

Stellungnahme zum Entwurf eines Kontrollergebnis-Transparenz-Gesetzes des Landes NRW (LT-Drs. 16/12857 v. 6.9.2016)

**Bund für Lebensmittelrecht
und Lebensmittelkunde e. V.**

Postfach 06 02 50
10052 Berlin
Claire-Waldoff-Straße 7
10117 Berlin

Tel. +49 30 206143-0
Fax +49 30 206143-190
bll@bll.de · www.bll.de

Büro Brüssel
Avenue des Nerviens 9-31
1040 Brüssel, Belgien

Tel. +32 2 508 1023
Fax +32 2 508 1025

Mit rund fünf Millionen Beschäftigten in 706.640 Betrieben, die in der Landwirtschaft 53 Mrd. Euro, im Agrargroßhandel 62 Mrd. Euro, im Lebensmittelhandwerk 41 Mrd. Euro, in der Ernährungsindustrie 172 Mrd. Euro, im Lebensmittelgroßhandel 186 Mrd. Euro, im Lebensmitteleinzelhandel 213 Mrd. Euro und im Gastgewerbe 73 Mrd. Euro Umsatz erwirtschaften, stellt die Lebensmittelwirtschaft einen der bedeutendsten Wirtschaftszweige in Deutschland dar und beschäftigt fast zwölf Prozent aller hier Erwerbstätigen.

Der Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde (BLL) repräsentiert als Spitzenverband der deutschen Lebensmittelwirtschaft die gesamte Lebensmittelkette, beginnend mit der Landwirtschaft, über die Industrie, das Handwerk bis hin zum Handel sowie die Großverbraucher, alle Zulieferbereiche einschließlich des Futtermittelsektors und die Tabakbranche. Das Aufgabengebiet des BLL umfasst die Entwicklung des europäischen und deutschen sowie des internationalen Lebensmittelrechts und die aktive Begleitung der einschlägigen naturwissenschaftlichen Disziplinen. Zu seinen Mitgliedern zählen rund 90 (Fach-) Verbände, ca. 300 Unternehmen (von mittelständischen Unternehmen bis zu multinationalen Konzernen) und über 150 Einzelmitglieder (vor allem private Untersuchungslaboratorien und Anwaltskanzleien). Der BLL ist Gesprächspartner von Politik, Verwaltung, Justiz, Wissenschaft, Verbraucherorganisationen und Medien im Politikfeld „Lebensmittel und Verbraucherschutz“.

A. Hintergrund

In Umsetzung des Koalitionsvertrages NRW¹, in dem festgelegt wurde, den Beschluss der VSMK aus dem Jahr 2011 umzusetzen und das sog. Hygienebarometer einzuführen, sowie des Landtagsbeschlusses² zur Aufforderung der Landesregierung, „für Transparenz bei den amtlichen Kontrollergebnissen im Gastromie- und Lebensmittelbereich (Hygieneampel) zu sorgen“, hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalen den Entwurf eines Gesetzes zur Bewertung, Dar-

¹ Koalitionsvertrag der Regierungsparteien des Landes Nordrhein-Westfalen von 2012-2017, Nummer 3751-3756.

² Beschluss vom 19. Februar 2014, LT-Drs. 16/3429.

stellung und Schaffung von Transparenz von Ergebnissen amtlicher Kontrollen in der Lebensmittelüberwachung (Stand: 4. Mai 2016), sog. Kontrollergebnis-Transparenz-Gesetz (abgekürzt: KTG) vorgelegt, den das Kabinett am 6. September 2016 in leicht abgewandelter Form gebilligt und damit den Weg für die parlamentarischen Beratungen frei gemacht hat.³ Der Gesetzentwurf basiert auf einem Modell der Verbraucherschutzministerkonferenz aus dem Jahr 2011 (VSMK-Modell), das jedoch bislang (vom Bund) nicht umgesetzt wurde.⁴

Staatliche Verbraucherinformation in Form von konsumrelevanten Veröffentlichungen ist nicht neu⁵, ihre Bedeutung im Lebensmittelrecht stieg jedoch in den letzten 10-15 Jahren deutlich an. Es wurden vermehrt administrative Rechtsgrundlagen geschaffen, die jedoch noch viele Rechtsfragen aufwerfen.

Die Veröffentlichung vergleichender Bewertungsentscheidungen wird seit mehreren Jahren kontrovers diskutiert, wobei das deutsche und europäische Recht bislang keine funktionierenden Rechtsgrundlagen kennen. Die Rechtsgrundlagen des § 40 Abs. 1a LFGB – selbst höchst umstritten⁶ – und § 6 Abs. 1 S. 3 VIG sind aufgrund ihrer unterschiedlichen Intention und Zweckrichtung nicht auf die Veröffentlichung mit amtlicher Autorität ausgestatteter, vergleichender Bewertungen übertragbar.⁷ Im Gegensatz zu anderen Informationsinstrumenten sollen nicht reine Tatsachen, sondern ein wertender (staatlicher) Gesamteindruck bekannt gemacht werden. In der Revisionsfassung der Kontroll-Verordnung (EG) Nr. 882/2004⁸ ist zwar eine Rechtsgrundlage in Art. 10 Abs. 3 enthalten, die jedoch noch nicht final verabschiedet ist und aufgrund ihrer Unbestimmtheit, trotz der unmittelbaren Anwendung der Verordnung in den Mitgliedstaaten, in jedem Fall noch der Konkretisierung durch nationales Recht bedarf.⁹ Mit seinem Gesetzentwurf zur Veröffentlichung vergleichender Bewertungsentscheidungen der amtlichen Lebensmittelüberwachung betritt das Land Nordrhein-Westfalen damit juristisches Neuland. Dies nimmt der BLL zum Anlass, zu diesem Gesetzentwurf

³ NRW LT-Drs. 16/12857 v. 6.9.2016.

⁴ Siehe Gesetzesentwurf, A. Problem und Regelungsbedarf, S. 1.

