



Verkündet am 28. November 2012

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

URTEIL

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

Klägers,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

das Land Berlin,
vertreten durch das Bezirksamt
Tempelhof-Schöneberg von Berlin,
- Rechtsamt -,
John-F.-Kennedy-Platz, 10825 Berlin,

Beklagten,

hat das Verwaltungsgericht Berlin, 14. Kammer, aufgrund
der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2012 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Citron-Piorkowski,
die Richterin am Landgericht Dr. Kriegel,
den Richter am Verwaltungsgericht Diefenbach,
den ehrenamtlichen Richter und
die ehrenamtliche Richterin

für Recht erkannt:

Der Beklagte wird verurteilt, die Erwähnung des „Cafe L_____“ in Berlin Tempelhof-Schöneberg in der Liste der kontrollierten Gaststätten und Schankwirtschaften im Internet beseitigen zu lassen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Vollstreckung wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe des Vollstreckungsbetrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Der Kläger betreibt in verschiedenen Berliner Bezirken Speisegaststätten unter dem Namen Café L_____. Mit der vorliegenden Klage will er erreichen, dass die Erwähnung seines im Bezirk Tempelhof-Schöneberg von Berlin gelegenen Betriebes in der im Internet zugänglichen „Liste der kontrollierten Gaststätten und Schankwirtschaften“, derzeit geführt von der Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz, beseitigt wird. Als „Cafe L_____“ ist seine Gaststätte dort mit der „aktuellen Bewertung: zufriedenstellend“ unter Erwähnung einer Minuspunkte-Zahl von 34 und dem 4. August 2011 als Datum der Bewertung erfasst. Diese Angaben gehen zurück auf eine Mitteilung des Bezirks Tempelhof-Schöneberg von Berlin, der den Betrieb am 3. August 2011 zur Überprüfung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher Vorschriften von einem Mitarbeiter des Fachbereichs Veterinär- und Lebensmittelaufsicht hatte aufsuchen lassen.

Dem nur in Teilen vorliegenden Verwaltungsvorgang des Bezirksamtes, das sich außerstande gesehen hat, den eigentlichen Vorgang seines Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsamtes beizubringen, lässt sich entnehmen, dass einige Zeit vorher die Beprobung von in dem genannten Betrieb aufgeschlagener Sahne durch das Landeslabor Berlin-Brandenburg unter dem Geschäftszeichen L 211/09229 stattgefunden hatte. In der Beurteilung hieß es, die vorliegende Probe Schlagsahne sei nach dem Ergebnis der sensorischen Untersuchungen unauffällig, habe jedoch nach dem Ergebnis der mikrobiologischen Untersuchung nicht den Anforderungen entsprochen. Die Beurteilung erfolge nach den von der Fachgruppe Lebensmittelmikrobiologie und -hygiene der deutschen Gesellschaft für Hygiene und Mikrobiologie (DGHM) empfohlenen Richt- und Warnwerten zur Beurteilung von aufgeschlagener Sahne. Der dort-

ge Richtwert für die Konzentration an Pseudomonaden, gemessen in Kolonie bildenden Einheiten - KBE - pro Gramm, sei überschritten: Gemessen worden seien $4,0 \times 10^4$ KBE/g, der Richtwert laute $1,0 \times 10^3$ KBE/g. Außerdem sei der Richtwert für die Konzentration an Enterobacteriaceae - $1,0 \times 10^3$ KBE/g - erreicht. Richtwertüberschreitungen würden Schwachstellen im Herstellungsprozess und die Notwendigkeit anzeigen, die Wirksamkeit der vorbeugenden Maßnahmen zu überprüfen und Maßnahmen zur Verbesserung der Hygienesituation einzuleiten. Aus Sachverständigen-sicht sollten sie einen Hinweis oder eine Belehrung, die Entnahme von Nachproben oder eine außerplanmäßige Betriebskontrolle zur Folge haben.

Am 4. August 2011 wurde dem Kläger ein Anhörungsschreiben „gemäß § 4 Abs. 1 Verbraucherinformationsgesetz (VIG)“ übersandt, in dem behauptet wurde, ihm sei bei der amtlichen Kontrolle am 3. August 2011 ein „Protokoll zur Betriebsüberprüfung“ betreffend die Beanstandungen ausgehändigt worden. Weiter hieß es, die Risikobewertung habe anlässlich der genannten Kontrolle den Punktwert 35 und die Bewertung „Zufrieden stellend“ ergeben. Es sei beabsichtigt, gemäß § 5 Abs. 1 VIG über die Kontrolle eine Veröffentlichung im Internet vorzunehmen. Der Punktwert und die sich daraus ergebende Bewertung würden mit den Betriebsdaten (Betriebsbezeichnung und Standort) im Internet veröffentlicht. Um prüfen zu können, ob Ausschluss- oder Beschränkungsgründe vorlägen, werde dem Kläger Gelegenheit gegeben, innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens schriftlich hierzu Stellung zu nehmen. Sollte innerhalb der genannten Frist keine Stellung genommen oder die Veröffentlichung der Informationen abgelehnt werden, entscheide die Behörde gemäß § 4 Abs. 1 VIG unter Abwägung der Interessen.

