



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Antragsteller -
- Beschwerdegegner -

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Landratsamt xxxxx-xxxxxx-xxxxx,
xxxxxxxxxxxxxxxxxx xx - xx, xxxxx xxxxxxxxxxxx

- Antragsgegner -
- Beschwerdeführer -

wegen Veröffentlichung im Internet
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat der 9. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den
Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Roth, den Richter am
Verwaltungsgerichtshof Klein und die Richterin am Verwaltungsgerichtshof
Göppl

am 28. Januar 2013

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungs-
gerichts Karlsruhe vom 4. Dezember 2012 - 5 K 3056/12 - wird mit der Maß-

gabe zurückgewiesen, dass die Untersagung, das Ergebnis einer amtlichen Kontrolle des Betriebs des Antragstellers am 13. September 2012 im Internetauftritt des Antragsgegners weiterhin zu veröffentlichen, unwirksam wird, wenn der Antragsteller nicht bis 1. März 2013 ein gerichtliches Hauptsacheverfahren eingeleitet hat oder sich ein anhängig gemachtes Hauptsacheverfahren (durch Zurücknahme oder auf andere Weise) in der Hauptsache ohne Sachentscheidung erledigt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Veröffentlichung von lebensmittelrechtlichen Verstößen, welche anlässlich einer Betriebskontrolle in seiner Speisegaststätte in X. von Bediensteten des Antragsgegners am 13.09.2012 festgestellt wurden. Die vor Ort mündlich angeordnete Schließung der Betriebsräume zur Durchführung einer fachgerechten Reinigung wurde unter dem 18.09.2012 schriftlich bestätigt. Hiergegen erhob der Antragsteller Widerspruch. Nachdem eine Nachkontrolle am 20.09.2012 keine Beanstandungen mehr ergeben hatte, wurde der Betrieb der Gaststätte wieder gestattet. Bereits unter dem 17.09.2012 hatte der Antragsgegner angekündigt, dass gemäß § 40 Abs. 1a LFGB eine Veröffentlichung der festgestellten Verstöße im Internet beabsichtigt sei. Hierzu nahm der anwaltlich vertretene Antragsteller mit Schreiben vom 05.10.2012 Stellung. Unter dem 09.10.2012 kündigte der Antragsgegner an, das Ergebnis der amtlichen Kontrolle frühestens ab dem 18.10.2012 zu veröffentlichen. Diese Frist wurde telefonisch nochmals bis 22.10.2012 verlängert. Mit Schreiben vom 19.10.2012 teilte der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers mit, sobald die Antragschrift für das Eilverfahren fertiggestellt sei, würde man diese dem Antragsgegner vorab per Telefax, spätestens am 22.10.2012, zukommen lassen. In der am 22.10.2012 erfolgten Veröffentlichung auf der Homepage des XXXX-XXXX-XXXXX wurde unter Nennung des Namens, der Anschrift und des Betreibers der Gaststätte in der Rubrik Sachverhalt/Grund der Beanstandung

angegeben: „Mängel bei der Betriebshygiene, ekelerregende Herstellungs- oder Behandlungsverfahren.“ In der Folge wurde der Eintrag um den Hinweis ergänzt: „Nachkontrolle am 20.09.2012: Mängel beseitigt“. Mit Schreiben vom 15.11.2012 forderte der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers den Antragsgegner erfolglos auf, die Eintragung zu entfernen. Am 23.11.2012 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Karlsruhe um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Mit Beschluss vom 04.12.2012 hat das Verwaltungsgericht dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, in seinem Internetauftritt das Ergebnis einer amtlichen Kontrolle des Betriebs des Antragstellers am 13.09.2012 weiterhin zu veröffentlichen. Zur Begründung hat es maßgeblich darauf abgestellt, dass an der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung erhebliche Zweifel bestünden, weil § 40 Abs. 1a LFGB nach seinem Wortlaut die Benennung eines konkreten beanstandeten Lebensmittels erfordere, woran es vorliegend fehle. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragsgegners, mit der er auch geltend macht, dass es an einem Anordnungsgrund fehle, da es der Antragsteller versäumt habe, vorbeugenden Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Hilfsweise beantragt er, den Antrag des Antragstellers mit der Maßgabe abzulehnen, dass die Veröffentlichung um konkret benannte, von den Verstößen betroffene Lebensmittel ergänzt werde.

II.

Die statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde ist weder mit dem Haupt- noch mit dem Hilfsantrag begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass der Antragsteller im Hinblick auf seinen Antrag nach § 123 VwGO sowohl einen Anordnungsgrund wie auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO). Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Beschwerdegericht durch § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Beschwerde war daher mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen, welche die Vorläufigkeit der einstweiligen Anordnung und die Möglichkeit einer ab-

schließenden Klärung in dem - bisher nicht anhängig gemachten - Hauptsacheverfahren sicherstellen soll (vgl. Puttler in Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 2010, Rn. 116 zu § 123).