⁵ Bäcker beschreibt dies zutreffend als Dauerbrenner der rechtswissenschaftlichen Diskussion, JZ 12/2016, 595.

⁶ Siehe Kügel, ZLR 3/2016, 300 m.w.N.; Die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage des § 40 Abs. 1a LFGB wurde von den (Ober-)Verwaltungsgerichten sehr in Frage gestellt, siehe u. a. BayVGH, B. v. 9.1.2012, Az.: 12 CE 11.2685; zudem ist derzeit ein abstraktes Normenkontrollverfahren beim BVerfG anhängig. Der Vollzug der Norm ist zurzeit – bis auf das Saarland – bundesweit ausgesetzt.

⁷ So auch OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 3.6.2014, Az. OVG 5 N 2.13 sowie B. v. 28.5.2014, Az. OVG 5 S 21.14, NVwZ-RR 2014, 843 ff.; VG Düsseldorf, U. v. 13.3.2015, Az. 26 K 4876/13, Rn. 26 und 33.

⁸ Finaler Kompromisstext des Rates, Stand: 17.6.2016, angenommen vom AStV am 22.6. 2016 sowie vom ENVI-Ausschuss des EP am 11.7.2016.

⁹ Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 98; Möstl, GewArch 2015, S. 1, 6; Gundel, ZLR 2013, S. 662, 668.

sowohl unter grundsätzlichen Aspekten (B.) sowie bezüglich konkreter Änderungsvorschläge (C.) Stellung zu nehmen.

B. Ausschöpfung des bisherigen Sanktionsrahmens

Das geltende Recht bietet den Überwachungsbehörden aus Sicht des BLL die notwendigen Instrumente, um auf (Hygiene-) Verstöße im Bereich des Lebensmittelrechts in einzelfallgerechter und angemessener Form zu reagieren. Dies reicht von der Möglichkeit effektiver persönlicher Sanktionen durch Geldbußen oder Strafen bis hin zu einer Betriebsschließung. Die Erforderlichkeit weiterer, daneben Anwendung findender Maßnahmen ist daher bereits grundsätzlich fraglich. Während eine Verbraucherinformation anstelle ordnungsrechtlicher Maßnahmen grundsätzlich unzulässig und nicht zielführend ist, weil die Behörde zur wirksamen Gefahrenabwehr, d. h. zur Abstellung der festgestellten Mängel, verpflichtet ist, ist eine zusätzliche Verbraucherinformation neben der ordnungsrechtlichen Maßnahme im Hinblick auf eine Gefahrenabwehr in der Regel nicht erforderlich, zumal die Belastungswirkung durch die Veröffentlichung auch nach Mängelbeseitigung und abgeschlossener Sanktionierung – ggf. sogar „lebenslang“ - fortwirkt.¹⁰

Die Lebensmittelwirtschaft hält die in letzter Zeit zu beobachtende Tendenz der Verschiebung des behördlichen Instrumentariums weg von den ordnungspolitischen Maßnahmen (konsequenter Vollzug des geltenden Rechts) hin zu Maßnahmen einer Verhaltensänderung durch Veröffentlichung (im Internet) daher für nicht zielführend und rechtlich bedenklich. Es wäre daher zielführender, die amtliche Lebensmittelüberwachung in personeller und finanzieller Hinsicht zu stärken, um den Regelvollzug mit dem bestehenden Instrumentarium wirksamer zu machen anstatt der amtlichen Überwachung neue, zusätzliche Aufgaben zu übertragen.

Der Bund ist dem „VSMK-Modell“ bislang zu Recht nicht gefolgt und hat keine bundesweite Rechtsgrundlage für ein Kontrollbarometer geschaffen, so dass vor diesem Hintergrund auch der Alleingang eines Bundeslandes fraglich erscheint.¹¹ Zum einen sollten ungeklärte Fragen vorab ausreichend und erschöpfend diskutiert werden, um nicht vorschnell und im Vorgriff auf eine europäische Rechts-

¹⁰ So führt das „eiserne Gedächtnis“ des Internets dazu, dass die in anderen Bereichen, z. B. dem Gewerbezentralregister, vorgesehenen Lösungsfristen de facto unterlaufen werden. Vor diesem Hintergrund ist besonders an das zu erinnern, was der VGH Baden-Württemberg im Herbst 2010 mit Nachdruck ausgeführt hat: „Verwaltungshandeln durch „Information“ ist irreversibel; daran ändern bei Fehlinformationen auch – spätere – Gegendarstellungen nichts, da die faktischen Wirkungen nicht mehr eingefangen werden können.“

¹¹ Zur Frage der Gesetzgebungskompetenz siehe Meisterernst/Eberlein, ZLR 4/2016, 451, 454.

grundlage¹² auf Landesebene eine Rechtsgrundlage zu schaffen, die anschließend von den Gerichten wieder „eingeholt“ wird.¹³ Zum anderen könnte dies Wettbewerbsnachteile für ausschließlich in NRW-tätige Unternehmen mit sich bringen, insbesondere in Grenzgebieten zu anderen Bundesländern. Schließlich ist daran zu erinnern, dass sich das dem KTG-Entwurf zugrundeliegende VSMK-Modell nach eigenem Bekunden stark an den Kriterien der Kostenneutralität und eines zu verhindernden zusätzlichen Überwachungsaufwandes orientierte. Diese Kriterien können und dürfen angesichts der gravierenden Eingriffsintensität aber nicht die dominierenden Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung eines Kontrollbarometers sein.

Die Veröffentlichung einer mit Amtsautorität ausgestatteten Bewertungsentscheidung stellt ein neues, bislang ungeklärtes Instrument staatlicher Verbraucherinformation dar, an das hohe rechtsstaatliche Anforderungen zu stellen sind. Aufgrund der Einstufung der Betriebe durch den Staat hat das Instrument unmittelbare Auswirkungen auf den Wettbewerb. Dieses ist daher gleichheitskonform auszugestalten.