Nachdem der Verfasser des Anschreibens vom 4. August 2011 dem Kläger gegenüber am 24. August 2011 telefonisch eingeräumt hatte, dass gar kein „Protokoll zur Betriebsüberprüfung“ existierte, wurde am selben Tage ein „Betriebskontrollbericht“ gefertigt und dem Kläger übersandt. Der Text dieses Berichts lautet wie:

„Folgendes wurde festgestellt:

Kontrollpunkte und Verstöße

Nr. Kontrollbereich Verstoßart/Bemerkung

- | | | |
|-----------|---------------|---|
| 1. | Tresenbereich | technische Mängel |
| | | . Die Schlagsahnesmaschine ist nicht allseitig umschlossen. Der Deckel schließt nicht konform mit der Maschine. |
| 2. | | . Mängel bei der Ausbildung und Schulung des Personals |

3. . Belehrungen konnten nicht vorgelegt werden.
4. Gewerbebetrieb: Konzeptionelle Mängel
 - . Erdhaltige LM sind gesondert zu kühlen.
 - . Beginnender Schwarzsimmel am Kühlaggregat.
 - . Ein HACCP-Konzept konnte nicht vorgelegt werden.

Bei den genannten Feststellungen handelt es sich um Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, siehe EU-VO Nr. 852/2004.“

Ein Auszug des Gutachtens betreffend die Schlagsahne war dem Schreiben als Anlage beigelegt.

Mit Schreiben vom 2. September 2011, das spätestens am 6. September 2011 beim Beklagten einging, erklärte der Kläger ausdrücklich, mit der Veröffentlichung dieser Bewertung nicht einverstanden zu sein. Aufgrund des Fehlens eines Protokolls vom 3. August 2011 sei die Bewertung für ihn nicht nachvollziehbar. Zu dem Gedächtnisprotokoll vom 24. August 2011 nehme er ohne Anerkennung eines Rechtsgrundes wie folgt Stellung:

Zu Nr. 1 (Deckel schließt nicht konform mit der Schlagsahnenmaschine):

„Woraus ergibt sich aus dem geschilderten Sachverhalt eine konkrete Gefahr?

Zu Nr. 2 (Mängel bei der Ausbildung und Schulung des Personals)

„Was wussten meine Mitarbeiter konkret nicht?“

Zu Nr. 3 (Belehrungen konnten nicht vorgelegt werden):

„Die roten Karten haben die Mitarbeiter vor Ort zu haben, sie werden einmal jährlich durch Herrn H_____, meinen Geschäftsführer belehrt. Eine Hygieneschulung findet einmal jährlich durch die Firma Ecolab statt.“

Zu Nr. 4: - Gesonderte Kühlung erdhaltiger Ware: „Was heißt das? Ein gesonderter Kühlschrank oder getrennt von anderen Lebensmitteln, wie bei mir der Fall?“

- Beginnender Schwarzsimmel: „Wie wurde das sichergestellt?“

- HACCP-Konzept: „Lieferscheine extern gelieferter Ware (Obst und Gemüse, weiße Ware) gehen in die Buchhaltungszentrale. Der interne Lieferverkehr wird erfasst über tägliche Bestellformulare (Muster beigelegt), daraus ist auch die Rückverfolgbarkeit zu ersehen. Die Bestellformulare liegen in den einzelnen Filialen, offenbar war die Frage danach für meine Mitarbeiter nicht verständlich genug formuliert.“

Zum „Prüfergebnis Schlagsahne“ erklärte der Kläger, es gebe keine gesetzlichen Anforderungen, die Schlagsahne erfüllen müsse. Das Labor beziehe sich auf die Empfehlungen eines Instituts, die nicht bindend seien. Eine konkrete Gefahr sei von der Schlagsahne nicht ausgegangen, auch sei nicht feststellbar, ob der Zustand der Sahne nicht schon bei Anlieferung bestanden habe. Nachproben seien nicht angeordnet worden, die Sahne sei in Geruch und Geschmack unauffällig gewesen.

Schließlich wandte der Kläger ein, eine Veröffentlichung unter der verkürzten Überschrift „Hygienekontrollergebnis“ sei sinnverfälschend. Den hygienischen Zustand im Betrieb könne der Verbraucher nicht aus Angaben entnehmen, bei denen organisatorische Bewertungspunkte mit hygienischen Aspekten intransparent vermengt würden. Abschließend bat er um die Mitteilung des Bewertungsschemas sowie der bewertungsrelevanten Kriterien.

Ohne zwischenzeitliche Verlautbarung einer entsprechenden Entscheidung gegenüber dem Kläger veranlasste das Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsamt des Beklagten, dass die erwähnte Bewertung der Gaststätte im November 2011 in die derzeit bei der Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz geführte bezirksübergreifende „Liste der kontrollierten Gaststätten und Schankwirtschaften“ auf der Webseite „www.berlin.de“ mit der Note „zufriedenstellend“ und der Punkteanzahl 34 aufgenommen wurde.