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Der Antragsteller begehrt bei sachdienlicher Auslegung die Unterlassung einer Internetveröffentlichung. An diesem Gegenstand hat sich im Beschwerdeverfahren dadurch nichts geändert, dass der Antragsgegner in Vollziehung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses die Interneteintragung am 19.12.2012 einstweilen gelöscht hat.

An der Statthaftigkeit des Antrags bestehen keinen Zweifel. Der Antragsteller macht in der Hauptsache einen Unterlassungsanspruch geltend, der mit einer Leistungsklage (vgl. § 43 Abs. 2, § 111 und § 113 Abs. 4 VwGO), nicht mit einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alternative VwGO durchzusetzen ist. Zutreffend ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei der Veröffentlichung des Ergebnisses der Kontrolle im Internet nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 LVwVfG handelt. Die Veröffentlichung dient lediglich der Information der Öffentlichkeit (vgl. BT-Drucks. 17/7374, S. 1 und 12); sie ist somit nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet, sodass ihr das Merkmal der Regelung im Sinne des § 35 Satz 1 LVwVfG fehlt (vgl. Wollenschläger, DÖV 7, 10 f.; Wehlau, in: Voit, Lebensmittelinformation zwischen Aufklärung und Skandalisierung, 2012, S. 51 ff., 59; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, Einf. Rn. 71). Damit liegt keine Anfechtungssituation vor, für die im einstweiligen Rechtsschutz der Vorrang der Verfahren nach § 80, § 80a VwGO gemäß § 123 Abs. 5 VwGO gelten würde (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2011, Rn. 4 zu § 123).

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist auch begründet. Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund (a) und einen Anordnungsanspruch (b) glaubhaft gemacht hat.

a) Im vorliegenden Fall besteht die Gefahr, dass im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirk-

lichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Bereits der 10. Senat des beschließenden Gerichtshofs hat überzeugend ausgeführt, dass das Verwaltungshandeln durch amtliche Information irreversibel ist und dass daran bei Fehlinformationen auch spätere Gegendarstellungen, Richtigstellungen oder sonstige Korrekturen nichts ändern, da die faktischen Wirkungen von Information regelmäßig nicht mehr eingefangen und umfassend beseitigt werden können (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 13.09.2010 - 10 S 2/10 -, VBIBW 2011, 72, 73; Wollenschläger, DÖV 2013, 7, 13). Eine Verbraucherinformation zu - angeblichen - Rechtsverstößen eines Unternehmens kann für dieses existenzgefährdend oder sogar existenzvernichtend wirken. Die öffentliche Zugänglichmachung von Verbraucherinformationen verdrängt außerdem, soweit es sich um personenbezogene Informationen handelt, die datenschutzrechtliche Zweckbindung (§ 18 Abs. 4 Landesdatenschutzgesetz) und ermöglicht dem Empfänger der Information deren Verwendung für beliebige Zwecke (vgl. VGH Bad.-Württ., a.a.O., m.w.N.).

Der danach bei amtlichen Verbraucherinformationen über Rechtsverstöße von Lebensmittelunternehmen auch angesichts deren Prangerwirkung regelmäßig anzunehmende Anordnungsgrund entfällt entgegen der Auffassung des Antragsgegners im vorliegenden Fall nicht deshalb, weil es in der Zeit vom 22.10.2012 bis zum 19.12.2012 bereits zu einer Veröffentlichung des Ergebnisses der Kontrolle vom 13.09.2012 gekommen ist, nachdem der Antragsteller - möglicherweise aus ihm zuzurechnenden Gründen - nicht rechtzeitig um vorbeugenden Rechtsschutz nachgesucht hat. Denn mit Blick auf die verfassungsrechtliche Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) führt der Umstand, dass die zwischenzeitliche Veröffentlichung einschließlich der dadurch ausgelösten Presseberichterstattung offenbar bereits nachteilige Folgen für die Reputation seines Gaststättenbetriebs gezeitigt hat, nicht automatisch dazu, dass der Antragsteller nunmehr auch in der Zukunft die weitere Veröffentlichung und alle damit verbundenen Folgewirkungen hinzunehmen hat. Denn mit einer Fortsetzung der Veröffentlichung wird die von ihr ausgehende Prangerwirkung perpetuiert und - auch mit Blick auf den mittlerweile gewachsenen Bekanntheitsgrad des erst seit dem 01.09.2012 geltenden § 40 Abs. 1a LFGB und der entsprechenden Internetseiten - ausgeweitet