Um halbwegs aktuelle, vergleichbare und aussagekräftige, d. h. repräsentative Überwachungsergebnisse für den Verbraucher zu gewährleisten, sind kontinuierliche, zeitlich eng getaktete Kontrollen der Vergleichsunternehmen erforderlich. Eine solche Gleichbehandlung sämtlicher Unternehmen muss schon aus den beschriebenen Wettbewerbsgründen gewährleistet sein. Die gebotene Gleichbehandlung der Unternehmen ist aber auch Kehrseite und Bedingung der Vergleichbarkeit aus Verbrauchersicht. Eine für den Verbraucher aussagekräftige Vergleichbarkeit wird nämlich nur dann erreicht, wenn seiner Entscheidung halbwegs vergleichbare aktuelle und repräsentative Ergebnisse zugrunde liegen.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob die amtliche Lebensmittelüberwachung tatsächlich in der Lage ist, die Aktualität des Kontrollbarometers zu gewährleisten und welche Konsequenzen z. B. mit der Nichteinhaltung der fristgemäßen zusätzlichen amtlichen Routinekontrolle einhergehen (fehlende Verpflichtung zur Veröffentlichung des Kontrollbarometers?).

Um die Veröffentlichung vergleichender Bewertungsentscheidungen gleichheitskonform auszugestalten, ist es erforderlich, dass Kontrollen repräsentativ vorge-

¹² Vgl. Gesetzesbegründung, A. Allg. Teil, I.: Darin wird ausgeführt, dass das Transparenzsystem letztlich eine Entwicklung auf europäischer Ebene antizipiere. Es wird Bezug genommen auf die Revisionsfassung der Kontroll-Verordnung (EG) Nr. 882/2004, in der zwar eine Rechtsgrundlage in Art. 10 Abs. 3 enthalten ist, die jedoch noch nicht final verabschiedet ist.

¹³ Vergleiche die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage des § 40 Abs. 1a LFGB, die von den (Ober)-Verwaltungsgerichten sehr in Frage gestellt wurde, vgl. u. a. BayVGh, B. v. 9.1.2012, Az.: 12 CE 11.2685; siehe Kügel, ZLR 3/2016, 300 m.w.N.

nommen werden, d. h. nach denselben Kriterien in grundsätzlich gleicher Frequenz und durch fachlich geschultes Personal. Es ist jedoch fraglich, ob dieses mit dem derzeitigen Überwachungssystem zu vereinbaren ist, das risikoorientiert ausgestaltet ist (§ 6 Allgemeine Verwaltungsvorschrift Rahmenüberwachung; AVV-RÜb). An die risikoorientierte Kontrollfrequenz knüpft das Transparenzsystem jedoch bewusst an, auch um keinen zusätzlichen Überwachungsaufwand für die Behörden zu schaffen.¹⁴ Betriebe, die z. B. aufgrund des Tätigkeitsbereiches risikobehafteter sind, werden automatisch häufiger kontrolliert, was unter sicherheitsrechtlichen Gesichtspunkten sinnvoll sein mag, jedoch hinsichtlich der angeordneten Veröffentlichung der Kontrollergebnisse im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG zumindest fraglich erscheint. Zudem fehlt es in der Praxis regelmäßig an einer einheitlichen Frequenz der Kontrollen, die der Veröffentlichung zugrunde liegen sollte. Während die Kontrolldichte bei einigen Unternehmen tägliche oder wöchentliche Abstände beträgt, werden andere (vergleichbare) Unternehmen in einem mehrjährigen Überwachungszyklus kontrolliert. Es erscheint aber mehr als fraglich, ob ein mehrere Monate oder gar über ein Jahr zurückliegendes Kontrollbarometer noch eine für die (aktuelle) Information des Verbrauchers aussagekräftige Grundlage über den (Hygiene-) Status eines Lebensmittelbetriebes liefern kann.

Hinzu kommt, dass das System nach AVV RÜb so ausgestaltet ist, dass dieses nicht nur darauf abstellt, ob geeignete Maßnahmen vom Unternehmer, z. B. im Hinblick auf die Kühlpflicht getroffen worden sind, sondern auch, ob diese ausreichend dokumentiert sind. Defizite in der Dokumentation können sich daher nachteilig auf die Einstufung und Bewertung nach AVV RÜb auswirken, obwohl keine Beeinträchtigung der Lebensmittel damit einhergeht. Dies findet in der bisherigen Ausgestaltung des von NRW vorgelegten Kontrollbarometers keine Berücksichtigung, so dass ein negatives Ergebnis Folge mangelnder Dokumentation sein kann, obwohl tatsächlich sämtliche Maßnahmen getroffen wurden. Dies wird dem Verbraucher gegenüber jedoch nicht kommuniziert, so dass ein verzerrtes Bild entsteht. Der Verbraucher muss, beim Vorliegen von Minuspunkten beim Schädlingsbekämpfungsmanagement oder bei der Hygiene, davon ausgehen, dass der Betrieb tatsächlich hygienische Mängel aufweist oder Schädlinge im Betrieb gefunden wurden. Eine fehlende Dokumentation kann zwar für die Überwachung ein wichtiges Indiz sein, näher zu kontrollieren, stellt für den Verbraucher jedoch in der Regel eine belanglose Information dar, die mit dem übermittelten Ergebnis nicht in Einklang zu bringen ist.

In diesem Zusammenhang ist zudem zu hinterfragen, ob durch die Veröffentlichung der vergleichenden Bewertungsentscheidung tatsächlich – wie aus der

¹⁴ Gesetzesbegründung, Zu § 2 Abs. 1 KTG, S. 14.