Mit seiner am 21. März 2012 erhobenen Klage will der Kläger die Löschung dieser nach wie vor existenten Internetmitteilung erreichen.

Er macht hierfür einen Anspruch auf Unterlassung und nachfolgende Beseitigung aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch entsprechend §§ 1004, 906 BGB geltend. Als mit amtlicher Autorität ausgestattetes, auf eine konkrete Einrichtung bezogenes und veröffentlichtes Werturteil beeinflusse die Bewertung unmittelbar seine Chancen am Markt, berühre seinen Ruf als Gastronom und beeinträchtige ihn daher in seiner grundrechtlich geschützten Freiheit. Zu verweisen sei dabei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. April 1985 zur Arzneimittel-Transparenzliste. Die Information der Öffentlichkeit über die hier vorgenommene Gaststätten-Bewertung stelle einen mittelbaren Eingriff in seine Berufsfreiheit dar. Wegen der auf den Gastronomiebetrieb zukommenden gravierenden ökonomischen Konsequenzen aus der Veröffentlichung einer Note, die nicht „sehr gut“ ausgefallen sei, komme diese einer Verkaufsbeschränkung gleich, d. h. einem intensiven Betroffensein in einem grundrechtlich geschützten Bereich.

Auf das Verbraucherinformationsgesetz (VIG) könne sich der Beklagte zur Rechtfertigung dieses Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit im Ergebnis nicht stützen.

Denn bei der hier zugänglich gemachten Bewertung des Betriebes mit der Note „zufriedenstellend“ und „34 Punkten“ handele es sich nicht um Informationen im Sinne dieses Gesetzes. Nach der Definition des Begriffs „Information“ im VIG gehe es um objektive Feststellungen der überwachenden Behörden über Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften. Subjektive Bewertungen, das heißt die Vergabe von Noten bzw. Punkten für lebensmittelverarbeitende Betriebe durch die Behörde,

seien hiervon nicht erfasst - die Note „zufriedenstellend“ oder gar die Note „sehr gut“ sei kein Datum über einen Verstoß gegen eine lebensmittelrechtliche Vorschrift. Für den mündigen Verbraucher sei eine für einen Betrieb erteilte Schulnote wie z. B. die Note „zufriedenstellend“ oder die Vergabe einer bestimmten Punktzahl nicht transparent, da - abgesehen von der Subjektivität dieser Bewertung - völlig unklar sei, wo denn etwaige Mängel in dem Betrieb lägen bzw. welche lebensmittelrechtlichen Vorschriften verletzt seien. Transparenz könne nur durch die Mitteilung der konkreten Verstöße hergestellt werden. Denn nur dann könne der mündige Verbraucher beurteilen, ob ihn z. B. die Nichtvorlage von Belehrungen und eines HACCP-Konzepts durch Mitarbeiter des Betriebs oder die Schlagsahnenmaschine, deren Deckel nicht ganz konform mit der Maschine schließe (ohne dass dies Auswirkungen auf die Qualität der Schlagsahne habe), vom Besuch dieses Betriebes abhalten sollten.

Die hier publizierte Note taue lediglich dazu, bei dem Verbraucher ein mulmiges Gefühl zu hinterlassen. Sie sei daher nicht geeignet, die Transparenz zu erhöhen und auf Missstände hinzuweisen.

Unabhängig davon genügten die Vorschriften des VIG ohnehin nicht dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz, da sie nicht regelten, über welchen Zeitraum die Bewertung abgerufen werden könne, dass die Behörde zu einer Nachkontrolle verpflichtet sei, ob bei einer nachfolgenden Kontrolle die alten Bewertungen wieder gelöscht werden könnten und in welcher Art und Weise die Darstellung der zu veröffentlichenden Informationen zu erfolgen habe.

Schließlich führe die Veröffentlichung zu einer Ungleichbehandlung und Wettbewerbsverzerrung. Hinzu komme, dass derzeit lediglich ein geringer Prozentsatz an Betrieben überhaupt bewertet sei.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, die Erwähnung des „Cafe L_____“ in der Liste der kontrollierten Gaststätten und Schankwirtschaften im Internet beseitigen zu lassen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er macht geltend, die Veröffentlichung der in Rede stehenden Bewertungen im Internet sei rechtmäßig erfolgt und verletze den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Kon-

trolle am 3. August 2011 sei anhand eines Beispielmodells zur risikoorientierten Beurteilung von Betrieben durchgeführt worden. Dies werde von der allgemeinen Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher, weinrechtlicher, futtermittelrechtlicher und tabakrechtlicher Vorschriften (AVV Rahmen-Überwachung - AVV RÜb) empfohlen. In dem der Kontrolle vorausgegangen Gutachten „Schlagsahne“ seien mit der Feststellung von Pseudomonaden, die zwar nicht als Gefahr für den Menschen, aber als Indikator für Problemlagen anzusehen seien, und von Enterobacteriaceae erhebliche hygienische Mängel konstatiert worden, die sich bei der Betriebskontrolle auch bestätigt hätten.

Der Verzehr der Schlagsahne sei allerdings für die Besucher der Gaststätte nicht mit einem Gesundheitsrisiko verbunden gewesen.

