis.¹³³⁷ Eine derart schlichte Bejahung eines überwiegenden öffentlichen Interesses erscheint mehr als fragwürdig, da sich der Gesetzgeber mit den gravierenden Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen nicht, schon gar nicht in einer verfassungsrechtlichen Weise auseinandergesetzt hat. Zu beachten bleibt schließlich, dass sich die Rechtfertigungsgründe je nach legitimer Zwecksetzung unterscheiden. So sind an den Gesundheitsschutz nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, an eine schlichte Verbraucheraufklärung oder an die Anprangerung von Unternehmen untereinander abgestufte Recht-

¹³³¹ So auch *Streinz*, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 229.

¹³³² Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1025).

¹³³³ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1025); a. A. OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.01.2013 – Az. 13 ME 267/12 = NJW 2013, 1252 (1253).

¹³³⁴ Vgl. *Joh/Krämer/Teufer/Unland*, ZLR 2012, 420 (435).

¹³³⁵ Vgl. *Becker*, ZLR 2011, 391 (415); *Pache/Meyer*, in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB, § 40 Rn 25.

¹³³⁶ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art. 20 Rn. 87 ff.

¹³³⁷ Vgl. auch BT-Drs. 17/7374, S. 20.

fertigungsmaßstäbe anzulegen und somit lasse sich nicht jeder legitime Zweck pauschal mit dem überwiegenden Allgemeininteresse rechtfertigen.¹³³⁸ Sofern es dem Gesetzgeber um den Gesundheitsschutz der Bevölkerung ginge, wäre dieser durchaus höher zu bewerten als die unternehmerischen Interessen an der Geheimhaltung der Kontrollen bzw. von deren Ergebnissen.¹³³⁹

Auch bei den Zwecken der Disziplinierung und Sanktionierung sind Zweifel an der Angemessenheit zu äußern. Es darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass die aktive Verbraucherinformation über das Internet für die betroffenen Unternehmen ein empfindliches Übel¹³⁴⁰ darstellen kann. Die aus dieser resultierenden wirtschaftlichen und finanziellen Folgen stehen gänzlich außer Verhältnis zum erstrebten Zweck. Denn Disziplinierung und Sanktionierung lässt sich mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts oder auch mit der verwaltungsrechtlichen Vollstreckung ebenso erreichen, ohne weitergehende Folgen. Schließlich bleibt der mit der Veröffentlichung verbundene Grundrechtseingriff beachtlich.

Deshalb sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die Veröffentlichung auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB nicht mehr angemessen ist. Sofern auf die Gesetzesbegründung¹³⁴¹ abgestellt wird, ergibt sich daraus nicht, dass bzw. warum das öffentliche Interesse gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen überwiegt. Denn alleine eine Unsicherheit in der behördlichen Praxis kann schon im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG für sich nicht als überwiegendes Interesse der Allgemeinheit ausreichen. Vielmehr bedarf es gewichtiger, weiterer Gründe. Das Argument, die Unternehmen hätten den Verstoß selbst herbeigeführt und die Einhaltung regelkonformen Verhaltens liege in deren Sphäre, ist zwar richtig, stellt allerdings nur einen Abwägungsgrund unter mehreren dar. Überwiegende Allgemeininteressen sind aber auch nicht in der Verbraucherinformation als solcher zu sehen. Diese öffentliche Aufgabe ist weder eine strikte verfassungsrechtlich verbürgte Pflicht noch resultiert sie aus Grundrechten Einzelner, sondern sie leitet sich allein aus einfach-gesetzlichen Vorschriften ab. Aus Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 kann schließlich auch kein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit hergeleitet werden, da sich Art. 10 der Verordnung auf Informationspflichten bei konkreten Gefahren für die menschliche Gesundheit bezieht.

Es sind keine Gründe ersichtlich, einfach-gesetzlichen Verbraucherschutz-Rechten gegenüber dem auch Unternehmen verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Berufsausübungsfreiheit den Vorzug einzuräumen. Diese Sicht-

¹³³⁸ Vgl. *Becker*, ZLR 2013, 496 (500).

¹³³⁹ Zu Recht *Voit*, LMuR 2012, 9 (11).

¹³⁴⁰ *Dannecker*, JZ 2013, 924 (927).

¹³⁴¹ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 20.

weise führt zwar dazu, dass eine aktive Informationserteilung in der Regel an entgegenstehenden verfassungsrechtlich geschützten Unternehmerinteressen scheitert, Dennoch wäre die Öffentlichkeit im Zeitalter von zahlreichen Lebensmittelskandalen nicht völlig schutzlos gestellt. Wesentlich müssen für die Öffentlichkeit alle Informationen sein, bei welchen es um eine Gesundheitsgefahr geht. Ob weitergehende Informationen auf dieser Basis zu geben sind, erscheint dagegen fraglich. Denn bereits § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5 LFGB bietet eine ausreichende Möglichkeit, auch unterhalb der Schwelle einer Gesundheitsgefahr der Öffentlichkeit Informationen zu übermitteln und dies auf einer Grundlage und in einem Rahmen, welche die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllen. Die Einführung von § 40 Abs. 1a LFGB ist insbesondere darauf zurück zu führen, dass bei den Behörden teilweise noch Unsicherheiten bestünden, in welchen Fällen eine Information der Öffentlichkeit angezeigt sei.¹³⁴² Doch diese Unsicherheit ließe sich auf andere Weise als durch Informationspflicht auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB lösen. Die Informationsmöglichkeiten in § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 LFGB und die dort getroffene Soll-Regelung würden eine vertretbare Alternative bieten, da insoweit nach § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB eine Abwägung der Belange der Betroffenen mit den Interessen der Öffentlichkeit vorgesehen ist. Aber auch die Warnung vor den jeweiligen Unternehmen und die damit verbundenen Sanktionsziele lassen sich auf eine andere Weise effektiver verwirklichen, ohne dass die Unternehmen mit gravierenden wirtschaftlichen Folgen belastet werden. Hierzu stehen der Behörde sonstige Sanktionsmöglichkeiten wie eine erhöhte Bußgeldfestsetzung zur Verfügung. Schließlich bleibt noch zugunsten der Unternehmen zu berücksichtigen, dass eine dauerhafte Abrufmöglichkeit, jedenfalls eine unkontrollierte Verbreitung der Informationen (trotz Löschung) bestünde.¹³⁴³ Diese steht aber in keinem vernünftigen Verhältnis mehr zu beiden Zielen – weder zum Sanktionsgedanken noch zur Verbraucherinformation.

(viii.) Eigene Bewertung

Es wird als systemwidrig bezeichnet, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen sei, obwohl der Gesetzgeber sich für eine Muss-Vorschrift entschieden habe.¹³⁴⁴ Alleine das Vorliegen einer Muss-Vorschrift enthält keine Aussage darüber, ob in deren Rahmen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Vielmehr liegen hier zwei unterschiedliche Instrumente der Verwaltungskontrolle vor. Denn zur Wahrung der verfassungsrechtlichen An-

¹³⁴² Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 19 f.

¹³⁴³ Vgl. *Raspé*, BLJ 2013, 8 (12).

¹³⁴⁴ Vgl. *Schoch*, ZLR 2010, 121 (137); *Rathke*, Lebensmittelrechts-Handbuch, Rn. 61; a. A. VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 04.01.2013 – Az. 19 L 1452/12 (zit. nach juris), Rn. 27.

forderungen an die Rechtmäßigkeit einer Norm ist bedeutsam, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auch dann vorzunehmen ist, wenn der Behörde nicht ausdrücklich Ermessen eingeräumt worden ist.¹³⁴⁵ Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist dabei als (implizite, durchgängige) Pflicht beim Vollzug zu bezeichnen und lässt sich durch teleologische, die Verfassungskonformität sichernde Reduktion einer Vorschrift herbeiführen.¹³⁴⁶ Denn auch bei fehlendem Ermessenspielraum für die Behörde dürfen die Umstände des Einzelfalls nicht unberücksichtigt gelassen werden, so dass die diesbezügliche Prüfung gewährleistet, dass die konkret getroffene Maßnahme den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit gerecht wird, indem sie die Lebenssituation des Einzelnen ausreichend berücksichtigt.¹³⁴⁷ Durch die Einräumung eines Beurteilungsspielraums ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auch beim Vollzug geboten. Hierdurch lässt sich auch beim Vollzug den weiterhin bestehenden konträren Interessen des betroffenen Unternehmens, der Öffentlichkeit an Informationszugang und dem staatlichen Informationsauftrag im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung hinreichend Rechnung tragen.¹³⁴⁸ Es ist nicht alleine auf das öffentliche Interesse und den Schutzzweck der Norm abzustellen; vielmehr müssen auch die berechtigten und zu würdigenden Interessen des von der Information negativ Betroffenen gerade im Hinblick auf einen mitunter eklatanten Grundrechtseingriff ausreichend berücksichtigt werden.¹³⁴⁹

Zwar wird zu Recht eingewendet, dass den Grundrechten der betroffenen Unternehmen, insbesondere dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG kein ebenfalls verfassungsrechtliches geschütztes Informationsrecht der Verbraucher/Kunden oder zumindest eine objektive verfassungsrechtliche Informationspflicht des Staates (in bestimmten Situationen) gegenüber steht.¹³⁵⁰ Ziele des Verbraucherschutzes könnten nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Norm als legitime Zielsetzung berücksichtigt werden, da Art. 2 Abs. 1 GG unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt steht.¹³⁵¹ Allerdings würde dann bei einer vorzunehmenden Interessenabwägung dem Interesse der Unternehmen gegenüber dem Verbraucherschutzinteresse regelmäßig Vorrang zukommen, da andernfalls die wirtschaftlichen Folgen für die Unternehmen durch die Information der Öffentlichkeit gravierend sein können, was durch internetbasierte Information weiter verstärkt wird.¹³⁵² Dieses Ergebnis ist in Kauf

¹³⁴⁵ Vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 946 (948) sowie OVG Lüneburg, NJW 2013, 1252 (1252).

¹³⁴⁶ Vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 946 (948).

¹³⁴⁷ Vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 1300 (1300).

¹³⁴⁸ Hierzu auch zustimmend OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (629).

¹³⁴⁹ Vgl. BVerwGE 142, 29 (45).

¹³⁵⁰ Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25.

¹³⁵¹ Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25.

¹³⁵² Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Strein, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25.

zu nehmen, wenn unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr Informationen veröffentlicht werden.

(gg.) Verhältnismäßigkeit wegen bereits beseitigten Mängeln?

Fraglich ist schließlich, ob es als verhältnismäßig anzusehen ist, dass auch bereits beseitigte Mängel einer Veröffentlichungspflicht unterliegen.

(i.) Meinungsstand contra Veröffentlichungspflicht

Bezogen auf den Vollzug von § 40 Abs. 1a LFGB ist durchaus erwägenswert, ob nicht, wie auch einige Gerichtsentscheidungen verlautbaren, unverzügliche Beseitigungen von Mängeln durch das Unternehmen dessen Veröffentlichungspflicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, insbesondere unter Berücksichtigung unternehmerischer Interessen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit entfallen lassen.¹³⁵³ Argumentiert wird damit, dass bereits beseitigte Mängel keinerlei Einfluss auf das Informationsinteresse der Öffentlichkeit nehmen, da es dieser primär auf die Kenntnis über aktuell bestehende Missstände ankomme.¹³⁵⁴ Ferner lasse auch die Gesetzesbegründung zu § 40 Abs. 1a LFGB keinerlei Anhaltspunkte erkennen, die auf eine (obligatorische) Veröffentlichung über bereits beseitigte Mängel abzielt, da diese nicht geeignet sei, das künftige Entscheidungsverhalten der Öffentlichkeit zu beeinflussen.¹³⁵⁵ Das Merkmal der „Erheblichkeit“ sei zu verneinen, wenn eine unverzügliche Beseitigung durch das Unternehmen erfolgt sei;¹³⁵⁶ eine dennoch postulierte Pflicht zur Veröffentlichung sei bei dieser Sachlage, insbesondere wenn kein Wiederholungsfall vorliege, nicht (mehr) angemessen, da dann das Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen gegenüber dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit überwiege.¹³⁵⁷ Kritisiert wird ferner, dass die Veröffentlichung bereits beseitigter Hygienemängel gerade bei Beachtung der gravierenden medialen Wirkung durch eine Veröffentlichung im Internet außer Verhältnis zum aktuellen Informationsinteresse der Öffentlichkeit stehe.¹³⁵⁸

(ii.) Meinungsstand pro Veröffentlichungspflicht

Diesen Argumenten wird entgegengehalten, dass das Merkmal der „Erheblichkeit“ zu einer etwaigen Beseitigung keine Bezüge aufweise und in der jüngsten Vergangenheit liegende

¹³⁵³ Vgl. VG Trier, Beschl. v. 29.11.2012 – Az. 1 L 1339/12.TR (zit. nach juris), Rn. 26.

¹³⁵⁴ Vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 – Az. 16 L 120/13 (zit. nach juris), Rn. 6.

¹³⁵⁵ Vgl. ausdrücklich VG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 – Az. 16 L 120/13 (zit. nach juris), Rn. 6.

¹³⁵⁶ Vgl. VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 47.

¹³⁵⁷ Vgl. VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 47.

¹³⁵⁸ Vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 – Az. 16 L 120/13 (zit. nach juris), Rn. 6.

Verstöße dennoch weiterhin dem Transparenz- und Informationsinteresse der Öffentlichkeit Rechnung tragen können, da es auch hier in der Entscheidungssphäre der Öffentlichkeit liege, wie sie mit der Information umgehe.¹³⁵⁹ Schließlich knüpfe § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB insgesamt an in der Vergangenheit erfolgtes Fehlverhalten an, über das die Öffentlichkeit zu informieren sei. Dieser Tatbestand würde gänzlich ausgehöhlt, sofern eine unverzügliche Beseitigung die Veröffentlichungsverpflichtung generell entfallen ließe, wofür im Wortlaut der Vorschrift keinerlei Anhaltspunkte erkennbar seien. Ausreichend ist demgegenüber, wenn bei der Veröffentlichung des Hygieneverstößes ein entsprechender Hinweis gegeben werde, dass und wann eine Beseitigung des Verstößes erfolgt sei.¹³⁶⁰ Dieser Hinweis wahre den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da der Öffentlichkeit weiterhin die Möglichkeit erhalten bleibe und bleiben solle, auch aus vergangenen Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften ihre eigenen Schlüsse für künftiges Verhalten in Bezug auf die jeweiligen Unternehmen zu treffen.¹³⁶¹ Die Veröffentlichung solle auch zur Herstellung von Transparenz in diesem Sektor dienen, so dass auch die Veröffentlichung von bereits beseitigten Hygieneverstößen geeignet und erforderlich sei, den Schutzzweck zu erfüllen, da es dem Publikum andernfalls an geeigneten Möglichkeiten fehlen würde, an solche Informationen zu kommen und sie bei der Kaufentscheidung zu berücksichtigen.¹³⁶² Gerade die Information auch über bereits beseitigte Mängel sei eine grundlegende Information für künftige Konsumententscheidungen. Der auch hierdurch erzielbare und erzielte Prangereffekt sei mithin geeignet, auf die betreffenden Unternehmen nachhaltig einzuwirken und diese zur Einhaltung von Hygienevorschriften anzuhalten. Andernfalls würde die mit der Veröffentlichung beabsichtigte Wirkung verfehlt werden, sofern das Unternehmen selbst das „Ob“ der Veröffentlichung in der Hand hätte und es mithin zu einem Wettlauf zwischen Beseitigung und Veröffentlichung kommen würde.¹³⁶³

(iii.) Eigene Bewertung

Dennoch muss auch berücksichtigt werden, dass die Information über ein früheres Fehlverhalten trotz eines damit verbundenen Hinweises auf eine zwischenzeitlich erfolgte Beseiti-

¹³⁵⁹ Vgl. *Boch*, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 46.

¹³⁶⁰ So auch OVG Lüneburg, NJW 2013, 1252 (1253); OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 – Az. 13 B 238/13 (zit. nach juris), Rn. 74, welches einen Hinweis zwingend als notwendig ansieht, da der Staat bei seiner Informationsverpflichtung der Wahrheitspflicht unterliegt.

¹³⁶¹ Vgl. VG Regensburg, Beschl. v. 23.10.2012 – Az. RO 5 E 12.1580 (zit. nach juris), Rn. 62; VG Frankfurt am Main, Beschl. v. 19.12.2012 – Az. 5 L 4249/12.F (zit. nach juris), Rn. 16..

¹³⁶² Vgl. OVG Lüneburg, NJW 2013, 1252 (1252); VG Minden, Beschl. v. 08.04.2013 – Az. 7 L 157/13 (zit. nach juris), Rn. 40, welches einen „noch angemessenen Ausgleich“ zwischen den widerstreitenden Interessen bei Veröffentlichung von bereits beseitigten Hygienemängeln sieht; VG Saarlouis, Beschl. v. 25.01.2013 – Az. 3 L 76/13 (zit. nach juris), Rn. 14, welches die Veröffentlichung bereits beseitigter Mängel als „präventive Verhaltenssteuerung“ bezeichnet.

¹³⁶³ Vgl. OVG Lüneburg, NJW 2013, 1252 (1253).

gung das Unternehmen über einen unbestimmten Zeitraum hinweg „brandmarkt“. Schließlich erlangt die Öffentlichkeit für ihre Entscheidungsgrundlage keinen Mehrwert aus der bloßen Kenntnis eines Fehlverhaltens in der Vergangenheit. Ein solches Fehlverhalten kann ein einmaliger Verstoß sein, welcher künftig unter jeden Umständen vermieden werden soll und vermieden wird und wofür auch schon die nötigen Vorkehrungen getroffen sind. Dieser Aspekt muss also – auch unabhängig von der Schwere des Verstoßes – wertend berücksichtigt werden. Regelmäßige und fortlaufende Verstöße eines Unternehmens über einen längeren Zeitraum hinweg indizieren aber auch ein künftig zu gewärtigendes Fehlverhalten. Ein nicht ganz unerheblicher oder wiederholter Verstoß liefert jedoch keine zuverlässige Basis für die Prognose, wie der Unternehmer in der Zukunft mit lebensmittelrechtlichen Vorschriften umgehen wird. Deshalb wäre es bei § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB ratsam, nur solche Verstöße einer Veröffentlichungspflicht zu unterwerfen, die auch geeignet sind, auf künftiges (Fehl-) Verhalten zu schließen. So würde dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Schaffung einer transparenten Entscheidungsgrundlage für Verbraucher/Kunden mehr Rechnung getragen.

(b.) Europarechtskonformität

Die bereits bei § 40 Abs. 1 LFGB¹³⁶⁴ diskutierte Entscheidung des EuGH auf die Vorlage des LG München I wirft die berechtigte Frage auf, ob sich hieraus auch (europarechtliche) Konsequenzen für § 40 Abs. 1a LFGB ergeben. Denn § 40 Abs. 1a LFGB sieht – wie § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 – 5 LFGB – ebenfalls eine Informationspflicht unterhalb der Schwelle einer Gesundheitsgefahr vor.¹³⁶⁵

Der EuGH hat entschieden, dass Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 einer Veröffentlichung unterhalb der Schwelle einer Gesundheitsgefahr nicht entgegensteht, somit auch eine Information über „nur“ zum Verzehr ungeeigneten Lebensmittel erfolgen darf, da sich aus der Veröffentlichungspflicht nach Art. 10 der Verordnung nicht der (Umkehr-)Schluss ziehen lässt, die Behörden dürften in anderen Fällen nicht informieren.¹³⁶⁶ Das rechtliche Müssen dürfe deshalb nicht zu der Auffassung führen, damit werde auch ein Nicht Dürfen erfasst.¹³⁶⁷ Der Hinweis des EuGH, dass eine Veröffentlichung unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr unter Beachtung von Art. 7 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004, d. h. unter Beachtung der Geheimhaltungspflichten möglich sein soll, sei mit § 40 Abs. 1a LFGB durchaus

¹³⁶⁴ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 3.) c.).

¹³⁶⁵ Vgl. auch VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1024).

¹³⁶⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-636/11 = NVwZ 2013, 1002 (1003).

¹³⁶⁷ Vgl. *Elsing/Rosenow*, ZLR 2013, 240 (241).

vereinbar.¹³⁶⁸ Denn Art. 7 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 solle keinen rechtlichen Schutz zugunsten der betroffenen Unternehmen begründen, sondern lediglich intern einen wirksamen Kontrollmechanismus gewährleisten.¹³⁶⁹ Zudem sei eine Information der Öffentlichkeit trotz grundsätzlichen Geheimhaltungsbedarfs bei überwiegendem Informationsinteresse der Öffentlichkeit möglich.¹³⁷⁰ Wenn allerdings auf europäischer Ebene die Information der Öffentlichkeit über zum Verzehr ungeeigneten Lebensmittel gebilligt wird, so muss § 40 Abs. 1a LFGB dahingehend einschränkend ausgelegt werden, dass allgemeine Hygienemängel keine Veröffentlichung rechtfertigen, sofern keine Zuordnung zu einem konkreten Lebensmittel möglich ist. Andernfalls entstünde ein Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. Der Geheimhaltungspflicht gem. Art. 7 Abs. 3 Spiegelstrich 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 unterliegen insbesondere „personenbezogene Daten“ i. S. v. Art. 2 a) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutze natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr. Zwar würde die Richtlinie 95/46/EG an sich nach ihrem Art. 3 Abs. 2 Spiegelstrich 1 überhaupt keine Anwendung finden, da die Veröffentlichung auf der Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrecht fällt. Die Ziele der EU erfassen den Verbraucherschutz gem. Art. 169 Abs. 1 AEUV und Art. 38 GrCh mit. Der Anwendungsbereich der Ziele erstreckt sich jedoch auf die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, welcher unionsübergreifend und nicht selektiv infolge nationaler Einzelakte in den jeweiligen Mitgliedsstaaten gilt. Doch auch wenn Art. 7 Abs. 3 Spiegelstrich 2 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 keinen Verweis auf die Richtlinie 95/46/EG vorsieht, kann deren Begriffsbestimmung herangezogen werden, weil keine abweichenden Definitionen ersichtlich sind. Selbst wenn die Informationen bei § 40 Abs. 1a LFGB mit Nennung der Firma (§§ 8 ff. HGB) des Unternehmens erfolgen, lässt sich die dahinterstehende natürliche Person feststellen, so dass insbesondere bei kleinen Betrieben eine notwendige Bestimmbarkeit gegeben sein dürfte, erst recht, wenn der Familienname als Teil in der Firma enthalten ist. Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 spricht davon, einer Verpflichtung zu „unterliegen“, ohne der Behörde einen Wertungs- oder Abwägungsspielraum einzuräumen. Doch kann Abs. 3 nicht ohne Abs. 2 S. 1 ausgelegt werden, nach welchem die Behörden im Hinblick auf ihr Personal sicherzustellen haben, dass der Geheimhaltungspflicht unterliegende Daten nicht veröffentlicht werden. Insofern ist von einer verfahrensrechtlichen

¹³⁶⁸ Vgl. *Elsing/Rosenow*, ZLR 2013, 240 (242).

¹³⁶⁹ Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 27.05.2009 – Az. 13a F 13/09 (zit. nach juris), Rn. 29; a. A. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (33 ff.).

¹³⁷⁰ Vgl. *Wollenschläger*, EuZW 2013, 419 (422).

Ordnungsnorm, aber nicht von einer hier begründeten subjektiv-öffentlichen Rechtsposition auszugehen. Deshalb verbleibt den Betroffenen nur die Geltendmachung eines Verstoßes gegen (Unions-)Grundrechte.

(8.) Eigene Bewertung

Durch die ungefilterte, in einem erheblichen Umfang stattfindende unternehmensbezogene Information im Internet wird die Öffentlichkeit nicht in die Lage versetzt, eine sachkundige Wahl zu treffen.¹³⁷¹ Verbraucherschutz und Verbrauchertransparenz verfolgt der Gesetzgeber aber als eine von mehreren Zielsetzungen, wenn er mit der aktiven Information den „mündigen“ Verbraucher stärken will. Zu einer solchen Stärkung ist § 40 Abs. 1a LFGB freilich nicht geeignet. Es steht bereits überhaupt nicht fest, ob die Öffentlichkeit ein Interesse an dieser Art und diesem Inhalt von Informationen hat. Die auf der Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB erfolgende Informationspolitik ist mit der Unterrichtung über etwaige Lebensmittelskandale mangels regionaler Verbreitung nicht vergleichbar. Auch darf bezweifelt werden, ob die bei § 40 Abs. 1a LFGB festgestellten Verstöße derart schwer wiegen, dass deshalb eine Veröffentlichung im Internet mit einem erheblichen Aufwand betrieben werden muss. Die hierauf gestützte Veröffentlichungspraxis kommt dem Gebot eines angemessenen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen nicht nach. Die erheblichen Zweifel an der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift sind begründet. Ungeachtet einzelner Kritikpunkte sind insbesondere die Bedenken bezüglich der fehlenden Verhältnismäßigkeit überzeugend. Überhaupt erscheinen der Normerlass wenig durchdacht und die Folgen zu wenig berücksichtigt. Nachbesserungsbedarf besteht zweifelsohne. So stellte Bundeskanzlerin Angela Merkel anlässlich einer Pressekonferenz vom 19.06.2013 wegen der NSA-Datenaffäre fest, dass das „Internet für uns alle Neuland“ sei.¹³⁷² Der Bereich des Lebensmittelrechts wird als „derzeit wichtigstes Experimentierfeld“¹³⁷³ für die angemessene Bandbreite der digitalen Welt bezeichnet. Es ist zwar richtig, dass die staatliche Politik allgemein und auch die öffentliche Verwaltung von den Veränderungen der Informationsmedien (und der Öffentlichkeit bei deren Nutzung) nicht verschont geblieben sind und dies künftig auch nicht bleiben werden. Deshalb ist es folgerichtig, dass von staatlicher Seite auf die Informationsgesellschaft reagiert wird und deren neue Möglichkeiten erprobt werden. Doch die bisherigen Versuche (geänderter) staatlicher Informationspo-

¹³⁷¹ So auch *Joh/Krämer/Teufel/Unland*, ZLR 2012, 420 (435).

¹³⁷² Vgl. bspw. www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/kanzlerin-merkel-nennt-bei-obama-besuch-das-internet-neuland-a-906673.html.

¹³⁷³ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher –und Ernährungspolitik beim BMELV, Verbraucheröffentlichkeit im Netz – Möglichkeiten und Grenzen politischer Gestaltung, März 2013, S. 2.

litik verstehen den Staat nicht als „Spieler unter anderen“¹³⁷⁴, sondern als den maßgeblichen Akteur. Der Staat kann und darf sich aber nicht mit privaten Interessen (und deren Vertretern) auf eine Stufe stellen und deren rechtliche Rahmgestaltung im Informationssektor schlicht übernehmen bzw. zu Eigen machen. Art. 20 Abs. 3 GG ist in seiner Wortwahl sehr deutlich und legt sowohl der Legislative als auch der Exekutive (Regierung und Verwaltung) die verfassungsrechtliche Bindung an Recht und Gesetz auf. Deshalb dürfen Gesetzgeber und öffentliche Verwaltung auch beim Einsatz neuer Medien/im Internet nicht so vorgehen, als wenn dort die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen für ihre Tätigkeit bestünden als bei klassischen Handlungsinstrumenten oder Medien. Ohne Berücksichtigung der erheblichen Risiken durch eine Veröffentlichung von personenbezogenen Daten im Internet, ohne ernsthafte Auseinandersetzung mit grundrechtlich relevanten Positionen und (normative) Bewältigung der dabei bestehenden Konflikte und schließlich ohne Einrichtung eines strukturell geeigneten Rechtsschutzverfahrens verhalten sich staatliche Akteure wie Amateure, für die das Internet, dessen Auswirkungen auf die Gesellschaft und der spezifische Rechtsschutz in dieser Sphäre Neuland ist. Hier sind Nachbesserungsmaßnahmen vor allem des Gesetzgebers verfassungsrechtlich wie rechtspolitisch dringend geboten.

V. Fazit

Die Zielrichtung erweist sich in allen Fällen als Informationsart der Empfehlung, teilweise sogar als Warnung vor konkreten Unternehmen. Auch wenn diese Zielrichtung eine unter mehreren darstellt, ist sie gleichwohl geeignet, erhebliche wirtschaftliche und finanzielle Konsequenzen bei den betroffenen Unternehmen hervorzurufen. Mithin ist allen hier untersuchten staatlichen Informationspraktiken der eklatante Grundrechtseingriff in insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Recht auf Berufsausübungsfreiheit in Form der Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gemeinsam. Infolgedessen bedarf die staatliche Informationstätigkeit einer wirksamen, vor allem mit geltendem Verfassungsrecht in Einklang stehenden Ermächtigungsgrundlage, an der es (derzeit) mit Ausnahme der Veröffentlichungspraxis von § 40 Abs. 1 LFGB fehlt.

¹³⁷⁴ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher –und Ernährungspolitik beim BMELV, Verbraucheröffentlichkeit im Netz – Möglichkeiten und Grenzen politischer Gestaltung, März 2013, S. 5.

C. Informationspolitik via Presse

Die herkömmliche Presse (wie Zeitungen, Zeitschriften oder Broschüren) leistet neben der staatlichen Informationspolitik einen erheblichen Beitrag zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses der Öffentlichkeit. Zur Wahrnehmung und Erfüllung ihrer Aufgaben und Ziele ist die Presse auf den Erhalt von Informationen angewiesen. Nur so kann die Presse gewährleisten, dass auf die öffentliche Meinungsbildung¹ eingewirkt werden kann. Dabei ist unerheblich, ob seitens der Presse eine so weit wie möglich objektive oder in Anlehnung an bestimmte Wert- und Moralvorstellungen subjektiv gefärbte Berichterstattung bzgl. aktueller, für die Öffentlichkeit relevanter Themen erfolgt. Denn schlussendlich liegt die Entscheidung, welches Presseerzeugnis von dem Einzelnen erworben und mithin gelesen wird, nicht im Einflussbereich des jeweiligen Verlages, sondern des an der Information Interessierten.