Gesetzesbegründung¹⁵ hervorgeht – „das Leitbild des mündigen Verbrauchers gestärkt [wird], der seine Konsumententscheidungen auf der Basis von relevanten Informationen trifft“ und dieser hierdurch erst in die Lage versetzt wird, autonome Konsumententscheidungen zu treffen. Oder nimmt die vorgegebene Bewertung anhand einer vereinfachten bildlichen Darstellung – im Unterschied zur bloßen Veröffentlichung von Tatsachen – diese autonome Entscheidung des Verbrauchers nicht schon vorweg und verlangt diesem ein besonderes Vertrauen in die staatliche Bewertungsentscheidung ab? Darin kann auch eine Abkehr vom Leitbild des mündigen Verbrauchers gesehen werden. Jedenfalls führt dies zu einer erhöhten Pflicht des Landes NRW, die Validität der Bewertungsentscheidung und der dieser zugrundeliegenden Tatsachen zu gewährleisten.¹⁶ Dies fordert in besonderem Maße die gleichheitskonforme – am Grundsatz des Artikel 3 GG gemessene – Ausgestaltung des dreistufigen Bewertungsverfahrens: bzgl. der Erhebung, der Bewertung und der Veröffentlichung der Information.

Ungeachtet der grundsätzlichen Frage, ob ein solches Transparenzinstrument neben dem bereits bestehenden, der amtlichen Überwachung zur Verfügung stehenden Instrumentarium überhaupt erforderlich ist, werden im Folgenden die rechtlichen Anforderungen des Kontrollbarometers einer näheren Prüfung und rechtlichen Bewertung unterzogen.

C. Rechtliche Bewertung

I. Intensiver Grundrechtseingriff

Wenngleich Art. 12 GG „nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt [schützt], die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken“¹⁷, so greift die Veröffentlichung (negativer) Kontrollergebnisse vorliegend u. a. in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 GG ein¹⁸, da durch die „Prangerwirkung“¹⁹ nicht nur auf das Verhalten des Unternehmers eingewirkt wird, sondern auch die Verbraucherentscheidung beeinflusst werden soll,²⁰ woraus eine Lenkungsfunction

¹⁵ Gesetzesbegründung, A. Allgemeiner Teil, I., S. 9 sowie zu § 8 Abs. 1 S. 2 KTG, S. 10.

¹⁶ Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 98.

¹⁷ BVerwGE 105, 252 (268).

¹⁸ So auch Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 96 m.w.N.; siehe Becker/Sievers, NVwZ 20/2016, 1456, 1457 zu den Grundrechtseingriffen.

¹⁹ OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 3.6.2014, Az. OVG 5 N 2.13, Rn. 8 sowie B. v. 28.5.2014, Az. OVG 5 S 21.14, NVwZ-RR 2014, 843, 844.

²⁰ Siehe Gesetzesbegründung, Zu § 8 Abs. 1 S. 2, S. 10-12.

folgt.²¹ Mithin werden damit mittelbar das Fernbleiben von Kunden und Einbußen von Umsatz und Gewinn bezweckt, die im Extremfall eine Betriebsaufgabe und damit eine Existenzvernichtung mit sich bringen können.²²

Der Grundrechtseingriff, den die Maßnahme impliziert, ist, u. a. aufgrund der eindringlichen Wirkung der eingesetzten Farben, Noten, Symbole etc., aber auch aufgrund der recht präzisen staatlichen Lenkungswirkung, die damit erreicht werden kann, durchaus gewichtig.²³ Er kann zudem deutlich belastender sein, als eine ordnungsbehördliche Aufforderung zur Beseitigung der monierten Mängel.²⁴

Ihre maßgebliche Wirkung und damit Grundrechtsrelevanz erhält die Bewertungsentscheidung mit deren Veröffentlichung. Damit tritt die Lenkungswirkung zutage, weshalb die gleichheitskonforme Ausgestaltung von Inhalt und Umfang der Veröffentlichung durch den Gesetzgeber vorzunehmen ist.²⁵ Zu regeln ist des Weiteren ein transparentes Verfahren mit ausreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten.

II. Hoher Rechtfertigungszwang

Hinsichtlich der Rechtsgrundlage sind vorliegend die Besonderheiten einer lenkenden Information im Allgemeinen und der Veröffentlichung vergleichender Bewertungsentscheidungen im Besonderen zu beachten.

a) Auswirkungen nicht vorhersehbar

Lenkende Informationsinstrumente des Staates zeichnen sich dadurch aus, dass sie aufgrund des Zwischenschaltens eines Adressaten der Information sozusagen „über Bande“ gespielt werden²⁶, weshalb die Steuerungsfähigkeit im Vergleich zu unmittelbaren, finalen staatlichen Steuerungsmitteln, verringert ist. Diese sind daher allenfalls neben dem übrigen Instrumentarium behördlichen Handelns anzuwenden, können dieses jedoch nicht ersetzen.²⁷

b) Prävention oder Repression?

Die Veröffentlichung vergleichender Bewertungsentscheidungen lässt sich weder eindeutig als präventive, noch als repressive Maßnahme einordnen. Die Gemengelage möglicher verschiedener Zielsetzungen erschwert jedoch die verfas-

²¹ Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 96 m.w.N.; so auch OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 28.5.2014, Az. OVG 5 S 21.14, NVwZ-RR 2014, 843, 844.

²² Siehe Gesetzesbegründung, Zu § 8 Abs. 1 S. 2, S. 10-12.

²³ Möstl, LMuR 2015, 185, 191.

²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 28.5.2014, Az. OVG 5 S 21.14, NVwZ-RR 2014, 843, 844.

²⁵ BayVGH, B. v. 9.1.2012, Az.: 12 CE 11.2685, Rn. 40.

²⁶ Siehe Reimer, JöR 58 n.F. (2010), S. 275, 299.