und vertieft. Dabei ist nicht auszuschließen, dass gerade die Fortdauer der Beeinträchtigung dazu führt, dass diese in eine Gefährdung der Existenz des Betriebs des Antragstellers umschlägt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht den Gerichten aufgegeben hat, wegen der Besonderheiten der Verbreitung von Informationen über das Internet - insbesondere die schnelle und praktisch permanente Verfügbarkeit der Information für jeden, der an ihr interessiert ist, einschließlich der - über Suchdienste erleichterten - Kombinierbarkeit mit anderen relevanten Informationen - den mit einer Anprangerung in diesem Medium verbundenen nachteiligen Wirkungen für grundrechtlich geschützte Belange ein gesteigertes Augenmerk zu widmen (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09.10.2001 - 1 BvR 622/01 -, BVerfGE 104, 65, 72 f. - Schuldnerspiegel im Internet).

b) Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Regelungen des vorläufigen Rechtsschutzes - wie § 123 VwGO - gehalten, der besonderen Bedeutung der betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen. Daraus folgt die Verpflichtung, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes jedenfalls dann auf eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage zu stützen, wenn diese Versagung zu schweren und unzumutbaren Nachteilen führt. Dies bedeutet auch, dass die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache Fragen des Grundrechtsschutzes einbeziehen muss, wenn dazu Anlass besteht. Dann verlangt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG beispielsweise, dass sich die Gerichte auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit berechtigten Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit und damit Gültigkeit von entscheidungserheblichen Normen und ihrer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung auseinandersetzen. Diese Anforderungen belasten die Gerichte nicht unzumutbar, weil ihnen ein anderes Verfahren offensteht, wenn sie - beispielsweise wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit - es für untunlich halten, Rechtsfragen vertiefend zu behandeln. Sie können dann ihre Entscheidung auf der Grundlage einer

Folgenabwägung ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache treffen (zum Ganzen BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 25.07.1996 - 1 BvR 638/96 -, NVwZ 1997, 479, 480, m.w.N.).

Ausgehend davon ergibt sich der Anordnungsanspruch des Antragstellers aufgrund einer Folgenabwägung. Mit der gegenständlichen Veröffentlichung im Internet wird ohne Zweifel in Grundrechte des Antragstellers eingegriffen, die auch vor Beeinträchtigungen durch schlichtes Verwaltungshandeln (Verwaltungsrealakt) schützen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.01.2012 - 6 C 9/11 -, BVerwGE 141, 329, 332 Rn. 22 m.w.N.). Betroffen sind insoweit die Schutzbereiche des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; vgl. Becker, NJW 2011, 490, 492; Wollenschläger, VerwArch 102 (2011), 20 ff., 45 f.) und der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10.05.2010 - L 10 P 10/10 B ER -, Juris Rn. 33; Wollenschläger, a.a.O., 37 ff.), ggf. auch des Rechts auf Wahrung von Betriebsgeheimnissen (Art. 14 Abs. 1 GG bzw. Art. 12 Abs. 1 GG; vgl. Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, 2009, § 6 Rn. 8 m.w.N.) oder des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG). Bei einer Versagung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Fortführung der Veröffentlichung müsste der Antragsteller mit Blick auf die genannten Grundrechte schwerwiegende und ggf. existenzielle Nachteile befürchten. Von der deshalb grundsätzlich bereits im Eilverfahren gebotenen eingehenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung, ob ihm der in der Hauptsache geltend zu machende Unterlassungsanspruch zusteht, nimmt der Senat indes Abstand. Denn diese Prüfung wirft vor allem im Hinblick auf die der Veröffentlichung zugrunde liegende Befugnisnorm des § 40 Abs. 1a Nr. 2 des Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs vom 07.09.2005 in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation vom 15.03.2012, BGBl I S. 776 - LFGB - zahlreiche, zum Teil komplexe und in Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilte Rechtsfragen auf, die einer vertiefenden Prüfung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben müssen (aa). Die danach angezeigte Abwägung der gegenläufigen Interessen im Einzelfall fällt zu Lasten des Antragsgegners aus (bb).

aa) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch findet seine Rechtsgrundlage in den genannten Grundrechten des Antragstellers (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.01.2012, a.a.O., 332 Rn. 22; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 24.11.2006 - 1 S 2321/05 -, VBIBW 2007, 340). Der Anspruch setzt voraus, dass sich die Veröffentlichung als rechtswidriger Eingriff in diese Grundrechte darstellt (vgl. BVerwG, a.a.O.). Als den Eingriff rechtfertigende Befugnisnorm kommt allein § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB in Betracht, worauf der Antragsgegner die Veröffentlichung auch ausdrücklich stützt. Allerdings begegnet die bundesgesetzliche Regelung im Hinblick auf ihre - von den Beteiligten konträr beurteilte - Vereinbarkeit mit Unions- <im Folgenden (1)> und Verfassungsrecht <im Folgenden (2)> erheblichen Bedenken.