Im Wesentlichen ist hier zunächst der Begriff der Presse an sich näher zu bestimmen, um im Anschluss daran das verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrecht der Pressefreiheit zu analysieren. Abgerundet wird die Behandlung der Thematik schließlich mit den der Presse/einem Journalisten in den jeweiligen Landesgesetzen zustehenden speziell presserechtlichen Auskunftsansprüchen gegenüber Behörden sowie dem parallel bestehenden Auskunftsrecht im Anwendungsbereich des VIG. Hier stellt sich etwa die Frage, welche Anspruchsgrundlage der Presse einen weitergehenden Anspruch gewährt und ob nicht Wertungswidersprüche gerade im Hinblick auf die Regelungen des VIG bestehen. Schließlich ist zu untersuchen, welche materiell-rechtlich zu berücksichtigenden Interessen bei der presserechtlichen Berichterstattung vorliegen.

I. Begriff der „Presse“

Beim Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde der Begriff der „Presse“, abstellend auf Druckvorgänge und Druckerzeugnisse, auf alle körperlichen Trägermedien wie Bücher, Zeitschriften oder Zeitungen bezogen („Printmedien“).²

1.) Modifikation des Begriffs „Presse“

Die technologische Entwicklung im Bereich des Internets wirft nunmehr die Frage auf, ob die von Presseunternehmen getätigten oder veranlassten Veröffentlichungen und damit verbunden auch die Berichterstattungen im Internet oder über sog. Apps auf Smartphones ebenfalls unter den grundgesetzlichen Begriff der Presse(freiheit) fallen. Hierzu wird einerseits vertreten,

¹ Vgl. BVerfGE 10, 118 (121).

² Vgl. Clemens, in: Umbach/Clemens, Kommentar GG, Art 5 Rn 69 b; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar GG, Art 5 Rn 34.

dass diese Art der Berichterstattung bezogen auf das Medium „online“ (bzw. eine nicht verkörperte Übertragung, die auch die Veröffentlichung im Internet wie auch in Apps erfasst) vom Begriff des Rundfunks erfasst werde.³ Denn der Begriff des Rundfunks erfasse in verfassungsrechtlicher Hinsicht die unverkörpernte, an einen unbestimmten Personenkreis erfolgende Wiedergabe von Programmen mit Darbietungscharakter unter Nutzung elektromagnetischer Schwingungen.⁴ Andere wiederum unterscheiden nach dem typischen Erscheinungsbild des jeweiligen Mediums und nehmen eine Differenzierung nach verkörperten und unverkörpernten Erzeugnissen vor.⁵ Eine Einordnung könne auch nach dem äußeren oder funktionalen Erscheinungsbild erfolgen, wonach presseähnliche Abrufdienste wie die Onlineausgabe einer Zeitung oder Zeitschrift unter den verfassungsrechtlichen Begriff der Presse fallen würden.⁶ Schließlich wird vertreten, dass die Onlineausgabe einer Zeitung als Annex zur Pressefreiheit gelte und damit unter den verfassungsrechtlichen Begriff der Presse falle.⁷ Letztendlich wird – wohl zutreffenderweise – von einer weiteren Ansicht überhaupt keine Differenzierung mehr zwischen Print- und anderen Medien vorgenommen, sondern auf ein einheitliches Mediengrundrecht abgestellt,⁸ mit der Folge, dass auch die Onlineausgabe einer Zeitung oder Zeitschrift unter den verfassungsrechtlichen Begriff der Presse fällt. Der BGH sieht die mediale Berichterstattung vom Pressebegriff des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasst.⁹ Das BVerfG¹⁰ hat dies ohne Beanstandung in seinem Nichtannahmeschluss gelassen und lediglich ausgeführt, dass die Pressefreiheit auch die bloß technische Verbreitung von Äußerungen Dritter erfasse. Diese Rechtsprechung lässt den Ansatz vermuten, dass nicht mehr von der sachlichen Tätigkeit der Presse auszugehen ist, sondern stattdessen von der Bedeutung und Funktion von deren Tätigkeit.¹¹ Das derzeit noch bestehende Bedürfnis zur Vornahme einer Abgrenzung und der Einordnung medialer Berichterstattung in den Presse- oder Rundfunkbegriff ist mit Schwierigkeiten verbunden, weshalb die Nachfrage nach einem einheitlichen Grundrecht der Medienfreiheit steigt.¹²

³ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar GG, Art. 5 Rn. 48.

⁴ Vgl. nur *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Kommentar GG, Art. 5 Rn. 47.

⁵ Vgl. *Gersdorf*, AfP 2010, 421 (422 f.).

⁶ Vgl. *Jäkel*, AfP 2012, 224 (228).

⁷ Vgl. *Bullinger*, AfP 1996, 1 (3, 6).

⁸ Vgl. *Cornils*, in: *Löffler*, Presserecht, Einl. S. 3 Rn. 1; § 1 LPG S. 129 Rn. 191; a. A. *Jäkel*, AfP 2012, 224 (233).

⁹ Vgl. BGHZ 187, 240 (250).

¹⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2012, 1205 (1206).

¹¹ Vgl. *Cornils*, in: *Löffler*, Presserecht, § 1 LPG Rn. 194 S. 130.

¹² Vgl. *Cornils*, in: *Löffler*, Presserecht, § 1 LPG Rn. 198 S. 131.

2.) Eigene Bewertung

Zwar ist zu beachten, dass eine Rechtsfortbildung hier restriktiv zu handhaben ist, da die Schaffung neuen Verfassungsrechts aufgrund von Art. 79 GG dem (Verfassungs-) Gesetzgeber vorbehalten bleibt.¹³ Doch kann nicht außer Acht gelassen werden, dass der technische und mediale Fortschritt zur partiellen Verdrängung von herkömmlichen Medien wie Zeitungen und Zeitschriften geführt hat, ohne jedoch letztlich den Wesenskern der Presse und deren „öffentliche Aufgabe“, d. h. primär die Information der Bevölkerung i. S. einer Förderung öffentlicher Meinungsbildung zu verändern. Deshalb ist auch der Bereich der „neuen“ Medien, insbesondere die Verbreitung von Informationen und Meinungen im Internet dann unter den verfassungsrechtlichen Pressebegriff zu subsumieren, wenn damit die typischen Ziele der Presse erfüllt werden.¹⁴ Entscheidend müssen demnach die Bedeutung und die Funktion der Tätigkeit sein, nicht das Medium an sich.¹⁵ Deshalb kann es keinen Unterschied machen, ob die vormals gedruckten Presseerzeugnisse nunmehr in digitaler Form zum Kauf oder zum Download angeboten werden. Dieser neue Bereich kann zutreffend als „elektronische Presse“¹⁶ bezeichnet werden. Das Ergebnis – einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten – ist in beiden Fällen identisch. Somit sind unter dem Begriff der „elektronischen Presse“ Telemedien zu verstehen, die dem Presserecht unterfallen würden, wenn die „Druckwerke“ im Sinne der LPresseGe wären.¹⁷ Das Schutzziel des Art. 5 Abs. 1 GG ist zutreffenderweise als technologieblind¹⁸ zu bezeichnen. Auch ein Vergleich mit Art. 10 EMRK oder Art. 11 GrCh, welche einen einheitlichen Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit annehmen, zeigt die Anpassungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Grundlagen, ohne einzelne Schutzbereiche zu determinieren.

II. Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

1.) Sachlicher Schutzbereich

Die Pressefreiheit ist verfassungsrechtlich in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegt. Sie gewährleistet dabei insbesondere die institutionelle Eigenständigkeit der Presse – der in diesem Sektor pressemäßig tätigen Personen - von der Beschaffung der Information über die redaktionelle Bearbeitung bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung (einschließlich des Drucks

¹³ Vgl. *Sachs*, in: *Sachs*, Kommentar GG, Einf. Rn 45.

¹⁴ Dahingehend bereits BVerfGE 66, 116 (134) sowie nunmehr auch *Schemmer*, in: BeckOK GG, Art. 5 Rn. 43.1.

¹⁵ So auch *Ohrmann*, Online-Medien, S. 17.

¹⁶ Vgl. *Bullinger*, NJW 1984, 387 (390); *Mann/Smid*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, Siebter Teil, S. 913 Rn. 1.

¹⁷ *Mann/Smid*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, Siebter Teil, S. 914 Rn. 3.

¹⁸ *Cornils*, in: *Löffler*, Presserecht, § 1 LPG Rn. 184 S. 126.

und der Beförderung von Printmedien) an den Nachfrager.¹⁹ Da die Pressefreiheit für eine freie Demokratie als „schlechthin konstituierend“²⁰ gilt, ist das Pressewesen einer unmittelbaren oder mittelbaren Reglementierung oder Steuerung durch den Staat entzogen.²¹ Primäre Aufgabe der Presse im Allgemeinen ist die freie Information der Bevölkerung, um damit einen wesentlichen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten.²² Hierbei erfüllt die Presse eine öffentliche Aufgabe, wenn sie in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitwirkt.²³ Hieran anknüpfend fällt es in das Selbstbestimmungsrecht der Presse, ob, wann und wie sie über ein bestimmtes Thema berichtet.²⁴ Die Tätigkeit der Presse umfasst dabei nicht auch zuletzt die Verbreitung selbst recherchierter oder von anderen bezogener Nachrichten (Informationen).²⁵

In Abgrenzung zur Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bezieht sich die Pressefreiheit auf das spezifische Medium Presse, das der Kommunikation (also der Übermittlung von Informationen) an sich dient.²⁶ Die Kommunikation hat dabei nicht nur die objektive Mitteilung von Tatsachen zum Gegenstand und Inhalt, sondern kann daneben bzw. darüber hinaus auch die Meinung des jeweiligen Journalisten oder Verlages transportieren. Meinungsfreiheit hingegen zielt auf den bewerteten Inhalt einer Äußerung, d. h. auf die darin zum Ausdruck kommende Stellungnahme des Einzelnen zu einer Frage, welche bei dem Empfänger einen bestimmten Eindruck erzielen soll.²⁷ Folglich stellt die Pressefreiheit gerade keinen Unterfall der Meinungsfreiheit dar, sondern steht eigenständig neben dieser.²⁸ Vielfach und wohl zu Recht wird heute eine Unterscheidung zwischen Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit infolge der technischen Entwicklung als weithin obsolet angesehen, so dass nunmehr von einem einheitlichen Grundrecht der Medienfreiheit auszugehen ist.²⁹

2.) Verfassungsrechtliche Herleitung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs

Das Grundrecht der Pressefreiheit beinhaltet neben dem subjektiven Recht jedes pressemäßig Tätigen auf Abwehr von Eingriffen in den Schutzbereich auch eine objektive Einrichtungsga-

¹⁹ BVerfGE 10, 118 (121).

²⁰ BVerfGE 10, 118 (121) m. w. N.

²¹ Vgl. BVerfG, Entsch. v. 28.02.1961 – Az. 2 BvG 1/60 (zit. nach juris), Rn. 182.

²² Vgl. BVerfGE 10, 118 (121).

²³ Vgl. regelmäßig § 3 der LPresseGe.

²⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.09.2014 – Az. 1 BvR 23/14 (zit. nach juris), Rn. 29.

²⁵ Vgl. BVerfGE 85, 1 (12).

²⁶ Vgl. BVerfGE 85, 1 (12).

²⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198 (210).

²⁸ Vgl. auch *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 5 GG Rn. 44.

²⁹ Vgl. BVerfGE 107, 299 (331); *Fechner*, Medienrecht, S. 48 Rn. 100; *Korte*, Praxis des Presserechts, § 1 Rn. 2 m. w. N.

rantie, welche (u. a.) dem Auskunftsanspruch gegenüber der öffentlichen Verwaltung zugrunde liegt.³⁰ Dies begründet sich daraus, dass eine funktionsgemäße Betätigung der Presse unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben überhaupt möglich sein muss.³¹ Nur über einen Auskunftsanspruch Behörden gegenüber kann aber die Kontroll- und Informationsermittlungsfunktion der Presse ausreichend wahrgenommen werden.³² Durch die Berichterstattung der Presse wird jeder interessierte Bürger in die Lage versetzt, zahlreiche, vielfältige und zutreffende Informationen über Vorgänge und Meinungen oder auch Missstände und Gefahren zu erhalten, die er andernfalls nicht oder nur unzulänglich zur Kenntnis nehmen könnte, die für seinen Meinungsbildungsprozess wie für die Rolle der (Presse-)Medien als „Vierte Gewalt“ aber von wesentlicher Bedeutung sind,³³ weshalb die Presse generell grundlegend an sich auf die Auskunftserteilung öffentlicher Stellen angewiesen ist.³⁴

a.) Meinungsstand BVerwG

Es wird teils vertreten, dass der Anspruch auf Auskunft seitens der Presse stets einer gesetzlichen Grundlage bedürfe.³⁵ Hingegen hat das BVerwG in einer neueren Entscheidung bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage und wegen der insoweit fehlenden Gesetzgebungskompetenz der Länder zutreffend dargelegt, dass sich der presserechtliche Auskunftsanspruch gegenüber Bundesbehörden letztendlich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG herleite, um zu verhindern, dass die Wahrnehmung der Funktion der Presse nicht völlig leer laufe.³⁶ Jedoch handle es sich dabei nur um einen „Minimalstandard“³⁷. Dieser müsse aber jedenfalls eine ordnungsgemäße Betätigung der Presse ermöglichen.³⁸ Begrenzt wird dieser verfassungsrechtlich hergeleitete presserechtliche Auskunftsanspruch (wie auch der einfachgesetzlich normierte) durch berechnete schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit von Informationen.³⁹

³⁰ Vgl. BVerfGE 20, 162 (175 f.); *Bethge*, in: Sachs, Kommentar GG, Art 5 Rn 72.

³¹ Vgl. BVerfGE 20, 162 (175).

³² Vgl. BVerwGE 146, 56 (63).

³³ Vgl. BGH, NJW 2005, 1720 (1720).

³⁴ Vgl. *Alexander*, ZUM 2013, 614 (614).

³⁵ So *Clemens*, in: Umbach/Clemens, Kommentar GG, Art 5 Rn 82.

³⁶ Vgl. BVerwGE 146, 56 (64) für den Bereich der presserechtlichen Auskunft gegenüber Bundesbehörden, wobei das IFG keine spezifischen presserechtlichen Auskunftsansprüche begründet; kritisch hierzu *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, Einl. Rn. 64 ff. S. 22 f; § 4 LPG Rn. 16 ff. S. 210 f.

³⁷ BVerwGE 146, 56 (64).

³⁸ Vgl. BVerwGE 146, 56 (64).

³⁹ Vgl. BVerwGE 146, 56 (64).

b.) Meinungsstand Literatur

Kritisch wird dieser Entscheidung entgegengehalten, dass die Länder zur ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit für die Materie Presse-/Medienrecht berufen seien, was sich aus der Tradition und der gefestigten Staatspraxis ergebe.⁴⁰ Denn die LPresseGe unterscheiden bis auf das PresseG Bremens nicht beim Behördenbegriff.

c.) Eigene Bewertung

Werden die vormalige Rahmengesetzgebung des Bundes gem. Art. 75 Abs. 1 Nr. 2 GG a. F. und die fehlende Umsetzung auf Bundesebene in der Bewertung mitberücksichtigt, ist vielmehr davon auszugehen, dass sich der presserechtliche Auskunftsanspruch in den LPresseGen (nur) gegen Landesbehörden sowie diesen unterstehende Stellen richtet. Eine Rechtsverkürzung trete nicht ein, da allenfalls – mangels ausdrücklicher Regelung – ein Anspruch auf Informationserteilung immerhin aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hergeleitet werden kann.

3.) Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Pressebegriffs auf die Landespresse-gesetze

Auch wenn und soweit die mediale Veröffentlichungspraxis in verfassungsrechtlicher Hinsicht als Annex der Pressefreiheit zugeordnet wird oder unter ein einheitliches Mediengrundrecht fällt, ist fraglich, welche Konsequenzen sich für die einfach-gesetzlichen Regelungen, insbesondere die Landespressegesetze ergeben.

Mit Ausnahme des PresseG in Sachsen-Anhalt gelten die übrigen LPresseGe lediglich für (verkörperte) Druckerzeugnisse⁴¹ mit der Folge, dass die Veröffentlichung in digitalen Medien vom Anwendungsbereich des LPresseG nicht erfasst ist. Zwar ist der einfach-gesetzliche Pressebegriff nicht völlig isoliert vom verfassungsrechtlichen Pressebegriff zu betrachten, doch ist eine Unterscheidung für die beiden Regelungsmechanismen unerlässlich.⁴² Während auf verfassungsrechtlicher Ebene die Institution der Presse und die Gewährleistung ihrer Funktions- und Arbeitsweise im Vordergrund stehen, haben die LPresseGe vielmehr die Rechte und Pflichten zum Inhalt. Das LPresseG Sachsen-Anhalts gilt wegen § 6 Abs. 5 PresseG LSA auch für den Bereich der elektronischen Presse. Demgegenüber fallen in den restlichen Ländern die elektronischen Presseerzeugnisse in den Anwendungsbe-

⁴⁰ Vgl. *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, Einl. Rn. 64 ff. S. 22.

⁴¹ Vgl. bspw. § 7 Abs. 2 PresseG Baden-Württemberg.

⁴² Vgl. nur *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, Einl. Rn. 103 S. 34.

reich des § 1 Abs. 1 S. 1 TMG.⁴³ Eine Unterscheidung wird nicht anhand von inhaltlichen Maßstäben vorgenommen, sondern alleine über den Transportweg der Berichterstattung.⁴⁴ Gem. § 1 Abs. 4 TMG gelten für den Inhalt der Telemedien die §§ 54 ff. des Rundfunkstaatsvertrages. Ein Informationsrecht ergibt sich für die elektronische Presse deshalb auf diesem Wege über § 55 Abs. 3 i. V. m. § 9a des Rundfunkstaatsvertrages.⁴⁵ Dieses Informationsrecht trägt der demokratischen Kontrolle jeder Staatsgewalt ausreichend Rechnung.⁴⁶ Inhaltlich ergeben sich beim presserechtlichen Auskunftsanspruch keine Besonderheiten, insbesondere ist der Gewährleistungsanspruch der Information gegenüber den LPresseGen nicht eingeschränkt. Dies ist auch eine grundlegende Konsequenz daraus, dass die Online-Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften heute vielfältiger sind als Druckwerke.⁴⁷ Tatbestandlich wird lediglich vorausgesetzt, dass der Antragsteller auf Auskunft ein Anbieter von Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten ist. Telemedien sind gem. § 2 Abs. 1 S. 3 RStV alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste i. S. v. § 3 Nr. 24 TKG sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgeschützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 Abs. 1 S. 1 und S. 2 RStV sind. Hierzu gehören Internetseiten von Presseunternehmen. Gem. der Begründung zu § 54 Abs. 2 im 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag sind unter journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten solche zu verstehen, die als elektronische Presse in Erscheinung treten. Es ist für die Einordnung unerheblich, ob die Inhalte auch in periodischen Druckerzeugnissen erscheinen oder ausschließlich elektronisch verbreitet werden.⁴⁸ Journalistisch-redaktionelle Angebote zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen Informationen nach ihrer angenommenen gesellschaftlichen Relevanz ausgewählt und zusammengestellt werden, wobei das dahinter stehende Ziel des Anbieters ein Beitrag zur öffentlichen Kommunikation ist.⁴⁹ Gerade Presseunternehmen, die für die tägliche oder wöchentliche Meinungsbildung von der Öffentlichkeit herangezogen werden, sind als solche Angebote mit journalistisch-redaktionell gestalteten Inhalten anzusehen. Die zeitgleiche Veröffentlichung im Internet trägt zu der heutigen medialen Entwicklung bei, ohne dabei inhaltliche Abstriche in den Beiträgen nach sich zu ziehen.

⁴³ Vgl. zur Einordnung vor dem Inkrafttreten des TMG *Waldenberger/Hoß*, AfP 2000, 237 (237 ff.); *Mann/Smid*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Siebter Teil, S. 916 Rn. 9.

⁴⁴ So zutreffend *Schoch*, JZ 2002, 798 (801).

⁴⁵ Vgl. zur Rechtslage vor Änderung des Rundfunkstaatsvertrages v. 14.02.2007 und den Informationsrechten den Überblick bei *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, § 4 LPG Rn. 13 ff. S. 209 f.

⁴⁶ Vgl. LT NRW-Drs. 12/1954, S. 39.

⁴⁷ Vgl. *Waldenberger/Hoß*, AfP 2000, 237 (237), welche bereits im Jahr 2000 ein vielfältiges mediales Angebot feststellten.

⁴⁸ Vgl. VGH Mannheim, BeckRS 2014, 49810.

⁴⁹ *Held*, in: BeckOK Rundfunkrecht, § 54 RStV Rn. 51.

Die zu diesem Auskunftsanspruch ergangene Rechtsprechung marginal. Der Grund hierfür liegt darin, dass online verfügbare Zeitschriften und Zeitungen regelmäßig Printerzeugnisse haben. Im Zeitpunkt der Antragstellung ist überhaupt nicht absehbar, für welches Medium der Auskunftsanspruch erfolgt, so dass realitätsnah der Auskunftsanspruch für beide Medien geltend gemacht wird. Es sind dann keine Gründe für eine sachfremde Differenzierung ersichtlich. Auch muss es der journalistischen Freiheit überlassen werden, die im Anschluss an ein Auskunftsverlangen erhaltenen Informationen in dem einen oder anderen Medium veröffentlichen zu wollen. Eine vorzeitige Festlegung kann deshalb nicht verlangt werden. Vielmehr wäre eine Änderung der LPresseG – wie bereits in Sachsen-Anhalt vollzogen – zeitgemäß. Auch wenn vorliegend bereits eine Berichterstattung im Internet im Zeitpunkt der Auskunftserteilung anzunehmen ist, wird nachfolgend dennoch auf den presserechtlichen Auskunftsanspruch nach den LPresseGen abgestellt. Zum einen erfolgte bereits eine Einbeziehung dieser Veröffentlichungsweise in das LPresseG, zum anderen ist infolge der Verdrängung von konventionellen Presseerzeugnissen stark damit zu rechnen, dass auch bei anderen LPresseGe Änderungen veranlasst werden. Im Übrigen ist der Anspruch inhaltsgleich.⁵⁰

III. Presserechtlicher Auskunftsanspruch

Der einfachgesetzliche presserechtliche Auskunftsanspruch ist mangels (Bundes-) Zuständigkeit (gem. Art. 70 GG) durch die Länder im Rahmen der von diesen erlassenen Pressegesetzen geregelt. Der Auskunftsanspruch richtet sich dabei durchweg gegen Behörden, vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 BayPrG oder § 4 Abs. 1 BlnPrG. Gemeint sind damit die Landesbehörden sowie diesen unterstehende Stellen.⁵¹ Grundgedanke des presserechtlichen Auskunftsanspruchs ist es, der Presse zu ermöglichen, pflichtgetreu über Sachverhalte in Staat und speziell der Verwaltung auf Länderebene zu berichten und hierüber die Allgemeinheit zu informieren.⁵²

1.) Inhalt und Umfang

Die Pressegesetze⁵³ der Länder beinhalten regelmäßig eine gesetzliche Grundlage für die Geltendmachung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs gegenüber Landesbehörden und

⁵⁰ So auch *Grube/Immer/Wallau*, Verbraucherinformationsrecht, S. 79 Rn. 6.

⁵¹ Vgl. hierzu § 4 Abs. 1 PresseG Bremen, welcher den Informationsanspruch ausdrücklich nur gegen Behörden des Landes und der Gemeinden zulässt.

⁵² So auch *Fechner*, Medienrecht, S. 247 Rn. 88.

⁵³ Vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 S. 1 Bayerisches Pressegesetz, § 4 Abs. 1 LPresseG Baden-Württemberg oder § 3 Abs. 1 S. 1 Hessisches Pressegesetz.

sonstigen staatlichen Stellen⁵⁴, sofern diese nicht den Bundesbehörden zuzuordnen sind.⁵⁵ Das Auskunftsbegehren zielt auf ein schlicht hoheitliches Handeln der entsprechenden Behörde ab und nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes.⁵⁶ Sofern dies seitens der Presse klageweise geltend gemacht wird, ist die statthafte Klageart demnach keine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO, sondern die in der VwGO nicht ausdrücklich vorgesehene, aber beispielsweise in § 43 Abs. 2 S. 1 und § 111 VwGO erwähnte allgemeine Leistungsklage.⁵⁷ Lediglich ausnahmsweise, wenn der Behörde bei der Erteilung oder Versagung der Auskunft eine pflichtgemäße Ermessensausübung abverlangt wird, ist vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes auszugehen, so dass in diesem Fall als statthafte Klageart die Verpflichtungsklage in Betracht kommt.⁵⁸ Dies kann vorliegend jedoch dahingestellt bleiben, da in beiden Fällen im Bereich der vorläufigen Rechtsschutzes § 123 VwGO einschlägig ist.

Gem. bspw. § 4 Abs. 1 BlnPrG⁵⁹ erfolgt die Auskunft seitens der Behörde „zur Erfüllung ihrer [d. h. der Presse] öffentlichen Aufgaben“. Hieraus folgt, dass als Voraussetzung eines Anspruchs die Allgemeinheit ein Informationsinteresse hinsichtlich der begehrten Auskunft haben oder die Auskunft selbst für die Pressearbeit an sich von Bedeutung sein muss.⁶⁰ Inhaltlich kann sich das Auskunftsrecht nur auf die Beantwortung von konkreten Fragen oder die Aushändigung von Unterlagen, mithin auf die Weitergabe von Tatsachen, nicht jedoch auf Wertungen bzw. rechtliche Einschätzungen der Behörden beziehen.⁶¹ Eine Auskunft in Bezug auf innere Tatsachen wie Motive, Absichten und sonstige Überlegungen einer Person ist jedoch dann zulässig, sofern sich diese im amtlichen Raum manifestiert haben.⁶² Andernfalls handelt es sich noch um einen verwaltungsinternen (Entscheidungs-)Vorgang. Das Auskunftersuchen kann formfrei und ohne Einhaltung einer Frist gestellt werden. Die angefragte Auskunft wird kostenfrei erteilt, weil sie zum einen in der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe liegt. Zum anderen sehen die Gebühren- und Kostengesetze der Länder⁶³

⁵⁴ Zum Behördenbegriff vgl. nur OVG Saarlouis, ZUM-RD 1998, 573 (573 ff.) sowie *Partsch*, NJW 2013, 2858 (2859).

⁵⁵ Vgl. nunmehr ausdrücklich BVerwGE 146, 56 (58 ff.) sowie kritisch hierzu *Partsch*, NJW 2013, 2858 (2860) mit Ausführungen zur Rechtslage vor der Entscheidung und zum Ganzen *Alexander*, ZUM 2013, 614 (615).

⁵⁶ Vgl. VGH Mannheim, NJW 1979, 2117 (2118); zum Meinungsstand in der Lit. vgl. nur *Jahn*, Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Achter Teil, S. 1061 Rn. 59.

⁵⁷ Vgl. h. M. BVerwGE 31, 301 (303); *Frenz*, JA 2010, 328 (328); *Steiner*, JuS 1984, 853 (853).

⁵⁸ Vgl. hinsichtlich der Rechtsnatur eines Auskunftsbegehrens nur BVerwGE 31, 301 (306).

⁵⁹ Gem. Art. 4 Abs. 1 BayPrG ergibt sich der Auskunftsanspruch nicht uferlos, sondern unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BayPrG ebenfalls für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben.

⁶⁰ Vgl. *Fechner*, Medienrecht, S. 248 Rn. 92.

⁶¹ Vgl. *Burkhardt*, in: Löffler, Presserecht, § 4 LPG Rn. 85 S. 232.

⁶² Vgl. OVG Münster, ZUM-RD 1997, 151 (152); OVG Saarlouis, NJW 2008, 777 (778).

⁶³ Vgl. z. B. § 9 Abs. 1 Nr. 5 LGebG BW.

vor, dass für mündliche, einfache schriftliche oder elektronische Auskünfte sachliche Gebührenfreiheit besteht.⁶⁴

2.) Grenzen

Seine Grenzen erfährt der Auskunftsanspruch durch die gesetzlich geregelten Fälle in den jeweiligen LPresseGen. So normiert bspw. Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayPrG, dass die Auskunft nur dann verweigert werden darf, wenn und soweit auf Grund beamtenrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Vorschriften eine Verschwiegenheitspflicht besteht. Dabei ist Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayPrG dahingehend zu verstehen, dass die Behörde in den dort normierten Fällen grundsätzlich von der Pflicht zur Erteilung der begehrten Auskunft gegenüber der Presse befreit ist.⁶⁵ Ob aber jeweils materiell-rechtliche Geheimhaltungsvorschriften bestehen, die einer generellen Verschwiegenheitspflicht begründen und demnach der Auskunftspflicht entgegenstehen, sind stets einzelfallabhängig auf Grund des konkreten Informationsverlangens zu beurteilen.⁶⁶ Den Behörden steht bei der Beurteilung ein Ermessensspielraum zu.⁶⁷ Erst wenn keine absolute aus einer gesetzlichen Vorschrift resultierende Verschwiegenheitsverpflichtung festzustellen ist, ist dann im Rahmen (des Umfangs) der Auskunftserteilungspflicht nach entgegenstehenden Grundrechtspositionen der an der Auskunft Beteiligten zu fragen.⁶⁸ Solche Positionen Dritter stellen eine Grenze der grundsätzlich bestehenden Auskunftspflicht dar.⁶⁹ Deren genaue Ermittlung erfolgt durch Abwägung im Wege der praktischen Konkordanz, wonach einerseits das Informationsinteresse und die verfassungsrechtliche Institutsgarantie der Presse aufgrund des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und andererseits ein verfassungsrechtlich fundiertes Geheimhaltungsinteresse der Behörde oder schutzwürdiger Dritter einander gegenüber stehen.⁷⁰ Im Bereich der durch die Auskunft unmittelbar betroffenen Personen kommen insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 (i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit in Betracht.⁷¹

⁶⁴ Gleiches gilt auf Bundesebene in § 7 Nr. 1 BGeBG.

⁶⁵ Vgl. VGH München, NVwZ-RR 2007, 767 (769).

⁶⁶ Vgl. VGH München, NVwZ-RR 2007, 767 (769).