²⁷ Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 98.

sungsgemäße Ausgestaltung der Rechtsnorm, da diese sich nicht eindeutig an den bisherigen „Baustrukturen“ für repressives oder präventives Recht messen lässt. Insoweit bestehen Gemeinsamkeiten mit dem ebenfalls indifferenten und vielfach im Hinblick auf seine verfassungskonforme Ausgestaltung diskutierten § 40 Abs. 1a LFGB.²⁸

Diese Indifferenz geht auch aus der Gesetzesbegründung hervor, die einerseits als Ziel formuliert, dass das Transparenzsystem den Lebensmittelunternehmer „noch stärker und kontinuierlicher als bisher dazu motivieren und veranlassen [soll], seinen Betrieb im Einklang mit den lebensmittel- und hygienerechtlichen Vorschriften zu betreiben“²⁹, woraus sich eine präventive Zielsetzung ableiten lässt.³⁰ Andererseits geht aus der Gesetzesbegründung hervor, dass „das ordnungsrechtliche Instrumentarium sowie die bestehenden straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorschriften im Bereich des Lebensmittelrechts auch eine zusätzliche Verstärkung ihrer Schutzwirkung [erfahren]“³¹, was für eine repressive Maßnahme spricht. Insoweit lässt sich auch aus der Gesetzesbegründung keine eindeutige Einstufung des Informationsinstrumentes entnehmen.

Ferner ist der Veröffentlichung einer vergleichenden Bewertungsentscheidung immanent, dass nicht nur Tatsachen als Information veröffentlicht werden, sondern bereits eine mit Amtsautorität versehene, getroffene Bewertungsentscheidung, die den Verbraucher zwar nicht völlig von einer eigenständigen Bewertung entbindet, diese jedoch in starkem Maße bereits vorwegnimmt.³² Zudem handelt es sich bei einer vergleichenden Bewertung um einen sehr komplexen Vorgang, der in der Befugnisnorm ausreichend abgebildet sein muss.³³ Aufgrund der hiermit verbundenen stärkeren Lenkungswirkung, besteht eine höhere Eingriffsintensität und damit eine intensivere Grundrechtsrelevanz. Die Maßnahme ist einem höheren Rechtfertigungszwang ausgesetzt, dem die Rechtsgrundlage Rechnung zu tragen hat.³⁴ Eine Veröffentlichung kann nur dort erfolgen, wo gewichtige Gründe des Allgemeinwohls eine Veröffentlichung erfordern.

Diese Besonderheiten zeigen deutlich auf, dass das Land NRW mit seinem Entwurf eines Kontrollergebnis-Transparenz-Gesetzes rechtliches Neuland betritt, da dieses nicht mit bisherigen Instrumenten staatlicher Verbraucherinformation zu vergleichen ist. Die behördliche Veröffentlichungstätigkeit kann jedoch nur dann

²⁸ Möstl, LMuR 2015, S. 185, 191; Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 98.

²⁹ Gesetzesbegründung, A. Allgemeiner Teil, I., S. 9 sowie zu § 8 Abs. 1 S. 2 KTG, S. 10.

³⁰ Fraglich bleibt jedoch, ob es sich um eine Präventivmaßnahme im Sinne der Gefahrenabwehr oder um eine Sanktion handelt, die ebenfalls eine spezialpräventive Zielrichtung beinhalten würde.

³¹ Gesetzesbegründung, Zu § 8 Abs. 1 S. 2 KTG, S. 11.

³² Holzner, GewArch 2016/3, S. 95, 98.

³³ Möstl, LMuR 2015, 185, 191.

³⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 83.

sinnvoll durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage angeleitet werden, wenn das Veröffentlichungsziel klar definiert ist und die Norm dementsprechend ausgestaltet ist.³⁵ Dies erscheint vorliegend zweifelhaft angesichts der präventiven und repressiven Gemengelage.

III. Zwingender rechtlicher Nachbesserungsbedarf

Im Hinblick auf den gewichtigen Grundrechtseingriff, der mit der Veröffentlichung der amtlichen Überwachungsergebnisse für Lebensmittelunternehmen einhergeht und der einen hohen Rechtfertigungszwang zur Folge hat, existiert ein zwingender Nachbesserungsbedarf in Bezug auf bestimmte Regelungen des KTG, der nachfolgend näher begründet wird, jedoch nicht als abschließend anzusehen ist:

1. Fehlende Erforderlichkeit einer Doppelveröffentlichung im Internet

a) Leichter Zugang zur Information

Zwingender Nachbesserungsbedarf besteht bei der „barrierefreien“ Zugänglichmachung des Kontrollbarometers bei Betrieben nach § 8 KTG. Eine behördliche Doppelveröffentlichung im Internet ist weder aus Sicht der Verbraucherinformation noch vor dem Hintergrund des damit verbundenen Rechtseingriffs erforderlich.

Der Lebensmittelunternehmer ist nach § 8 KTG verpflichtet, das Kontrollbarometer den Verbrauchern zugänglich zu machen. Bei Betrieben, die unmittelbar Lebensmittel an den Endverbraucher abgeben, hat ein Aushang nahe der Eingangstür zu erfolgen, so dass das Kontrollbarometer beim Betreten von außen gut sichtbar ist. Für Betriebe, die nicht unmittelbar an den Endverbraucher abgeben, ist eine Veröffentlichung des Kontrollbarometers über die Homepage des Unternehmens vorgegeben. Dies spricht insoweit für eine gleichheitskonforme, normative Ausgestaltung von Art und Form der Veröffentlichung, die die unterschiedliche Abgabeform und die Frage des direkten Kundenkontakts in angemessener Weise einbezieht.

b) Doppelveröffentlichung nicht erforderlich

Grundsätzlich problematisch könnte jedoch die Verpflichtung zur Doppelveröffentlichung durch den Lebensmittelunternehmer einerseits sowie durch die zuständige Behörde andererseits sein. So stellt sich die Frage, ob eine solche er-

³⁵ Bäcker, JZ 12/2016, 595, 603.