(1) Nach § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB informiert die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels sowie unter Nennung des Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmens, unter dessen Namen oder Firma das Lebensmittel oder Futtermittel hergestellt oder behandelt oder in den Verkehr gelangt ist, wenn der durch Tatsachen hinreichend begründete Verdacht besteht, dass

1. ...

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

Zweck der Vorschrift ist es, den Verbraucher unabhängig vom Vorliegen einer Gesundheitsgefahr von Amts wegen über in der Vergangenheit liegende, herausgehobene Verstöße gegen dem Verbraucherschutz dienende Vorschriften zu informieren. Damit zielt die Bestimmung nicht auf eine Warnung der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren ab; sie bezweckt vielmehr neben einem vorsorgenden Gesundheitsschutz (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 LFGB) vor allem eine

Verbesserung der aktiven Information der Öffentlichkeit und damit der Transparenz staatlichen Handelns, um dem Verbraucher eine verlässliche Grundlage für eigenverantwortliche Konsumententscheidungen auf dem Markt zu bieten (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe a) LFGB sowie BT-Drucks. 17/7374, S. 12, 20, 25, 27; Erlass des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg vom 28.08.2012, Az 36-5470.00/31-8302.25, S. 3; Wollenschläger, DÖV 2013, 7, 9; ders., VerwArch 102 (2011), 20 ff., 25; Schoch, NVwZ 2012, 1497, 1502). Der mit der Vorschrift ersichtlich angestrebte „Prangereffekt“ dürfte mit Blick auf das Verhalten des/der Lebensmittelunternehmer(s) sowohl eine spezial- wie eine generalpräventive Komponente aufweisen (vgl. Niedersächs. OVG, Beschluss vom 18.01.2013 - 13 ME 267/12 -, Juris Rn. 9; vgl. auch Wollenschläger, a.a.O., 24 f.).

Gegen die Vereinbarkeit der Vorschrift mit Unionsrecht sind vor allem im Schrifttum mit Blick auf Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (ABl. L 31 vom 01.02.2002, S. 1, im Folgenden Verordnung (EG) Nr. 178/2002) Einwände erhoben worden. Nach dieser Vorschrift unternehmen, wenn ein hinreichender Verdacht besteht, dass ein Lebensmittel oder Futtermittel ein Risiko für die Gesundheit von Mensch oder Tier mit sich bringen kann, die Behörden unbeschadet der geltenden nationalen oder Gemeinschaftsbestimmungen über den Zugang zu Dokumenten je nach Art, Schwere und Ausmaß des Risikos geeignete Schritte, um die Öffentlichkeit über die Art des Gesundheitsrisikos aufzuklären; dabei sind möglichst umfassend das Lebensmittel oder Futtermittel oder die Art des Lebensmittels oder Futtermittels, das möglicherweise damit verbundene Risiko und die Maßnahmen anzugeben, die getroffen wurden oder getroffen werden, um dem Risiko vorzubeugen, es zu begrenzen oder auszuschalten.

Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 trifft nach einer von Schoch (NVwZ 2012, 1497, 1503) als herrschende Meinung bezeichneten Auffassung eine abschließende Regelung im Sinne einer Vollharmonisierung der Regelungen

zur Information der Öffentlichkeit über Beanstandungen von Lebens- und Futtermitteln, über die nationales Recht nicht hinausgehen darf. Zur Begründung wird auf den Wortlaut des Art. 10 sowie auf Art. 4 und den Erwägungsgrund 22 der VO (EG) Nr. 178/2002 und Art. 7 Verordnung (EG) Nr. 882/2004 hingewiesen. Hiernach verstoße die behördliche Information der Öffentlichkeit über Futtermittel und Lebensmittel unterhalb der Schwelle des Gesundheitsrisikos gegen Unionsrecht (zum Verhältnis des Risikobegriffs in Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 178/2002 zum Gefahrbegriff des deutschen Rechts vgl. Seemann, Behördliche Produktinformation im europäischen und deutschen Lebensmittelrecht, 2008, 39 f.). Da § 40 Abs. 1a LFGB eine Information der Öffentlichkeit unterhalb dieser Schwelle vorsehe (die Information dürfte sich regelmäßig auf zwischenzeitlich beseitigte Mängel beziehen), würde die Sperrwirkung des Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 greifen und zur Unanwendbarkeit der Vorschrift führen (vgl. Grube, LMuR 2011, 21 ff.; Becker, ZLR 2011, 391, 402; Grube/Immel, ZLR 2011, 175, 190; Voit, LMuR 2012, 9, 15 ff.; Michl/Meyer, ZLR 2012, 557, 558, 565; zu Bedenken vgl. auch VG München, Beschluss vom 03.12.2012 - M 18 E 12.5736 - Juris, Rn. 41 ff.).