⁶⁷ Vgl. VGH München, NJW 2004, 3358 (3359).

⁶⁸ Vgl. VGH München, NVwZ-RR 2007, 767 (769).

⁶⁹ Vgl. BayVerfGH, NVwZ 2007, 204 (206).

⁷⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 503 (503) sowie VGH München, NVwZ-RR 2007, 767 (770).

⁷¹ So aufzählend VGH München, NVwZ-RR 2007, 767 (770).

IV. Informationsanspruch aus § 1 VIG

Es stellt sich die Frage, ob die Presse(vertreter) einen Anspruch auf Informationsgewährung auch über das VIG geltend machen können und vor allem, ob zwischen dem VIG und den Pressegesetzen ein Konkurrenzverhältnis besteht. Schließlich ist zu untersuchen, ob die Presse über das VIG einen einfacheren Zugang zu Informationen im Anwendungsbereich des VIG erhält als über die jeweiligen LPresseGe und ob hier nicht ein Wertungswiderspruch im Hinblick auf das VIG besteht.

1.) Antragsberechtigung

a.) Allgemeines

Gem. § 2 Abs. 1 VIG hat „jeder“ nach Maßgabe des VIG Anspruch auf freien Zugang zu Daten über die in den Nr. 1 – 7 enumerativ aufgeführten Bereiche. Nach der Gesetzesbegründung als Berechtigte erfasst sind damit sowohl natürliche als auch juristische Personen.⁷² Eine Unterscheidung nach der Informationsverwendung findet nicht statt. Der Antragsteller hat nicht darzulegen, wofür er die Information benötigt. Dadurch besteht die berechtigte Gefahr, dass ein Wettbewerber gezielt Informationen über Mitbewerber abfragt, was zu einem wettbewerbsrechtlichen Vorteil des ersteren und zur Verzerrung der tatsächlichen Marktverhältnisse führen kann.⁷³ Schließlich werden kein besonderes Interesse oder eine Betroffenheit des Anspruchsberechtigten gefordert.⁷⁴ Hierdurch wird der gravierende Unterschied zum Akteneinsichtsrecht aus § 29 VwVfG deutlich und damit verbunden die Abkehr vom rechtsstaatlichen Grundsatz auf beschränkte Akteneinsicht.⁷⁵

b.) Presse als Antragsberechtigter

Auf Grund des weiten persönlichen Anwendungsbereichs des § 2 VIG ist auch die Presse (Unternehmen wie einzelne Journalisten) antragsberechtigt. Allerdings spricht einiges dafür, den persönlichen Anwendungsbereich lediglich auf Verbraucher zu beschränken. So lautet der Gesetzestitel „Verbraucherinformationsgesetz“, ferner zielen sowohl die ganze gesetzliche Konstruktion als auch der gesetzgeberische Wille auf die Informiertheit der Verbraucher, nicht von Organisationen (oder für sie Handelnder).⁷⁶ Das IFG Nordrhein-Westfalen beschränkt den Anwendungsbereich bereits lediglich auf natürliche Personen, § 4 Abs. 1 IFG

⁷² Vgl. BT-Drs. 16/5404, S. 10.

⁷³ Vgl. *Becker*, ZLR 2011 391 (412).

⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 16/5404, S. 10.

⁷⁵ So auch *Theis*, DVBl 2013, 627 (627).

⁷⁶ So auch *Wiemers*, ZLR 2009, 413 (417).

NRW. Es wäre jedoch verfehlt anzunehmen, dass es dem Gesetzgeber im Ergebnis auf die Informiertheit speziell des Verbrauchers ankäme, so dass für diesen unerheblich ist, von wem er die für sich als maßgeblich erachteten Informationen erhält. Presseorgane oder gar die Behörde selbst haben keinerlei Kenntnis darüber, was den einzelnen Verbraucher interessiert, über welches konkrete Produkt oder Lebensmittel er Informationen begehrt. Die Behörde geht von einem Generalinteresse an Transparenz im Lebensmittelbereich aus, die Presse bedient sich zur Steigerung der Attraktivität regelmäßig aktueller Themen. Um der Gefahr der missbräuchlichen Verwendung des Informationsrechts vorzubeugen, wäre es erforderlich, den persönlichen Anwendungsbereich *de lege ferenda* lediglich auf Verbraucher i. S. d. § 13 BGB zu begrenzen.⁷⁷

2.) Inhalt

a.) Allgemeines

Der Inhalt des Auskunftsanspruchs richtet sich nach § 1 Nr. 1 und 2 VIG. Erfasst werden Informationen über Erzeugnisse im Sinne des LFGB sowie Verbraucherprodukte, die unter die Begriffsbestimmung des § 2 Nr. 26 ProdSG fallen. Darunter wird insbesondere das weite Feld der Konsumgüter erfasst, welche in Supermärkten, Warenhäusern oder Einzelhandelsgeschäften der Öffentlichkeit zum Kauf angeboten werden.⁷⁸ Gem. § 2 Abs. 1 VIG sind von dem Informationsanspruch alle Daten über nach Nr. 1 von den nach Bundes- und Landesrecht zuständigen Stellen festgestellte nicht zulässige Abweichungen⁷⁹ von Anforderungen des LFGB und des ProdSG, auf Grund dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen sowie unmittelbar geltender Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich der genannten Gesetze sowie Maßnahmen und Entscheidungen, die im Zusammenhang mit den in Nr. 1 genannten Abweichungen getroffen worden sind, umfasst.⁸⁰ Die begehrte Information muss somit einen konkreten Produktbezug aufweisen.⁸¹ Eine Auskunft über konkrete hygienische Missstände oder das allgemeine Hygienebewusstsein in Gaststätten oder Restaurants werden vom Anwendungsbereich gerade nicht erfasst.

⁷⁷ So auch *Becker*, ZLR 2011, 391 (412 f.) für den Bereich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, a. A. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 188.

⁷⁸ *Klindt/Schucht*, in: *Klindt*, Kommentar ProdSG, § 2 Rn. 186, 190.

⁷⁹ Kritisch zum Begriff *Becker*, ZLR 2011, 391 (410 f.).

⁸⁰ Kritisch zum Ganzen *Theis*, DVBl 2013, 627 (628).

⁸¹ Vgl. VG Berlin, LKV 2013, 131 (133).

b.) Informationsinhalt

Fraglich ist, ob ein Gleichlauf mit dem Inhalt der aktiven Veröffentlichungspraxis auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB oder § 6 Abs. 1 S. 3 VIG anzunehmen ist. Dort wird vertreten,⁸² es sei für ausreichend zu erachten, dass hygienische Mängel einem Lebensmittel zugeordnet werden können. Ein konkreter Bezug wird nicht gefordert. Allerdings spricht bereits der Wortlaut des Gesetzes gegen einen Gleichlauf. Der konkrete Produktbezug resultiert aus dem Zweck des Gesetzes: Gem. § 1 VIG zielt der Informationsanspruch auf Herstellung von Markttransparenz und damit verbunden den Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor gesundheitsschädlichen oder sonst unsicheren Ergebnissen oder Verbraucherprodukten. Der Öffentlichkeit wird nach dem Willen des Gesetzgebers nur ein Interesse bzgl. konkreter Produkte eines Unternehmens unterstellt. Es wäre auch realitätsfern anzunehmen, dass Verbraucher – unter Berücksichtigung der Bearbeitungsdauer eines Antrags – Informationen über allgemeine hygienische Zustände in einer Gaststätte oder einem Restaurant beantragen, wenn der nächste Gaststättenbesuch unmittelbar bevorsteht. Etwas anderes könnte sicherlich unter dem Blickwinkel angenommen werden, dass die Presse über die allgemeinen Hygienemissstände eines Betriebs berichten möchte. Doch auch hier muss gelten, dass sich der Zweck des VIG bei der passiven Information lediglich auf konkrete Lebensmittel und Produkte bezieht.

3.) Grenzen

Ausschluss- und Beschränkungsgründe des Informationsanspruchs regelt § 3 VIG. Ein Informationsausschluss kommt bei entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Belangen in Betracht, welchen eine nicht zu unterschätzende Funktion beizumessen ist.⁸³

a.) Entgegenstehende öffentliche Belange

Der Anspruch auf Informationserteilung gem. § 3 S. 1 Nr. 1 VIG kann aus entgegenstehenden öffentlichen Belangen versagt werden. Relevant ist in dieser Fallgruppe insbesondere § 3 S. 1 Nr. 1b VIG, wonach ein Anspruch nicht besteht über Informationen während eines laufenden Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens.⁸⁴ Dies hat zur Folge, dass vor Beginn und nach Abschluss eines Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens ein Informationsanspruch besteht⁸⁵. Die Norm selbst lässt jedoch eine Ausnahme für Informationen nach

⁸² Vgl. Dritter Teil, B. IV. 3.) d.) (7.) (a.) (aa.).

⁸³ Vgl. *Eifert*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009, 66 (68).

⁸⁴ Vgl. zu etwaigen Ausnahmen vom Ausschluss infolge des Gesetzeszwecks nur *Domeier*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009, 84 (88 ff.).

⁸⁵ Vgl. *Beyerlein*, in: Beyerlein/Borchert, Kommentar VIG, § 2 Rn. 34 ff.

§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 VIG zu, d. h. für Informationen über festgestellte nicht zulässige Abweichungen von gesetzlichen Anforderungen sowie Informationen über von Erzeugnissen oder Verbraucherprodukten ausgehende Gesundheitsgefahren.⁸⁶ Im Übrigen können Informationen aufgrund einer allgemeinen Abwägungsklausel trotz bestehendem Ausschlussgrund auch während der Dauer eines Verfahrens herausgegeben werden. Als problematisch erweist sich § 3 S. 3 VIG, wonach während der Dauer eines Strafverfahrens Informationen nur unter den dort geregelten zusätzlichen Voraussetzungen herausgegeben werden können. Allerdings wird nicht bedacht, dass die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK und über § 49b OWiG das beschränkte Auskunftsrecht nach § 475 StPO auf das Ordnungswidrigkeitenverfahren ebenfalls Anwendung finden.⁸⁷ Die essentiellen Verfahrensrechte des Beschuldigten werden durch diese Regelung im VIG ausgehebelt.⁸⁸ Denn trotz laufendem Ordnungswidrigkeitenverfahren hat die Behörde die Möglichkeit, ohne weitere Beschränkungen Informationen auf Antrag herauszugeben. Soweit vom Schutzzweck des § 1 VIG her noch einleuchtend ist, dass die Information über konkrete Gesundheitsgefahren auch während eines Bußgeldverfahrens keinen Aufschub gebietet, weswegen die von Gesetzes wegen vorgesehene Ausnahme hier plausibel ist, ist es nur schwer nachvollziehbar, weshalb in anderen Fällen, d. h. unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr, eine Information nach Abwägung der Interessen erteilt werden darf.

b.) Entgegenstehende private Belange

Ferner sieht § 3 S. 1 Nr. 2 VIG einen Versagungsgrund im Hinblick auf entgegenstehende private Belange vor. Relevant ist hier insbesondere § 3 S. 1 Nr. 2a VIG, wonach eine Informationserteilung über „personenbezogene“ Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG) nicht erfolgen darf. Dies gilt nicht, wenn und soweit das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt, § 3 S. 2 VIG. Hieraus folgt zunächst, dass einem diesem entgegenstehenden privaten Belang im Rahmen der Abwägung gegenläufiger Interessen grundsätzlich der Vorzug zu gewähren ist.⁸⁹ Durch den grundsätzlichen Vorrang personenbezogener Daten wird auch § 16 Abs. 4 BDSG Rechnung getragen. Denn danach dürfen personenbezogene Daten, welche an einen Dritten übermittelt worden sind, nur für denjenigen Zweck verarbeitet oder genutzt werden, zu dessen Erfüllung sie übermittelt werden. Allerdings weicht die Abwägungsklausel diese Zweckbindung und den Schutz personenbezogener Daten wieder auf. Denn nach der

⁸⁶ Vertieft hierzu *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225 (227); *Kube*, ZLR 2007, 165 (186).

⁸⁷ Vgl. *Theis*, DVBl 2013, 627 (628).

⁸⁸ Vgl. *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175 (180).

⁸⁹ So auch *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225 (227).

gesetzlichen Regelungssystematik kann das einfach-gesetzliche Informationsrecht der Öffentlichkeit sich gegenüber dem verfassungsrechtlich geschützten Geheimhaltungsrecht des Betroffenen durchsetzen, was insoweit zu einer Umkehrung der gesetzlichen Darlegungslast führt.⁹⁰ Der Antragsteller muss nicht mehr darlegen, dass er ein berechtigtes Interesse an der Information innehat, sondern der betroffene Dritte muss darlegen, dass sein Interesse an der Geheimhaltung der Information überwiegt. Gelingt ihm das nicht, ist dem Informationsinteresse Vorzug zu gewähren.⁹¹ Dies ist grundrechtlich unter keinem Gesichtspunkt mehr vertretbar,⁹² wenn und soweit es sich nicht um Informationen i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VIG handelt. Nur in diesen Fällen greift zugunsten der Öffentlichkeit die staatliche Pflicht zum Schutz vor Gesundheitsgefahren, so dass sich hier zwei verfassungsrechtliche Rechtsgüter gegenüberstehen.

c.) Abwägungsklausel

(1.) Allgemeines

Sowohl bei entgegenstehenden öffentlichen als auch bei privaten Interessen ist eine Abwägungsmöglichkeit mit der Folge vorgesehen, dass es dennoch zu einer Informationserteilung kommen kann, vgl. § 3 S. 1 Nr. 1b, S. 2 VIG. Wenn und soweit ein Verbraucher als Antragsteller agiert, müsste das Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Unternehmen stets gegenüber dem Informationsinteresse überwiegen, da gerade noch nicht feststeht, ob überhaupt ein Verstoß im Anwendungsbereich des VIG vorliegt.⁹³ Denn die betroffenen Unternehmensinteressen genießen gegenüber dem schlichten Informationsinteresse des Verbrauchers höheren Rang, nämlich Verfassungsrang.⁹⁴ Als zusätzlicher Abwägungsgrund mag die Ungewissheit über den Verfahrensausgang eines Bußgeld-, Verwaltungs- oder Strafverfahrens mit in die Abwägung einzustellen sein.⁹⁵ Dieses erweist sich als sinnvoll, da auf diese Weise gewährleistet werden kann, dass alle für den Einzelfall maßgeblichen Umstände bei der Entscheidung mitberücksichtigt werden.

⁹⁰ Vgl. auch *Becker*, ZLR 2011, 391 (416).

⁹¹ Vgl. *Becker*, ZLR 2011, 391 (416).

⁹² So deutlich *Becker*, ZLR 2011, 391 (416).

⁹³ So auch *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175 (182).

⁹⁴ Vgl. *Becker*, ZLR 2011, 391 (415); *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175 (182).

⁹⁵ Vgl. *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225 (227).

(2.) Interesse der Presse

(aa.) Allgemeines

Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn die Presse als Antragsteller fungiert. Die Pressefreiheit ist verfassungsrechtlich in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG normiert und umfasst auch die Beschaffung von Informationen.⁹⁶ Dies führt dazu, dass dann zwei Schutzgüter mit Verfassungsrang in die Abwägung mit einfließen. Stehen sich zwei derartige Schutzgüter gegenüber, sind die kollidierenden Rechtspositionen beim Abwägungsvorgang – dem Grundsatz der praktischen Konkordanz entsprechend – in möglichst hohem Maße in ihrer jeweiligen Wirksamkeit zu entfalten und einander im Sinne einer Wechselwirkung verhältnismäßig zuzuordnen.⁹⁷ Wird Bezug genommen auf Informationen, welche Gegenstand eines laufenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind, stehen der Unternehmenseite neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Berufsausübungsfreiheit auch das essentielle Verfahrensrecht der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) zur Seite. Demgegenüber kann sich die Presse auf ihre Pressefreiheit und deren konstitutive Bedeutung in der Demokratie berufen. Beiden Aspekten kommt ein immenser Stellenwert zu. Entscheidend muss aber sein, dass eine verfrühte oder gar falsche Berichterstattung samt Namensnennung aufgrund der Irreparabilität der Veröffentlichung von Informationen gravierende Nachteile für das betroffene Unternehmen nach sich ziehen kann. Unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr ist schon fraglich, ob ein Informationsinteresse überhaupt besteht. Erst recht, wenn es sich um Informationen aus einem noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Bußgeldverfahren handelt.

(bb.) Verdachtsberichterstattung

Handelt es sich um Informationen aus einem noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Bußgeldverfahren, könnten die Grundsätze der Verdachtsberichterstattung Anwendung finden.⁹⁸ Dies ist dann zulässig, wenn ein Mindestmaß an beweisbaren Tatsachen vorliegt, die einen gewissen Wahrheitsgehalt enthalten und der Angelegenheit damit Öffentlichkeitswert verleihen. Die Berichterstattung darf nicht auf eine Vorverurteilung des Betroffenen hinauslaufen, sondern es müssen auch die zu seinen Gunsten bestehenden Tatsachen an die Öffentlichkeit gebracht werden. Ferner ist dem Betroffenen Gelegenheit zur eigenen Stellungnahme einzuräumen sowie schließlich und vor allem muss es sich um einen Vorgang von gravierendem Gewicht handeln, in Bezug auf den ein Mitteilungsbedürfnis der Allgemeinheit besteht. Ein Vorgang von gravierendem Gewicht kann bei Verstößen im Lebensmittelbereich aber erst

⁹⁶ BVerfGE 10, 118 (121).

⁹⁷ Vgl. nur BVerfG, DÖV 2015, 240 (247).

⁹⁸ Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen nur BGHZ 143, 199 (203 ff.).

dann angenommen werden, wenn die Schwelle zur Gesundheitsgefahr überschritten ist. Doch einzig die Sachlage der Gesundheitsgefahr rechtfertigt eine Herausgabe von Informationen, ohne dass ein solches Bußgeldverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Hier verdienen dann die Aktualität und das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit Vorrang vor dem Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen.⁹⁹ Die Unschuldsvermutung gem. Art. 6 Abs. 2 EMRK kann dem Betroffenen nicht zu Gute kommen, da bereits zweifelhaft sei, ob diese auf die Berichterstattung der Presse überhaupt Anwendung finde, im Übrigen bei Beachtung der Grundsätze über die Verdachtsberichterstattung nicht verletzt ist.¹⁰⁰ Deshalb obliegt der Presse gerade bei der Verdachtsberichterstattung eine aus der freien Meinungsäußerung gem. Art. 10 EMRK resultierende Pflicht und Verantwortung, eine sorgfältige Abwägung der Pressefreiheit einerseits mit dem ggfs. bestehenden Informationsinteresse der Öffentlichkeit andererseits vorzunehmen.¹⁰¹ Neben der sprachlichen Darstellung des (Tat-)Vorwurfs ist vor allem auf die Persönlichkeit des Beschuldigten zu achten, um so den Anspruch auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht zu gefährden.¹⁰² Zu beachten ist auch hier, dass die Unschuldsvermutung lediglich auf die Verdachtsberichterstattung über natürliche Personen Anwendung findet bzw. dann, wenn und soweit die natürliche Person leicht identifiziert werden kann.

In anderen Fällen, d. h. solchen unterhalb der Schwelle der Gesundheitsgefahr, ist eine Informationserteilung erst nach rechtskräftigem Abschluss des Bußgeldverfahrens angezeigt. Nur so kann gewährleistet werden, dass die berechtigten verfassungsrechtlich geschützten Unternehmerinteressen im Hinblick auf die Irreparabilität der Informationen ausreichend geschützt werden.

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebietet ebenfalls kein anderes Ergebnis. Denn nach den einschlägigen LPresseGe darf die Auskunft verweigert werden, wenn diese den Vorschriften über die Geheimhaltung entgegenlaufen würde, vgl. bspw. § 4 Abs. 2 Nr. 2 LPresseG BW. Vorschriften über die Geheimhaltung finden sich während eines laufenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens in § 49b OWiG i. V. m. § 475 StPO. Zwar ist § 4 Abs. 2 Nr. 2 LPresseG BW als Ermessensvorschrift ausgestaltet, so dass die Versagung eines Anspruchs grundsätzlich einer Abwägung zugänglich ist. Doch kann ein Informationsrecht der Presse erst dann überwiegen, wenn es sich um Auskünfte von wesentlicher oder gar überragend wichtiger Bedeutung für die Öffentlichkeit handelt,¹⁰³ was bei Informationen unterhalb der

⁹⁹ Vgl. zu den Abwägungsgründen im Einzelfall nur *Gounalakis*, NJW 2012, 1473 (1476 f.).

¹⁰⁰ Vgl. BGHZ 143, 199 (203 f.). sowie kritisch hierzu *Becker*, ZLR 2011, 391 (421).

¹⁰¹ Vgl. *Meyer*, in: Karpenstein/Meyer, Kommentar EMRK, Art. 6 Rn. 166.

¹⁰² Vgl. *Meyer*, in: Karpenstein/Meyer, Kommentar EMRK, Art. 6 Rn. 166.

¹⁰³ Vgl. zum Ganzen VG München, AfP 2012, 593 (596).

Schwelle der Gesundheitsgefahr regelmäßig nicht der Fall ist. Denn auch im Anwendungsbereich der LPresseGe sind kollidierende Verfassungsgüter im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen.

Die Verwaltung hat im Anwendungsbereich des VIG demnach vom grundsätzlichen Vorliegen dem Informationsanspruch entgegenstehender privater Interessen auszugehen.¹⁰⁴ In Abweichung vom Grundsatz, dass den betroffenen Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen entgegenstehender privater Interessen obliegt, muss infolge des gesetzlich konstruierten voraussetzungslosen Informationszugangs zwingend der Verwaltung der Nachweis auferlegt werden, ob der Informationsanspruch besteht.¹⁰⁵

d.) Rechtsschutz

(1.) Allgemeines

Eine weitere Grenze der Auskunftserteilung über das VIG lässt sich in der Einräumung der Rechtsschutzmöglichkeit an das betroffene Unternehmen sehen. § 5 Abs. 1 S. 1 VIG sieht eine grundsätzliche Anhörungspflicht des betroffenen Dritten entsprechend § 28 VwVfG vor.¹⁰⁶ § 5 Abs. 1 S. 2 VIG erweitert den Katalog des § 28 Abs. 2 VwVfG in Bezug auf Entbehrlichkeit einer Anhörung. Von dieser kann insbesondere nach Nr. 1 abgesehen werden, wenn es sich um Informationen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG handelt. Bei einer Drittbeteiligung hat die Behörde innerhalb von zwei Monaten den Antrag auf Informationserteilung zu verbescheiden, § 5 Abs. 2 S. 2 VIG. Diese Entscheidung ist dem Dritten bekannt zu geben, § 5 Abs. 2 S. 3 VIG. Bei Informationen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gem. § 5 Abs. 4 S. 1 VIG keine aufschiebende Wirkung (i. S. v. § 80 Abs. 1 VwGO). Auch wenn eine Anhörung nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VIG unterblieben ist, darf die Information erst erteilt werden, wenn diese Absicht dem Dritten bekanntgegeben und ihm ein ausreichender Zeitraum für die Einlegung eines Rechtsbehelfs zugestanden wurde. Dieser Zeitraum soll zwei Wochen nicht überschreiten, § 5 Abs. 4 S. 3 VIG.

(2.) Kritik

§ 5 Abs. 4 S. 1 VIG wird für rechtlich bedenklich gehalten.¹⁰⁷ Die fehlende aufschiebende Wirkung führe dazu, dass dem betroffenen Unternehmen regelmäßig nur der Weg des vorläu-

¹⁰⁴ Vgl. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 170.

¹⁰⁵ Vgl. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 169.

¹⁰⁶ Zur Bedeutung für die Wahrnehmung dieser Möglichkeit zutreffend *Grote*, in: Böhm/Freund/Voit, VIG 2009, 113 (115 ff.).

¹⁰⁷ Vgl. *Theis*, DVBl 2013, 627 (630), a. A. *Kube*, ZLR 2007, 165 (187 f.) zum VIG a. F.

figen Rechtsschutzes offen stehe, um eine aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs anordnen zu lassen, da die Erteilung von Informationen trotz ergriffenen Widerspruchs oder Anfechtungsklage zu irreparablen Zuständen führe.¹⁰⁸ Dies zielt auf einen faktischen Vollzug der Informationserteilung, ohne die Möglichkeit zu belassen, die Informationserteilung wieder rückgängig zu machen.¹⁰⁹ Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung führt aber aufgrund des summarischen Verfahrens dazu, dass dort keine endgültige Entscheidung getroffen werden kann. Hierzu muss der betroffene Dritte weiteren Rechtsschutz beanspruchen. Grundsätzlich sind die Zweifel an der Norm berechtigt, da vor dem Hintergrund der Irreparabilität der Informationserteilung eine restriktive Handhabung geboten ist.

(3.) Eigene Bewertung

§ 5 Abs. 4 S. 1 VIG bezieht sich auf die Fälle des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG. In diesem Fall wird vom Tatbestand her bereits ein festgestellter Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verlangt. Etwaige Unsicherheiten werden ausgeschlossen. Allerdings erscheint es auch wertungswidersprüchlich, die aufschiebende Wirkung nur in den Fällen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG zu verneinen, während § 2 Abs. 1 Nr. 2 VIG Gefahren für die menschliche Gesundheit erfasst. Dieser Umstand würde viel eher eine unverzügliche Information der Öffentlichkeit trotz schwebenden Gerichts- oder Bußgeldverfahrens erfordern als schlichte nicht zulässige Abweichungen von lebensmittelrechtlichen Vorschriften. Der Gesetzgeber begründet diesen Widerspruch damit, dass eine Information der Öffentlichkeit über Rechtsverstöße nach Abwägung der widerstreitenden Interessen sachgerecht sei.¹¹⁰

Nicht unberücksichtigt bleiben darf die Sichtweise der betroffenen Unternehmen. Insofern führt die Herausgabe von Informationen zu einer irreparablen Sachlage. Mit Erteilung der beantragten Information an die Presse verliert die Behörde die Kontrolle über diese.¹¹¹ Bereits aus diesem Grund wäre es sachgerecht, die aufschiebende Wirkung nicht von Gesetzes wegen auszuschließen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn und soweit es sich um Informationen über aktuelle Gesundheitsgefahren handelt. In diesen Fällen ist eine Ausnahme von Art. 19 Abs. 4 GG durchaus gerechtfertigt, da der Behörde die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auferlegt wird.¹¹² Das Aussetzungsinteresse des Betroffenen bzgl.

¹⁰⁸ Vgl. *Theis*, DVBl 2013, 627 (630) sowie kritisch zum Ganzen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG vgl. *Becker*, ZLR 2011, 391 (419 f.).

¹⁰⁹ Vgl. *Grube/Immel*, ZLR 2011, 175 (185).

¹¹⁰ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 18.

¹¹¹ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2011, 443 (444).

¹¹² Vgl. auch *Becker*, ZLR 2011, 391 (420).

der Vollziehung einer staatlichen Maßnahme hat aus Gründen der Gesundheitsgefahr und somit der Notwendigkeit einer sofortigen Vollziehung zurückzutreten.

4.) Verhältnis zum Pressegesetz

Die Presse kann ihr Auskunftsverlangen sowohl auf die einschlägigen Pressegesetze stützen als auch auf das VIG.¹¹³ Diesem Ergebnis steht § 2 Abs. 4 VIG nicht entgegen, wonach Vorschriften dieses Gesetzes, d. h. des VIG nicht gelten, soweit in anderen Rechtsvorschriften entsprechende oder weitergehende Vorschriften vorgesehen sind. Zwar wird vertreten, dass gerade im Lebensmittel dem Fachrecht Vorrang vor dem allgemeineren Gesetz einzuräumen ist.¹¹⁴ Diese Sperrwirkung wäre allerdings im Verhältnis Presse(vertreter) und Jedermann nicht praktikabel, da bei Ablehnung eines Antrags auf Grundlage des Fachrechts sogleich ein zweiter Antrag auf Grundlage des allgemeinen Gesetzes gestellt werden könnte, der aber infolge einer Sperrwirkung abgelehnt werden müsste; hierzu müssten wiederum die Daten gespeichert werden, was gerade nicht vorgesehen ist.¹¹⁵

Das VIG ist allerdings nach seinem Gesetzeszweck nicht auf die Auskunftserteilung an Presseorgane, juristische Personen oder andere Personenvereinigungen zugeschnitten. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen gerade Verbraucher gezielt Informationen im Anwendungsbereich des VIG erhalten können.¹¹⁶ Insbesondere die Ausschluss- und Beschränkungsgründe des § 3 VIG machen deutlich, dass es der Gesetzgeber hier nicht auf einen Ausgleich widerstreitender Interessen mit Verfassungsrang abgesehen hat. Das Auskunftserteilungsverfahren sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener Dritten und auch insbesondere die Abwägungsklausel lassen erkennen, dass es dem Gesetzgeber zumindest primär um den Kreis der Verbraucher an sich ging. Dies wird auch daraus deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Abwägungsklausel den antragsberechtigten Verbraucher, das betroffene Unternehmen und die Behörde als Interessengruppen berücksichtigt hat.¹¹⁷ Es wäre deshalb ratsam, im Wege der Auslegung den persönlichen Anwendungsbereich gänzlich auf die Verbraucherschaft zu begrenzen. Denn die Presse hat über die einschlägigen Pressegesetze einen auf ihre Bedürfnisse zugeschnittenen Auskunftsanspruch. Dieser dient der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der Presse, und seine Geltendmachung hängt anders als im VIG im Interesse einer zeitnahen Informationsbeschaffung nicht von besonderen verfahrensmäßigen Anforderungen ab.¹¹⁸ Dieser

¹¹³ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2011, 958 (959).

¹¹⁴ So *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984 (989).

¹¹⁵ So zutreffend *Schnabel*, NVwZ 2012, 854 (857 f.) m. w. N.

¹¹⁶ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 1.

¹¹⁷ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 16.

¹¹⁸ VGH Mannheim, NVwZ 2011, 958 (959).

fundamentalen Aufgabe der Presse würde es zuwiderlaufen, wenn der Auskunftsanspruch nach den Pressegesetzen im Anwendungsbereich des VIG verdrängt werden würde. Denn so würde die Presse einem aufwendigen Verfahren ausgesetzt werden, welches dem Bedarf an rascher Informationserteilung nicht gerecht werden würde.