forderlich ist, um den Gesetzeszweck zu erreichen. Die Erforderlichkeit einer Maßnahme ist nur dann zu bejahen, wenn der Zweck des Gesetzes nicht auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, das das betreffende Grundrecht nicht oder deutlich weniger einschränkt.³⁶ Ausweisliches Ziel der Veröffentlichung ist es, die Verbraucher in leicht verständlicher Form über die Ergebnisse der amtlichen Lebensmittelüberwachung („barrierefrei“) zu informieren.³⁷ Dies geschieht mit der Veröffentlichung in der Betriebsstätte bzw. für Betriebe, die nicht unmittelbar an den Endverbraucher abgeben, mit der Veröffentlichung auf der Unternehmens-Homepage. Insoweit ist fraglich, ob darüber hinaus zusätzlich die Veröffentlichung im Internet durch die Behörde erforderlich ist. Dafür könnte allein sprechen, dass die Information dem Verbraucher bereits vorab zur Verfügung gestellt werden soll, um seine Kaufentscheidung vorzubereiten. Mag die Doppelveröffentlichung bei Betrieben nach § 8 Abs. 2 KTG somit möglicherweise noch gerechtfertigt erscheinen, so ist am Beispiel des § 8 Abs. 3 KTG nicht ersichtlich, welchen Mehrwert eine doppelte Veröffentlichung im Internet – sowohl auf der Homepage des Unternehmers, als auch auf der Webseite der Überwachung – bringt, da diese dasselbe Ziel verfolgen: den Verbraucher über die Ergebnisse der Lebensmittelüberwachung zu informieren und eine autonome Konsumententscheidung zu ermöglichen. Mithin handelt es sich bei der Veröffentlichung auf nur einer Internetseite um ein milderes, gleich geeignetes Mittel.³⁸

2. Aktualität der Verbraucherinformation ist sicherzustellen

a) Aktualität der Information rechtsstaatlich gefordert

Zwingend nachzubessern sind zudem die Regelungen zur Sicherstellung der Aktualität der Verbraucherinformation. Aufgrund der mit dem KTG bewirkten Lenkungsfunktion und des damit verbundenen intensiven Grundrechtseingriffs kommt der Aktualität der Information unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine besondere Bedeutung zu. Hierfür hat der Gesetzgeber einzustehen, der die Publikation durch die Behörde, aber auch durch den Lebensmittelunternehmer anordnet.

Die Information über die Ergebnisse der Lebensmittelüberwachung ist nur gerechtfertigt, solange sie aktuell ist. Dies erkennt auch das BVerfG an, welches ausführt, dass „[d]ie inhaltliche Richtigkeit einer Information [...] grundsätzlich Voraussetzung dafür [ist], dass sie die Transparenz am Markt und damit dessen

³⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 85.

³⁷ Gesetzesbegründung, A. Allg. Teil I., S. 1 sowie B. zu § 1 S. 1 KTG.

³⁸ BVerfGE 113, 167 (259).

Funktionsfähigkeit fördert“.³⁹ Zwar können auch bereits vergangene, abgeschlossene und behobene Tatsachen für die Konsumententscheidung relevant sein, weshalb neben dem aktuellen Kontrollergebnis nach § 6 Abs. 2 S. 2 KTG auch die drei letzten Kontrollergebnisse mit dem Kontrollbarometer veröffentlicht werden. Das jüngste Kontrollbarometer hat jedoch die Anforderungen an die Aktualität der vergleichenden Bewertungsentscheidung zu erfüllen. Da die amtliche Kontrolle nur eine Momentaufnahme abbilden kann, ist die Information darüber zu aktualisieren, sobald eine Änderung der tatsächlichen Situation sichtbar eingetreten ist (z. B. Feststellung der Behebung des Mangels im Rahmen der Nachkontrolle).

Aktuell bietet das KTG keinen ausreichenden Sicherungsmechanismus, um den Anforderungen an die Aktualität der Information gerecht zu werden. Nach derzeitiger Ausgestaltung ist der Lebensmittelunternehmer verpflichtet, die Ergebnisse der letzten amtlichen Kontrolle zu veröffentlichen bis eine erneute Kontrolle vorgenommen wird. Dies bedeutet, dass selbst eine fehlerhafte Information – z. B. angesichts bereits behobener Mängel – je nach Kontrollhäufigkeit des Unternehmens grundsätzlich bis zu drei Jahren weiterhin zu veröffentlichen ist.⁴⁰ Dies gilt selbst dann, wenn zwischenzeitlich eine obligatorische amtliche Nachkontrolle stattgefunden hat, die die Behebung der Mängel bestätigt hat. Ein entsprechender Vermerk erfolgt bislang nicht. Der Unternehmer ist zur Veröffentlichung der unrichtigen Information verpflichtet, die eine grundrechtsintensive Wirkung entfaltet, obwohl der Mangel bereits behoben wurde. Damit wird nicht nur ungerechtfertigt in die Grundrechte des Unternehmers eingegriffen, dies führt auch dazu, dass die Verbraucherinformation unrichtig ist und damit das Ziel des Gesetzes verfehlt wird.

c) Angemessene Frist für zusätzliche Routinekontrolle

Nach § 9 KTG kann der Lebensmittelunternehmer eine zusätzliche amtliche Kontrolle kostenpflichtig beantragen, sofern das Kontrollergebnis lautet „Anforderungen teilweise erfüllt“ oder „Anforderungen unzureichend erfüllt“, die im Umfang einer Routinekontrolle nach der AVV RÜb entspricht und die bei Behebung des Mangels zur Ausstellung eines neuen Kontrollbarometers führt.

Vor dem Hintergrund, dass die Information aus rechtsstaatlichen Gründen aktuell zu sein hat, ist allerdings die dafür vorgesehene 3-Monats-Frist für eine zusätzliche amtliche Kontrolle nach § 9 KTG nicht zu rechtfertigen, da die Aktualisierung des Kontrollbarometers zu lange dauert. Auch wenn der Behörde für die Durch-

³⁹ BVerfGE 105, 252 (272).