Im VIG komme der Wunsch des Gesetzgebers nach der Veröffentlichung der Kontrollergebnisse und somit ein prioritäres Interesse des Verbrauchers zum Ausdruck. Die Abwägung dieses Verbraucherinteresses mit den Interessen des Klägers habe vorliegend kein Veröffentlichungshindernis ergeben.

Mit Schriftsatz vom 5. November 2012 hat der Beklagte ein am 4. August 2011 ausgefülltes Datenblatt „Risikobeurteilung - FB: LM“ übersandt.

Danach erfolgte die Punktevergabe nach den Hauptmerkmalen II - bisheriges Verhalten des Lebensmittelunternehmers -, III - Verlässlichkeit der Eigenkontrollen - sowie IV - Hygienemanagement.

Unter II 1. - „Einhaltung LM-rechtlicher Bestimmungen“ lautet die Werteingabe 1 Punkt - gut - und als Bemerkung heißt es „Schlagsahne beanstandet“.

Die Rückverfolgbarkeit wird mit zwei Mängelpunkten als nur zufriedenstellend bewertet, „keine Lieferscheine“.

Die Mitarbeiterschulung erhielt 6 Mängelpunkte, wurde als ausreichend betrachtet und mit „keine Schulungsnachweise“ begründet.

Ebenfalls 6 Mängelpunkte erhielt in der Kategorie III das HACCP-Verfahren, wurde dabei aber als zufriedenstellend bewertet und zur Begründung hieß es „ohne HACCP“.

Das Stichwort „Untersuchung von Produkten“ erhielt 3 Mängelpunkte, wurde mit „ausreichend“ benotet und mit „nicht nachweisbar“ begründet.

Unter IV - Hygienemanagement - wurde die Personalhygiene mit 3 Mängelpunkten als „gut“ bewertet, die Produktionshygiene mit 10 Mängelpunkten als „ausreichend“; zur Begründung heißt es in beiden Fällen: „ohne Handschuhe“.

Wegen der weiteren Einzelheiten und des sonstigen Vorbringens der Beteiligten wird auf die Streitakte verwiesen. Der bruchstückhafte Verwaltungsvorgang des Beklagten hat während der mündlichen Verhandlung vorgelegen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

I. Der Kläger verfolgt sein Begehren auf Beseitigung der Internetveröffentlichung zu Recht im Wege der allgemeinen Leistungsklage und nicht der - ein Vorverfahren voraussetzenden - Verpflichtungsklage. Der Beklagte hat der Internetveröffentlichung keinen Verwaltungsakt vorgeschaltet, sondern eine Abwägung entgegenstehender Belange nur angekündigt, ohne anschließend eine Entscheidung gegenüber dem Kläger zu artikulieren. Er hat die Eintragung im Wege des sog. Realakts veranlasst (siehe auch VG Karlsruhe, Beschluss vom 7. November 2012 - 2 K 2430/12 - betreffend die Ankündigung einer Veröffentlichung, Rdnrn. 5 ff., 7), so dass auch deren Beseitigung als „actus contrarius“ lediglich einen Realakt voraussetzt.

Der Bezirk ist als Urheber und Verantwortlicher der Internetauskunft der richtige Beklagtenvertreter für das vorliegende Begehren. Die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz, die als Betreiberin der Internetseite firmiert, ist hierzu nicht etwa aus eigenem Recht legitimiert, sondern allein deshalb, weil die Bezirke ihr zuarbeiten und die Veröffentlichung initiieren. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 6 des Gesundheitsdienstegesetzes (GDG) fällt der gesundheitliche Verbraucherschutz, u. a. der Schutz der Bevölkerung im Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (vgl. Buchst. a und § 15 Abs. 1 GDG), in die Zuständigkeit des öffentlichen Gesundheitsdienstes. Nach § 2 Abs. 4 GDG obliegt die Wahrnehmung der Aufgaben nach § 1, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, allen Bezirksämtern.

Die Frage, ob sich die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz überhaupt dem gesundheitlichen Verbraucherschutz widmen darf oder ob dieser, wie in § 2 Abs. 1 Nr. 1 GDG vorgesehen, der für das Gesundheitswesen zuständigen Senatsverwaltung obliegt, soweit es um Aufgaben auf Senatsebene geht, kann deshalb dahinstehen.

II. Der Kläger kann vom Beklagten verlangen, die Löschung seines im Bezirk Tempelhof-Schöneberg von Berlin gelegenen Betriebes in der im Internet zugänglichen „Liste der kontrollierten Gaststätten und Schankwirtschaften“ zu veranlassen, weil die dortige Verlautbarung rechtswidrig ist und ihn in seiner durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes geschützten freien unternehmerischen Betätigung verletzt. Ihm steht deshalb der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch analog §§ 1004, 906 BGB i. V. m. der Abwehrfunktion der Grundrechte zu, nach dem jeder Bürger von einem Hoheitsträger Unterlassung eines unmittelbar bevorstehenden oder noch andauernden rechtswidrigen Eingriffs in seine subjektiven öffentlichen Rechte verlangen kann (vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 9. Januar 2012 - 12 CE 11.2685, Rdnrn. 16 f. m. w. N.).