V. Materiell-rechtlich durch eine Veröffentlichung betroffene Interessen

Im Unterschied zur staatlichen Informationspolitik kann sich das betroffene Unternehmen gegenüber der Presse grundsätzlich nicht (direkt) auf seine Grundrechte berufen. Gem. Art. 1 Abs. 3 GG binden die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Allerdings können die in den Grundrechten niedergelegten Grundsätze über die Regelungen des einfach-gesetzlichen Rechts für den Einzelnen Schutz entfalten, sog. Drittwirkung der Grundrechte.¹¹⁹ Wird zunächst lediglich die Berichterstattung durch die Presse in den Blick genommen, können den betroffenen Unternehmen hiergegen Abwehr- und Unterlassungsansprüche über § 823 Abs. 1 BGB in Form des „sonstigen Rechts“ zustehen. Hier ist zunächst zu klären, welche konkreten sonstigen Rechte durch eine Berichterstattung über lebensmittelrechtliche Verstöße berührt werden können und wie sich die Pressefreiheit hierauf auswirkt. Im Anschluss daran ist zu untersuchen, ob die Öffentlichkeit berücksichtigungsfähige Interessen an einer Berichterstattung hat.

1.) „Sonstiges Recht“ i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB

„Sonstige Rechte“ i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB sind aufgrund der systematischen Stellung hinter dem absoluten Recht „Eigentum“ nur dem Eigentum ähnliche Rechte mit Ausschließlichkeitscharakter.¹²⁰ In den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB können also nur solche Rechte fallen, welche gegenüber jedermann wirken und somit von jedermann verletzt werden können. Unter sonstige Rechte i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB fallen insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Vermögen an sich wird nicht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt,¹²¹ da es sich lediglich als Ergebnis eines Erwerbsprozesses darstellt.

a.) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Ebenso wie im Verfassungsrecht handelt es sich beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB um kein starres abgegrenztes Recht, sondern es variiert im Inhalt und

¹¹⁹ Vgl. nur BGH, ZUM-RD 2015, 151 (152).

¹²⁰ Vgl. zur h. M. nur *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 11.

¹²¹ Vgl. BGHZ 41, 123 (127).

ist deshalb den tatsächlichen Gegebenheiten anpassbar und damit Ausgestaltungen zugänglich. Allerdings decken sich verfassungsrechtlicher und zivilrechtlicher Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht, obwohl auch das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wird.¹²² Denn gerade beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht handelt es sich um ein Grundrecht, das auch im Privatrechtsverkehr gegenüber jedermann relevant werden kann, weil es seinen Ursprung letztlich in der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG hat,¹²³ während das Zivilrecht ansonsten vom Grundsatz der Privatautonomie geprägt wird und dem Einzelnen in der Gesellschaft ein selbstbestimmtes und eigenverantwortliches Agieren nach diesem Recht zuerkennt. Dies hat zur Folge, dass bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch andere in der Gesellschaft Agierende eine andere Schutzwirkung zugesprochen werden muss, da sich diese weiteren Akteure ebenso auf den Grundsatz der Privatautonomie berufen können. Im Gegensatz hierzu können sich staatliche Institutionen nicht (mit wenigen Ausnahmen wie z. B. den Justizgrundrechte) auf Grundrechte berufen, haben diese vielmehr von Verfassungs wegen zu achten, d. h. sie sind nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsverpflichtet.

(1.) Schutzbereich

(a.) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nicht nur auf natürliche Personen begrenzt. Auch juristische Personen und Vereinigungen können sich hierauf berufen. Dieser Schutz besteht dann aber nur in einem Umfang, der durch ihr Wesen als Zweckerschöpfung des Rechts, ihre satzungsgemäße Funktion und ihre soziale Wertgeltung beschränkt wird.¹²⁴

(b.) Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht wird grundsätzlich das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner personalen und sozialen Identität sowie auf Entfaltung und Entwicklung seiner individuellen Persönlichkeit auch gegenüber anderen Akteuren im privaten Rechtsverkehr geschützt.¹²⁵ Erfasst sind hiervon Ausprägungen wie der Schutz persönlicher Daten oder die Darstellung des Einzelnen in der Öffentlichkeit.¹²⁶ Bezogen auf Unternehmen wird vom Schutzbereich des all-

¹²² Vgl. BVerfG, NJW 2006, 3409 (3409).

¹²³ Konkret hierzu BGHZ 24, 72 (76).

¹²⁴ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 92.

¹²⁵ BGHZ 13, 334 (338); *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 86.

¹²⁶ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 86.

gemeinen Persönlichkeitsrechts auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr umfasst,¹²⁷ so dass sich juristische Personen und Vereinigungen auf ihr Recht auf freie Entfaltung i. S. der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit berufen können.¹²⁸ Schließlich fällt auch die unternehmerische Selbstdarstellung in den Schutzbereich.¹²⁹ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterteilt sich auch auf dem Gebiet des Zivilrechts in die Intim-, Privat- und Sozialsphäre, wobei unternehmerische Interessen überwiegend der Sozialsphäre zuzuordnen sind.

(2.) Verletzungshandlung

Die Verletzungshandlung an sich stellt bereits eine Beeinträchtigung der jeweiligen Sphäre dar. Geht es um die mediale Berichterstattung über Unternehmen im Lebensmittelbereich, kann dadurch eine Beeinträchtigung der Sozialsphäre vorliegen. Als Anknüpfungspunkt einer Verletzungshandlung kommen sowohl die Beschaffung von Informationen über lebensmittelrechtliche Verstöße als auch die daran anschließende Berichterstattung und kommentierende Bewertung in Betracht.

Erfolgt die Beschaffung von Informationen über lebensmittelrechtliche Verstöße auf der Grundlage des VIG, so erhält das betroffene Unternehmen wegen § 5 Abs. 2 S. 3 VIG hiervon Kenntnis. Zielt das Interesse des Unternehmens auf Unterlassung der Herausgabe von Informationen, so muss es sich nach den Grundsätzen des Verwaltungs- und Prozessverfahrens zunächst an die Behörde wenden. Zivilrechtliche Unterlassungsansprüche und deren gerichtliche Durchsetzung wirken lediglich inter partes, so dass es der (nicht prozessbeteiligten) Behörde weiterhin nicht verwehrt wäre, die beantragten Informationen herauszugeben, § 322 Abs. 1 ZPO.

Somit kann die Verletzungshandlung nur in der Berichterstattung auf Grundlage der erhaltenen Informationen bestehen. Bereits das Bereithalten der Veröffentlichung eines Berichts im Internet ist grundsätzlich geeignet, eine Verletzungshandlung darzustellen.¹³⁰ Regelmäßig sind die Auswirkungen einer medialen Berichterstattung im Internet den durch staatliche Informationspolitik im Internet resultierenden Auswirkungen gleich. Denn auch im Fall der Berichterstattung durch die Presse wird ein Fehlverhalten bzw. ein Missstand öffentlich bekannt gemacht und wird dadurch das Unternehmen oder Produkt eines Unternehmens in den Augen des Adressaten als negativ qualifiziert.¹³¹ Diese Wirkungen treten nicht nur dann ein, wenn

¹²⁷ Vgl. st. Rspr., BVerfGE 73, 261 (270).

¹²⁸ Vgl. nur BVerfGE 66, 116 (130).

¹²⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2008, 838 (839).

¹³⁰ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (229).

¹³¹ Vgl. BVerfGE 35, 202 (226).

eine aktive Berichterstattung erfolgt, d. h. wenn die Berichterstattung im Volltext auf der Homepage des jeweiligen Presseunternehmens gelesen werden kann, sondern bereits dann, wenn Inhalte auf einer passiven Darstellungsplattform im Internet zum Abruf bereitgehalten werden.¹³² Denn auch diese Vorgehensweise macht jedem interessierten Internetnutzer den Inhalt der Berichterstattung zugänglich.¹³³ Der Informationsanspruch nach dem VIG beschränkt sich nicht nur auf Informationen, die aus einem abgeschlossenen Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren herrühren, sondern kann sich auch auf Informationen während eines laufenden Verfahrens erstrecken, vgl. § 3 Nr. 1b, Nr. 2 VIG.

Geht es um die Informationserteilung auf Grundlage der LPresseGe, so wird den Betroffenen vorab keine Gelegenheit zur Stellungnahme eröffnet, weshalb es auch in deren Anwendungsbereich entscheidend auf die bereits veröffentlichten Informationen ankommt.

(3.) Rechtswidrigkeit

Die in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten Rechtsgüter und Rechte weisen strikte Grenzen auf, ihre Inhalte lassen sich abschließend festlegen. Deshalb indiziert die Verletzungshandlung bei diesen Rechtsgütern und Rechten auch die Rechtswidrigkeit. Anders gestaltet sich dies bei den „sonstigen Rechten“ i. S. des § 823 Abs. 1 GG, da es sich insbesondere beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht um einen generalklauselartigen Tatbestand handelt, so dass die Bestimmtheit dieses Rechts weder in seinen Grenzen noch in seinem Inhalt allgemein festzulegen ist.¹³⁴ So indiziert die Verletzungshandlung nicht deren Rechtswidrigkeit, sondern diese ist auf Grund des offenen Tatbestandes in jedem konkreten Einzelfall positiv festzustellen.¹³⁵ In Ausnahme zu den anderen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB gebietet das allgemeine Persönlichkeitsrecht keine schrankenlose Durchsetzung eigener Interessen, sondern erfordert im Streitfall eine umfassende Güter- und Interessenabwägung, bei welcher im Rahmen sorgsamer Würdigung und Abwägung alle für seine Abgrenzung bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen sind.¹³⁶ Die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung kann nur dann positiv festgestellt werden, wenn die geschützten Interessen des Betroffenen die auf Seite des Verletzenden überwiegen.¹³⁷ Konkurrieren auf der Abwägungsebene zwei oder mehr Grundrechtspositionen miteinander, wovon eines das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen ist und auf Seiten des Verletzers die Meinungsfreiheit steht, so bedarf es einer doppelten Interessenabwägung, da das

¹³² Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (229).

¹³³ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (229).

¹³⁴ Vgl. grundlegend BGHZ 24, 72 (78).

¹³⁵ Vgl. statt vieler *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 95.

¹³⁶ Vgl. BGHZ 24, 72 (80).

¹³⁷ Vgl. zur st. Rspr. nur BGH, NJW 2012, 3645 (3645).

allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur auf verfassungsrechtlicher, sondern auch auf zivilrechtlicher Ebene gewährt wird.¹³⁸ Diese Prämisse ist auch auf die Pressefreiheit als schutzwürdiges Interesse auf Seiten des Verletzenden übertragbar, da auch der hierdurch gewährte Schutz seine Grenzen in Art. 5 Abs. 2 GG bzw. in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze findet.¹³⁹ Der Inhalt der Abwägung ergibt sich aus einer grundsätzlichen Betrachtung des Stellenwerts der betroffenen Grundrechtspositionen (sowie der Gewährleistung der EMRK) wie auch unter Berücksichtigung der Intensität der Beeinträchtigung im konkreten Fall.¹⁴⁰ Handelt es sich im Streitfall um eine Berichterstattung im Internet, so dürfen die Besonderheiten dieser Materie, insbesondere die rasante und nicht kontrollfähige Verbreitung,¹⁴¹ nicht außen vor gelassen, sondern sie müssen zwingend mitberücksichtigt werden.¹⁴² Deshalb werden nachfolgend die Interessen der betroffenen Unternehmen und der Presse analysiert, wobei keinem der in Frage stehenden Verfassungsgüter generell Vorrang einzuräumen ist.¹⁴³

(a.) Seite des betroffenen Unternehmens

Auf Seiten des Verletzten bzw. der in Rede stehenden betroffenen Unternehmen ist zunächst festzustellen, welche rechtliche Sphäre durch eine mediale Berichterstattung über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften berührt wird. Da sich die Sphärentheorie weit überwiegend am allgemeinen Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen orientiert, kommt für juristische Personen lediglich die Sozialsphäre als betroffen in Betracht. Die Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen hat konkreten Bezug zur unternehmerischen Tätigkeit und zum beruflichen Umfeld der hinter dem Unternehmer stehenden Person(en), so dass sich die unternehmerische und persönliche Entfaltung von Beginn an im Kontakt mit der Umwelt vollzieht.¹⁴⁴ Dennoch können auch Verletzungshandlungen, welche (nur) die Sozialsphäre beeinträchtigen, rechtswidrig sein. Zwar reicht der Schutz in dieser Sphäre nicht so weit wie derjenige in der Privatsphäre, doch können schwerwiegende Auswirkungen wie etwa Stigmatisierung und soziale Ausgrenzung gleichwohl unzulässig sein.¹⁴⁵ Dass durch eine solche Berichterstattung das Konsum- und Reaktionsverhalten der Konsumenten – gerade bei Namensnennung des betroffenen Unternehmens – gravierende Auswirkungen auf sein soziales Umfeld haben kann, ist hier die zwangsläufige Folge. Das soziale Umfeld reagiert dadurch, dass

¹³⁸ Vgl. BGH, NJW 2005, 2766 (2770).

¹³⁹ Ausführlich dazu BGH, NJW 2005, 2766 (2770).

¹⁴⁰ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (229).

¹⁴¹ Vgl. Pfeifer, JZ 2012, 851 (854).

¹⁴² Vgl. Glaser, NVwZ 2012, 1432 (1435).

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 34, 269 (282).

¹⁴⁴ Vgl. nur BGHZ 161, 266 (268 f.).

¹⁴⁵ Vgl. BVerfGE 97, 391 (404).

dieses Unternehmen bei der künftigen Konsumententscheidung gemieden wird. Hierdurch kann eine mehr oder weniger weitgehende Isolierung gegenüber der Öffentlichkeit eintreten. Dies weist wiederum einen starken Bezug zur Sozialsphäre auf, so dass eine Berichterstattung wegen solcher Folgen durchaus rechtswidrig sein kann.

Als weiterer Inhalt des Abwägungsvorgangs sind die Schwere und die Folgen eines Eingriffs relevant. Durch die mediale Berichterstattung im Internet sind besonders die in diesem Zusammenhang oft auftretenden negativen Folgen wie Prangerwirkung und Perpetuierung durch die Speicherung und Verlinkung des Inhalts zu berücksichtigen.¹⁴⁶ Ferner wirken beeinträchtigend die fehlende Möglichkeit einer endgültigen Löschung im Internet sowie die Verstärkung des Effekts durch den Einsatz von Suchmaschinen.

Schließlich kann das eigene Verschulden des betroffenen Unternehmens mit zu berücksichtigen sein. Dies gilt nicht in jedem Fall. Vielmehr sollte das Verhalten daraufhin untersucht werden, welcher Verschuldensgrad dem Verletzten anzulasten ist. Bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten kann dieser Umstand wertend berücksichtigt werden.¹⁴⁷ Ein lediglich fahrlässiges Verhalten sollte regelmäßig unbeachtlich bleiben und nur im Einzelfall, etwa bei zahlreichen wiederkehrenden Verstößen, herangezogen werden. Deshalb wären lebensmittelrechtliche Verstöße jedenfalls auf zivilrechtlicher Ebene auch auf den Grad des Verschuldens hin zu untersuchen.

(b.) Seite der Presse

Für die Seite des Schädigers fließen in den Abwägungsvorgang wesentlich das Motiv und der Zweck der Verletzungshandlung ein. Zu fragen ist danach, ob auf Seiten des Schädigers noch ein vertretbares Verhältnis zwischen dem mit der Veröffentlichung erstrebten Zweck und der für den Betroffenen eintretenden Beeinträchtigung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu konstatieren ist.¹⁴⁸ Schließlich gilt es zu berücksichtigen, in welcher Funktion der Schädiger die Verletzungshandlung vorgenommen hat.¹⁴⁹

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang noch, dass sich Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse¹⁵⁰ bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen

¹⁴⁶ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 97.

¹⁴⁷ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar BGB, § 823 Rn. 98.

¹⁴⁸ Vgl. BGHZ 31, 308 (313).

¹⁴⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2003, 3262 (3263).

¹⁵⁰ Abzustellen ist nach h. M. auf den formalen verfassungsrechtlichen Pressebegriff, so dass die elektronische Presse von der Norm erfasst wird, vgl. nur *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Zweiter Teil, S. 138 Rn. 3.

Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG auf das sog. Medienprivileg¹⁵¹ (§ 41 BDSG) berufen können. Das bedeutet, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Befreiung von den Pflichten des BDSG eintritt.

(aa.) Meinungs- oder Pressefreiheit

Fraglich ist zunächst, ob die Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen in den Schutzbereich der Meinungs- oder aber der Pressefreiheit fällt. Ist eine Veröffentlichung bereits erfolgt, zielt das betroffene Unternehmen auf die Unterlassung und ggfs. den Widerruf von deren Inhalt ab. Die in einem Presseerzeugnis enthaltene Meinungsäußerung des Journalisten fällt dabei in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, da es bei der Pressefreiheit um die besondere Garantie der Kommunikation durch ein Massenmedium geht und sie (erst) dann einschlägig ist, wenn es um die eine einzelne Meinungsäußerung übersteigende Bedeutung der Presse für die freie und individuelle Meinungsbildung überhaupt geht.¹⁵² Der Schutzbereich der Pressefreiheit ist daher dann berührt, wenn es um die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, um ein Presseerzeugnis selbst, um seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sowie um die Institution einer freien Presse überhaupt geht. Handelt es sich dagegen um die Frage, ob eine bestimmte Äußerung erlaubt war oder nicht, insbesondere ob ein Dritter eine für ihn nachteilige Äußerung hinzunehmen hat, ist ungeachtet des jeweiligen Verbreitungsmediums Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einschlägig.¹⁵³ Bei der Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen können beide Grundrechte einschlägig sein. Geht es um den Inhalt der Berichterstattung an sich, so ist das Grundrecht auf Meinungsfreiheit in den Abwägungsvorgang einzustellen, wenn und soweit es nicht nur um die Mitteilung reiner Tatsachen geht. Darüber hinaus kann allerdings auch die Pressefreiheit zugunsten des Schädigers berücksichtigt werden. Steht die Aufklärung der Allgemeinheit oder eine Berichterstattung im überwiegend öffentlichen Interesse¹⁵⁴ in Frage, so beurteilen sich diese Aspekte am Maßstab des Grundrechts der Pressefreiheit.

¹⁵¹ Vgl. zur Bedeutung nur BGH, NJW 2011, 2285 (2288 f.).

¹⁵² Vgl. BVerfGE 85, 1 (12).

¹⁵³ BVerfGE 85, 1 (13).

¹⁵⁴ Vgl. BVerfG, NJW 2003, 3262 (3263).

(bb.) Negative Berichterstattung

Eine negative Berichterstattung unter Namensnennung stellt zwangsläufig eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.¹⁵⁵ Allerdings ist eine anonyme Berichterstattung auf Ausnahmen zu beschränken,¹⁵⁶ da es gerade zu den legitimen Aufgaben der Medien gehört, konkret und d. h. unter Nennung der Verletzer über Verfehlungen zu berichten.¹⁵⁷ Grundsätzlich gilt hier, dass wahre Tatsachenbehauptungen vom Betroffenen hingenommen werden müssen, auch wenn diese für ihn nachteilig sind, unwahre dagegen nicht.¹⁵⁸ Eine Ausnahme besteht dann, wenn eine Berichterstattung auf wahrer Tatsachengrundlage geeignet ist, einen Schaden herbeizuführen, der außer Verhältnis zu dem Interesse an der Berichterstattung steht.¹⁵⁹ Steht im Zeitpunkt der Berichterstattung der Wahrheitsgehalt (noch) nicht fest, so ergibt sich ein Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG nur dann, wenn eine spezifisch pressemäßige Sorgfalt bei der Recherche der Informationen vorgelegen hat.¹⁶⁰ Handelt es sich um eine Berichterstattung während eines laufenden Ermittlungsverfahrens, so ist auch Art. 6 Abs. 2 EMRK und die darin verbürgte Unschuldsvermutung zu berücksichtigen.¹⁶¹ Dem Gegenstand der Berichterstattung kommt maßgebliche Bedeutung zu; zu fragen ist ferner, ob die Angelegenheit von öffentlichem Interesse ernsthaft und sachbezogen erörtert und damit der Informationsanspruch der Öffentlichkeit erfüllt und zur Bildung der öffentlichen Meinung beigetragen wird.¹⁶² Deshalb sind der Anlass und die Umstände der Berichterstattung mit in die Abwägung einzubeziehen.¹⁶³ Eine Berichterstattung zur Befriedigung von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse kann durchaus meinungsbildenden Charakter haben und von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sein.¹⁶⁴ Schließlich sind die europarechtlichen Vorgaben für den Bereich der Meinungs- und Medienfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen. Eine Einschränkung der Meinungs- und Medienfreiheit ist nur im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 EMRK möglich, wobei eine restriktive Auslegung des Abs. 2 zu erfolgen hat.¹⁶⁵ Auch auf europarechtlicher Ebene obliegt den Journalisten eine Prüfungspflicht hinsichtlich der erlangten Informationen in Bezug auf ihren Wahrheitsgehalt.¹⁶⁶ Werden Informationen von amtlicher

¹⁵⁵ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (229).

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 119, 309 (326).

¹⁵⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2012, 1500 (1501).

¹⁵⁸ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (230).

¹⁵⁹ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (230).

¹⁶⁰ Vgl. BGH, NJW 1987, 2225 (2226).

¹⁶¹ Vgl. BGH, NJW 2013, 229 (230).

¹⁶² Vgl. nur BGH, NJW 2012, 763 (765).

¹⁶³ Vgl. nur BGH, NJW 2012, 763 (765).

¹⁶⁴ Vgl. BGH, ZUM 2008, 957 (959).

¹⁶⁵ Vgl. hierzu EGMR, NJW 2001, 1995 (1997).

¹⁶⁶ Vgl. EGMR, NJW-RR 2011, 981 (983).

Stelle erlangt, kann sich die Presse auf deren Richtigkeit grundsätzlich verlassen,¹⁶⁷ wenn und soweit sich keine Umstände zeigen, welche Zweifel an dem Wahrheitsgehalt aufkommen lassen (müssen).

(cc.) Presserechtliche Sorgfalt

Eine Berichterstattung über lebensmittelrechtliche Verstöße setzt voraus, dass die Presse zuvor in den Besitz der jeweiligen Kontrollergebnisse gelangt (ist). Diese Kenntnis kann sie sich über den presserechtlichen Auskunftsanspruch oder den Informationsanspruch nach dem VIG verschaffen. Wenn und soweit es sich um Informationen aus einem noch nicht abgeschlossenen Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren handelt, genügt die Presse ihrer spezifisch pressemäßigen Sorgfalt, weil und soweit die Informationen aus der Sphäre der Behörde herrühren. Diesen kann zunächst die Vermutung der Richtigkeit zugesprochen werden. Weiterreichende Anforderungen sind an die presserechtliche Sorgfalt grundsätzlich nicht zu stellen. Doch ist fraglich, ob die Berichterstattung über solche Informationen und Vorgänge überhaupt im (überwiegenden) Interesse der Öffentlichkeit liegt. Denn die Informationen haben regelmäßig abgeschlossene und zurückliegende Verstöße zum Gegenstand und sind mit dem Zustand im Zeitpunkt der Berichterstattung deshalb nicht mehr ohne weiteres vergleichbar. Zwischen dem Antrag auf Erteilung der beantragten Informationen und der tatsächlichen Erteilung durch die Behörde kann sich der hygienische Zustand bei einem Unternehmen ohne weiteres in positiver Richtung verändert haben. Sofern es sich nicht um gravierende Verstöße gegen Vorschriften handelt, die geeignet sind, sich nachteilig auf die Gesundheit von Menschen auszuwirken, wird sonstigen (geringeren) Verstößen ein Informationsinteresse abzusprechen sein. Denn Informationen über zurückliegende Verstöße ohne gleichzeitige Unterrichtung über den aktuellen Zustand sind bei Namens- bzw. Firmennennung geeignet, erhebliche Umsatzeinbußen bis hin zur Existenzgefährdung oder Existenzvernichtung von hierdurch betroffenen Unternehme(r)n herbei zu führen. Die Öffentlichkeit kann kein gewichtiges Interesse an Verstößen haben, wenn und weil sie auch für die eigene Entscheidungsgrundlage keine wesentliche Bedeutung mehr entfalten. Hier gilt nichts anderes als bei der aktiven staatlichen Informationspolitik auf der Grundlage des VIG und LFGB.¹⁶⁸ Zu bedenken ist, dass sich die mediale Berichterstattung generell auf alle Unternehmen erstreckt, welche gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen haben, aber sich jeweils konkret auf ein oder mehrere Unternehmen begrenzen wird. In diesem Fall ist der Berichterstattung eine Prangerwirkung

¹⁶⁷ Vgl. EGMR, NJW 2000, 1015 (1018).

¹⁶⁸ Vgl. Dritter Teil, B. II. 3.)

eben in Bezug auf diese Unternehmen beizumessen. Der eigentliche lebensmittelrechtliche Verstoß wird dabei nicht mehr im Vordergrund stehen, ebenso wenig die Information der Öffentlichkeit hinsichtlich dieses Verstoßes. Eine neutrale und sachbezogene Berichterstattung über Mängel und Fehlverhalten hätte zur Voraussetzung, dass allgemein über solche Verstöße, ggfs. zumindest nicht unter Namens- und Firmennennung unterrichtet wird. So würde die Öffentlichkeit ausreichend auf das generelle Problem lebensmittelrechtlicher Verstöße aufmerksam (gemacht) werden, ohne dass bestimmte Unternehmen namentlich genannt werden (müssten).

b.) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Als weiterer offener Tatbestand ist bei § 823 Abs. 1 GG das Recht am „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als „sonstiges Recht“ relevant. Wie bereits beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁶⁹ erläutert, handelt es sich auch hier um einen offenen Tatbestand, so dass die Rechtswidrigkeit einer Verletzungshandlung erst und stets positiv auf Grund einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann.

(1.) Schutzbereichseingriff

(a.) Allgemeines

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schützt nur vor sog. betriebsbezogenen Eingriffen, d. h. solchen Beeinträchtigungen, die die Grundlagen des Betriebs bedrohen oder gerade den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben oder seine Tätigkeit als solche in Frage stellen.¹⁷⁰ Der Eingriff muss sich gezielt gegen die betriebliche Organisation oder die unternehmerischen Eigenschaften als solche richten, weshalb lediglich mittelbare Folgen für die unternehmerische Betätigung außen vor zu bleiben haben.¹⁷¹

(b.) Negative Berichterstattung

Die negative Berichterstattung unter Namensnennung kann geeignet sein, in den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einzugreifen und kann dann nach positiver Feststellung auch rechtswidrig sein. Eine Berichterstattung unter Namens- oder Firmennennung mit dem Inhalt, dass ein bestimmtes Unternehmen öffentlich angepran-

¹⁶⁹ Vgl. Dritter Teil, C. V. 1.) a.).

¹⁷⁰ BGH, NJW 1983, 812 (813).

¹⁷¹ Vgl. BGH, NJW 2003, 1040 (1041).

gert wird mit der voraussehbaren Folge, dass zumindest Teile der Öffentlichkeit dieses künftig meiden werden, ist als zielgerichtet anzusehen. Werden Informationen nach einem konkreten Unternehmen erfragt, geht es regelmäßig darum, eben dieses Unternehmen der Öffentlichkeit gegenüber negativ darzustellen. Denn dieser Berichterstattung kommt es offensichtlich darauf an, dass sich die Informierten hieran ausrichten und im „Idealfall“ mit diesem Unternehmen künftig keine Geschäfte mehr tätigen werden.

Anders lässt sich dies nur beurteilen, wenn eine neutrale und sachbezogene Berichterstattung erfolgt, die nicht intendiert, der Öffentlichkeit eine negative Einstellung zu dem jeweiligen Unternehmen zu suggerieren. In beiden Fällen kann es nicht mehr darauf ankommen, ob die Berichterstattung auf einer wahren Tatsachengrundlage fußt. Denn auch wahre Tatsachen sind ohne weiteres geeignet, erhebliche Folgen für die Betroffenen herbeizuführen. Der Schutzbereich ist berührt.

(2.) Rechtswidrigkeit

Sodann stellt sich die Frage der Rechtswidrigkeit und der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung. Der Geschäftszweck von Lebensmittelunternehmen oder Speisegaststätten konzentriert sich auf die Herstellung, Zubereitung und den Verkauf von Lebensmittelprodukten. Wird ein derartiges Unternehmen namentlich in einem negativen Kontext genannt, hat dies zwangsläufig zur Folge, dass Kunden davon Abstand zu nehmen, die Angebote des Unternehmens weiter wie bisher zu nutzen. Auch hier muss berücksichtigt werden, ob es sich um solche Verstöße handelt, welche in der Vergangenheit begangen worden sind und ohne weiteren Bezug zur Gegenwart stehen oder es sich um akute Verstöße handelt, bei denen (zudem) Gefahren für die menschliche Gesundheit drohen. Im ersten Fall muss ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit aufgrund der gravierenden Folgen für das Unternehmen zurückstehen, insbesondere dann, wenn noch überhaupt nicht mit Sicherheit feststeht, ob ein Verstoß tatsächlich erfolgt ist oder vorliegt. Im zweiten Fall ist dem Gesundheitsschutz (der Öffentlichkeit/der Kunden) Vorzug einzuräumen. Es steht nicht das Unternehmen als solches im Vordergrund, sondern der Gesundheitsschutz der Bevölkerung. Deshalb kann eine Berichterstattung hierüber nicht als rechtswidrig angesehen werden. Im ersten Fall liegt ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor. Denn die negative Berichterstattung über hygienische Missstände ist nicht der Systemkritik zuzuordnen, bei welchem die Betriebsbezogenheit des Eingriffs verneint wird.¹⁷² Es findet gerade keine kritische Auseinandersetzung mit der Gesamtheit der Lebensmittelunternehmen oder eines bestimmten abgrenz-

¹⁷² Vgl. BGH, NJW 1963, 1871 (1872).

baren Bereichs davon statt. Vielmehr konzentriert sich die Berichterstattung gänzlich auf ein konkretes Lebensmittelunternehmen, so dass sich die Rechtmäßigkeit auch nicht aus dem Blickwinkel einer allgemein kritischen Auseinandersetzung über interessierende Vorgänge herleiten lässt.¹⁷³

2.) Interessen der Öffentlichkeit als relevante Interessen?