Nach der Gegenmeinung enthält Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 keine Aussage zum Verbraucherschutz und belässt deshalb dem nationalen Gesetzgeber die volle Regelungskompetenz. Europarechtlich legitimiert werde die Verbraucherinformation durch Art. 8, 17 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (vgl. Schoch, NVwZ 2012, 1497, 1503 ff.; Seemann, a.a.O., 171 f.; VG Regensburg, Beschluss vom 23.10.2012 - RO 5 E 12.1580 -, Juris, Rn. 63 ff.; VG München Beschluss vom 13.09.2012 - M 22 E 12.4275 -, Juris Rn. 82 ff.; Boch, LFGB, in: Das Deutsche Bundesrecht, Mai 2012, Nr. IV K 7, § 40 Rn. 18; zum Meinungsstand vgl. auch Wollenschläger, DÖV 2013, 7, 8 mit Fußnote 3).

Zur Klärung der kontrovers erörterten Frage der Sperrwirkung des Art. 10 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 ist dem Europäischen Gerichtshof vom Landgericht München ein Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt worden (vgl. den Beschluss vom 05.12.2011 - 15 O 9353/09 -, LMuR 1/2012, 32; Rechtssache C-636/11 Berger). Das Ersuchen bezieht sich zwar auf § 40 Abs. 1 Nr. 4

LFGB, das dort gegenständliche Problem der amtlichen Information unterhalb der Schwelle des gesundheitlichen Risikos stellt sich indes auch bei § 40 Abs. 1a LFGB. Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs steht aus.

(2) Darüber hinaus werden gegen die Bestimmung auch verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben.

(a) Insoweit wird bezweifelt, ob die Regelung den rechtsstaatlichen Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit noch gerecht wird.

§ 40 Abs. 1a LFGB setzt tatbestandlich voraus, dass in nicht nur unerheblichem Ausmaß oder wiederholt gegen sonstige Vorschriften verstoßen wurde und dass ein Bußgeld von mindestens 350,-- EUR zu erwarten ist. Insbesondere die Anknüpfung an ein zu erwartendes Bußgeld in bestimmter Höhe wirft die Frage auf, ob damit die Einschreitschwelle noch hinreichend präzise und für den Betroffenen erkennbar beschrieben wurde (zu den Anforderungen etwa bei Eingriffen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vgl. BVerfG, Urteile vom 11.03.2008 - 1 BvR 2074/05 u.a. -, BVerfGE 120, 378, 401 ff., 407 ff., und vom 13.06.2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, BVerfGE 118, 168, 186 ff.; BVerwG, Urteil vom 25.01.2012, a.a.O., 341 Rn. 39).

Bedenken unter dem Gesichtspunkt der hinreichenden Bestimmtheit werden darauf gestützt, dass es für die von der Behörde anzustellende Prognose über die Verhängung eines Bußgelds in bestimmter Höhe an einem objektiven und transparenten Maßstab - etwa in Gestalt eines Bußgeldkatalogs - fehle, um zumindest über einen Rahmen für die Zuordnung festgestellter Verstöße zur Höhe des Bußgelds zu verfügen (vgl. Grube/Immel, ZLR 2011, 175, 192; Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 298 ff.; VG München Beschluss vom 03.12.2012 - M 18 E 12.5736 -, Juris). Die daraus folgende Gefahr einer stark unterschiedlichen Gewichtung der Verstöße und damit einer uneinheitlichen Veröffentlichungspraxis der zahlreichen Behörden werde dadurch verstärkt, dass die Prognose über das Gewicht eines Verstoßes noch durch den Umstand erschwert werde, dass die Bußgeldhöhe auch von subjektiven Faktoren bzw. persönlichen Umständen abhängt (z.B. vorsätzliche oder fahrlässige Be-

gehung, Schuldeinsicht, wiederholte Begehung, Einkommen des Betroffenen usw.; vgl. VG München, a.a.O., Rn. 46; Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 298 f.). Nicht zuletzt mit Blick darauf, dass die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit und die Festsetzung der Höhe grundsätzlich im Ermessen der Bußgeldbehörde steht, stellt sich die Frage, ob die Bestimmung der Einschreitschwelle hier nicht zu weitgehend der freien, für den Bürger nicht vorhersehbaren Entscheidung der Exekutive überlassen wird (vgl. Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 299; Grube/Immel, ZLR 2011, 644, 648 f.).