Die Internetverlautbarung stellt einen Akt staatlicher Lenkung dar, beeinflusst unmittelbar die Chancen des Klägers am Markt und berührt seinen Ruf als Gastronom. Für diesen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich (dazu nachfolgend 1.), die dem Beklagten nicht zur Seite steht (dazu nachfolgend unter 2.).

1. Die Mitteilung suggeriert einen tatsächlichen Befund - das Feststellen von 34 sogenannten Minuspunkten - und kombiniert diesen mit einem vergleichsweise negativen Werturteil - der Note „zufriedenstellend“, die zwei Ränge unterhalb der Bestnote „sehr gut“ liegt. In den allgemeinen Hinweisen, die der unter dem Schlagwort „Sicher essen in Berlin“ firmierenden Liste vorangestellt sind, heißt es: „Wird die Hygiene beanstandet, gibt es Minuspunkte ...“. Dies lässt den Verbraucher annehmen, dass mit der Anzahl der Minuspunkte das Sicherheitsrisiko für den Verzehr von Speisen steigt, den Minuspunkten also eine Warnfunktion zukommt. Hierfür bedarf es einer gesetzlichen Grundlage.

a) Allerdings führt nicht etwa jede im Ergebnis wettbewerbsrelevante staatliche Information bereits zu einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt, beeinträchtigen marktbezogene Informationen des Staates den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber nicht (vgl. - zu sog. Glykolwarnung - BVerfG, Urteil vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, Leitsatz 1 und Rdnr. 49 bei juris). Art. 12 Abs. 1 GG schützt Marktteilnehmer nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die Rechtsordnung zielt auf Markttransparenz (BVerfG,

a. a. O., Orientierungssatz 1 c, Buchst. aa). Insofern ist nicht für jede wettbewerbsrelevante staatliche Information eine spezifische gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erforderlich, vielmehr wird insbesondere der Aufgabe der Staatsleitung auch die Ermächtigung zum Informationshandeln zugeordnet (BVerfG, a. a. O., juris, Rdnr. 51, sowie BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 670/91 - Psychosekte, Osho-Bewegung -, juris, Rdnr. 76).

b) Auf diese Freistellung von gesetzgeberischen Vorgaben kann sich der Beklagte jedoch nicht berufen.

Zum einen ist der Bereich staatlicher Information im Lebensmittelsektor inzwischen mit dem Verbraucherinformationsgesetz, auf das sich der Beklagte im Übrigen selbst bezieht, sowie mit § 40 des Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs - LFGB - vom Gesetzgeber im Einzelnen geregelt worden. Dabei geht mit der Ermächtigung der Verwaltung zu bestimmten belastenden Handlungen die den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit konkretisierende Gewährleistung für den Bürger einher, jenseits dieser gesetzlichen Grundlagen nicht durch Informationsakte belastet zu werden: Seine Berufsausübungsfreiheit ist durch den Rahmen auch dieser Gesetze mit Relevanz für Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt.

Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht in den genannten Entscheidungen ohnehin jeweils betont, dass die staatliche Informationstätigkeit dann eine Beeinträchtigung im Gewährleistungsbereich des Grundrechts sein kann, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre. Durch Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs könnten die besonderen Bindungen der Rechtsordnung nicht umgangen werden; vielmehr müssten die für Grundrechtseingriffe maßgebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt sein (vgl. die sog. Glykolentscheidung, juris, a. a. O., Rdnr. 62, sowie die sog. Osho-Entscheidung, a. a. O., juris, Rdnr. 76). So liegt der Fall hier: Mit der Information über - angebliche - Hygienemängel geht es nicht um Krisenbewältigung in unvorhergesehenen Fällen, sondern um administrative Maßnahmen des Verbraucher- und Gesundheitsschutzes, die auf eine Behandlung einer Vielzahl konkreter Einzelfälle und die Beseitigung daraus resultierender Nachteile zielen. Die Veröffentlichungen haben Wirkungen, die denen eines ordnungsrechtlichen Instruments entsprechen: Der betroffene Gastronom wird an den „elektronischen Pranger“ gestellt, was deutlich belastender ist als eine ordnungsbördliche Aufforderung zur Beseitigung der monierten Mängel, so dass die Veröffentlichung nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist (so auch - zur Veröffentlichung von Prüfber-

richten der Heimaufsicht im Internet - Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 9. Januar 2012 - 12 CE 11.2685, juris, Rdnrn. 34 ff., 37).