Die Interessen der Öffentlichkeit als solche auf Berichterstattung über lebensmittelrechtliche Verstöße sind nicht als eigenständiger Belang zu beachten, weil diese verfassungsrechtlich nicht geschützt sind. Jedem Mitglied der Öffentlichkeit steht ein Anspruch auf voraussetzungslosen Zugang zu Informationen nach dem VIG zu. Dies erachtet der Gesetzgeber (derzeit) als ausreichend. Dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit kann allerdings inzident bei der Beurteilung der Frage eine maßgebliche Bedeutung zukommen, ob die mediale Berichterstattung rechtswidrig ist. Eine Berichterstattung über aktuelle, für die Öffentlichkeit und Allgemeinheit wesentliche Vorgänge kann einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durchaus rechtfertigen und ist dann rechtmäßig. Der sensible Bereich des Lebensmittelrechts erfordert aktuelle Informationen, allerdings nur dann, wenn ansonsten Gesundheitsgefahren drohen bzw. hervorgerufen werden können. In anderen Fällen ist ein schutzwürdiges Interesse der Öffentlichkeit an Informationen nicht erkennbar, da lebensmittelrechtliche Verstöße bereits abgeschlossen sind und weil bzw. soweit keine Aussagen über den aktuellen Hygienestatus getroffen werden.

3.) Eigene Bewertung

Der Unterlassungsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB hat die Pflicht zur Abwägung der gegenläufigen Interessen zur Folge. Dies ist der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der staatlichen Informationspolitik vergleichbar. Im Gegensatz dazu sind bei § 823 Abs. 1 BGB die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Presse (anstelle die des Staates) zu berücksichtigen. Diesen stehen auf gleicher Stufe die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Unternehmen gegenüber. Die Öffentlichkeit kann weder ein verfassungsrechtliches noch einfachgesetzliches Interesse geltend machen.

Der Auskunftsanspruch nach dem VIG hat gegenüber demjenigen nach den LPresseGen für die betroffenen Unternehmen den entscheidenden Vorteil, dass eine Benachrichtigung einer beabsichtigten Informationserteilung erfolgt und das Gesetz eine Wartepflicht für den gerichtlichen Eilrechtsschutz vorsieht.

¹⁷³ Vgl. BGHZ 91, 117 (122)

Andererseits erweist sich der Auskunftsanspruch nach den LPresseGen für die Presse (deren Organe/Vertreter) als gebührenfrei und zeitlich schneller.

Vierter Teil

Ausgleichsmöglichkeiten bei Interessenkonflikten

A. Allgemeines

Nicht die Schaffung einer (formal ausreichenden) gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die staatliche Informationspolitik stellt die primäre Herausforderung dar, sondern viel eher der dabei notwendig durchzuführende faire Ausgleich widerstreitender Interessen.¹ Die Tatsache des Vorhandenseins kollidierender Interessen von Verbrauchern, der (betroffenen) Unternehmen sowie der Möglichkeiten und Grenzen (obligatorischer) staatlicher Informationspolitik würde an sich grundsätzlich eine Abwägung durch den Gesetzgeber selbst durch entsprechende Normgestaltung erwarten lassen. Allerdings hat sich dieser dafür entschieden, der Behörde zumindest im Rahmen des § 40 Abs. 1a LFGB keinen Ermessensspielraum einzuräumen, so dass beim Vollzug der Regelung hinsichtlich der Frage, ob die Behörde tätig werden will, eine Abwägung widerstreitender Interessen überhaupt nicht möglich erscheint.² Die Vorschrift des § 40 Abs. 1a LFGB ist damit abwägungsfeindlich ausgestaltet,³ gleichwohl stellt sich die Frage, ob im Bereich der staatlichen Informationspolitik im Lebensmittelsektor dennoch in der Praxis ein sachgerechter Interessenausgleich geschaffen werden kann oder gar muss. Dieser Ausgleich lässt sich mit verschiedenen Instrumentarien bewirken, durch Einsatz von Interessenabwägungsmöglichkeiten (im Wege einer Normauslegung), unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensspielräumen sowie prozessual über unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten.⁴ Die Veröffentlichung von Informationen über das Internet berührt zwangsläufig Interessen Dritter. Eine Auseinandersetzung mit Konflikten im Rahmen des Normerlasses und Normvollzugs ist unumgänglich.

Für den Anwendungsbereich des VIG sollen die dort geregelten Ausschluss- und Beschränkungsgründe gem. § 3 VIG geeignet sein, einen verfassungsgemäßen Ausgleich der Interessen herzustellen.⁵ Die unternehmerischen Interessen haben dann zurückzutreten, wenn und soweit ein tatsächlicher Verstoß gegen Rechtsvorschriften des Lebensmittelrechts festgestellt werde.⁶ Vom Ansatz her zutreffend fordern *Pache/Meyer*⁷ für den Ausgleich (zumindest teilweise) gegenläufiger Interessen von Staat, Öffentlichkeit (insbesondere Verbrauchern) und Unter-

¹ So auch *Kube*, ZLR 2007, 165 (182).

² Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1025).

³ Vgl. *Pache/Meyer*, in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 25, 28.

⁴ Vgl. zu den drei ersten Instrumentarien *Kube*, ZLR 2007, 165 (190).

⁵ Vgl. *Kube*, ZLR 2007, 165 (183).

⁶ Vgl. *Kube*, ZLR 2007, 165 (185).

⁷ *Pache/Meyer*, in: Meyer/Streinz, Kommentar LFGB, § 40 Rn. 4.

nehmen eine eindeutige rechtliche Grundlage, beruhend auf einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine öffentliche Information einschließlich Warnungen unter strenger Berücksichtigung rechtsstaatlicher Erfordernisse regelt und damit auch der angemessenen gerichtlichen Kontrolle zugänglich macht. Nachfolgend werden einige wesentliche Instrumentarien für den Ausgleich widersprechender Interessen in multipolaren Rechtsverhältnissen darzustellen und zu bewerten sein. Zu unterscheiden sind die Bereiche der Normanwendungs- und der Rechtsschutzebene.

B. Normanwendungsebene

I. Interessenabwägung vor Veröffentlichung

Eine Interessenabwägung vor der Veröffentlichung von Informationen kann über eine vorherige Anhörung des betroffenen Unternehmens gewahrt werden, um so die widerstreitenden Interessen in einem multipolaren Interessenkonflikt in Einklang zu bringen.

Grundsätzlich sieht das Verwaltungsverfahrenrecht in Anlehnung⁸ an das Gebot zur Wahrung des rechtlichen Gehörs vor Gericht aus Art. 103 Abs. 1 GG (und gleichsam zu dessen möglichst frühzeitiger Berücksichtigung) vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes i. S. v. § 35 VwVfG die Anhörung des Betroffenen vor, § 28 Abs. 1 i. V. m. §§ 11, 13 VwVfG⁹.

1.) Anhörungspflicht bei § 40 Abs. 1a LFGB

a.) Allgemeines

Da es sich bei der Veröffentlichung auf Grundlage des § 40 Abs. 1a LFGB jedoch nicht um einen Verwaltungs-, sondern um einen Realakt handelt, kommt eine direkte Anwendung des § 28 Abs. 1 VwVfG nicht in Betracht; auch eine Analogie¹⁰ scheidet aus, wenn eine etwaige Regelungslücke bereits anderweit geschlossen wird. In der Tat sieht § 40 Abs. 3 LFGB vor der Veröffentlichung einer Information eine Pflicht zur Anhörung des betroffenen Unternehmens voraus, sofern nicht der mit der Maßnahme verfolgte Zweck gefährdet wird.¹¹ Eine Zweckgefährdung ist bei § 40 Abs. 1a LFGB regelmäßig nicht anzunehmen, da keine Gesundheitsgefahr vorliegt und der Verstoß, den die zu veröffentlichende Information betrifft, meist bereits beseitigt ist, bevor es zu einer Bekanntmachung kommt. Insoweit kann deshalb gerade in Fällen des § 40 Abs. 1a LFGB eine Anhörungspflicht erwachsen.¹²

b.) Umsetzung

Problematisch ist, dass § 40 Abs. 3 LFGB keinerlei Vorgaben für die Umsetzung der Anhörungspflicht enthält.¹³ Insbesondere wird moniert, dass die Vorschrift keine Regeln für die Dauer der dadurch eingeräumten Äußerungsmöglichkeit normiert. Allerdings lässt sich diese Frage, wie bei § 28 Abs. 1 VwVfG auch, über eine individuelle Fristsetzung durch die zuständige Behörde lösen. Zwar führt dies zu einer uneinheitlichen bundesweiten Anwendung.

⁸ Vgl. zum Meinungsstand bzgl. der Ableitung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren nur *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (32 f.).

⁹ Vgl. zur landesrechtlichen Regelung die in den Landesgesetzen zum Verwaltungsverfahren enthaltene inhaltsgleiche Bestimmung oder Verweisung auf § 28 VwVfG.

¹⁰ Für eine Analogie vgl. *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 (31 f.).

¹¹ Zur mutmaßlichen gesetzlichen Intension vgl. *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (296).

¹² Vgl. *Grube/Immel/Wallau*, Verbraucherinformationsrecht, S. 55 R. 57; *Schoch*, NVwZ 2012, 1497 (1502).

¹³ Vgl. *Kühne/Preuß*, ZLR 2012, 284 (297).

Doch kann so die Behörde dem jeweiligen Einzelfall gerecht werden. Schwieriger zu lösen erscheint allerdings, wie die zuständige Behörde mit einem Einspruch des Unternehmens gegen die Veröffentlichung umzugehen hat. Es ist nicht ernsthaft davon auszugehen, dass das von der geplanten Veröffentlichung betroffene Unternehmen (ohne weiteres bzw. immer) seine Zustimmung hierzu erteilt. Damit bleibt zu klären, ob die Behörde die Veröffentlichung trotz einer dem entgegenstehenden Äußerung vornehmen darf oder sich vorab mit dem Betroffenen in einem bestimmten Streitbeilegungsverfahren auseinanderzusetzen hat. Wird allerdings der vom Gesetzgeber mit § 40 Abs. 1a LFGB intendierte Zweck einer Verbraucherinformation berücksichtigt, sollte es der zuständigen Behörde gestattet sein, die Veröffentlichung trotz Einwänden hiergegen vorzunehmen und das Unternehmen zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit ihres Handelns auf den gerichtlichen Weg zu verweisen. Jedoch erscheint es aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) geboten, dass die Behörde von der Möglichkeit einer Veröffentlichung vorerst Abstand nimmt und dem Betroffenen dadurch eine ausreichende Zeit belässt, um ggfs. tatsächlich gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können.¹⁴ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte effektive Rechtsschutz vereitelt werden würde, wenn Behörden irreparable Entscheidungen herbeiführen könnten, ohne dass dem Betroffenen rechtzeitig die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Gerichte eingeräumt wird.¹⁵ Denn effektiver Rechtsschutz soll dem Einzelnen auch garantieren, dass durch eine sofortige Veröffentlichung von Informationen herbeigeführte (negative) Wirkungen weitestgehend ausgeschlossen werden, insbesondere dann, wenn deren Rechtmäßigkeit (noch) nicht feststeht und sie (tatsächlich) nicht mehr rückgängig gemacht werden können.¹⁶

2.) Anhörungspflicht bei § 6 Abs. 1 S. 3 VIG

Gleiches gilt für § 6 Abs. 1 S. 3 HS. 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 VIG als weitere spezielle Vorschrift, welche für die Ausgestaltung des Verfahrens einer aktiven Informationsveröffentlichung auf die Vorschriften des VwVfG, insbesondere auf dessen § 28 verweist. Eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG kommt indes nicht in Betracht, weil es sich bei der Informationserteilung als solcher nicht um einen Verwaltungsakt handelt, so dass das VwVfG keine direkte Anwendung findet, § 9 VwVfG.

¹⁴ Vgl. nur BVerfG, NJW 1987, 2219 (2219); *Wollenschläger*, DÖV 2013, 1 (11).

¹⁵ Vgl. BVerfG, NJW 1987, 2219 (2219).

¹⁶ Vgl. st. Rspr., BVerfG, NVwZ 2009, 581 (583).

II. Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Die Wahl unbestimmter Rechtsbegriffe seitens des Gesetzgebers wie in § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB bei dem Tatbestandsmerkmal „(in) nicht nur unerheblichem Ausmaß“ gewährt der zuständigen Behörde bei Vollzug der Norm praktisch einen gewissen Spielraum.¹⁷ Die Gefahr unterschiedlicher Handhabung bei der Konkretisierung und Ausfüllung solcher Begriffe durch die Verwaltungspraxis wird durch eine volle gerichtliche Kontrolle unterbunden oder doch wesentlich verringert.¹⁸ Gerade die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe kann für einen modernen Gesetzgeber notwendig sein, um der Vielfalt der Lebenssachverhalte gerecht zu werden und einen geeigneten Weg zu schaffen, um rechtliche Differenzierungen zu ermöglichen, was alleine durch starre Begrifflichkeiten nicht möglich wäre. Dem Gebrauch derart offener Formulierungen steht der verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz der Bestimmtheit einer Norm nicht zwingend entgegen. Dieser verlangt zwar (wie Art. 80 Abs. 1 GG für eine bestimmte Konstellation verdeutlicht), dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz geregelt sind, wobei aber gerade nicht gefordert wird, dass dies völlig eindeutig erfolgen muss. Verlangt wird allein hinreichende Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit, so dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift letztlich immer ausgelegt werden können (und müssen).¹⁹ Bei dieser Auslegung ist auf den objektiven Willen des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung, der Systematik und dem Sinnzusammenhang (Teleologie) der Norm ergibt, abzustellen.²⁰ Hierbei kann auch deren Entstehungsgeschichte herangezogen werden.²¹ Bei Einhaltung dieser Interpretationsmaxime (durch Behörden und Gerichte) wird das Handeln der Verwaltung hinreichend messbar und in einem ausreichenden Umfang für den jeweils Betroffenen voraussehbar und berechenbar.²² Folglich kann es dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht gänzlich verwehrt sein, unbestimmte Rechtsbegriffe zu wählen, soweit dies nötig ist, um damit gerade auch die Vielfalt der Verwaltungstätigkeiten erfassen zu können.²³ Hierdurch wird zudem eine schnelle Reaktionsmöglichkeit der Verwaltung bei wechselnden Situationen eröffnet bzw. gewährleistet.²⁴ So könnte im Hinblick auf die Wahl unbestimmter Rechtsbegriffe bei § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB insbesondere eine Abwägung dergestalt vorgenommen werden, dass beispielsweise durch ein Unternehmen unverzüglich beseitigte Mängel und die Folgen einer dennoch

¹⁷ So auch VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. M 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 47.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 17, 232 (246).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 8, 274 (307).

²⁰ BVerfGE 1, 299 (312).

²¹ Vgl. BVerfGE 1, 117 (127).

²² Vgl. BVerfGE 56, 1 (13).

²³ Vgl. BVerfGE 56, 1 (12).

²⁴ Vgl. BVerfGE 8, 274 (326); BVerfGE 56, 1 (12).

erfolgenden Veröffentlichung mit dem weiterhin bestehenden Informationsinteresse der Öffentlichkeit an dem zurückliegenden Verstoß in einen gerechten Ausgleich gebracht werden, wobei eine solche Vorgehensweise auch den Besonderheiten von Ausnahme- oder Bagatellfällen gerecht zu werden vermag.²⁵ Schließlich lässt sich nicht pauschal beantworten bzw. durch den Gesetzgeber präzise vorgeben, wann die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, so dass insoweit eine einzelfallgerechte Entscheidungsmöglichkeit für die Behörde verbleiben muss.²⁶

III. Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung dient im Allgemeinen dazu, dem staatlichen Handeln in einer bestimmten Weise Grenzen zu setzen und die Grundrechte des Einzelnen zu einer möglichst uneingeschränkten Geltung zu bringen.²⁷ Sie eignet sich damit zu einem gerechten Interessenausgleich im multipolaren Rechtsverhältnis, da sie letztendlich auf der Erwägung nach der Forderung von Einzelfallgerechtigkeit beruht.²⁸ Insbesondere die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, d. h. die Angemessenheit einer staatlichen Handlung eröffnet eine umfassende Güterabwägung.²⁹ Zu berücksichtigen ist die Schwere des Grundrechtseingriffs durch das gewählte Mittel gegenüber dem verfassungsrechtlichen Gewicht der verfolgten Zwecke.³⁰

Die Besonderheit eines multipolaren Verhältnisses macht die Berücksichtigung auch derjenigen Interessen erforderlich, welche der Öffentlichkeit insgesamt zugeordnet werden können. Den Kernbereich der Abwägung bilden dabei die unternehmerischen Interessen an der Geheimhaltung der Lebensmittelkontrollergebnisse sowie im Hinblick auf die mit der Veröffentlichung verbundenen (immensen) finanziellen und wirtschaftlichen Nachteile.³¹ Vertreten wird hierbei, dass eine anprangernde Wirkung nicht eintrete, da dies von den Behörden nicht bezweckt werde und (bzw. weil) die Veröffentlichung nicht personen-, sondern betriebsbezo-

²⁵ Vgl. VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. M 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 47; Beschl. v. 09.01.2013 – Az. M 18 E 12.5834 (zit. nach juris), Rn. 57; sowie VG Stuttgart, Beschl. v. 11.12.2012 – Az. 4 K 3720/12 (zit. nach juris), 12, welches das Merkmal „erheblich“ entfallen lassen will, soweit eine sofortige Beseitigung vorgenommen wurde.

²⁶ Vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 – Az. 16 L 120/13 (zit. nach juris), Rn. 7 sowie zur Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen im thematischen Zusammenhang OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (628).

²⁷ *Jakobs*, Verhältnismäßigkeit, S. 7.

²⁸ Vgl. *Gentz*, NJW 1968, 1600 (1601).

²⁹ Vgl. *Jakobs*, Verhältnismäßigkeit, S. 110.

³⁰ Vgl. *Michael*, JuS 1991, 654 (658).

³¹ Vgl. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (43); *Kube*, ZLR 2007, 165 (183).

gen erfolge.³² Auch seien die unternehmerischen Interessen in diesem Zusammenhang geringer zu gewichten, da es bei den anderen relevanten Interessen um solche von überragendem Gewicht gehe.³³ Demgegenüber steht das verfassungsrechtlich nicht geschützte schlichte Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit (der Kunden). Schließlich muss auch die Beseitigung der behördlichen Unsicherheit im Umgang mit lebensmittelrechtlichen Verstößen Eingang in die Abwägung finden.

Präventiver Gesundheitsschutz, Transparenz als Element der Demokratie und Information der Öffentlichkeit über für deren Konsumententscheidung wesentliche Vorgänge sollen eine neuartige, ex- und intensive staatliche Informationspolitik rechtfertigen³⁴ - allerdings nur, wenn die unternehmerischen Interessen mit Verfassungsrang (das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Wettbewerbsfreiheit) in Einklang gebracht werden.

³² So *Wollenschläger*, *VerwArch* 2011, 20 (43), ohne die intendierte Lenkungs- und Sanktionsfunktion zu thematisieren.

³³ Vgl. *Kugele*, in: *Böhme/Freund/Voigt*, *VIG* 2009, 102 (107, 109).

³⁴ Vgl. *Wollenschläger*, *VerwArch* 2011, 20 (44); *Kube*, *ZLR* 2007, 165 (189).

C. Rechtsschutzebene

Der rasante Fortschritt im Bereich der Technik, der Kommunikation und übergreifend des Internet bringt auch zahlreiche neue Anforderungen im Umgang mit diesem mit sich. Dies betrifft auch und insbesondere den Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes obliegt den Gerichten in diesem Bereich eine komplizierte Risikoabschätzung,³⁵ um die Folgen der Gewährung oder der Versagung eines vorläufigen Rechtsschutzes richtig einschätzen zu können. Denn durch die rapide wachsende Verbreitungsmöglichkeit von Informationen im Internet heißt es auch für die Gerichte diese Gefahren und Risiken zu erkennen und diese im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung richtig zu gewichten.

Nach Einführung des neuen § 40 Abs. 1a LFGB waren die Verwaltungsgerichte ausschließlich mit Anträgen auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 123 Abs. 1 VwGO befasst. Inhaltlich beehrten die Antragsteller den Erlass einer Sicherungsanordnung³⁶ dahingehend, dass eine bevorstehende Veröffentlichung von Informationen seitens der Behörde zu unterlassen sei. Denkbar ist auch der Fall, dass derjenige, dessen Antrag auf Herausgabe einer Information abgelehnt wird, vorläufigen Rechtsschutz in der Form der Regelungsanordnung³⁷ auf Gewährung seines Anliegens sucht. Etwaige Entscheidungen hierzu liegen (derzeit) nicht vor.

Problematisch stellt sich in diesem Zusammenhang die Bedeutung von § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO dar. Danach sind die am Verfahren beteiligten Behörden zur Vorlage von Urkunden oder Akten, zur Übermittlung elektronischer Dokumente und zu Auskünften verpflichtet. Gem. § 100 Abs. 1 VwGO können die am Verfahren Beteiligten die Gerichtsakten und die dem Gericht vorgelegten Akten einsehen. Durch diese Vorlagepflicht und das Einsichtsrecht könnten die begehrten Informationen auch ohne eine gerichtliche Entscheidung bzw. vor dieser bekannt werden. Hier ist fraglich, wie sich dieses verhindern lässt, um den Schutz der unternehmerischen Geheimhaltungsinteressen angemessen zu sichern und die gerichtliche Entscheidung über den Antrag nicht vorweg zu nehmen.

I. Besonderheiten der prozessualen Voraussetzungen

Die bereits im allgemeinen Teil der Arbeit³⁸ dargestellten prozessualen Voraussetzungen für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes weisen im Bereich der staatlichen und presse-

³⁵ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Düring, Kommentar GG, Art. 19 Rn. 2.

³⁶ Vgl. Erster Teil, B. I. 1.) a.) (2.).

³⁷ Vgl. Erster Teil, B. I. 1.) a.) (3.).

³⁸ Vgl. Erster Teil, B. II.

rechtlichen Informationspolitik auf Grund des Faktors Zeit wesentliche Besonderheiten auf. Diese sind sowohl beim Merkmal des Anordnungsgrundes als auch im gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsinhalt zu finden. Dies soll im Folgenden näher dargelegt werden.

1.) Anordnungsgrund

Der Bereich der multipolaren Interessenlage verlangt eine besondere Berücksichtigung des Merkmals des Anordnungsgrundes. Die Interessen der am Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes beteiligten Unternehmen müssen dabei in den Fokus gerückt werden. Deshalb dürfen die durch die mediale Veröffentlichung resultierenden Folgen für das Unternehmen nicht unberücksichtigt gelassen werden.

a.) Allgemeine Folgen einer Internetveröffentlichung

Die mit einer Internetveröffentlichung einhergehenden irreversiblen Umsatzeinbußen³⁹ oder die damit verbundene Prangerwirkung sowie die Gefahr wirtschaftlicher Schäden, die durch ein Obsiegen in der Hauptsache naturgemäß nicht mehr rückgängig gemacht werden können,⁴⁰ oder gar die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz, auch wenn bereits eine wirtschaftlich angespannte Situation gegeben ist,⁴¹ müssen als tragende Gründe der Dringlichkeit und des Faktors Zeit in den Vordergrund gestellt werden. Existenzgefährdung und Existenzvernichtung können dabei die unausweichliche Folge sein, sofern die Besonderheiten der Veröffentlichung im Internet nicht im Ganzen berücksichtigt werden.⁴² Durch die Veröffentlichung im Internet besteht die Gefahr, dass ein großes mediales Interesse der Öffentlichkeit verursacht wird, welches erheblichen Ansehensverlust für das betroffene Unternehmen nach sich zu ziehen geeignet ist.⁴³ Auch können erhebliche wirtschaftliche Schäden dadurch entstehen, dass das betroffene Unternehmen weniger Aufträge zu Lieferungen oder Produktionen erhält.⁴⁴ Nicht von der Hand zu weisen ist auch die Überlegung, dass mit Einführung der Möglichkeit einer Veröffentlichung von Hygienemängeln diesbezüglich die entsprechenden

³⁹ Vgl. VG München, Beschl. v. 03.12.2012 – Az. M 18 E 12.5736 (zit. nach juris), Rn. 32; VG Regensburg, Beschl. v. 23.10.2012 – Az. RO 5 E 12.1580 (zit. nach juris), Rn. 45.

⁴⁰ Vgl. hierzu einstimmige Auffassung in der Rspr.: OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2013, 831 (833); OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 627 (628); VG Dresden, Beschl. v. 22.04.2013 – Az. 6 L 47/13 (zit. nach juris), Rn. 17; VG Arnberg, Beschl. v. 21.02.2013 – Az. 3 L 85/13 (zit. nach juris), Rn. 5.

⁴¹ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1026); Pitzer, StoffR 2013, 44 (44).

⁴² Vgl. VG Dresden, Beschl. v. 22.04.2013 – Az. 6 L 47/13 (zit. nach juris), Rn. 17; VG Minden, Beschl. v. 08.04.2013 – Az. 7 L 157/13 (zit. nach juris), Rn. 13; VG Arnberg, Beschl. v. 21.02.2013 – Az. 3 L 85/13 (zit. nach juris), Rn. 7; VG Aachen, Beschl. v. 04.02.2013 – Az. 7 L 569/12 (zit. nach juris), Rn. 13.

⁴³ Vgl. VG München, Beschl. v. 09.01.2013 – Az. M 18 E 12.5834 (zit. nach juris), Rn. 42 sowie in die Richtung VG Augsburg, Beschl. v. 20.03.2013 – Az. An 1 E 13.328 (zit. nach juris), Rn. 21 als auch zur Rufschädigung VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15.02.2013 – Az. 19 L 1730/12 (zit. nach juris), Rn. 18.

⁴⁴ So auch VG Arnberg, Beschl. v. 21.02.2013 – Az. 3 L 85/13 (zit. nach juris), Rn. 7.

Internetseiten erst im Aufbau sind bzw. noch wenige Einträge aufweisen, so dass durch diese Informationsneuheit eine zusätzlich verstärkte Prangerwirkung, verbunden mit negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, eintreten kann.⁴⁵

b.) Fehlende Beseitigungsmöglichkeit

Bei Prüfung des Anordnungsgrundes muss freilich auch berücksichtigt werden, dass selbst im Falle einer späteren Richtigstellung veröffentlichter Informationen Rechte endgültig vereitelt werden können, da naturgemäß keine umfassende Beseitigung mehr möglich sein wird, so dass auch eine zeitlich der Bekanntmachung nachfolgende Gegendarstellung eine bereits eingetretene Vermögenseinbuße und Rufschädigung nicht mehr gänzlich zu beseitigen vermag.⁴⁶ Ferner ist durch die technische Entwicklung, gerade im Bereich der Suchmaschinenoptimierung, als beachtlicher Umstand zu werten, dass eine seitens der Behörde vorgenommene Löschung des Eintrags auf der Homepage dennoch in Suchmaschinen noch wiedergegeben und verbreitet werden kann, was eine zusätzliche finanzielle und wirtschaftliche Gefährdungslage des Betroffenen hervorruft.⁴⁷ Diese wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Unternehmen können auch zu Beeinträchtigungen bei Dritten, etwa zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen, weil arbeitsrechtliche Konsequenzen in Form von betriebsbedingten Kündigungen gezogen werden (müssen).⁴⁸

c.) Bereits erfolgte Veröffentlichung

Unter Berücksichtigung der zuvor aufgeführten gravierenden Folgen kann einer Bejahung des Anordnungsgrundes nicht entgegengehalten werden, eine bereits erfolgte Veröffentlichung stehe einer negativen Publizität entgegen, da keine zusätzlichen Auswirkungen mehr möglich seien.⁴⁹ Hierbei wird verkannt, dass die Fortdauer einer Veröffentlichung die Prangerwirkung und damit die erheblichen wirtschaftlichen und finanziellen Gefahren perpetuiert.⁵⁰

⁴⁵ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1026).

⁴⁶ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1026).

⁴⁷ Vgl. VG Dresden, Beschl. v. 22.04.2013 – Az. 6 L 47/13 (zit. nach juris), Rn. 36.

⁴⁸ Vgl. VG Würzburg, Beschl. v. 12.12.2012 – Az. W 6 E 12.994 (zit. nach juris), Rn. 53.

⁴⁹ So aber VGH München, Beschl. v. 22.03.2013 – Az. 9 CE 13.605 (zit. nach juris), Rn. 4; VG Augsburg, Beschl. v. 20.03.2013 – Az. An 1 E 13.328 (zit. nach juris), Rn. 20, welches auch eine prozessuale Verwirkung eines bestimmten Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz annimmt, da der Antragsteller bereits vor der Veröffentlichung hätte vorläufigen Rechtsschutz beantragen können.

⁵⁰ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1022).

d.) Eigene Bewertung

Zwar ist in diesem ganzen Kontext nicht beiseite zu lassen, dass das betroffene Unternehmen lebensmittelrechtliche Verstöße selbst verursacht und demnach auch selbst zu verantworten hat.⁵¹ Allerdings ist unter Berücksichtigung der erheblichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 40 Abs. 1a LFGB den Interessen des Betroffenen Vorrang einzuräumen, da gerade im Hinblick auf die Endgültigkeit der eingetretenen Folgen durch die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes eine abweichende Hauptsacheentscheidung für den Betroffenen nur noch geringen Wert hätte.

Die gegenläufigen Interessen der anderen am Verfahren Beteiligten führen nicht zu vergleichbar gravierenden Folgen. Weder können der Faktor Zeit für das Erlangen einer Information unter Aktualitätsgesichtspunkten noch das schlichte private Interesse an der Kenntnis der unternehmerischen Interessen überwiegen. Verschärft wird das ungleichgewichtige Szenario durch die Irreversibilität der Informationen und der daraus resultierenden Folgen für die Unternehmen. Für die Presse oder einen privaten Dritten kann eine zeitlich später erteilte Information weiterhin von Interesse und Nutzen sein, auch wenn ihre Aktualität entscheidend nachlässt. Jedoch tritt durch eine primäre Berücksichtigung der unternehmerischen Interessen gerade keine irreversible Gesamtsituation ein. Über eine abweichende Hauptsacheentscheidung kann die Information dennoch (zu diesem späteren Datum) gegeben werden.