⁴⁰ Dies gilt für den Fall, dass der Unternehmer von seinem Recht, freiwillig eine zusätzliche, kostenpflichtige Kontrolle zu beantragen, keinen Gebrauch macht.

führung der Kontrolle eine angemessene Zeit zu gewähren ist, ist ein Zeitraum von maximal 6 Wochen ab Antragstellung interessengerecht und ausreichend.

Da der Gesetzesentwurf den festgesetzten Zeitraum nicht näher begründet, ist zu mutmaßen, dass entscheidend für die großzügige Bemessung vielmehr Engpässe im Personal der Lebensmittelüberwachung sowie die (vielfach erwähnte erhebliche) Arbeitsbelastung sein dürften, die in die Berechnung der Frist einbezogen wurden. Diese Argumente können jedoch im vorliegenden Fall eine derart lange Frist – aufgrund des mit der Veröffentlichung einhergehenden gewichtigen Grundrechtseingriffs – nicht tragen.

Eine Korrektur hat daher in einem angemessenen Zeitraum zu erfolgen, um die belastende Wirkung eines negativen Kontrollergebnisses als Lebensmittelunternehmer wieder ausgleichen und sich insoweit rehabilitieren zu können. Dabei wird das negative Ergebnis der vorherigen Kontrolle nicht gelöscht, sondern in der Kontrollhistorie gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 KTG weiterhin aufgeführt. Das Land NRW, das dieses Kontrollbarometer einführt, hat zugleich für einen geeigneten Korrekturmechanismus zu sorgen. So dürfen personelle oder sachliche Engpässe oder Gründe der Verwaltungserleichterung sich nicht zu Lasten der Betriebe auswirken.⁴¹

Bei der Bemessung der Frist sind die Möglichkeiten der Behörde, einem gestellten Antrag nachzukommen, sowie das Interesse des Lebensmittelunternehmers, ein belastendes Kontrollbarometer möglichst zeitnah nach Behebung der Mängel zu korrigieren, gegeneinander abzuwägen und in Ausgleich zu bringen.

Eine Frist von sechs Wochen erscheint erforderlich, um den Behörden einerseits eine angemessene Zeit für die Durchführung der Kontrolle zu gewähren, aber auch ausreichend, um den Lebensmittelunternehmer andererseits nicht übermäßig mit einem unrichtig gewordenen, grundrechtsrelevanten Ergebnis im Kontrollbarometer im Wettbewerb mit seinen Mitbewerbern im Markt zu belasten.

In § 9 Abs. 2 KTG wurde zwischenzeitlich eine Härtefallklausel eingefügt, die einem Unternehmen, das im Rahmen der Einführungsphase von 36 Monaten⁴² mit dem Ergebnis „Anforderungen erfüllt“ bewertet wurde, und danach erstmals die Bewertung „Anforderungen unzureichend erfüllt“ erhält, die Möglichkeit einer zusätzlichen amtlichen Kontrolle auf Antrag eröffnet – mit der Besonderheit, dass nur dieses Kontrollergebnis der zusätzlichen amtlichen Kontrolle in das Kontrollbarometer aufgenommen wird. Das einmalige starke Abweichen vom bisherigen Kontrollergebnis wird somit nicht Gegenstand der Veröffentlichung. Hierdurch

⁴¹ Holzner, NVwZ 2010, 489 (493).

⁴² Die Einführungsphase wurde von 27 Monaten im ursprünglichen Referentenentwurf (Stand. 4. Mai 2016) auf 36 Monate angehoben.

sollen laut Gesetzesbegründung unangemessene, existenzbedrohende Nachteile für ein Unternehmen vermieden werden.⁴³ Wenngleich dies als Verbesserung für die Unternehmen anzusehen ist, bestehen die hier erläuterten rechtlichen Bedenken weiterhin.

b) Behobene Mängel müssen sichtbar werden

Ein erneutes Kontrollbarometer wird nach § 8 Abs. 5 KTG erst dann ausgestellt, wenn eine weitere amtliche Regelkontrolle stattgefunden hat (z. B. auf Antrag nach § 9 KTG). Dies hat den Nachteil, dass die bereits vorgenommene Behebung eines Mangels bis zu diesem Zeitpunkt nicht veröffentlicht wird und daher die Information des Kontrollbarometers nicht den aktuellen Stand widerspiegelt und somit unrichtig ist.

Zudem hängt die Aktualität und Richtigkeit der Information damit im Verantwortungsbereich des Unternehmers, der freiwillig eine zusätzliche, kostenpflichtige Kontrolle beantragen kann. Dies ist problematisch, da das Land NRW als Gesetzgeber eine eigene Verpflichtung zur Sicherstellung der Aktualität der Informationen trägt. Insbesondere wird dies im Hinblick auf die obligatorisch durchgeführte Nachkontrolle deutlich, deren Ergebnisse bislang nicht in das Kontrollbarometer einfließen sollen.⁴⁴ Dies ist jedoch folgewidrig, da die amtlichen Kontrollen, die als Grundlage für die Bewertung dienen, dadurch – wegen des Vorliegens eines Mangels – fortgesetzt werden und unter Umständen neue, aktuellere Erkenntnisse liefern. Da der Gesetzentwurf den Anspruch erhebt, die Ergebnisse von Kontrollen der amtlichen Lebensmittelüberwachung den Verbrauchern nach § 1 KTG vollumfänglich transparent zu machen und somit die Ergebnisse der amtlichen Kontrolle widerzuspiegeln, ist es inkonsequent, allein den Bereich der amtlichen Nachkontrolle und deren Ergebnisse auszuklammern. Da die amtliche Kontrolle generell nur eine Momentaufnahme abbilden kann, ist die Information darüber zu aktualisieren, sobald eine Änderung der tatsächlichen Situation sichtbar eingetreten ist (z. B. Feststellung der Mängelbeseitigung im Rahmen der Nachkontrolle). Neben dem Interesse des Unternehmers, sich zu rehabilitieren, wird dies auch dem Verbraucherinteresse gerecht. Dies geht somit einher mit der Verpflichtung der Behörde, die Aktualität des Ergebnisses zu gewährleisten.