2. Eine Rechtsgrundlage für das vom Beklagten verantwortete Aufrechterhalten der den Kläger belastenden Internetveröffentlichung fehlt. Die Liste stellt zur Frage des „sicheren Essens in Berlin“ Auskünfte zur Verfügung, die ungeachtet der jeweils genannten Kontrolldaten als aktueller Wegweiser für den Verbraucher gedacht sind. Durch das Belassen der den Kläger betreffenden Veröffentlichung wird der damit einhergehende Eingriff des Beklagten ständig erneuert und ist daher, soweit es - wie hier - um ein Unterlassen dieses Eingriffs (technisch umgesetzt durch eine Löschung) geht, an der gegenwärtigen Rechtslage zu messen.

a) Aufgrund des Gesetzes vom 15. März 2012 (BGBl. I S. 476) ist das Verbraucherinformationsgesetz vom 5. November 2007 (BGBl. I S. 2558), geändert durch Gesetz vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1934), - VIG a. F., dessen § 5 der Beklagte zur Begründung seines Handelns angeführt hatte, mit Wirkung vom 1. September 2012 von der am 17. Oktober 2012 bekannt gemachten Neufassung des Verbraucherinformationsgesetzes (BGBl. I S. 2166) - VIG - abgelöst worden.

Auf § 6 VIG, die Nachfolgevorschrift von § 5 VIG a. F., vermag sich der Beklagte nicht zu stützen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 VIG kann die informationspflichtige Stelle Informationen, zu denen Zugang zu gewähren ist, auch unabhängig von einem Antrag nach § 4 Abs. 1 über das Internet oder in sonstiger öffentlich zugänglicher Weise zugänglich machen; § 5 Abs. 1 gilt entsprechend. Damit wird auf § 2 VIG, die Regelung über den Anspruch auf Zugang zu Informationen, verwiesen, so dass die Berechtigung zur Internet-Veröffentlichung zunächst davon abhängt, dass es sich um Informationen im Sinne dieser Bestimmung handelt.

Dagegen spricht, dass die vom Beklagten verantwortete Internetveröffentlichung einen Bezug auf konkrete Erzeugnisse der Gaststätte des Klägers in jeder Hinsicht vermissen lässt - die Beanstandung der Schlagsahne lag einige Zeit zurück, insoweit lautete am 4. August 2011 die behördeninterne Bewertung „gut“, in der Mitteilung im Internet wird das Produkt nicht erwähnt.

Mit der Neufassung wurde in § 1 VIG der Anwendungsbereich des Gesetzes präzisiert: Nach § 1 VIG erhalten Verbraucherinnen und Verbraucher „freien Zugang zu den bei informationspflichtigen Stellen vorliegenden Informationen über Erzeugnisse im Sinne des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (Erzeugnisse), ... damit der Markt transparenter gestaltet und hierdurch der Schutz der Verbraucherinnen

und Verbraucher vor gesundheitsschädlichen oder sonst unsicheren Erzeugnissen ... sowie vor Täuschung beim Verkehr mit Erzeugnissen ... verbessert wird.“ Eine Verlautbarung von Informationen ohne Bezug auf konkrete Erzeugnisse dürfte jenseits des in § 1 Abs. 1 Nr. 1 VIG neu definierten Anwendungsbereichs liegen (anders zur alten Fassung des VIG : OVG Saarland, Beschluss vom 3. Februar 2011 - 3 A 270.10 -, juris, Rdnr. 35). In den Gesetzesmaterialien - der Regierungsvorlage in der Bundestagsdrucksache 17/7374, S. 14 - heißt es zur Begründung des neuen § 1 VIG: „Der bisher nur aus der Gesetzesbegründung ersichtliche Anwendungsbereich des Gesetzes wird im Rechtstext selbst definiert, um die Auslegung des Gesetzes zu erleichtern und den zuständigen Vollzugsbehörden eine Rechtsanwendung ohne Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien zu ermöglichen.“ Diese Passage bezieht sich offenbar auf die Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 1 Satz 1 VIG a. F. in der Bundestagsdrucksache 16/1408, S. 9, wo explizit von Zugang zu Informationen über Erzeugnisse im Sinne des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches gesprochen wird.

Es ist allerdings nicht mit Sicherheit auszuschließen, dass sich die Funktion des neuen § 1 VIG darin erschöpft, Definitionen des „Erzeugnisses“ und des „Verbraucherprodukts“ im Sinne des Produktsicherheitsgesetzes für die in § 2 Abs.1 Satz 1 Nrn. 2 ff VIG geregelten Fälle zur Verfügung zu stellen. Da hier indes selbst unabhängig von dem Fehlen eines Bezugs zu konkreten Erzeugnissen die Voraussetzungen für eine Informationserteilung und damit auch für eine Publikation im Internet nach § 6 VIG nicht erfüllt sind, kann im Ergebnis dahinstehen, inwieweit § 1 VIG bei der Auslegung der nachfolgenden Vorschriften des Verbraucherinformationsgesetzes mit heranzuziehen ist.

(1) Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten über von den nach Bundes- oder Landesrecht zuständigen Stellen „festgestellte nicht zulässige Abweichungen von Anforderungen“ der dort genannten lebensmittelrechtlichen Regelwerke; gleichfalls besteht der Anspruch auf Zugang zu allen Daten über Maßnahmen und Entscheidungen, die im Zusammenhang mit den genannten Abweichungen getroffen worden sind. Diese Bestimmung hat die vorher in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG a. F. enthaltene Regelung über den Zugang zu allen Daten über „Verstöße ... sowie Maßnahmen und Entscheidungen, die im Zusammenhang mit solchen Verstößen getroffen worden sind“ abgelöst.