2.) Prüfungs- und Entscheidungsinhalt

a.) Prüfungsinhalt

Wie bereits eingangs⁵² thematisiert, ist eine Folgen- und Interessenabwägung im bilateralen Verhältnis dann angezeigt, wenn und soweit sich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs nicht abschließend in die eine oder andere Richtung festlegen lassen. Anders verhält es sich im multipolaren Verhältnis, in welchem auch bei offensichtlich erfolgreicher Hauptsache entgegenstehende Interessen Dritter in der Entscheidung mitberücksichtigt werden müssen. Dann hat das Gericht zur Wahrung der berechtigten Interessen aller Beteiligten über den Anordnungsanspruch hinaus eine Folgen- und Interessenabwägung vorzunehmen. Berücksichtigt werden müssen hierbei nicht nur die erheblichen wirtschaftlichen und finanziellen Konsequenzen, die bei Versagung der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes für das betroffene

⁵¹ Vgl. so VG Regensburg, Beschl. v. 23.10.2012 – Az. RO 5 E 12.1580 (zit. nach juris), Rn. 62, allerdings unter Bejahung der Verfassungsmäßigkeit der Norm, so dass das demgegenüber stehende hohe öffentliche Interesse an der Veröffentlichung überwiege.

⁵² Vgl. Erster Teil, B. I. 2.) a.).

Unternehmen die zwangsläufige Folge sein können.⁵³ Auch das gegenläufig gewichtige Informationsinteresse der Öffentlichkeit als Ziel und Zweck der gesetzlichen Informationsverpflichtung ist wertend mit einzubeziehen.⁵⁴ Der Umstand, dass etwaige Mängel bereits vor der Veröffentlichung beseitigt worden sind, demnach keine Gesundheitsgefahr mehr für die Öffentlichkeit besteht,⁵⁵ ist ebenfalls ein wichtiger Teil der Interessenabwägung. Eine Information der Öffentlichkeit kann deshalb auch erst nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens stattfinden,⁵⁶ was zwar in seiner Wirkung nicht mehr der ursprünglichen Bekanntgabe gleichkommt, doch im Gegensatz für das betroffene Unternehmen weniger schwer wiegt.

Da im Bereich staatlicher und presserechtlicher Informationspolitik bei der Versagung der Gewährung von Informationen keine inhaltlich endgültige Entscheidung getroffen wird, sondern nur eine partiell vorübergehende, kommt das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes insoweit nicht dem Hauptsacheverfahren gleich. Daher ist auch nicht dieselbe Prüfungsdichte zu fordern wie in der Hauptsache und stehen einer reinen Folgen- und Interessenabwägung keine gewichtigen Gründe entgegen. Anders stellt sich die Sachlage nur dar, sofern Informationen herausgegeben werden bzw. eine Veröffentlichung durch die Behörde als rechtmäßig angesehen wird. In diesen Fällen erfolgt eine Entscheidung insoweit als eine endgültige, da die daraus möglicherweise eintretenden Folgen beim Unternehmen irreparabel sein werden. Hier kann und darf sich das Gericht aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes nicht mit einer reinen Folgen- und Interessenabwägung begnügen, sondern muss die Prüfungsintensität des Hauptsacheverfahrens anwenden. Nur so kann für die betroffenen Unternehmen gewährleistet werden, dass eine ihren Interessen angemessen Rechnung tragende Entscheidung ergehen kann.

b.) Entscheidungsinhalt

Auch im Bereich der Untersagung einer Veröffentlichung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens wird der Entscheidungsinhalt freilich nicht außen vorgelassen oder gar unrichtig zur Anwendung gebracht. Das Verlangen nach „strengerer Voraussetzungen“ wird damit begründet, dass sich die Sicherungsanordnung in Bezug auf die geplante Veröffentlichung als Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache darstelle, da sie auf den glei-

⁵³ Richtig VG Dresden, Beschl. v. 22.04.2013 – Az. 6 L 47/13 (zit. nach juris), Rn. 19; VG Arnberg, Beschl. v. 21.02.2013 – Az. 3 L 85/13 (zit. nach juris), Rn. 9; VG Augsburg, Beschl. v. 20.02.2013 – Az. An 1 E 13.328 (zit. nach juris), Rn. 32.

⁵⁴ Vgl. VG Trier, Beschl. v. 18.12.2012 – Az. 1 L 1543/12.TR (zit. nach juris), Rn. 29.

⁵⁵ Vgl. VG Würzburg, Beschl. v. 12.12.2012 – Az. W 6 E 12.994 (zit. nach juris), Rn. 53.

⁵⁶ Vgl. VG Würzburg, Beschl. v. 12.12.2012 – Az. W 6 E 12.994 (zit. nach juris), Rn. 53.

chen Erfolg wie das Hauptsacheverfahren gerichtet sei.⁵⁷ Bemerkenswerterweise finden sich in den hierzu ergangenen Beschwerdeverfahren vor Oberverwaltungsgerichten bzw. Verwaltungsgerichtshöfen keine näheren Erläuterungen. Der Ansatz geht auch in zweifacher Hinsicht fehl.

Zum einen steht die Deckungsgleichheit der Entscheidungsinhalte dem Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht entgegen, da es hierzu gerade kein verfassungsrechtlich zu rechtfertigendes Erfordernis gibt. Alleine die Tatsache, dass der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz dem des Hauptsacheverfahrens entspricht und der zugesprochene Erfolg, die Untersagung der Veröffentlichung, auch am Ende des Hauptsacheverfahrens tenoriert werden könnte, hat keinerlei Aussagegehalt bzgl. des Entscheidungsinhalts. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache des Unterlassungsanspruchs, dass dieser auch, wenn nicht gar vorab im Wege der einstweiligen Anordnung begehrt werden kann. Zu bedenken ist, was der Antragsteller stattdessen überhaupt beantragen sollte, um sich diesem Vorwurf nicht auszusetzen.

Zum anderen blieb jedenfalls in der erstinstanzlichen Rechtsprechung gänzlich unberücksichtigt, dass ein Fall der Sicherungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO gegeben ist. Diese zielt auf die – bis zur rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung geltende – Unterbindung einer Änderung der materiellen Rechtsposition des Antragstellers, mithin auf die Erhaltung des status quo. Eine solche gesetzlich geregelte und aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes erforderliche Anordnungsart hat typischerweise-, wenn nicht gar notwendigerweise zur Folge, dass bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens keine Änderung der materiellen Rechtsposition zum Nachteil des Betroffenen eingreifen soll, die Erreichung dieses Ziels folglich den Standardfall im Bereich der Sicherungsanordnung bildet. Darin liegt kein „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“, da durch eine anderslautende Hauptsacheentscheidung ein Eingriff in die materielle Rechtsposition des Antragstellers weiterhin (wenn auch später) möglich bleibt.⁵⁸ Dass möglicherweise die Wirkungen der zeitlich nach hinten versetzten Veröffentlichung in ihrer Intensität abgeschwächt sein mögen, kann nicht rechtfertigen, dass zuvor erhöhte Anforderungen erforderlich sind. Denn gänzlich unberücksichtigt gelassen würde, dass dieses Szenario der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO nachgebildet ist. Auch dort wird ein Rechtseingriff bis zur abschließenden Hauptsacheentscheidung vorübergehend unterbunden. Nichts anderes vollzieht sich beim Bereich der Konstellation der Sicherungsanordnung. Richtigerweise dürfen gerichtlicherseits keinerlei

⁵⁷ So fälschlicherweise (nur bsph.) VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15.02.2013 – Az. 19 L 1730/12 (zit. nach juris), Rn. 6; VG Regensburg, Beschl. v. 18.12.2012 – Az. 1 L 1543/12.TR (zit. nach juris), Rn. 3; Beschl. v. 23.10.2012 – Az. RO 5 E 12.1580 (zit. nach juris), Rn. 45.

⁵⁸ Vgl. Erster Teil, B. I. 2.) c.).

Ausführungen zum maßgeblichen Entscheidungsinhalt ergehen, da sich dieses Thema hier überhaupt nicht stellte. Zu Unrecht lehnte deshalb das VG Frankfurt am Main den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung ab, es läge eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vor, da eine Veröffentlichung bereits seit Wochen in der Welt sei, mithin keine Rufschädigung des Betroffenen mehr eintreten könne.⁵⁹ Diese Entscheidung zeigt deutlich, wie sowohl die wirtschaftlichen und finanziellen Konsequenzen für die Betroffenen gänzlich unberücksichtigt und falsch gewichtet werden als auch, dass die Unterlassung der weiteren Veröffentlichung gerade nicht die Hauptsacheentscheidung vorwegnimmt, da diese mit anderem Inhalt weiterhin in vollem Umfang möglich bleibt.

3.) Eigene Bewertung

Ansprüche hinsichtlich der Unterlassung einer bevorstehenden Veröffentlichung von sensiblen Daten im Bereich der Lebensmittelrechtsverstöße stellen einen „Paradefall“ für unrichtige Schwerpunktsetzung und fehlendes Verständnis für den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung dar. So kann fast von Glück gesprochen werden, dass den zahlreichen Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten der betroffenen Unternehmen trotz fehlerhaften Verständnisses in Bezug auf den richtigen Entscheidungsinhalt stattgegeben wurde. Andernfalls hätten die Ergebnisse nur schwer dem mit einer ablehnenden Entscheidung verbundenen massiven Grundrechtseingriff hinreichend Rechnung getragen. Es wäre durchaus wünschenswert, wenn ein kritisches Umdenken bei den Gerichten Einzug halten würde, um im Sinne des effektiven Rechtsschutzes Prüfungsmaßstäbe so anzuwenden und Entscheidungen inhaltlich so zu treffen, dass diese mit der geltenden Verfassung und der VwGO vollauf im Einklang stehen.

Vorläufiger Rechtsschutz im hier behandelten Rechtsbereich zeigt deutlich, welche immense Bedeutung dem Faktor Zeit in der heutigen medialen Ära zukommt. Die nicht mehr durch den Nutzer kontrollierbare Vervielfältigungsmöglichkeit im Internet eingestellter Daten birgt für Betroffene ein kolossales Gefährdungspotenzial. Gewiss ist eine starke Tendenz in der Öffentlichkeit dahingehend zu erkennen, dass eine allumfassende Informationspolitik gerade im sensiblen Bereich des Lebensmittelrechts notwendig ist, wofür zahlreiche Skandale den Anlass gegeben haben. Dieses Verlangen ist auch durchaus berechtigt. Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, welche erheblichen grundrechtlich geschützten Positionen einem grenzenlosen Informationsinteresse gegenüber- und entgegenstehen. Hier ist in erster Linie der Gesetzgeber aufgefordert, einen (besseren) interessensgerechten Ausgleich zu schaffen, um

⁵⁹ Vgl. VG Frankfurt am Main, Beschl. v. 24.01.2013 – Az. 5 L 4820/12.F (zit. nach juris), Rn. 10.

die massiven Auswirkungen von Internetveröffentlichungen in den Abwägungsprozess mit aufzunehmen. Die durchgreifenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 40 Abs. 1a LFGB im Hinblick auf die fehlende Befristung der Veröffentlichungsdauer sind durchaus plausibel und zeigen einen Lösungsansatz für die Thematik. Es kann kaum Ziel des Gesetzgebers gewesen sein, eine unendliche Veröffentlichungsmöglichkeit zu normieren. Andererseits kann dieser wesentliche Faktor der Information auch nicht in das Ermessen oder gar Belieben der Behörde gestellt werden.

II. Prozessuale Konstellationen

Die nachfolgend dargestellten prozessualen Konstellationen behandeln überwiegend thematisch die eingangs aufgezeigte⁶⁰ Problematik des Entscheidungsinhalts. Denn es handelt sich nahezu ausschließlich um Fälle, in denen auf Grund des Faktors Zeit eine umgehende gerichtliche Entscheidung zur Durchsetzung materieller Rechtspositionen wegen kollidierender Interessen und den Besonderheiten des Internets unerlässlich ist.

1.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen geplante Veröffentlichung durch Behörde/Presse

Den wesentlichen Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes bei staatlicher und pressemäßiger Informationspolitik bildet die Untersagung einer Veröffentlichung von Informationen im Internet. Es kann auf die obenstehenden umfangreichen Ausführungen verwiesen, welche Problemkreise sich bei einer Veröffentlichung von Informationen im Internet durch Behörden oder die Presse stellen.⁶¹

a.) Anspruchsgrundlage

Zunächst ist ergänzend zu bemerken, dass sich der Anordnungsanspruch für den Antragsteller bei einem Vorgehen gegen die geplante Veröffentlichung durch eine Behörde wahlweise aus § 1004 BGB analog als äußerungsrechtlicher Unterlassungsanspruch oder aber auch aus der Abwehrfunktion der Grundrechte ergibt.⁶² Jedem Bürger muss bei einem von Seiten eines Hoheitsträgers bevorstehenden oder noch andauernden rechtswidrigen Eingriff in seine Grundrechte ein Unterlassungsanspruch zustehen, sofern ihm nicht schon das einfache Recht einen solchen Unterlassungsanspruch zubilligt.⁶³ Dies gilt sowohl für Eingriffe durch Verwal-

⁶⁰ Vgl. Zweiter Teil, A. II. 1.).

⁶¹ Vgl. Dritter Teil, B. IV. und C. V.

⁶² Vgl. nur VG Hannover, Beschl. v. 29.01.2013 – Az. 9 B 264/13 (zit. nach juris), Rn. 20.

⁶³ Vgl. BVerwGE 141, 329 (332).

tungsakte als auch bei schlichtem Verwaltungshandeln durch Realakte,⁶⁴ wie es bei der staatlichen Informationspolitik vor sich geht. Einen ausdrücklichen gesetzlich normierten Unterlassungsanspruch sieht der Bereich der staatlichen Informationspolitik nicht vor. Ob nun der Unterlassungsanspruch auf § 1004 BGB analog oder unmittelbar auf die Abwehrfunktion der Grundrechte gestützt wird, ist im Ergebnis ohne Bedeutung, da in beiden Fällen sowohl der Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte als auch die Rechtswidrigkeit des staatlichen Handelns geprüft werden.

b.) Entscheidungskonstellationen

Im Falle der Informationspolitik auf Grundlage von § 6 Abs. 1 S. 3 VIG oder § 40 Abs. 1a LFGB stellen sich zahlreiche, zum Teil komplexe, in der Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutierte Rechtsfragen.⁶⁵ Die Beantwortung dessen muss dann dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben, wenn und soweit das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt. Ergibt sich auf Grund der Folgen- und Interessenabwägung, dass die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in Betracht kommt, so ist eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung nicht geboten, da (lediglich) ein Fall des vorläufigen endgültigen Entscheidungsinhalts vorliegt. Eine nachfolgende Hauptsacheentscheidung kann noch zu einer anderslautenden Entscheidung gelangen, mithin die geplante Veröffentlichung für rechtmäßig erachten. Steht allerdings im Raum, dem Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu versagen, so stellt dies faktisch einen endgültigen Entscheidungsinhalt dar. Auf Grund der Natur des Internets können die einmal veröffentlichten Informationen nicht wieder vollständig gelöscht werden. Deshalb muss in diesem Fall ein dem Hauptsacheverfahren gleichkommender Prüfungsumfang hinsichtlich Umfang und Intensität stattfinden. Andernfalls würde eine Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers eintreten, was mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht im Einklang stünde.

c.) Ordentlicher Rechtsweg

Wendet sich der Antragsteller gegen eine geplante Veröffentlichung von Informationen im Internet durch die Presse, ist zu beachten, dass hierfür der ordentliche Rechtsweg einschlägig ist. Als Anspruchsgrundlage kommen sowohl § 823 Abs. 1 BGB analog als auch §§ 906, 1004 BGB in Betracht. Die Durchsetzung der Untersagung erfolgt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 935, 940 ZPO. Auf die obigen Ausführungen hinsichtlich

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 141, 329 (332).

⁶⁵ Vgl. richtig VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1023).

Inhalts und prozessualer Voraussetzungen ist zu verweisen.⁶⁶ Wird die Veröffentlichung einer Information durch die Presse vorläufig untersagt, ist auch hier eine abweichende Entscheidung durch das Hauptsacheverfahren möglich. Anders stellt es sich dar, wenn das Gericht den Verfügungsanspruch oder -grund für nicht gegeben hält und den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz zurückzuweisen beabsichtigt. Grundsätzlich gilt, dass der Vorsitzende eines Gerichts gem. § 944 ZPO bei Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung über den Antrag entscheiden darf. Dies geschieht im Wege des Beschlusses, §§ 936, 922 Abs. 1 S. 1 ZPO. Bei vom Presserecht erfassten Veröffentlichung von Informationen, insbesondere im Internet, ist regelmäßig von dem Merkmal der Dringlichkeit auszugehen. Das Internet ermöglicht eine rasche Umsetzung einer beabsichtigten Veröffentlichung, indem der einschlägige Text ohne zeitliche Verzögerung auf der Homepage der jeweiligen Zeitschrift online gestellt werden kann. Gegen den die einstweilige Verfügung ablehnenden Beschluss steht dem Antragsteller nicht die Möglichkeit des Widerspruchs gem. §§ 936, 924 Abs. 1 ZPO zu, da dies lediglich für den Fall des Erlasses einer einstweiligen Verfügung gilt. Der Antragsteller hat allerdings die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gem. § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

2.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen bereits erfolgte Veröffentlichung

Der Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes gegen bereits erfolgte Veröffentlichungen umfasst zwei Problemkreise, welche nachfolgend dargestellt werden. Mit diesen findet sodann eine kritische Auseinandersetzung statt.

a.) Meinungsstand in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig abzuweisen sei, wenn der Antrag des Antragstellers auf Untersagung einer Veröffentlichung gerichtet ist.⁶⁷ Dem Gericht stehe zwar bei § 123 VwGO ein Gestaltungsermessen hinsichtlich der zu treffenden Regelung zu. Doch könne das Gericht gem. § 123 i. V. m. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO über das erkennbare Interesse des Antragstellers nicht hinausgehen. Sei der Antrag auf die Untersagung einer Veröffentlichung gerichtet, so bedeute dies, dass damit die Unterlassung künftiger Veröffentlichungen gemeint sei und nicht die Rückgängigmachung einer bereits realisierten Veröffentlichung.

⁶⁶ Vgl. Zweiter Teil, A. IV. 4.).

⁶⁷ Vgl. VGH München, Beschl. v. 22.03.2013 – Az. 9 CE 13.605 (zit. nach juris), Rn. 6; VG München, Beschl. v. 07.01.2013 – Az. M 18 E 12.6083 (zit. nach juris), Rn. 25 ff.

Ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf die Löschung einer bereits erfolgten Veröffentlichung gerichtet, entfalle der Anordnungsgrund der Dringlichkeit der einstweiligen Anordnung nicht, auch wenn der Antragsteller vor der Veröffentlichung keinen vorläufigen Rechtsschutz gesucht hat.⁶⁸ Die Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen im Internet führe zu nachteiligen Folgen. Dies wiederum beinhalte aber nicht, dass der Antragsteller in Zukunft weitere Folgen und verbundene Folgewirkungen hinzunehmen habe. Denn die anfangs noch bestehende Gefahr einer Beeinträchtigung für rechtlich geschützte Güter des Antragstellers könne in eine Gefährdung der Existenz umschlagen, so dass sich die mit der Anprangerung verbundenen nachteiligen Wirkungen für den Antragsteller intensivieren. Die Fortsetzung der Veröffentlichung führe somit zu einer Perpetuierung der Prangerwirkung, welche der Antragsteller nicht zu dulden brauche.

b.) Eigene Bewertung

Ist der Antrag auf Untersagung einer bereits erfolgten Veröffentlichung gerichtet, so ist von § 88 VwGO eine Auslegung auf Unterlassung der bestehenden Veröffentlichung gedeckt. Das Gericht ist bei der Auslegung des Antrags an das erkennbare Rechtsschutzziel gebunden, welches sich unter Zuhilfenahme der Antragsbegründung ermitteln lässt. Eine Bindung an die Fassung des Antrags besteht deshalb nicht.⁶⁹ Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die „Untersagung“ wesensverschieden mit einer „Unterlassung“ ist, so ist eine Antragsumdeutung zulässig, wenn und soweit sich hierzu ein genügend deutlich erkennbarer Wille ermitteln lässt und keine schutzwürdigen Interessen des Gegners entgegenstehen.⁷⁰ Das Rechtsschutzziel des Antragstellers ist in Fällen der „Untersagung“ der Veröffentlichung darauf gerichtet, dass im Falle einer künftigen Veröffentlichung keine erstmaligen nachteiligen Folgen eintreten oder sich im Falle einer bereits erfolgten Veröffentlichung die eingetretenen Folgen nicht intensivieren. Die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes führt in diesen Fallkonstellationen zur Vereitelung des effektiven Rechtsschutzes. Demgegenüber ist es konsequent, durch eine weiterhin bestehenbleibende Veröffentlichung die Perpetuierung der Prangerwirkung anzunehmen. Dieser Folgewirkung muss der Antragsteller effektiv entgegenzutreten können. Da auch in dieser Fallkonstellation das Zeitmoment eine umgehende gerichtliche Entscheidung erfordert, steht dem Betroffenen somit nur der vorläufige Rechtsschutz zur Verfügung.

⁶⁸ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2013, 1022 (1022).

⁶⁹ Vgl. nur BVerfG, NVwZ 2012, 375 (375).

⁷⁰ VGH München, NVwZ-RR 1990, 99 (99).

3.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Informationserteilung an Presse/Öffentlichkeit

a.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Informationserteilung an Presse

Bisher ist erst eine Entscheidung ersichtlich, in der sich der von einer Informationserteilung an die Presse Betroffene im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Erteilung wendet.⁷¹ Inhaltlich begehrte das Presseunternehmen auf Grundlage des presserechtlichen Auskunftsanspruchs Informationen über Lebensmittelkontrollen, wobei der dem Betroffenen gegenüber für die Verstöße verhängte Bußgeldbescheid im Zeitpunkt des Antrags auf Erteilung von Informationen noch nicht rechtskräftig war. Das VG München verneinte einen Anordnungsanspruch auf äußerungsrechtliche Unterlassung aus §§ 906, 1004 BGB analog, weil es am Merkmal der Rechtswidrigkeit fehle.⁷² Als Anspruchsgrundlage zog es Art. 4 BayPrG heran und prüfte im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayPrG, ob der Informationserteilung berücksichtigungsfähige Drittinteressen entgegenstehen, welche eine relative Verschwiegenheitspflicht auslösen können.⁷³ Zwar seien auf Seiten des Antragstellers das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie die Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen, doch seien diese verfassungsrechtlich geschützten Interessen gegenüber dem Informationsinteresse der Presse als niedriger zu bewerten. Insbesondere ergebe sich dieser Vorrang darauf, dass bereits zeitlich vorher eine Berichterstattung erfolgt sei, welche zu einem Ansehensverlust geführt habe.

Wird der Antrag auf Erteilung der begehrten Information für rechtmäßig erachtet, so tritt der Fall des endgültigen Entscheidungsinhalts ein. Das Hauptsacheverfahren lässt eine von der einstweiligen Anordnung abweichende Entscheidung infolge der Irreparabilität der Informationserteilung nicht mehr zu. Dies löst eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung durch das Gericht aus.

b.) Vorläufiger Rechtsschutz gegen Informationserteilung an Öffentlichkeit

Wird einem Antrag auf Informationserteilung auf Grundlage von §§ 1, 2 VIG stattgegeben, so ist diese Entscheidung dem von der Information Betroffenen gem. § 6 Abs. 4 S. 2 VIG bekannt zu geben. Mithin handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung.⁷⁴ Nach § 6 Abs. 4 S. 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage in den Fällen des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VIG keine aufschiebende Wirkung. Im Übrigen steht den Behörden offen, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Voll-

⁷¹ Vgl. VG München, AfP 2012, 593 (593 ff.).

⁷² Vgl. VG München, AfP 2012, 593 (595).

⁷³ Vgl. VG München, AfP 2012, 593 (596.).

⁷⁴ Vgl. nur VG Düsseldorf, Beschl. v. 08.07.2010 – Az. 26 L 683/10 (zit. nach juris), Rn. 8.

ziehung des Verwaltungsakts anzuordnen. Dies führt für den Betroffenen der beabsichtigten Informationserteilung dazu, dass dieser einen Antrag nach den §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu stellen hat oder in Fällen, in denen kein Fall des § 6 Abs. 4 S. 1 VwGO oder der Anordnung der sofortigen Vollziehung vorliegt, Widerspruch gem. §§ 68 ff. VwGO oder Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO zu erheben hat. Im Rahmen dessen wird anhand der Erfolgsaussichten der Hauptsache bzw. ggfs. noch zusätzlich davor die formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung geprüft. Bei der Entscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Abweisung des Antrags auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zur Informationserteilung und damit zur Irreparabilität einer abweichenden Hauptsacheentscheidung führt. Wird die Information erteilt, kann das Hauptsacheverfahren lediglich auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog erfolgen, sog. Fortsetzungsfeststellungsklage.

c.) Eigene Bewertung

Für den Rechtsschutz des von der Informationserteilung Betroffenen macht es hinsichtlich der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Informationserteilung keinen wesentlichen Unterschied, ob dies i. R. v. § 123 VwGO oder §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO erfolgt. In beiden Verfahren werden die verfassungsrechtlichen und materiell-rechtlichen geschützten entgegenstehenden Interessen des Betroffenen berücksichtigt werden. Der Faktor Zeit wird lediglich im Verfahren des § 123 VwGO beim Anordnungsgrund ausdrücklich zu beachten sein. Dennoch muss dieser Umstand der Irreparabilität auch beim Antrag nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO in die Interessenabwägung miteinfließen.

4.) Vorläufiger Rechtsschutz auf Informationserteilung seitens der Presse/Öffentlichkeit

Problematisch ist in der Konstellation des vorläufigen Rechtsschutzes auf Informationserteilung seitens der Presse und der Öffentlichkeit der i. R. v. § 123 VwGO glaubhaft zu machende Anordnungsgrund. Beide Konstellationen führen im Ergebnis zu einem endgültigen Entscheidungsinhalt, da ein ggfs. nachfolgendes Hauptsacheverfahren die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz nicht mehr abändern kann. In diesem Fall hat sich die Prüfungsintensität nach Art und Umfang an derjenigen des Hauptsacheverfahrens zu orientieren, so dass grundsätzlich eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung geboten ist.⁷⁵

⁷⁵ Vgl. aktuell BVerfG, NJW 2014, 3711 (3711).

a.) Anordnungsgrund im presserechtlichen Auskunftsverfahren

Das Selbstbestimmungsrecht der Presse erfasst auch in zeitlicher Hinsicht die Freiheit darüber zu entscheiden, ob eine Berichterstattung zeitnah erfolgen soll oder noch Aufschub duldet.⁷⁶ Zwar genüge es, wenn Eilrechtsschutz nur gewährt werde, wo ein gesteigertes öffentliches Interesse und ein starker Gegenwartsbezug der Berichterstattung vorliegen, doch kann dies nicht deshalb verneint werden, weil die Berichterstattung nicht auf unaufschiebbare Berichte wie die Aufdeckung von schweren Rechtsbrüchen seitens staatlicher Entscheidungen abziele und sie im Übrigen auch später möglich bleibe, was grundsätzlich immer denkbar sei.⁷⁷ Vielmehr könne die Presse ihre Kontroll- und Vermittlungsfunktion nur dann wahrnehmen, wenn an den Eilrechtsschutz in Auskunftsverfahren auch hinsichtlich der Aktualität einer Berichterstattung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.⁷⁸ Deshalb habe die Prüfung des Anordnungsgrundes eingehend genug zu sein, damit der Antragsteller vor erheblichen und unzumutbaren, anders nicht abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv geschützt werde.⁷⁹ Folglich dürfe der erhebliche und schwere Nachteil nicht zu restriktiv ausgelegt werden, indem der Presse eine gewisse Aktualitätseinbuße auferlegt werde und ein Anordnungsgrund jedenfalls dann als gegeben angesehen werde, wenn Vorgänge in Rede stünden, die unabwendbar einer sofortigen, keinen Aufschub duldenden journalistischen Aufklärung bedürfen.⁸⁰ Dies würde die Aufgaben der Presse im verfassungsrechtlichen Kontext nicht ausreichend berücksichtigen.⁸¹ Maßgeblich ist, dass bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes der Zeitverlust ebenso irreversibel ist wie die Informationserteilung, weshalb anstatt einer summarischen Prüfung eine sorgfältige Prüfung des Anordnungsgrundes angezeigt und geboten ist.⁸² Andernfalls würden zu strenge Voraussetzungen infolge eines endgültigen Entscheidungsinhalts bei der Informationsgewährung die Recherche und Berichterstattung der Presse erheblich beeinträchtigen.⁸³

Im Bereich des presserechtlichen Auskunftsverfahrens im vorläufigen Rechtsschutz ist nicht stets vom Vorliegen eines Anordnungsgrundes hinsichtlich der Dringlichkeit und Eilbedürftigkeit der Informationsgewährung auszugehen. Die Aufgabe der Presse und deren verfassungsrechtliche Verankerung müssen bei der Prüfung des Anordnungsgrundes mitberücksichtigt werden. Werden Auskünfte über Informationen begehrt, welche keinerlei oder nur einen

⁷⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

⁷⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

⁷⁸ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

⁷⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

⁸⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

⁸¹ Vgl. BVerfG, NJW 2014, 3711 (3712).

⁸² Vgl. *Schoch*, AfP 2010, 313 (321).

⁸³ So *Burkhardt*, in: Löffler, Presserecht, § 4 LPG Rn. 189 S. 268.

geringen Gegenwärtigkeitsbezug aufweisen, ist auch der Presse zumutbar, sich auf das Haupt-sacheverfahren verweisen zu lassen. Dies sind bspw. Fälle, welche in der Vergangenheit liegen und aktuell für die Öffentlichkeit nicht von Interesse sind. So kann es sich mit lebensmittelrechtlichen Verstößen verhalten, welche für die Gesundheit der Öffentlichkeit keinerlei Gefahren mit sich bringen, mithin in der Vergangenheit erfolgt und abgeschlossen und sogar bereits beseitigt sind.

b.) Anordnungsgrund im Auskunftsverfahren bei natürlichen Personen

Bis dato sind keine verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren bekannt, in denen auf Grundlage von §§ 1, 2 VIG ein Anspruch auf Auskunftserteilung seitens einer natürlichen Person begehrt wird. Thematisch interessant ist dabei ausschließlich die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes. Fraglich ist deshalb, ob es überhaupt denkbar ist, dass eine natürliche Person die Dringlichkeit und Eilbedürftigkeit einer Informationserteilung im Bereich des Lebensmittelrechts geltend machen kann. Das VIG soll nach seiner Gesetzesbegründung dem Verbraucher die für seine Entscheidungsgrundlage erforderlichen Informationen (auf Antrag) gewähren.⁸⁴ Die nach dem VIG möglichen Informationen sind solche, welche der Verbraucher gerade nicht für seine tägliche Lebensgestaltung benötigt. Hiergegen spricht bereits die Verfahrensdauer, welche von der Antragstellung bis zur Auskunftserteilung reicht. Befriedigt werden mit der Auskunftserteilung lediglich private und keine Interessen mit Bezug auf die Öffentlichkeit. Deshalb sind keine Fälle denkbar, in denen Verbraucher im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes Informationen im Lebensmittelbereich auf Grundlage des VIG erhalten können. Die Informationsverwendung des Verbrauchers stellt den gravierenden Unterschied zu derjenigen der Presse dar. Bei dieser ist überwiegend von einem Öffentlichkeitsbezug auszugehen. Bei Anträgen natürlicher Personen stellt sich die Frage der Dringlichkeit und Eilbedürftigkeit an der Informationserteilung demnach nicht.

III. Interessenausgleich im vorläufigen Rechtsschutz

1.) Maßnahmen zur Vermeidung vorläufigen Rechtsschutzes

a.) Wartepflicht bei § 40 Abs. 1a LFGB

Widerspricht das betroffenen Unternehmen im Anhörungsverfahren der bevorstehenden Veröffentlichung, ist fraglich, ob der Behörde eine angemessene Zeit mit der Veröffentlichung zuwarten muss, damit der Betroffene ohne wirtschaftliche Konsequenzen vorläufigen Recht-

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 16/5404, S. 7.

schutz beantragen kann, und ob die Behörde auch während des gerichtlichen (Eil-)Verfahrens eine Stillhalteverpflichtung trifft.

(1.) Wartepflicht vor Veröffentlichung

Es ist grundsätzlich ein tauglicher Ansatz zum Ausgleich widerstreitender Interessen, eine einzelfallabhängige Wartepflicht der Behörde vor der Veröffentlichung vorzusehen.⁸⁵ Insbesondere bei Berücksichtigung der Rechtsschutzinteressen erscheint im Vorfeld der Veröffentlichung von Informationen wegen der damit verbundenen gravierenden und irreversiblen Folgen für den betroffenen Unternehmer eine Wartefrist unverzichtbar.⁸⁶ Zwar sehen weder § 40 Abs. 1a LFGB noch das VIG solch‘ ein vorgeschaltetes Verfahren für die aktive Öffentlichkeitsinformation vor, doch könne sich eine solche Maßgabe auf Grund einer verfassungskonformen Auslegung der Normen ergeben.⁸⁷ Deshalb geht es in der Sache weniger darum, der Behörde etwaige Verfahrenspflichten aufzuerlegen, sondern vor allem, den Anforderungen an den verfassungsrechtlich verbürgten effektiven Rechtsschutz gegenüber grundrechtsrelevanten Maßnahmen aus Art. 19 Abs. 4 GG gerecht zu werden.⁸⁸ Mangels Verwaltungsaktqualität der Veröffentlichung und unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen könnte etwa eine Wartepflicht von bis zu 14 Tagen als erforderlich und angemessen angesehen werden.⁸⁹ Diesen Zeitraum normiert auch das VIG in § 5 Abs. 4 S. 3 für die Entscheidung über den Informationszugang auf Antrag.

(2.) Wartepflicht während Eilrechtsschutz

Die Anerkennung einer vorgerichtlichen Wartepflicht beinhaltet noch keine Aussage darüber, ob es der Behörde auch während des gerichtlichen (Eil-)Verfahrens verwehrt bleibt, eine Veröffentlichung vorzunehmen. § 80 Abs. 1 VwGO findet vorliegend mangels Verwaltungsaktqualität dieser Maßnahme wiederum keine Anwendung, so dass eine aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nicht in Betracht kommt. Zweifelsohne will § 40 Abs. 1a LFGB dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit ein hohes Gewicht beizumessen, weshalb es aber auch grundsätzlich unerlässlich ist, alle anderen erkennbar bestehenden (unternehmerischen) Interessen in einen insgesamt angemessenen Ausgleich zu bringen, da andernfalls der Struktur von Rechtswirkungen in multipolaren Rechtsverhältnissen nicht ausreichend Rechnung getragen

⁸⁵ Hierzu grundlegend *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (14 f.).

⁸⁶ Vgl. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (9).

⁸⁷ Vgl. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (11).

⁸⁸ Vgl. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (11).

⁸⁹ Vgl. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (16).

wird.⁹⁰ Zwar ist gerichtlicher Rechtsschutz auch nach Vornahme der Öffentlichkeitsinformation weiterhin möglich, doch kann die gerichtlich angeordnete Unterlassung und Berichtigung der Information auf Grund der bereits durch die Publikation eingetretenen (irreversiblen) Folgen nicht mehr den gleichen Stellenwert haben bzw. die gleiche Effektivität erlangen.⁹¹ Der Staat verliert nämlich schlicht die Kontrolle über die Verwendung der (von ihm) an die Öffentlichkeit herausgegebenen Informationen, wobei dieser Kontrollverlust bei einer Veröffentlichung im Internet⁹² im Hinblick auf den allseits üblichen Einsatz von Suchmaschinen, welche das gezielte Auffinden von gesuchten Informationen aus großen Datenmengen erleichtern,⁹³ sowie durch die zahllosen Speicherungs- und Vervielfältigungsmöglichkeiten, verbunden mit der Unmöglichkeit, staatliche Löschungsanordnungen umfassend durchzusetzen,⁹⁴ dramatisch verstärkt wird. Gerade die faktischen beeinträchtigenden Wirkungen von Informationen können durch anschließende Gegendarstellungen, Richtigstellungen oder sonstige Korrekturen regelmäßig nicht mehr „eingefangen“ und kaum je zu Gunsten des Betroffenen restlos beseitigt werden.⁹⁵ Schließlich darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass eine Veröffentlichung von personenbezogenen Daten durch „öffentliche Stellen“ eine beliebige Verwendung seitens der Empfänger nach sich ziehen und somit die datenschutzrechtliche Zweckbindung des § 16 Abs. 4 BDSG bzw. der Landesdatenschutzgesetze nicht mehr erfüllt werden kann.⁹⁶ Daher sollten die Behörden im verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtschutzverfahren von Stillhalteversprechen Gebrauch machen, die solange gelten, bis eine (erste) gerichtliche Entscheidung ergangen ist.⁹⁷ Zwar besteht hierzu keine verfassungsrechtliche oder explizite gesetzliche Verpflichtung. Doch würden durch diese Zusagen im Verfahren ausreichend Zeit und Möglichkeit zur genaueren rechtlichen Prüfung gesichert. Denn prinzipiell ist immer ein angemessener Ausgleich zwischen dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit zu schaffen.⁹⁸ Allerdings wäre bei der Bevorzugung der unternehmerischen Interessen zu berücksichtigen, dass einerseits damit einhergehend eine Verzögerung der Informationspolitik der Öffentlichkeit verbunden ist, so dass die zu veröffentlichen Informationen ggfs. an Wert und

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 116, 1 (15).

⁹¹ Vgl. *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20 (43).

⁹² Vgl. *Becker*, NJW 2011, 490 (493).

⁹³ Vgl. BVerfGE 104, 65 (72); *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 (7).

⁹⁴ Vgl. OVG Münster, ZUR 2009, 371 (374); *Kügel/Platzmann*, in: LMuR 2012, 1 (7); *Becker*, NJW 2011, 490 (493); *Becker*, ZLR 2011, 391 (420); *Wiemers*, ZLR 2009, 413 (424).

⁹⁵ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2011, 443 (444).

⁹⁶ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2011, 443 (444) unter Bezugnahme auf *Albers/Ortler*, GewArch 2009, 225 (228).

⁹⁷ Vgl. VGH Kassel, NVwZ 2000, 1318 (1318).

⁹⁸ Vgl. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (12).

Aktualität verlieren können, weshalb auch hier das Interesse an der Dringlichkeit der Verbraucherinformation gegen das grundrechtlich geschützte Interesse der betroffenen Unternehmen abzuwägen sei.⁹⁹ Da aber bei § 6 Abs. 1 S. 3 VIG und § 40 Abs. 1a LFGB keine Gesundheitsgefahr zu befürchten ist, ist das Argument der Dringlichkeit hier weniger bedeutsam.¹⁰⁰

Eine außergerichtliche Wartepflicht und eine Stillhaltezusage während des gerichtlichen Verfahrens können allerdings dann nicht geboten sein, wenn es sich um Informationen handelt, deren Bekanntgabe zum Schutz der menschlichen Gesundheit unerlässlich ist. In diesem Fall hat das Interesse der Öffentlichkeit am Erhalt der Informationen gegenüber den unternehmerischen Interessen höheres Gewicht.¹⁰¹

b.) Wartepflicht bei § 6 Abs. 1 S. 3 VIG

Bei aktiver staatlicher Informationspolitik auf Grundlage des § 6 Abs. 1 S. 3 VIG steht dem betroffenen Unternehmen lediglich die Möglichkeit zu, vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO mit dem Ziel der Unterlassung oder Beseitigung einer Veröffentlichung zu begehren. Anders verhält es sich bei der passiven, d. h. erst auf Antrag hin erteilten Information. Gem. § 5 Abs. 4 S. 2 VIG soll der Informationszugang erst gewährt werden, wenn dem betroffenen Dritten ein ausreichender Zeitraum zur Einlegung von Rechtsbehelfen eingeräumt worden ist, welcher nach S. 3 einen Zeitraum von 14 Tagen nicht überschreiten soll. Diese verbesserte Rechtsschutzmöglichkeit gilt nicht für die aktive Informationspolitik. Hier wird lediglich eine Anhörung des Betroffenen auf Grundlage von §§ 6 Abs. 1 S. 3 HS. 5 Abs. 1 VIG i. V. m. § 28 VwVfG vorgesehen. Ein angemessener Zeitraum zur Einlegung von Rechtsbehelfen wird hier nicht ausdrücklich normiert. Wenn aber bereits eine Rechtsschutzmöglichkeit für die passive Informationserteilung besteht, muss gerade für die aktive Informationserteilung, welche mit wesentlich gravierenderen Folgen für die betroffenen Unternehmen verbunden ist, eine Rechtsschutzmöglichkeit geschaffen, jedenfalls unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 4 GG im Wege der Gesetzesauslegung erfolgen.

⁹⁹ Vgl. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (13).

¹⁰⁰ Vgl. zur Dringlichkeit bei Gesundheitsgefahren VGH Mannheim, NVwZ 2011, 958 (960); *Becker*, ZLR 2011, 391 (420); a. A. *Wollenschläger*, DÖV 2013, 7 (14).

¹⁰¹ Vgl. *Kube*, ZLR 2007, 165 (189).

2.) Maßnahmen während des vorläufigen Rechtsschutzes

a.) Vorlagepflicht und Einsichtsrecht

Der Bereich multipolarer Interessenlagen wirft bei der Vorlagepflicht durch die Behörden gem. § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO und bei dem den Beteiligten zustehenden Einsichtsrecht in die Gerichtsakten nach § 100 Abs. 1 VwGO zahlreiche Schwierigkeiten auf. Zu nennen sind hierbei vor allem zwei problematische Konstellationen: Bei der ersten wurde einem Dritten im Verwaltungsverfahren die Gewährung von Informationen wegen entgegenstehender Interessen Dritter versagt. Hier geht die Behörde regelmäßig selbst davon aus, dass solche Interessen bestehen, die bereits dem Verlangen auf Herausgabe von Informationen entgegengehalten worden sind. Dies hat zur logischen Konsequenz, dass die Behörde (bzw. die oberste Aufsichtsbehörde) auch im gerichtlichen Verfahren in der Regel die Vorlage dieser Informationen auf Grundlage von § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO verweigern wird. In der zweiten Konstellation versucht ein Dritter, die Gewährung von Informationen durch die Behörde im gerichtlichen Verfahren zu verhindern. Hier wird die Behörde naturgemäß diese Informationen dem Gericht vorlegen (wollen), da sie vom Fehlen entgegenstehender Interessen ausgeht. Dies würde aber zu einer Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeit des Dritten führen, da der ursprüngliche Antragsteller als Beteiligter gem. § 100 Abs. 1 VwGO nunmehr Kenntnis von diesen von ihm erfragten Informationen erlangen würde.

(1.) Ausgangslage

Gem. § 108 Abs. 2 VwGO hat das Gericht eine Entscheidung nur auf Tatsachen zu stützen, zu denen sich die am Verfahren Beteiligten (§ 63 VwGO) äußern konnten. Dieser prozessuale Grundsatz resultiert aus dem verfassungsrechtlich statuierten Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG und gewährleistet dieses Prozessgrundrecht auf der einfach-gesetzlichen Ebene.¹⁰² Deshalb steht den am Verfahren Beteiligten gem. § 100 Abs. 1 VwGO ein umfassendes Akteneinsichtsrecht hinsichtlich derjenigen Unterlagen zu, die sich in den gerichtlichen Akten zu einem konkreten Verfahren befinden.¹⁰³ Damit das umfassende Akteneinsichtsrecht auch verwirklicht werden kann, haben die am Verfahren beteiligten Behörden sämtliche Akten zum streitgegenständlichen Verwaltungsverfahren an das Gericht vorzulegen.

¹⁰² Vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 108 Rn. 19.

¹⁰³ Vgl. BVerfGE 62, 338 (343).

(2.) Entscheidung zur Vorlage bzw. Verweigerung

Gem. § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO hat die oberste Aufsichtsbehörde bzgl. der Vorlagepflicht ein Verweigerungsrecht, wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen (sog. Sperrklärung)¹⁰⁴. Der Behörde steht hinsichtlich der Entscheidung über die Verweigerung ein Ermessensspielraum zu. Hierbei sind neben dem privaten Interesse an effektivem Rechtsschutz auch das öffentliche und private Interesse an Geheimnisschutz und schließlich das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung in die Abwägung mit einzustellen.¹⁰⁵ In diesem Abwägungsvorgang hat die Behörde den Besonderheiten des multipolaren Interessenkonflikts so weit wie möglich gerecht zu werden. Werden die nach Auffassung der Behörde geheimhaltungsbedürftigen Informationen vorgelegt, kann der Antragsteller über ein Einsichtsrecht Kenntnis über die Informationen erlangen und stünde damit so, als wenn ihm diese bereits vorher preisgegeben worden wären. Dies stellt offensichtlich ein Schutzdefizit zulasten des betroffenen Unternehmens dar.¹⁰⁶ Die Notwendigkeit einer Vorlage solcher Informationen zu den Gerichtsakten kann sich als Grundrechtseingriff, insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie in die Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG auswirken.¹⁰⁷ Auf der anderen Seite ist bei verweigerter Vorlage eine Verletzung des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) denkbar.

(3.) In-Camera-Verfahren

Besteht Streit darüber, ob die Verweigerung einer Vorlage der Akten rechtmäßig war, kann gem. § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO auf Antrag eines Beteiligten durch das OVG/VGH vorab über deren Rechtmäßigkeit entschieden werden. Voraussetzung für einen Antrag nach § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO ist, dass das Gericht der Hauptsache zur Entscheidungserheblichkeit des Akteninhalts Stellung genommen hat.¹⁰⁸ Die Stellungnahme hat grundsätzlich in Form eines Beweisbeschlusses oder in einer vergleichbaren förmlichen Äußerung zu erfolgen.¹⁰⁹ Eine Ausnahme ist dann geboten, wenn die Entscheidungserheblichkeit des Akteninhalts zweifelsfrei feststeht, was dann der Fall ist, wenn die Vorlage selbst Streitgegenstand ist und die dortige Entscheidung von der – allein anhand des Inhalts der umstrittenen Akten zu beantwortenden – Frage

¹⁰⁴ Vgl. nur BVerwGE 130, 236 (243).

¹⁰⁵ Vgl. st. Rspr., BVerfGE 115, 205 (327).

¹⁰⁶ Vgl. OVG Münster, NVwZ 2009, 475 (476).

¹⁰⁷ Vgl. auch OVG Münster, NVwZ 2009, 475 (476).

¹⁰⁸ Vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 194 (194).

¹⁰⁹ Vgl. BVerwGE 136, 345 (348).

abhängt, ob die Akten, wie von der Behörde geltend gemacht, geheimhaltungsbedürftig sind.¹¹⁰

Verweigert die Behörde die Vorlage der Informationen und wird die Rechtmäßigkeit dieses Verhaltens festgestellt, so darf das Gericht der Hauptsache diese Informationen für die Entscheidung auf Gewährung oder Versagung vorläufigen Rechtsschutzes nicht verwerten, was zur Folge hat, dass entscheidungserhebliche Fragen in diesem Zusammenhang nach den allgemeinen Beweislastregeln zu beantworten sind.¹¹¹ Bei multipolaren Interessenlagen führt dieses Alternativverhältnis zwischen einem Ausschluss von Tatsachenstoff bei rechtmäßiger Verweigerung wegen Geheimhaltung und dessen vollständiger Berücksichtigung bei fehlender Geheimhaltungspflicht regelmäßig nicht zur Herstellung einer praktischen Konkordanz der kollidierenden Grundrechtspositionen.¹¹² Denn die Verweigerung der Vorlage von Informationen kann für den Antragsteller nachteilige Auswirkungen hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidung haben. Ohne die Verwertung sämtlicher Akten(-Bestandteile) erscheint es für ein Gericht naturgemäß diffizil, wenn nicht gar unmöglich, eine interessengerechte Entscheidung zu treffen. Andererseits kann die Vorlage der Informationen für das beigeladene Unternehmen zur Folge haben, dass gerade diejenigen Informationen in den Kenntnisbereich des Antragstellers gelangen, deren Preisgabe verhindert werden soll. Wird nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen entschieden, so trägt die Behörde die Beweislast dafür, dass der Gewährung von Informationen private Interessen entgegenstehen. Ohne Vorlage der entsprechenden Akten erweist es sich als schwierig, dieser Obliegenheit gerecht zu werden.

(4.) Beiladung der Beteiligten

Im Anwendungsbereich des VIG wurde entschieden, dass der Antragsteller einer Informationserteilung gem. § 2 Abs. 1 VIG in dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes des von der Information Betroffenen gegen die Erteilung der Information nicht notwendig beizuladen sei.¹¹³ Zur Begründung wurde ausgeführt, dass eine notwendige Beiladung¹¹⁴ i. S. des § 65 Abs. 2 VwGO ein rechtliches Interesse an der Entscheidung voraussetze, d. h. einen Eingriff in die Rechte Dritter. Die Rechte Dritter bestimmten sich nach dem materiellen Recht. Bei der Informationserteilung nach dem VIG ergibt sich ein materieller Auskunftsanspruch aus § 2

¹¹⁰ BVerwGE 136, 345 (348) m. w. N.

¹¹¹ Vgl. OVG Münster, NVwZ 2009, 475 (476).

¹¹² So zutreffend OVG Münster, NVwZ 2009, 475 (476) sowie zu den prozessualen Konstellationen *Mayen*, NVwZ 2003, 537 (542).

¹¹³ Vgl. VG Leipzig, Beschl. v. 11.02.2014 – Az. 5 L 555/13 (zit. nach juris), Rn. 36 ff.

¹¹⁴ Zur Bedeutung zusammenfassend *Wustmann*, ZLR 2011, 57 (61 f.) und insb. *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen, S. 568, nach welchem die Beiladung zu Recht als prozessuales Instrument der Konflikt-schlichtung im multipolaren Gefüge anzusehen ist.

Abs. 1 VIG. Dennoch sei eine Beiladung in diesem Falle unzulässig, weil die zuständige Behörde dem VG die für die Entscheidung maßgeblichen Akten bereits vorgelegt habe und infolge von § 100 Abs. 1 VwGO und dem dort verbürgten Akteneinsichtsrecht die Beiladung des Antragstellers zur Erledigung des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens führen würde.¹¹⁵ Die Unzulässigkeit der Beiladung ergebe sich aus § 5 Abs. 4 S. 2 VIG, welcher den Auskunftsanspruch aus § 2 Abs. 1 VIG einschränke, da eine Informationserteilung erst erfolgen dürfe, wenn dies dem Betroffenen bekanntgegeben und ihm ein angemessener Zeitraum zur Einlegung von Rechtsbehelfen eingeräumt worden ist.¹¹⁶ Der Zeitraum soll 14 Tage nicht überschreiten, § 5 Abs. 4 S. 3 VIG. Hieraus folgert das VG, dass eine Informationserteilung nicht bereits dann erfolgen dürfe, wenn der eingeräumte Zeitraum überschritten worden sei und der Betroffene von Möglichkeiten zur Einlegung von Rechtsbehelfen keinen Gebrauch gemacht habe. Vielmehr dürfe die Erteilung erst dann erfolgen, wenn im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geklärt sei, ob die Informationserteilung rechtmäßig sei. Hierbei wird verkannt, dass § 5 Abs. 4 S. 1 VIG den Sofortvollzug einer behördlichen Maßnahme anordnet, so dass in Abweichung zu § 80 Abs. 1 VwGO Widerspruch¹¹⁷ und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben. Dennoch räumt der Gesetzgeber in Kenntnis der Endgültigkeit einer Informationserteilung dem Betroffenen die Möglichkeit ein, Rechtsbehelfe ohne Rechtsnachteile einzulegen. Nutzt der Betroffene diese Möglichkeit nicht und ist der eingeräumte Zeitraum von 14 Tagen überschritten, gestattet das Gesetz die Informationserteilung, da fingiert wird, dass der Betroffene gegen diese Erteilung keinerlei Bedenken zu äußern hat. Macht dieser allerdings von seiner Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelfs Gebrauch, so darf die Informationserteilung gerade wegen ihrer Endgültigkeit erst erfolgen, wenn deren Rechtmäßigkeit feststeht. Dies hat jedoch keinerlei Aussagegehalt darüber, ob der Antragsteller einer Information notwendig beizuladen ist. Diesem steht auch der gesetzgeberische Wille nicht entgegen. Wenn und soweit § 5 Abs. 4 S. 1 VIG lediglich für Informationen über Rechtsverstöße gelten soll,¹¹⁸ so besagt der Umkehrschluss, dass bei allen anderen Informationen die Bestandskraft des Verwaltungsaktes für die Informationserteilung erforderlich ist.¹¹⁹ Im Ergebnis kommt es in beiden Bereichen dazu, dass im Falle des vorläufigen Rechtsschutzes eine Informationserteilung nicht erfolgen darf. Zu Recht wird an der Entscheidung kriti-

¹¹⁵ Vgl. zum Rechtsschutz bei rechtswidriger Vorlage nur *Schenke*, NVwZ 2008, 938 (941).

¹¹⁶ Vgl. *Immel/Schneider*, LMuR 2009, 142 (144); anders *Mühlbauer*, DVBl 2009, 354 (355), welcher die Bestandskraft der behördlichen Entscheidung auf Informationserteilung als Voraussetzung für diese entgegen dem Wortlaut verlangt.

¹¹⁷ Vgl. zum Verhältnis von § 5 Abs. 4 VIG zu § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO nur *Mühlbauer*, DVBl 2009, 354 (356); a. A. *Schoch*, VBIBW 2010, 333 (341).

¹¹⁸ Vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 18 f.

¹¹⁹ So auch zutreffend *Mühlbauer*, DVBl 2009, 354 (355); *Wustmann*, ZLR 2009, 161 (166).

siert, dass es dem VG ohne weiteres möglich gewesen wäre, die unaufgefordert zugesandten Verfahrensakten wieder an die Behörde zurückzusenden, um so dem Antragsteller der Informationserteilung die Möglichkeit einzuräumen, seine rechtlichen Interessen, welche von dem Verfahren wegen § 2 Abs. 1 VIG tatsächlich tangiert sind, wahrzunehmen und zu verteidigen.¹²⁰

Im Gegensatz hierzu wurde entschieden, dass eine notwendige Beiladung gem. § 65 Abs. 2 VwGO zwingend vorgeschrieben und auf Grund der Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG unabdingbar sei.¹²¹ Diesem stehe das VIG nicht entgegen. Auch das Bekanntwerden des Namens des von der Information Betroffenen infolge dessen Nennung im Rubrum stehe der notwendigen Beiladung aus zuvor genannten Gründen nicht entgegen, da der Antragsteller der Information hierdurch keine näheren Informationen über den lebensmittelrechtlichen Verstoß erhalte. Nichts anderes gelte, wenn es ihm neben den lebensmittelrechtlichen Verstößen auch um den Namen gehe.

(5.) Entscheidungserheblichkeit

In Verfahren, in denen die Erteilung von Informationen wegen potenziell entgegenstehender Interessen Dritter streitig ist, habe vielmehr das Gericht der Hauptsache vor der Stellung eines Antrags nach § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO die Entscheidungserheblichkeit des Akteninhalts positiv festzustellen.¹²² Andernfalls ist ein Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO unzulässig.¹²³ Diese positive Feststellung erfolge im Wege einer förmlichen Verlautbarung durch die Kammer i. S. eines Beweisbeschlusses, welcher zur Entscheidungserheblichkeit des Akteninhalts gem. § 98 VwGO i. V. m. § 358 ZPO Stellung zu nehmen habe. Ob der Akteninhalt entscheidungserheblich sei, habe das Gericht im Wege der Amtsermittlung gem. § 86 VwGO zu erforschen. Der Fachsenat ist an die Entscheidung des Gerichts der Hauptsache im Hinblick auf die Entscheidungserheblichkeit gebunden.¹²⁴ Aus § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO resultiere auch das Erfordernis der positiven Feststellung, so dass es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal handelt.¹²⁵

¹²⁰ So zu Recht *Wustmann*, BayVBI 2015, 181 (182); zum grundsätzlich fehlenden Rücksendeanspruch *Schenke*, NVwZ 2008, 938 (941) und zur Rücksendepflicht bei offensichtlicher Verletzung des Geheimnisschutzes *Privater Schenke*, NVwZ 2008, 938 (942).

¹²¹ Vgl. VGH Münster, LMuR 2014, 175 (178); *Wustmann*, ZLR 2011, 57 (75).

¹²² Vgl. VGH München, Beschl. v. 02.07.2013 – Az. G 13.1 (zit. nach juris), Rn. 8 ff.; zustimmend *Schemmer*, DVBI 2011, 323 (325).

¹²³ Vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 194 (195).

¹²⁴ Vgl. *Schemmer*, DVBI 2011, 323 (325, 326 ff.) insb. zu dem Problemkreis der Bindungswirkung der positiven Feststellung.

¹²⁵ Vgl. *Schemmer*, DVBI 2011, 323 (325).

(6.) Bewältigung von Interessenkonflikten

Damit die in multipolaren Interessenlagen bestehenden Konflikte auch für den hier behandelten Bereich angemessen miteinander in Einklang gebracht werden, ohne dass Grundrechtspositionen der einen oder anderen Seite übermäßig verkürzt werden, bedarf das Verfahren gem. § 99 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwGO gewisser Modifikationen.

(a.) Eingliederung Zwischenverfahren in das Hauptsacheverfahren

Eine denkbare Lösung könnte sein, dass das Zwischenverfahren über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung auch auf das Hauptsacheverfahren erstreckt wird,¹²⁶ was zur Folge hätte, dass das Gericht die Informationen für seine Entscheidung verwerten darf, diese aber nicht dem Einsichtsrecht gem. § 100 Abs. 1 VwGO unterliegen.¹²⁷ Das Feststellungsverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO würde somit vom Gericht der Hauptsache geführt werden. Somit würden die allgemeinen Beweislastgrundsätze nicht in starrer Weise zur Anwendung gelangen, da es dem Gericht nicht verwehrt wäre, vorhandene Beweismittel auch tatsächlich für die Entscheidungsfindung zu benutzen. Das Gericht der Hauptsache könnte so eine für die Beteiligten unter Beachtung der multipolaren Interessenlage faire Entscheidung treffen, wobei keiner der Beteiligten Nachteile erlangen würde. Ein asymmetrischer Informationsstand würde nicht vorliegen, da weder der die Information Begehrende noch der die Erteilung der Information Abwehrende vom Inhalt Kenntnis erlangen würden. Die ansonsten bei multipolarer Interessenlage im Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO nicht mögliche Herstellung einer praktischen Konkordanz zwischen den einzelnen, sich widerstreitenden Interessen würde so ermöglicht werden.¹²⁸

Ist Gegenstand des Verfahrens um die Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz – wie im Bereich des VIG regelmäßig der Fall – die Erteilung einer Information, so kann sich der Streit darüber mit der Feststellung über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung erledigen. Der Antragsteller kann mit der Entscheidung des (O)VG sein Rechtsschutzziel nicht mehr erreichen, da bereits in einem besonderen Verfahren unabhängig vom Gericht der Hauptsache verbindlich festgestellt wurde, dass die Verweigerung der Vorlage von Akten mit den in Streit stehenden Informationen rechtmäßig war. Dies hat zwangsläufig Auswirkungen auf die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz. Hier wird das Bedürfnis nach Verlagerung des Zwischenverfahrens in das Hauptsacheverfahren deutlich, da so das Gericht der Hauptsache über

¹²⁶ Vgl. OVG Münster, NVwZ 2009, 475 (477) sowie zustimmend *Schemmer*, DVBl 2011, 323 (331); *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (459).

¹²⁷ Vgl. *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (459).

¹²⁸ So auch *Schemmer*, DVBl 2011, 323 (331).

die Vorlagepflicht befinden und auch in Kenntnis des Akteninhalts eine Entscheidung unter Berücksichtigung der multipolaren Interessen treffen kann.¹²⁹

(b.) Erweiterung der Antragsbefugnis aus § 99 Abs. 2 VwGO

In Bezug auf die Konstellation, in der ein Dritter die Gewährung von Informationen zu verhindern versucht, führt *Schroeter*¹³⁰ zutreffend aus, dass § 100 Abs. 1 VwGO dazu führe, dass die Verfahrensbeteiligten Einsicht in die Gerichtsakten erhalten können, obwohl noch keine Entscheidung über die Geheimhaltung getroffen wurde. Will ein Dritter die Gewährung von Informationen verhindern, wenn die Behörde der Auffassung ist, die Herausgabe an das Gericht sei rechtmäßig, so steht dem Dritten grundsätzlich keine gesetzliche Möglichkeit zur Verhinderung der geplanten Vorlage zu. Diese wäre nur dann eröffnet, wenn die Behörde eine Sperrerklärung abgibt und es auf Antrag eines Beteiligten zum Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO kommt. In diesen Fällen greift § 100 Abs. 1 VwGO nicht ein. Auch die Regelungen des VIG sehen keinen Ausgleich dieser widersprüchlichen Interessenlage vor. Zwar erklärt § 5 Abs. 1 S. 2 VIG das Anhörungsrecht des § 28 VwVfG für anwendbar, und § 5 Abs. 2 S. 3 VIG sieht auch die Bekanntgabe des Bescheids an den von der Information betroffenen Dritten vor. Ferner billigt ihm § 5 Abs. 4 S. 2 VIG einen ausreichenden Zeitraum von regelmäßig 14 Tagen zu, innerhalb dessen er einen Rechtsbehelf einlegen kann, bevor die Information erteilt wird. Doch entschließt sich der Dritte zur Einlegung von Rechtsbehelfen, in diesen Fällen zu einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO, kommen wiederum §§ 99, 100 VwGO zur Anwendung. Hierdurch wird der Rechtsschutz des Dritten bei stringenter Gesetzesanwendung verkürzt, da die Behörde regelmäßig von der Rechtmäßigkeit der Vorlagepflicht ausgehen wird, wenn sie bereits im Verwaltungsverfahren zu der Entscheidung gekommen war, dass dem Antragsteller die Informationen zu erteilen seien. Deshalb muss in Fällen von multipolaren Interessenkonflikten dem Dritten ebenfalls die Möglichkeit eröffnet werden, im Rahmen des Verfahrens um Gewährung von vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO einen Antrag nach § 99 Abs. 2 VwGO zu stellen.¹³¹ Andernfalls würde diese Konstellation in einen Zirkelschluss münden, indem der Dritte vor der Gewährung von Informationen auf das Verfahren nach § 123 VwGO verwiesen wird und hier wiederum § 100 Abs. 1 VwGO zur Anwendung käme. Denkbar ist auch, dass dem Gericht der Hauptsache in solch‘

¹²⁹ So auch *Fischer/Fluck*, NVwZ 2013, 337 (339); *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (459); *Schoch*, VBIBW 2010, 333 (342).

¹³⁰ Vgl. *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (459).

¹³¹ Vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 105 (107) sowie zustimmend *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (460); *Schenke*, NVwZ 2008, 938 (940).

einem Fall die Pflicht obliegt, die in seinem Macht- und Kenntnisbereich befindlichen Akten wieder an die Behörde unter Hinweis auf § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO zurückzusenden und in den Entscheidungsgründen nicht zu verwerten.¹³² Schließlich ist auch an eine analoge Anwendung des § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO in Fällen zu denken, in denen eine Vorlage (rechtswidrig) erfolgt ist und ein Dritter um Gewährung vorläufigen Rechtsschutz gerade deshalb nachsucht, um die Zugänglichmachung spezieller Informationen zu verhindern. Hierzu wird vertreten, dass dem Dritten grundsätzlich ein aus Art. 19 Abs. 4 GG resultierender Folgenbeseitigungsanspruch in Form eines Rückforderungsanspruchs gegen die vorlegende Behörde zustehe.¹³³ Verweigert die Behörde die Rückforderung, so könne der Dritte analog § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO eine Entscheidung der Aufsichtsbehörde über die Rechtmäßigkeit der Vorlage und über das Verlangen der Rückforderung beantragen.¹³⁴ Erweist sich dieses Vorgehen als erfolglos, so könne er analog § 99 Abs. 2 VwGO den Fachsenat anrufen, welcher dann über die Rechtmäßigkeit der Vorlage und das Rückforderungsverlangen zu entscheiden habe.¹³⁵ Während dieses Verfahrens findet § 100 Abs. 1 VwGO keine Anwendung. Der Vorgehensweise stehe insbesondere § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht entgegen, da dieser gerade nicht regle, ob eine nachträgliche Vorlageverweigerung und damit eine Rückforderung möglich sei.¹³⁶ Diese Vorgehensweise rechtfertige sich allerdings aus Art. 20 Abs. 3 GG, da alle Organe des Staates innerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches auf jeder Stufe des (Verwaltungs-/Gerichts-)Verfahrens zur Herstellung rechtmäßiger Zustände verpflichtet sind.¹³⁷

(c.) Anonymisierung

Geht es dem Antragsteller einer Informationserteilung ausschließlich um die Nennung eines Namens, könne dieser wegen § 100 Abs. 1 VwGO anonymisiert werden, was aus Art. 19 Abs. 4 GG folge.¹³⁸ Zwar sehe die VwGO dies ausdrücklich nicht vor, da in der Klage gem. § 82 Abs. 2 S. 1 VwGO der Kläger zu bezeichnen sei, gem. § 176 S. 1 VwGO i. V. m. § 130 Nr. 1 ZPO die Schriftsätze der Parteien diese auch namentlich zu bezeichnen haben und die Sitzungsniederschrift gem. § 105 VwGO i. V. m. § 160 Abs. 1 Nr. 4 ZPO die anwesenden Prozessbeteiligten namentlich zu nennen habe. Doch seien diese Regelungen einer verfassungs-

¹³² So zutreffend *Schenke*, in: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, § 100 Rn. 3a.

¹³³ So *Schenke*, NVwZ 2008, 938 (942); *Roth*, NVwZ 2003, 544 (546).

¹³⁴ Vgl. *Schenke*, NVwZ 2008, 938 (943).

¹³⁵ Vgl. *Schenke*, NVwZ 2008, 938 (943).

¹³⁶ Vgl. *Roth*, NVwZ 2003, 544 (546).

¹³⁷ Vgl. *Roth*, NVwZ 2003, 544 (546).

¹³⁸ Vgl. OVG Münster, LMuR 2014, 175 (178).

konformen Auslegung zugänglich.¹³⁹ So könne eine Anonymisierung des Namens nur im Rahmen und den Grenzen dessen erfolgen, welche für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich seien. Denn dies stelle eine Abweichung zum Grundsatz der Waffen- und Verfahrensgleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie dem Gebot des rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG dar. Deshalb ist diese Möglichkeit zum Ausgleich widerstreitender Interessen restriktiv zu handhaben. Eine Schwärzung der Prozessakten durch die Beteiligten selbst dürfte nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung und damit Entscheidung werden, da das Gericht in diesem Fall zur Führung zweier Akten verpflichtet werde und dies zu einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG führe.¹⁴⁰ Denn die Herausgabe der geschwärzten Akten an die Prozessbeteiligten würde zu einer Verlagerung des Verfahrens nach § 99 Abs. 2 VwGO zum Gericht der Hauptsache führen, was § 99 Abs. 2 VwGO gerade nicht vorsehe.

(d.) Teleologische Reduktion

Schließlich ist denkbar, den Anwendungsbereich des § 100 Abs. 1 VwGO teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass sich das Akteneinsichtsrecht nicht auf Vorgänge erstrecken darf, deren Einsichtnahme zur Vorwegnahme und damit zur Erledigung der Hauptsache führen.¹⁴¹ Kritisch ist auch eine Entscheidung des BVerwG zu sehen, in dem dieses § 100 Abs. 1 VwGO und das darin verbürgte Akteneinsichtsrecht als unvermeidbare Folge von § 99 Abs. 2 VwGO bezeichne, da der Gesetzgeber dies in Kauf genommen habe.¹⁴² Gemeint ist damit der Fall, in dem die Rechtswidrigkeit einer Verweigerung durch den Fachsenat festgestellt wird und den Beteiligten somit das Akteneinsichtsrecht zusteht, ohne zu berücksichtigen, dass § 100 Abs. 1 VwGO in Relation zu § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO und der dort normierten Berücksichtigung des Fachrechts zu sehen ist. Nicht der Gesetzgeber hat dies in Kauf genommen, sondern die Rechtsprechung hat die fehlende Verzahnung von Prozessrecht und materiellem Recht selbst entwickelt.¹⁴³ § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO normiert als prozessuale Vorschrift selbst, dass spezielle Vorgänge der Geheimhaltung unterliegen, insbesondere, wenn ein Gesetz die Geheimhaltung anordnet. Hieraus wird die von der Rechtsprechung verkannte Verzahnung von Prozessrecht und materiellem Recht hergestellt.¹⁴⁴ § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO spricht ausdrücklich von „Vorgänge(n) nach einem Gesetz“ - und gerade nicht von „grundrechtlich geschützten Le-

¹³⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.11.1999 - Az. 1 BvR 1203/99 (zit. nach juris), Rn. 1.

¹⁴⁰ Vgl. OVG Münster, LMuR 2014, 175 (178 f.).

¹⁴¹ So *Fischer/Fluck*, NVwZ 2013, 337 (339).

¹⁴² Vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 880 (883).

¹⁴³ So kritisch *Schoch*, NVwZ 2012, 85 (87).

¹⁴⁴ Vgl. *Schemmer*, DVBl 2011, 323 (329).

bensbereichen von hoher Bedeutung“, wie das BVerwG ausführt.¹⁴⁵ Vielmehr ist damit das Fachrecht wie bspw. das VIG gemeint,¹⁴⁶ welches in diesem Fall als *lex specialis* zum Prozessrecht gilt.¹⁴⁷ Deshalb wird befürwortet, dass der Fachsenat im Rahmen seiner Entscheidung gem. § 99 Abs. 2 VwGO das Fachrecht ebenfalls mit zu berücksichtigen hat, und nicht nur das Gericht der Hauptsache.¹⁴⁸ Auch wenn das Fachrecht der jeweiligen Behörde kein Ermessen hinsichtlich der Verweigerung von Informationen einräumt, soll der obersten Aufsichtsbehörde gem. § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO ein solches Ermessen hinsichtlich der Verweigerung zur Vorlage der entscheidungserheblichen Akteninhalte zustehen. Im Rahmen des Ermessens müssten zwingend neben den prozessualen Grundsätzen und der ggfs. eintretenden Rechtsschutzverkürzung auch die Vorgaben des Fachrechts berücksichtigt werden, so dass sich der Fachsenat bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit nicht lediglich auf die prozessrechtlichen Besonderheiten beschränken dürfe. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Verweigerungsgrund im materiellen Recht, wie dem des VIG, dazu führt, dass der obersten Aufsichtsbehörde nahezu keinerlei Raum für eigenständige Ermessensentscheidungen bleibt.¹⁴⁹ Es muss ein Gleichlauf zwischen den materiell-rechtlichen und prozessualen Versagungsgründen hergestellt werden.¹⁵⁰ Doch müssen auch die Folgen berücksichtigt werden, welche die Verweigerung oder Preisgabe von streitgegenständlichen Informationen für den Rechtsschutz der Beteiligten nach sich zieht.¹⁵¹

(7.) Eigene Bewertung

Zur Lösung des Interessenkonflikts, welcher infolge des umfassenden Einsichtsrechts in die Verfahrensakten nach § 100 Abs. 1 VwGO entstehen kann, ist es erforderlich, einen Ausgleich zwischen dem Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG und dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG herzustellen. Idealerweise in der Art, dass weder das eine noch das andere verfassungsrechtlich verbürgte Recht zurücktreten muss. Deshalb wäre es empfehlenswert, im VIG eine § 99 VwGO überlagernde Sonderregelung aufzunehmen,¹⁵² nach der das antragsgebundene Feststellungsverfahren nicht mehr als eigenständiges Zwischenverfahren gilt, sondern im Rahmen des Hauptsacheverfahrens durchgeführt wird. So wäre es dem Gericht möglich, über das Vorliegen von Geheimnisschutz ohne

¹⁴⁵ BVerwG, NVwZ 2012, 112 (113) sowie zustimmend *Posser*, in: BeckOK VwGO, § 99 Rn. 21.1.

¹⁴⁶ So auch *Schoch*, NVwZ 2012, 85 (87); *Wustmann*, ZLR 2009, 161 (166).

¹⁴⁷ Vgl. *Schemmer*, DVBl 2011, 323 (329); *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (461).

¹⁴⁸ Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 1114 (1115) sowie kritisch dazu *Schoch*, NVwZ 2012, 85 (88).

¹⁴⁹ So auch *Schemmer*, DVBl 2011, 323 (330).

¹⁵⁰ So auch *Schemmer*, DVBl 2011, 323 (330).

¹⁵¹ *Posser*, in: BeckOK VwGO, § 99 Rn. 27 bezeichnet dies zutreffend als intendiertes Ermessen.

¹⁵² So auch *Grube*, ZLR 2009, 649 (655).

Anwendung des § 100 Abs. 1 VwGO zu entscheiden. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass schutzwürdige Geheimnisse vorliegen, kann es die in Streit stehenden Informationen dennoch für die Entscheidungsfindung heranziehen, ohne dass die Beteiligten sich diesbezüglich auf ihr Einsichtsrecht aus § 100 Abs. 1 VwGO berufen könnten und diese Informationen in den Entscheidungsgründen genannt werden.¹⁵³ Zwar würde auch dieses Vorgehen im Hinblick auf § 108 Abs. 1 VwGO und den darin normierten Grundsatz, dass das Gericht seine Entscheidung nach freier, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnener Überzeugung trifft, und auch dem Prinzip, dass in dem Urteil alle wesentlichen Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind, nicht gerecht werden.

Ferner würde diese Vorgehensweise in Widerspruch zu Art. 103 Abs. 1 GG und dem darin verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatz auf Gewährung rechtlichen Gehörs geraten, welcher sich auch in § 108 Abs. 2 VwGO niedergeschlagen hat. Danach darf das Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten. Werden diesen Personen die wesentlichen in Streit stehenden Informationen nicht offengelegt, nutzt das Gericht diese aber dennoch für seine Entscheidungsfindung, könnte dies einen Verstoß gegen § 108 Abs. 2 VwGO darstellen. Allerdings handelt es sich bei diesen Informationen formal um keine Beweismittel, da diese ja gerade (noch) nicht in das Verfahren einbezogen wurden. Doch geht es jedenfalls um Tatsachen. Deshalb ist es erforderlich, dass auch im VIG eine entsprechende ausdrückliche Regelung aufgenommen wird, welche diese Diskrepanz zwischen Verfassungs-, Prozess- und materiellem Recht auflöst und zu einem vertretbaren Ergebnis führt. Dabei kann die hier erfolgende Einschränkung der Verfahrensrechte durchaus im Hinblick auf die multipolare Interessenlage gerechtfertigt sein.¹⁵⁴ Die Modifikation des VIG würde bereits als *lex specialis* dem allgemeinen Prozessrecht, insbesondere § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO vorgehen.¹⁵⁵ Ein Modell dafür könnte § 138 TKG sein. Nach § 138 Abs. 1 S. 2 TKG unterrichtet das Gericht der Hauptsache die Beteiligten (§ 63 VwGO), deren Geheimhaltungsinteresse durch die Offenlegung der Unterlagen im Hauptsacheverfahren berührt werden könnte, darüber, dass die Unterlagen vorgelegt worden sind. Damit haben die Beteiligten gemäß § 138 Abs. 3 S. 1 VwGO die Möglichkeit, innerhalb eines Monats nach dieser Unterrichtung einen Antrag zu stellen, bei dem durch das Gericht der Hauptsache geprüft wird, ob ein Geheimhaltungsinteresse an den vorzulegenden Unterlagen besteht. In diesem Zeitraum steht den Beteiligten entgegen § 100 VwGO kein Akteneinsichtsrecht zu. Gleichzeitig ist ein Appell an die am Verfahren beteiligten Behörden zu richten, die in Streit

¹⁵³ Vgl. *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (460) für das IFG.

¹⁵⁴ So auch *Schroeter*, NVwZ 2011, 457 (460).

¹⁵⁵ Vgl. *Schoch*, NJW 2009, 2987 (2993).

stehenden Informationen aus dem Verwaltungsverfahren nicht vorschnell offen zu legen, sondern eine förmliche Aufforderung des Gerichts abzuwarten. Hierdurch würde das gem. § 99 Abs. 2 VwGO antragsgebundene Feststellungsverfahren weitestgehend entbehrlich, welches andernfalls zu zeitlichen Verzögerungen bei der Entscheidung führt.

b.) Hängebeschlüsse

(1.) Anhörungsrecht

Der Erlass von Hängebeschlüssen kann ein wirksames Instrumentarium zur Bewältigung von Interessenkonflikten sein. Den Beteiligten eines Verfahrens (§ 63 VwGO) kommen wesentliche Mitwirkungsrechte während eines Verfahrens zu. Im Wesentlichen hat der Vorsitzende die Streitsache mit den Beteiligten tatsächlich und rechtlich zu erörtern (§ 104 Abs. 1 VwGO). In diesem Zusammenhang ist § 108 Abs. 2 VwGO zu sehen, wonach das Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden darf, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten. Der hierin zum Ausdruck kommende Grundsatz des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG findet auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Anwendung.¹⁵⁶ Von der Anhörung der Beteiligten kann deshalb infolge der wesentlichen¹⁵⁷ Bedeutung von Art 103 Abs. 1 GG nur ausnahmsweise wegen einer besonderen Dringlichkeit der Sache abgesehen werden.¹⁵⁸ Andernfalls haben die Gerichte den Grundsatz auf rechtliches Gehör bspw. durch Übermittlungen per Fax, kurzen (Äußerungs-)Fristen oder zeitnaher Akteneinsicht zu wahren.¹⁵⁹ Um einerseits dem Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes ausreichend Rechnung zu tragen, andererseits aber die Interessen der Beteiligten zu sichern, d. h. „praktische Konkordanz“ zwischen Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG herzustellen,¹⁶⁰ ist der Erlass einer Zwischenverfügung ein wirkungsvolles Instrumentarium.¹⁶¹

(2.) Erörterung der Sach- und Rechtslage

Sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache infolge eines umfangreich zu ermittelnden Sachverhaltes oder infolge schwieriger (verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Fragen) als offen zu bezeichnen, wird den Gerichten gestattet, eine Entscheidung auf der Grundlage einer reinen Folgenabwägung zu treffen.¹⁶² In dieser zusätzlichen Fallkonstellation bietet sich der Er-

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 70, 180 (188).

¹⁵⁷ Vgl. nur VGH München, BayVBl 1986, 45 (46).

¹⁵⁸ Vgl. BVerfGE 9, 189 (198).

¹⁵⁹ Vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 62 (63).

¹⁶⁰ So *Happ*, in: Eyermann, Kommentar VwGO, § 13 Rn. 55.

¹⁶¹ Vgl. VGH München, BayVBl 1986, 45 (46).

¹⁶² Vgl. hierzu Erster Teil, I. 2.) c.).

lass einer Zwischenverfügung an, um eine den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 GG genügende Prüfung der Sach- und Rechtslage vornehmen zu können.¹⁶³ Das Fehlentscheidungsrisiko, welches bei einer reinen Folgenabwägung größer ist, könnte so minimiert werden.

¹⁶³ Vgl. OVG Münster, BeckRS 2006, 22097.

D. Fazit

Der Bereich um die Verhinderung einer Veröffentlichung oder um die Gewährung von Informationen im vorläufigen Rechtsschutz gestaltet sich infolge zahlreicher prozessualer Möglichkeiten als vielfältig. Jede prozessuale Möglichkeit hat deshalb die in ihrem Einzelfall bestehenden Besonderheiten, insbesondere die multipolare Interessenlage der Beteiligten sowie die Folgen einer Veröffentlichung oder Gewährung von Informationen angemessen zu gewichten.

Die Lösung von Interessenkonflikten in multipolaren Verhältnissen kann auf verschiedene Weise erfolgen. Bereits im Vorfeld, d. h. im Verwaltungsverfahren, lassen sich durch die Einräumung von Stillhalteversprechen und Wartepflichten vor einer Informationserteilung oder Informationsveröffentlichung sachgerechte Ergebnisse erzielen. Entscheidend ist hierbei das richtige Verständnis für die immensen Konsequenzen einer Erteilung oder Veröffentlichung von Informationen für die betroffenen Unternehmen. Eine an den multipolaren Interessen ausgerichtete Erörterung mit den Beteiligten ist durchaus geeignet, Interessenkonflikte zu lösen.

Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bedarf es im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht des § 100 Abs. 1 VwGO einer (neu zu schaffenden) Regelung, mit welcher das sog. In-Camera-Verfahren durch das Gericht der Hauptsache vorgenommen wird.

Der Erlass von Zwischenverfügungen gewährt den Gerichten die für eine Entscheidung erforderliche Zeit, um die Sach- und Rechtslage ausreichend zu erforschen und zu prüfen.

Schließlich haben die Gerichte ein besonderes Augenmerk auf den Anordnungsgrund zu legen und ein richtiges Verständnis für den Entscheidungsinhalt zu entwickeln.

Fünfter Teil

Ergebnisse und Ausblick

A. Ergebnisse der Untersuchung

- 1.) Im bilateralen Verhältnis ist bei offensichtlich erfolgreicher Hauptsache keine weitere Folgen- und Interessenabwägung mehr vorzunehmen. Eine solche ist zur Reduzierung des Fehlentscheidungsrisikos lediglich bei offenen Erfolgsaussichten geboten. Im multipolaren Verhältnis ist auch bei Erlass einer Regelungsanordnung und offensichtlich erfolgreicher Hauptsache eine Folgen- und Interessenabwägung vorzunehmen.¹
- 2.) Die Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes besteht neben der Offenhaltung der Hauptsache in der Befriedigung materieller Rechtspositionen.²
- 3.) Der Erlass einer vorläufigen, aber für diesen Zeitraum irreparablen Entscheidung ist zulässig. Der Bewertung liegt in der Frage, ob eine nachfolgende Entscheidung in der Hauptsache die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz für die Zukunft hinsichtlich der materiellen Rechtsposition noch abändern kann.³
- 4.) Der Erlass einer endgültigen Entscheidung ist ausnahmsweise wegen Art. 19 Abs. 4 GG geboten. Die Prüfungsdichte hat derjenigen der Hauptsache zu entsprechen. Der Anordnungsgrund, welcher den Entscheidungsinhalt rechtfertigt, bedarf einer sorgfältigen Prüfung.⁴
- 5.) Staatliche Informationspolitik ist geeignet, europa- und verfassungsrechtlich geschützte Positionen der von der Information betroffenen Unternehmen zu beeinträchtigen. Demgegenüber kann die Öffentlichkeit aus europa- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen keinen Anspruch auf Informationserteilung ableiten. Ein solcher kann nur über einfach-gesetzliche Vorschriften begründet werden.⁵
- 6.) Staatlicher Informationspolitik kann eine Eingriffsqualität zugesprochen werden, wenn sie mit staatlicher Autorität erfolgt, final, jedenfalls vorhersehbar und die Folgen dem Staat zurechenbar sind.⁶
- 7.) Der Eingriff macht eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich, an welche keine weitergehenden oder anderen Anforderungen zu stellen sind. Von

¹ Vgl. Erster Teil, B. 2.).

² Vgl. Zweiter Teil, A. II. 1.) a.).

³ Vgl. Zweiter Teil, A. II. 1.) b.).

⁴ Vgl. Zweiter Teil, A. II. 2.).

⁵ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 2.) b.).

⁶ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 2.) c.).

der Aufgabe zu staatlichem Informationshandeln kann nicht auf deren Befugnis geschlossen werden. Solches Verhalten ist gleichwohl normierbar.⁷

- 8.) Das Smiley-Modell zielt auf Markttransparenz und Sanktionierung von Lebensmittelunternehmen und ist als grundrechtsrelevanter Eingriff einzustufen. Eine geeignete, mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen im Einklang stehende Ermächtigungsgrundlage liegt mit § 6 Abs. 1 S. 3 VIG nicht vor.⁸
- 9.) Das Verbraucherportal www.lebensmittelklarheit.de zielt auf produktspezifische Diffamierung, ist als grundrechtsrelevanter Eingriff einzustufen und dem BMEL über die immense finanzielle Förderung zuzurechnen. Eine geeignete Ermächtigungsgrundlage liegt für dieses Vorgehen nicht vor.⁹
- 10.) Die Information auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB zielt auf Markttransparenz, Sanktionierung und Disziplinierung der betroffenen Lebensmittelunternehmen. Die Ermächtigungsgrundlage des § 40 Abs. 1a LFGB ist nicht verfassungsgemäß, da es an der Verhältnismäßigkeit fehlt.¹⁰
- 11.) Der verfassungsrechtliche Pressebegriff des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasst die elektronische Presse, da auf die Funktion und deren Ziele und nicht auf das Medium abzustellen ist.¹¹
- 12.) Der Presse (bzw. ihren Vertretern) steht neben dem presserechtlichen Auskunftsanspruch die Möglichkeit zur Verfügung, ihren Informationsanspruch über das VIG geltend zu machen. Für die Presse(vertreter) erweist sich der Auskunftsanspruch nach den LPresseGen als günstiger. Für die von der Information betroffenen Lebensmittelunternehmen gestaltet sich der Auskunftsanspruch nach dem VIG als günstiger.¹²
- 13.) Zur Lösung von multipolaren Interessenkonflikten stehen auf der Normanwendungsebene Anhörungspflichten, die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Verfügung. Auf der Rechtsschutzebene ist im vorläufigen Rechtsschutz insbesondere eine Folgen- und Interessenabwägung als zusätzliches Korrektiv zur Minimierung des Fehlentscheidungsrisikos und zur Verhinderung von irreparablen Nachteilen vorzunehmen. Den Behörden ist vor und während eines Verfahrens des vorläufigen Rechts-

⁷ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 2.) d.).

⁸ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 3.) a.).

⁹ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 3.) b.).

¹⁰ Vgl. Dritter Teil, B. IV. 3.) d.).

¹¹ Vgl. Dritter Teil, C. I.

¹² Vgl. Dritter Teil, C. IV.

schutzes eine Wartepflicht vor der Herausgabe oder Veröffentlichung von Informationen vorzuschreiben. Schließlich ist zur Lösung der Konfliktlage bei der Vorlagepflicht von Aktenunterlagen und dem Akteneinsichtsrecht nach § 100 Abs. 1 VwGO eine materiell-rechtliche Vorschrift erforderlich, mit welcher das Gericht der Hauptsache über die Rechtmäßigkeit oder Verweigerung der Vorlage von Unterlagen entscheidet. Letztendlich kann vom Instrument der Zwischenverfügungen Gebrauch gemacht werden.¹³

¹³ Vgl. Vierter Teil, B. C.

B. Ausblick

Die Entwicklung der staatlichen Informationspolitik im Lebensmittelbereich hat gezeigt, dass der Staat fortlaufend neue Mittel und Wege erprobt, mit denen einerseits die Öffentlichkeit mit Informationen versorgt wird, andererseits die betroffenen Unternehmen zu mehr Hygienebewusstsein diszipliniert, zeitgleich aber für vergangenes Fehlverhalten sanktioniert werden.

Dem Grunde nach ist die Idee der staatlichen Informationspolitik nicht verkehrt. Infolge der zahlreichen Lebensmittelskandale ist ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit naturgemäß gegeben. Allerdings stellt sich zunächst die Frage, ob sich das Interesse der Öffentlichkeit auch auf hygienische Verstöße im Allgemeinen bezieht oder die Öffentlichkeit lediglich dann informiert werden möchte, wenn und soweit konkrete Gefahren für die menschliche Gesundheit bestehen oder zu erwarten sind. Im erstgenannten Fall ist zwingend erforderlich, dass eine mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen in Einklang stehende Ermächtigungsgrundlage geschaffen wird. Hierzu liegt bereits ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁴ vor. Danach soll künftig zwischen „Warnung der Öffentlichkeit“ nach Maßgabe des § 40 LFGB und „Information der Öffentlichkeit“ nach Maßgabe eines neuen § 40a LFGB unterschieden werden. Der neue § 40a LFGB sieht insbesondere in Absatz 2 der Norm eine Härteklausele vor, mit welcher von einer Veröffentlichung abgesehen werden kann. Schließlich sieht Absatz 4 eine Anhörungspflicht des betroffenen Unternehmens vor. Letztendlich ordnet Absatz 5 eine Löschungspflicht nach sechs Monaten an.

Ob damit ein gerechter Ausgleich der verfassungsrechtlich geschützten Unternehmerinteressen bewirkt wird, ist fragwürdig. Denn trotz Änderung des bisherigen § 40 Abs. 1a LFGB zielt auch der neue § 40a LFGB auf die Disziplinierung und Sanktionierung der betroffenen Unternehmen, weil eine Veröffentlichung primär dann erfolgen soll, wenn noch nicht rechts- oder bestandskräftig feststeht, dass es zu einem bußgeldbewährten Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften gekommen ist. Es sind deshalb weiterhin keine vernünftigen Gründe für diese Vorgehensweise als Rechtfertigung ersichtlich.

Es bleibt freilich abzuwarten, ob die Veröffentlichungspraxis auf Grundlage des neuen § 40a LFGB vor den Verwaltungsgerichten Bestand haben wird.

¹⁴ Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 24.04.2015, abrufbar unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Service/Rechtsgrundlagen/Entwuerfe/EntwurfViertesGzurAenderungLFGB.pdf?__blob=publicationFile; zuletzt abgerufen am 03.09.2015.