(b) Schließlich hat der Senat Zweifel, ob § 40 Abs. 1a LFGB dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügt. Dieses verlangt, dass ein Grundrechtseingriff einem legitimen Zweck dient und als Mittel zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen ist (BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 - 1 BvR 370/07 -, BVerfGE 120, 274, 318 f.; Urteil vom 11.03.2008, a.a.O., S. 427).

(aa) Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit fällt dabei ins Auge, dass § 40 Abs. 1a LFGB keine Regelung hinsichtlich der Dauer der Veröffentlichung vorsieht. Dass die vom Gesetzgeber mit der Veröffentlichungspflicht verfolgten Ziele eine zeitlich unbegrenzte Veröffentlichung von Verstößen gegen den Verbraucherschutz dienende Vorschriften erfordern, kann ausgeschlossen werden. Als milderes Mittel dürfte insoweit durch das Gesetz selbst oder auf dessen Grundlage eine Lösungsfrist vorzusehen sein (vgl. BayVGH, Beschluss vom 09.01.2012 - 12 CE 11.2700 -, Juris Rn. 41 - zur Veröffentlichung von Berichten der Heimaufsicht; Wollenschläger, a.a.O., 47). Die mit Blick auf diese „offensichtliche gesetzgeberische Lücke“ im Erlasswege in Baden-Württemberg getroffene Festlegung, wonach die Eintragungen etwaiger Verstöße nach einem Jahr zu löschen seien (vgl. Erlass des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg vom 25.07.2012, a.a.O., S. 7), ist lediglich verwaltungsintern bindend und könnte einen festzustellenden verfassungsrechtlichen Mangel des Gesetzes nicht heilen.

(bb) Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere der gesetzgeberischen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamt-

abwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht. In dem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte ist es dabei zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, in abstrakter Weise einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen. Dies kann dazu führen, dass Grundrechtseingriffe einer bestimmten Eingriffsintensität erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorgesehen werden dürfen. Entsprechende Eingriffsschwellen sind durch eine gesetzliche Regelung zu gewährleisten (vgl. BVerfG, Urteil vom 11.03.2008, a.a.O., 428 m.w.N.; BVerwG, Urteil vom 25.01.2012, a.a.O., 343 f. Rn. 47 ; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 21.07.2003 - 1 S 377/02 -, VBIBW 2004, 20, 25).

Hiervon ausgehend wird im Schrifttum eingewandt, Berichte aus der Praxis ließen - auch angesichts von Bußgeldtatbeständen, deren Höchstgrenze bei 50.000,- EUR liege - ein Bußgeld in Höhe von 350,- EUR eher als „Bagatelle“ erscheinen. Deshalb stelle sich die Frage, ob die relativ niedrige Eingriffsschwelle für eine Veröffentlichungspflicht angesichts der aus der Prangerwirkung folgenden Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung noch den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genüge (vgl. Grube/Immel, ZLR 2012, 109, 117; Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 299; Schoch, NVwZ 2012, 1497, 1502). Ferner wird darauf hingewiesen, dass die festgestellten Verstöße im Zeitpunkt der Veröffentlichung regelmäßig bereits abgeschlossen und die entsprechenden Mängel behoben sind (vgl. Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 307). Zu den Vorkehrungen, die geboten sind, um das Ausmaß des Grundrechtseingriffs im Interesse des betroffenen Betriebs zu begrenzen, dürfte daher auch die Normierung einer Pflicht der Behörde gehören, in die Veröffentlichung unverzüglich auch den Hinweis auf die Tatsache und den Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufzunehmen (zur Hinweispflicht vgl. auch Niedersächs. OVG, Beschluss vom 18.01.2013, a.a.O., Rn. 9).

Im Zentrum der verfassungsrechtlichen Kritik an der gesetzlichen Regelung steht schließlich, dass § 40 Abs. 1a LFGB eine zwingende Pflicht zur Veröffentlichung vorsieht. Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, der im

Normtext wie in den Materialien Ausdruck findet, muss bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eine Veröffentlichung erfolgen, ohne dass - etwa im Rahmen einer behördlichen Ermessensentscheidung - die für sie streitenden Interessen der Öffentlichkeit mit gegenläufigen Belangen der betroffenen Unternehmen abzuwägen sind. In der amtlichen Begründung heißt es hierzu:

Die Geschehnisse im Zusammenhang mit Dioxin in Futtermitteln von Ende 2010/Anfang 2011 bestätigen die bereits in der Vergangenheit insbesondere im Zusammenhang mit kennzeichnungsrechtlichen Verstößen im Bereich der Käseimitate sowie die des so genannten Analogschinkens gesammelten Erfahrungen, dass bei den Behörden vor Ort trotz der im Juli 2009 eingeführten Verbesserungen der Abwägungsklausel des bisherigen § 40 Abs. 1 S. 3 LFGB (vgl. BGBl. I S. 2205) teilweise immer noch Unklarheiten bestehen, in welchen Fällen eine Information der Öffentlichkeit angezeigt ist. Daher ist es notwendig, im Gesetz selbst durch die Schaffung eines neuen § 40 Abs. 1 a klarzustellen, dass bestimmte herausgehobene Rechtsverstöße unabhängig vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 LFGB zu veröffentlichen sind. Nach dem neu eingefügten § 40 Abs. 1 a muss eine Namensnennung bei Feststellung dieser enumerativ aufgeführten Rechtsverstöße nunmehr zwingend - ohne dass den zuständigen Behörden ein (gebundenes) Ermessen zusteht - erfolgen (BT-Drucks. 17/7374, S. 20; ähnlich S. 12).

Die zwingende Veröffentlichungspflicht der Behörde weckt Zweifel, ob der Gesetzgeber noch einen angemessenen Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an der Information und dem grundrechtlichen Geheimhaltungsinteresse hergestellt hat (vgl. Schoch, NVwZ 2012, 1497, 1501 f.; Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 307 f.; Becker, ZLR 2011, 391, 416 f.; VG München, Beschluss vom 03.12.2012, a.a.O., Rn. 47). Dies gilt vor allem deshalb, weil sich die verfassungsrechtliche Konfliktlage unterscheidet von dem Fall behördlicher Warnungen vor produktbezogenen Gesundheitsgefahren. Dort wird angesichts der aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleiteten staatlichen Schutzpflicht für Leib und Leben dem Gesundheitsschutz des Verbrauchers in der Abwägung mit dem grundrechtlichen geschützten Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens grundsätzlich ein Vorrang zukommen. Ein entsprechendes verfassungsrechtliches Gewicht kommt dem mit § 40 Abs. 1a LFGB primär verfolgten Ziel des „schlichten“ Verbraucherschutzes nicht zu (zur Verbraucherinformation als eigenständigem Instrument des Verbraucherschutzes

Wollenschläger, VerwArch 102 (2011), 20 ff., 24 ff.). Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung sind die festgestellten Mängel regelmäßig beseitigt, sodass auch von einem konkreten gesundheitlichen Risiko nicht auszugehen sein dürfte (vgl. Wollenschläger, DÖV 2003, 7, 14). Deshalb bestehen mit Blick auf den gesetzlichen Ausschluss der Möglichkeit, die widerstreitenden Belange im Einzelfall abzuwägen, selbst bei Einbeziehung der generalpräventiven Wirkung der Information Bedenken, ob der wegen ihrer öffentlichen Prangerwirkung mit der Veröffentlichungspflicht verbundene schwerwiegende Grundrechtseingriff noch in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Gemeinwohlinteressen steht (vgl. Joh/Krämer/Teuffer/Unland, ZLR 2012, 420, 429 f., 444; Kühne/Preuß, ZLR 2012, 284, 307 f.; Schoch, NVwZ 2012, 1497, 1501 f.). Dies gilt umso mehr, als die Vorschrift nicht einmal Raum lässt, um besonderen Fallgestaltungen oder Härten Rechnung zu tragen und so ein bei der Preisgabe personen- und unternehmenbezogener Informationen im konkreten Einzelfall drohendes Übermaß abzuwehren (a.A. offenbar Niedersächs. OVG, Beschluss vom 18.01.2013, a.a.O., Juris Rn. 8)

(3) Nach alledem wirft die der gegenständlichen Veröffentlichung zugrundeliegende Bestimmung zahlreiche komplexe unions- und verfassungsrechtliche Fragen auf. Die zur verlässlichen Ermittlung der Erfolgsaussichten der Hauptsache notwendige Durchdringung dieser Fragen würde den Rahmen des vorliegenden Verfahrens nach § 123 VwGO sprengen. Lediglich ergänzend bemerkt der Senat, dass sich die in Rechtsprechung und Schrifttum gegen die Vorschrift erhobenen Einwände nicht auf die vorstehend behandelten Punkte beschränken.

bb) Die danach gebotene Abwägung der im vorliegenden Fall berührten Interessen unter Berücksichtigung der Folgen, die sich voraussichtlich an die Gewährung oder Versagung des beantragten vorläufigen Rechtsschutzes knüpfen würden, führt zum Überwiegen des Interesses des Antragstellers an einer weiteren Untersagung der Veröffentlichung.

Von Bedeutung ist dabei nach der Ansicht des Senats, dass im Falle der erneuten Veröffentlichung wegen deren Prangerwirkung die Gefahr einer erheb-

lichen und irreparablen Verletzung der Grundrechte des Antragstellers besteht. Insoweit ist neben dem Aspekt der Beeinträchtigung seines Rechts auf Schutz seiner personen- und betriebsbezogenen Daten dem Gesichtspunkt der Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz maßgebliche Bedeutung beizumessen. Der Senat geht dabei davon aus, dass bei einer Wiedereinstellung des Ergebnisses der Kontrolle in das Internet das Risiko besteht, dass der Antragsteller beim weiteren Betrieb seiner Gaststätte in einem Umfang Einkommensverluste erleidet, dass von einer unzumutbaren, selbst bei einem Erfolg einer Klage im Hauptsacheverfahren nicht mehr rückgängig zu machenden Beeinträchtigung seiner grundrechtlichen Belange ausgegangen werden muss. Dies gilt umso mehr, als sich der Antragsteller nach der Darstellung des Antragsgegners ohnehin bereits in einer wirtschaftlich angespannten Situation befinden soll.

Auf der anderen Seite verkennt der Senat nicht, dass anlässlich der Kontrolle am 13.09.2012 gravierende Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften festgestellt wurden, sodass nach Aktenlage insoweit vor allem angesichts der vom Antragsgegner vorgelegten Lichtbild-Dokumentation am Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 40 Abs.1a LFGB keine durchgreifenden Zweifel bestehen. Allerdings hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 19.12.2012 ausgeführt, dass der Antragsgegner aufgrund einer Nachkontrolle vom 20.09.2012 in der Veröffentlichung selbst davon ausgeht, dass die festgestellten Mängel beseitigt sind, und dass er nicht substantiiert in Frage gestellt hat, dass im Betrieb des Antragstellers die Hygienevorschriften mittlerweile eingehalten werden. Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, dass eine Veröffentlichung zum Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsgefahren erforderlich ist. Im Übrigen steht dem Antragsgegner ungeachtet der Bestimmung des § 40 Abs. 1a LFGB das vorhandene Instrumentarium des Lebensmittelrechts zur Durchsetzung lebensmittel- und hygienerechtlicher Anforderungen zu (vgl. insbesondere § 39 Abs. 2 LFGB). Weder dem Transparenzinteresse des Verbrauchers als Marktteilnehmer an der Veröffentlichung abgeschlossener Rechtsverstöße noch der vom Antragsgegner in der Beschwerdebegründung ins Feld geführten generalpräventiven Wirkung der Veröffentlichung nach § 40 Abs. 1a LFGB kommt angesichts der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Antragstellers ein Gewicht zu, das die Ver-

öffentlichung bis zur Klärung des gegenständlichen Anspruchs in einem Hauptsacheverfahren rechtfertigen könnte.

3. Danach bleibt auch der auf Zulassung einer Veröffentlichung unter Benennung konkreter Lebensmittel gerichtete Hilfsantrag ohne Erfolg. Zugrunde liegt ihm die von mehreren Verwaltungsgerichten - wie auch vom Verwaltungsgericht Karlsruhe in dem angefochtenen Beschluss - behandelte Frage, ob § 40 Abs. 1a LFGB generell zu einer Information der Öffentlichkeit über Verstöße eines Lebensmittelunternehmens gegen Hygienevorschriften ermächtigt oder lediglich zu solchen Veröffentlichungen, die einen Bezug zu konkreten Lebensmitteln aufweisen (vgl. VG Karlsruhe, Beschluss vom 07.11.2012 - 2 K 2430/12 -, Juris: Befugnis nur zur „Produktwarnung“; VG Trier, Beschluss vom 28.11.2012 - 1 L 1339/12.TR -, Juris; VG Regensburg, Beschluss vom 21.12.2012 - RO 5 E 12.1897 -, Juris; a.A. VG Karlsruhe, Beschluss vom 17.12.2012 - 1 K 2767/12 - sowie die ausführliche Beschwerdebegründung). Auf diese ausschließlich den Anwendungsbereich der Bestimmung betreffende Frage kam es nach den vorstehenden Darlegungen nicht an.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 45 Abs. 1 Satz 3, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und § 52 Abs. 1 GKG. In Anlehnung an Nr. 25.2 und Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs der Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327) hat der Senat den Auffangwert angesetzt und von einer Reduzierung des Betrags im Eilverfahren abgesehen.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Dr. Roth

Klein

Göppl