Vorliegend lässt sich bereits keine Feststellung nicht zulässiger Abweichungen er-

kennen.

Es fehlt schon an einer Protokollierung der Betriebskontrolle vom 3. August 2011, auf die sich laut Anschreiben vom 4. August 2011 die ins Internet gestellte Bewertung beziehen soll. Unklarheiten ergeben sich überdies daraus, dass sich der nachgeholte „Betriebskontrollbericht“ vom 24. August 2011 in kaum einem seiner Einzelpunkte mit dem unter dem Datum „ 4. August 2011“ ausgefüllten Formblatt über die Risikobeurteilung deckt. Hinzu kommt, dass die Beanstandungen rechtlich nicht im Einzelnen zugeordnet wurden, sondern der Beklagte sich mit einem Verweis auf das umfassende Regelwerk der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 begnügt hat (vgl. dem gegenüber den vom VG Regensburg mit Beschluss vom 23. Oktober 2012 - RO 5 E 12.1580 - behandelten Fall, juris, Rdnrn. 2 bis 24).

Außerdem hat es das Veterinär- und Lebensmittelaufsichtsamt versäumt, sich nachvollziehbar mit den Einwänden des Klägers zu befassen, der die ihm unter dem 24. August 2011 ohne nähere Einzelheiten mitgeteilten angeblichen Verstöße in seinem Schreiben vom 2. September 2011 teils mit der Bitte um Konkretisierung und teils mit eigenen präzisen Angaben infrage gestellt hat. Der Einwand des Beklagten in der mündlichen Verhandlung, das Vorbringen des Klägers sei „dünn“ gewesen, wird dem nicht ansatzweise gerecht. Eine Verlautbarung von Beanstandungen wäre unter derartigen Umständen ohnehin nur mit einer Erwähnung der dem Bezirksamt bekannten Hinweise auf Zweifeln an der Richtigkeit zulässig gewesen (§ 5 Abs. 3 Satz 2 VIG a. F., jetzt § 6 Abs. 3 Satz 2 VIG).

(2) Für eine Veröffentlichung des Vorliegens von 34 Minuspunkten, gekoppelt mit einer „drittklassigen“ Benotung ist § 6 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG schließlich unabhängig von dem Fehlen einer hinreichenden Feststellung aus weiteren Gründen nicht als Rechtsgrundlage geeignet.

Zum einen liegen den Minuspunkten nur zum Teil (behördlicherseits angenommene) Verstöße zugrunde. Zum anderen haben diese - aus einem für den Leser nicht deutlich werdenden, anderen Zusammenhang gerissenen - „Daten“ den Charakter einer reinen Bewertung, die genannte Regelung betrifft indes nur Informationen über tatsächliche Erkenntnisse.

Die Minuspunktvergabe ist, wie der Beklagte selbst vorträgt, anhand der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung lebensmittelrechtlicher, futtermittelrechtlicher und tabakrechtlicher Vorschriften (AAV Rahmen-Überwachung - AAV RÜb) vorgenommen worden. In seiner Internet-Liste „Smileys für Gaststätten in Tempelhof-Schöneberg“ verweist

der Bezirk zur Erläuterung seines Bewertungssystems explizit auf dieselbe Verwaltungsvorschrift und erläutert, dieses System diene nicht allein der Bewertung von Verstößen gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften, sondern berücksichtige auch den Umfang der Eigenkontrollen eines Betriebs einschließlich der Dokumentation; von Betrieben, die umfangreiche Eigenkontrollen durchführten (z. B. Produktuntersuchungen, regelmäßige Schulungen für alle Mitarbeiter, Laboruntersuchungen, externe Überprüfungen durch Zertifizierungsstellen oder Sachverständige) gehe ein geringeres mögliches Risiko für den Verbraucher aus, da sie Schwachstellen im eigenen Hygienemanagement früher entdecken könnten. Nicht jeder Minuspunkt stelle daher einen lebensmittelrechtlichen Verstoß dar. Für Gäste sei die Rubrik „Hygienemanagement“ besonders interessant, hier fänden sie die wesentlichen Hinweise zur hygienischen Qualität eines Betriebes.

Aus diesen - zutreffenden - Ausführungen zur Bedeutung der sogenannten Minuspunkte auf der Grundlage der AVV-RÜb ergibt sich, dass § 2 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 VIG eine Veröffentlichung der reinen Anzahl der Minuspunkte schon deswegen nicht gestattet, weil sich nicht jeder einzelne Minuspunkt auf einen Verstoß bzw. - wie die jetzige Formulierung lautet - auf eine „nicht zulässige Abweichung..“ zurückführen lässt. Im Rahmen des vorliegenden Streitverfahrens hat der Beklagte verkannt, dass die auf § 6 AVV RÜb beruhende Beurteilung allein dazu dient, die notwendige Häufigkeit der amtlichen Kontrollen festzulegen, und deshalb auch Gesichtspunkte mit einbezieht, die deutlich im Vorfeld von „festgestellten nicht zulässigen Abweichungen“ von lebensmittelrechtlichen Vorschriften liegen.