Da diese Nachkontrollen jedoch regelmäßig nur auf die Behebung der festgestellten Mängel gerichtet sind und damit kein umfassendes neues Überwachungsergebnis liefern, erscheint es folgerichtig und zwingend geboten, zumindest einen Hinweis darüber (z. B. durch einen Vermerk bzgl. abgestellter bzw. teilweise abgestellter Mängel) in das veröffentlichte Kontrollbarometer aufzunehmen. Auf

⁴³ Gesetzesbegründung, B. zu § 9 Abs. 2 KTG, S. 21.

⁴⁴ Gesetzesbegründung, Zu § 9 Satz 1 KTG, S. 13.

diese Weise kann die Aktualität des Kontrollbarometers mit relativ geringem Verwaltungsaufwand gesichert werden.

Selbst durch die Ausstellung eines neuen Kontrollbarometers, welches nicht obligatorisch, sondern nur freiwillig vom Unternehmer durch eine zusätzliche kostenpflichtige Kontrolle erworben werden kann, wird diesem Umstand nicht Rechnung getragen, da dieses nicht notwendigerweise einen Hinweis auf die abgestellten Mängel enthält und dieser Umstand somit auch in der Historie nicht auftaucht. Ein neuer Befund durch die amtliche Nachkontrolle ist daher richtigerweise in das Kontrollbarometer aufzunehmen.

c) Mehrstufiges Korrektursystem

Im Ergebnis führte dies zu einer Korrektur auf mehreren Stufen. Zum einen sind bei der – obligatorischen – amtlichen Nachkontrolle behobene Mängel entsprechend auf dem Kontrollbarometer zu vermerken. Zum anderen wird – auf Antrag – nach einer zusätzlichen amtlichen Kontrolle nach § 9 KTG ein neues Kontrollbarometer ausgestellt.

Trotzdem bleibt die Verkürzung der Frist der zusätzlichen amtlichen Routinekontrolle erforderlich, da das Kontrollbarometer zwar durch den Hinweis auf die (teilweise) Mängelbeseitigung aktualisiert, das Gesamterscheinungsbild der Bewertung (Einstufung in einen Bereich grün-gelb-rot) dadurch jedoch nicht verändert wird. Erst durch eine Neubewertung und Ausstellung eines neuen Kontrollbarometers kann sich der Lebensmittelunternehmer tatsächlich rehabilitieren.

3. Rechtsschutz gegenüber dem Kontrollbarometer

Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegen das Kontrollbarometer sollte dieses mit einer Rechtsbehelfsbelehrung und einem Hinweis auf die Möglichkeit, ein Verfahren nach § 9 KTG zu beantragen bzw. mit einem Hinweis auf die amtliche Nachkontrolle versehen sein. Zwar handelt es sich bei der Veröffentlichung der vergleichenden Bewertungsentscheidung mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt, sondern einen Realakt, der im Wege der Allgemeinen Feststellungsklage überprüft werden kann. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist ein Antrag nach § 123 VwGO statthaft. Dennoch erscheint dies – aufgrund der intensiven Rechtsbeeinträchtigung – geboten und ist aufgrund der (für einen Realakt atypischen) körperlichen Ausstellung des Kontrollbarometers leicht umzusetzen. Es sprechen daher vorliegend keine praktischen Gründe gegen eine Rechtsbehelfsbelehrung.

D. Schlussfolgerung

Zunächst ist grundsätzlich fraglich, ob das Kontrollergebnis-Transparenz-Gesetz angesichts der bereits bestehenden erheblichen Belastungen des Kontrollpersonals überhaupt erforderlich ist, da das geltende Recht den Überwachungsbehörden die notwendigen Instrumente bietet, um auf (Hygiene-) Verstöße im Bereich des Lebensmittelrechts in einzelfallgerechter und angemessener Form zu reagieren. Dies reicht von der Möglichkeit effektiver persönlicher Sanktionen durch Geldbußen oder Strafen bis hin zu einer Betriebsschließung. Daher sollte zuvorderst der bisherige Sanktionsrahmen ausgeschöpft werden oder Ressourcen der amtlichen Lebensmittelüberwachung im Bereich des Regelvollzuges gestärkt werden.

Der Grundrechtseingriff, den die Maßnahme impliziert, ist, u. a. aufgrund der eindringlichen Wirkung der eingesetzten Farben, Noten, Symbole etc., aber auch aufgrund der recht präzisen staatlichen Lenkungswirkung, die damit erreicht werden kann, durchaus gewichtig. Er kann aufgrund der unmittelbaren Wettbewerbsauswirkungen zudem deutlich belastender sein, als eine ordnungsbehördliche Aufforderung zur Beseitigung der monierten Mängel.

Im Hinblick auf den gewichtigen Grundrechtseingriff, der mit der Veröffentlichung der amtlichen Überwachungsergebnisse für Lebensmittelunternehmen einhergeht und der einen hohen Rechtfertigungszwang zur Folge hat, existiert ein zwingender Nachbesserungsbedarf in Bezug auf bestimmte Regelungen des KTG-Entwurfes, wie u. a. der Regelung zur Doppelveröffentlichung (mangels Erforderlichkeit) sowie der Sicherstellung der Aktualität der Information (Verkürzung der Frist für die zusätzliche Routinekontrolle sowie Berücksichtigung der im Wege der obligatorischen amtlichen Nachkontrolle festgestellten Ergebnisse).

Berlin, den 20. Oktober 2016

Für weitere Informationen:

Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V.

Claire-Waldoff-Straße 7

10117 Berlin

Dr. Marcus Girnau

Stellv. Hauptgeschäftsführer

E-Mail: mgirnau@bll.de

Mirjam Sieber

Referentin für Lebensmittelrecht

E-Mail: msieber@bll.de