Im Übrigen ist ohnehin nicht nachvollziehbar, weshalb der Beklagte die aus der Risikoeinstufung des Betriebes des Klägers resultierende halbjährige Kontrollhäufigkeit offenbar nicht zur Veranlassung entsprechender Besuche des Betriebes genommen hat: Die letzte Kontrolle fand, wie im Internet verlautbart, vor nunmehr ungefähr 16 Monaten statt. Mit einer Verwendung der Punktzahl zur Veröffentlichung im Internet anstatt zur Orientierung der lebensmittelaufsichtlichen Stelle für die Häufigkeit der Betriebskontrollen wird die Funktion der AAV RÜb und der ihr zugrundeliegenden europarechtlichen Verordnung - der VO (EG) Nr. 882/2004 - grundlegend verkannt.

(3) Als Rechtsgrundlage lässt sich auch § 6 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 VIG nicht heranziehen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 VIG gilt der freie Zugang auch zur Informationen über Überwachungsmaßnahmen oder andere behördliche Tätigkeiten oder Maßnahmen zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern, einschließlich der Auswertung dieser Tätigkeiten und Maßnahmen, sowie Statistiken

über Verstöße gegen in § 39 Abs. 1 Satz 1 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches und § 26 Abs. 1 Satz 1 des Produktsicherheitsgesetzes genannte Rechtsvorschriften, soweit sich die Verstöße auf Erzeugnisse oder Verbraucherprodukte beziehen. Diese Regelung bezieht sich wie bereits ihr Vorläufer § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VIG a. F. nicht auf die Veröffentlichung von Daten über konkrete Betriebe, sondern auf generelle Maßnahmen, die dem Verbraucherschutz dienen, wie z. B. Informationskampagnen oder die Förderung von Verbraucherorganisationen sowie die Veröffentlichung von Statistiken (vgl. die Ausführungen in der Bundestagsdrucksache 16/1408, S. 10 zu der Ursprungsregelung). Selbst wenn man aber eine Information über die hier der Sache nach erfolgte Risikoeinstufung nach Maßgabe der AAV RÜb auf der Grundlage dieser Bestimmung als Unterrichtung über eine Maßnahme zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern für zulässig hielte, könnte sich der Beklagte hierauf nicht berufen, weil er jeglichen Hinweis auf diesen Zusammenhang unterlassen hat und den Leser der Liste dem unzutreffenden Eindruck aussetzt, es lägen 34 Minuspunkte wegen festgestellter Hygienemängel vor.

b) Unter den dargestellten Umständen steht zugleich fest, dass es dem Beklagten verwehrt ist, sich zur Rechtfertigung der Internetveröffentlichung bzw. deren Aufrechterhaltung auf das LFGB zu stützen. § 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LFGB verweist für die Art und Weise der Veröffentlichung auf § 40 Abs. 1 Satz 1 LFGB, wo die Benennung des konkret bemängelten Lebensmittels explizit verlangt wird. Ebenso wie die seit dem 1. September 2012 geltende Regelung des § 40 Abs. 1 a LFGB (vgl. hierzu VG Regensburg, a. a. O., Rdnr. 56; siehe auch VG Karlsruhe, Beschluss vom 7. November 2012 - 2 K 2430/12 -, juris, Rdnr. 15 ff.) rechtfertigt dies nur die sogenannte Produktwarnung.

3. Einer Beantwortung der vom Kläger aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen bedarf es nach alledem nicht, weil für die Aufrechterhaltung der ihn belastenden Information im Internet ohnehin keine Rechtsgrundlage vorhanden ist, so dass er deren Löschung verlangen kann.

Auch die in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutierte Frage, ob Art. 10 VO (EG) Nr. 178/2002 eine abschließende Regelung darstellt - mit der Folge, dass die erweiterte Informationsgewährung nach dem VIG unzulässig wäre - und ob das VIG mit Art. 7 VO (EG) Nr. 882/2004 kollidiert, können deshalb hier unerörtert bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 167 Abs. 1 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO,

Eine Zulassung der Berufung nach §§ 124 a Abs. 1 Satz 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO kam nicht in Betracht. Von einer Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung, auf der die Entscheidung beruht, kann hier deswegen nicht gesprochen werden, weil § 2 Abs. 1 Satz 1 VIG jedenfalls die Frage, ob - wie hier - eine reine behördliche Bewertung unzutreffend als Information über Hygienemängel veröffentlicht werden darf, eindeutig mit Nein beantwortet.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie von dem Oberverwaltungsgericht zugelassen wird.

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich oder in elektronischer Form (Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz im Lande Berlin vom 27. Dezember 2006, GVBl. S. 1183, in der Fassung der Zweiten Änderungsverordnung vom 9. Dezember 2009, GVBl. S. 881) zu beantragen. Der Antrag ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils sind die Gründe schriftlich oder in elektronischer Form darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für den Antrag auf Zulassung der Berufung. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen

Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Citron-Piorkowski

Diefenbach

Ri'in LG Dr. Kriegel ist wegen
Erkrankung gehindert zu
unterschreiben.
Citron-Piorkowski

Ben./Cit./Ben.

Ausgefertigt

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle