

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Staatliches Informationshandeln – Warnung vor Elektronischen Zigaretten (im Folgenden: E-Zigaretten)

1. Die öffentliche Warnung eines Gesundheitsministeriums vor dem Handel und Verkauf von E-Zigaretten und nikotinhaltenen Liquids unter Hinweis darauf, die Produkte unterfielen den arzneimittel- und medizinproduktrechtlichen Vorschriften, greift wegen ihrer verbotsähnlichen Wirkung in die unternehmerische Betätigungsfreiheit der Produkthersteller ein und bedarf daher gem. Art. 12 Abs. 1 GG einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.
2. Die Aufgabe der Staatsleitung und die aus ihr abgeleitete Befugnis zu staatlichem Informationshandeln genügen in diesem Fall nicht als Ermächtigung.
3. Nikotinhaltige Liquids, die zum Verdampfen in E-Zigaretten bestimmt sind und die nicht als Mittel zur Heilung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten bezeichnet und vermarktet werden, sind keine Arzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 1 AMG.
4. E-Zigaretten sind keine Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes.
(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 12 Abs. 1
AMG §§ 2 Abs. 1, 69 Abs. 1 S. 1
MPG § 26 Abs. 2 S. 4

*BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13 (OVG Münster)*¹

I. Problemstellung und Examensrelevanz

Die Entscheidung hat die Rechtmäßigkeit staatlichen Informationshandelns und in diesem Kontext die arzneimittelrechtliche Einordnung von elektronischen Zigaretten zum Gegenstand. Eine Herstellerin solcher E-Zigaretten begehrte erfolgreich die Unterlassung einer behördlichen Warnung vor ihren Produkten.

Den ausbildungsrelevanten Teil der Entscheidung bilden die allgemeinen Ausführungen des Gerichts zum staatlichen Informationshandeln. Solche Publikumsinformationen (staatliche Warnungen, Empfehlungen oder bloße Sachinformationen) kommen in vielen Rechtsbereichen vor: Von staatlichen Warnungen vor Lebensmitteln² oder Jugendsekten³ über Veröffentlichungen in der Kunstdatenbank Lost Art⁴ bis hin zu dem Frage-und-Antwort-Programm Wahl-O-Mat⁵ oder der Aufnahme einer Zeitung in den öffentlich verbreiteten Ver-

fassungsschutzbericht⁶ sind die Beispiele zahlreich.⁷ Beim Begehren ist zwischen Unterlassung und Widerruf zu unterscheiden. Verwaltungsprozessual muss dazu die richtige Rechtschutzform (in der Hauptsache oder auch im einstweiligen Rechtsschutz) jenseits klassischer Anfechtungs- und Verpflichtungssituationen ermittelt werden, materiell-rechtlich sind entsprechend Kenntnisse zum öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch und ggf. zum Folgenbeseitigungsanspruch erforderlich. Im Zentrum steht sodann die Reichweite des Grundrechtsschutzes (besonders aus Art. 12 GG) sowie des Vorbehalts des Gesetzes und die Bedeutung der Aufgabenzuweisung in Art. 65 GG bzw. landesverfassungsrechtlicher Parallelbestimmungen.

Die detaillierten arzneimittelrechtlichen Ausführungen des BVerwG sind hingegen für die Ausbildung nicht von Interesse, da nicht Prüfungsgegenstand des Ersten Juristischen Examens. Insoweit könnten von Bearbeitern allenfalls methodengerechte Subsumtionsbemühungen ohne jegliche Kenntnisse zu den konkreten (ggf. abzudruckenden) Normen erwartet werden.

II. Inhalt der Entscheidung

1. Sachverhalt

Die Klägerin ist Herstellerin von E-Zigaretten und dazugehörigen Filterkartuschen, die mit Flüssigkeiten (sog. Liquids) befüllt sind. Mit der E-Zigarette lassen sich die mit und ohne Nikotin in verschiedenen Geschmacksrichtungen erhältlichen Liquids verdampfen und inhalieren. Im Gegensatz zu einer herkömmlichen Zigarette, der die E-Zigarette äußerlich ähnelt, findet bei diesem Vorgang keine Verbrennung statt.

Das Gesundheitsministerium des beklagten Landes veröffentlichte im Dezember 2011 eine Pressemitteilung, in der es vor dem Verkauf von E-Zigaretten warnte. Darin hieß es, dass der Handel und der Verkauf von E-Zigaretten und liquidhaltigen Kartuschen gesetzlich verboten seien, soweit die arzneimittel- und medizinproduktrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten würden. Insbesondere nikotinhaltige Liquids dürften nur mit einer arzneimittelrechtlichen Zulassung in den Verkehr gebracht werden. Bei einem Verstoß gegen die arzneimittelrechtlichen Vorschriften drohe eine strafrechtliche Ahndung. In der Pressemitteilung teilte das Ministerium weiter mit, dass eine Information über diese Rechtslage an die Bezirksregierungen und die Kreise sowie kreisfreien Städte in Nordrhein-Westfalen weitergeleitet worden sei.

In einem Erlass vom gleichen Tag wies das Ministerium die nachgeordneten Behörden auf seine Rechtsauffassung zur Einordnung von E-Zigaretten und Liquids hin. Der Erlass wurde nachrichtlich auch an die Landesapothekenkammern⁸

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter www.bverwg.de/entscheidungen/verwandte_dokumente.php?az=BVerwG+3+C+27.13 (11.11.2015) und abgedruckt in NVwZ-RR 2015, 425.

² BVerfGE 105, 252 (Glykol) = NJW 2002, 2621.

³ BVerfGE 105, 279 (Osho) = NJW 2002, 2626.

⁴ BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – 1 C 13/14 = NJW 2015, 2358.

⁵ VG Köln, Beschl. v. 18. 3. 2011 – 6 L 372/11 = NVwZ-RR 2011, 475.

⁶ BVerfGE 113, 63 (Junge Freiheit) = NJW 2005, 2912.

⁷ Verschiedene Fallgestaltungen staatlichen Informationshandelns mit Lösung bei *Martini/Kühl*, JA 2014, 1221.

⁸ Die Landesapothekenkammern sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Pflichtmitgliedschaft organisiert. Nach den jeweiligen Landesgesetzen nehmen diese Kammern u.a. die öffentliche Aufgabe wahr, eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung sicherzustellen, §§ 1 AMG, 1 Abs. 1

versandt. Verschiedene regionale und überregionale Medien berichteten über die Rechtsauffassung des Ministeriums.

Die Klägerin ist gegen die Äußerungen des Ministeriums sowohl im Eilrechtsschutz als auch in der Hauptsache vorgegangen. Zunächst hat das OVG Münster dem beklagten Land im Wege der einstweiligen Anordnung die Wiederholung der Äußerung über die rechtliche Einordnung der E-Zigaretten und Liquids untersagt. In der Hauptsache hat das VG Düsseldorf die Unterlassungsklage erstinstanzlich abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OVG Münster die erstinstanzliche Entscheidung geändert und der Unterlassungsklage stattgegeben. Die dagegen vom beklagten Land eingelegte Revision hat das BVerwG zurückgewiesen und sich der Beurteilung des OVG angeschlossen.

2. Entscheidungsgründe

Das BVerwG bejaht die Voraussetzungen des geltend gemachten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs. Die beiden Veröffentlichungen seien als rechtswidriger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin gem. Art. 12 Abs. 1 GG zu qualifizieren. Auch drohe eine konkrete Gefahr der Wiederholung der Äußerungen.

Das Gericht stellt zunächst fest, dass die Grundrechte vor Beeinträchtigungen jeglicher Art schützen, auch durch schlichtes Verwaltungshandeln.⁹ Zwar vermittele die Berufsausübungsfreiheit keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilnahme oder auf die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Eine staatliche Information, die sich nachteilig auf die Wettbewerbsposition und den Markterfolg eines Unternehmens auswirke, käme jedoch einen Eingriff in das Grundrecht gleich, wenn sie in ihrer Zielsetzung und Wirkung ein Ersatz für eine behördliche Maßnahme sei, die als klassischer Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre. Mit anderen Worten liege eine eingriffsgleiche Maßnahme vor, wenn der Staat zu Lasten des Betroffenen zielgerichtet einen im öffentlichen Interesse liegenden Erfolg herbeiführen wolle und der nachteilige Effekt nicht nur zufällig oder als unvorhersehbare Folge eintrete. In diesem Fall beurteile sich deren Rechtmäßigkeit nach der Einhaltung der für Grundrechtseingriffe maßgeblichen rechtlichen Anforderungen.¹⁰

In der Pressemitteilung und dem Erlass des Ministeriums sah das BVerwG solch eine eingriffähnliche Maßnahme. Denn die beiden Veröffentlichungen hätten die unternehmerische Tätigkeit der Klägerin faktisch ähnlich wie eine rechtliche Verkaufsbeschränkung beeinträchtigt. Die Pressemitteilung mit der Information über drohende strafrechtliche Konsequenzen und dem Hinweis auf die Unterrichtung nachgeordneter Behörden habe den Marktteilnehmern den Eindruck eines baldigen ordnungsbehördlichen Einschreitens gegen den Vertrieb der E-Zigaretten und der nikotinhaltigen Liquids vermittelt. Die dadurch erheblich behinderten Absatzmöglichkeiten der Klägerin seien vom Ministerium auch beab-

sichtigt gewesen, da sich die Mitteilung ausdrücklich an die Presse gerichtet habe.¹¹ Der verbotsähnliche Effekt der Äußerung sei durch die ebenfalls vom Ministerium beabsichtigte mediale Berichterstattung zusätzlich verstärkt worden.¹²

Auch der Erlass des Ministeriums sei als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit zu qualifizieren. Bei der Informationsweitergabe an nachgeordnete Stellen handle es sich zwar nicht um öffentliche Informationstätigkeit, sondern um interne Verwaltungsmaßnahmen. Jedoch habe das Ministerium in seiner Pressemitteilung ausdrücklich auf die Informationsweitergabe an die Bezirksregierungen, Kreise und kreisfreien Städte hingewiesen. Dadurch sei auch der Erlass als öffentliches Informationshandeln zu qualifizieren.¹³

Eine Rechtfertigung des Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG scheidet nach Ansicht des BVerwG aus, da es bereits an einer erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage fehle.¹⁴ Die Aufgabe der Staatsleitung, die dem Ministerium aus der Landesverfassung zugewiesen sei, könne nicht als Grundlage herangezogen werden. Wenn sich nämlich die staatliche Informationstätigkeit – wie die Äußerungen des Ministeriums – als funktionales Äquivalent eines Eingriffs erweise, bedürfe es einer besonderen, über die bloße allgemeine Aufgabenzuweisung hinausgehenden gesetzlichen Ermächtigung. Andernfalls drohe die Umgehung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Grundrechtseingriff.¹⁵

Die Äußerungen des Ministeriums ließen sich weder auf § 69 Abs. 1 S. 1 des Arzneimittelgesetzes (AMG) noch auf § 26 Abs. 2 S. 4 des Medizinproduktegesetzes (MPG) als Ermächtigungsgrundlage stützen.¹⁶ Denn die E-Zigaretten seien bereits keine Arzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 lit. a AMG, da sie nicht als Mittel präsentiert würden, die zur Linderung, Heilung oder Verhütung von Krankheiten bestimmt seien. Vielmehr handele es sich nach der äußeren Form, der sonstigen Aufmachung und der Art der Anwendung um Genussmittel. Im Unterschied zu Arzneimitteln, die zur Raucherentwöhnung zugelassen seien, hätten die Produkte der Klägerin keinen therapeutischen Nutzen. Aufgrund der vielfältigen Geschmacksrichtungen würden auch die Konsumenten das Produkt als Genussmittel auffassen und in diesem keine arzneimittelrechtliche Zweckbestimmung erblicken. Da die Liquids bereits nicht als Arzneimittel zu bewerten seien, handle es sich bei der E-Zigarette auch nicht um ein Medizinprodukt.¹⁷

III. Einordnung und kritische Würdigung der ausbildungsrelevanten Aspekte

1. Verfahrenshintergrund

Die Klägerin begehrt vom beklagten Land die Unterlassung der Äußerungen. Für dieses Klagebegehren ist die Unterlas-

¹¹ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 16.

¹² BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 17.

¹³ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 18.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 19.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 20.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 21 ff.

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 30.

ApoG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Heilberufsgesetz NRW (als Beispiel für die Apothekenkammern Nordrhein und Westfalen-Lippe).

⁹ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 11.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 14.

sungsklage als Unterform der allgemeinen Leistungsklage statthaft,¹⁸ da die Pressemitteilung und der Erlass des Ministeriums als Realakte keine Regelungswirkung im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG entfalten.¹⁹ Im vorausgehenden Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz war dementsprechend ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 Abs. 1 VwGO statthaft, nicht nach den für die Situation der Anfechtungsklage reservierten §§ 80, 80a VwGO.²⁰

Bei der Begründetheit war der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch zu prüfen. In einem Klausursachverhalt könnte zusätzlich ein Widerruf der staatlichen Veröffentlichungen thematisiert werden.²¹ Eine entsprechende positive allgemeine Leistungsklage hätte Erfolg, wenn die Voraussetzungen eines Folgenbeseitigungsanspruchs vorlägen.

a) Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Auch wenn der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch zumindest gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, besteht Uneinigkeit über sein dogmatisches Fundament. Er wird aus dem Rechtsstaatsprinzip, unmittelbar aus den Grundrechten oder in Analogie zu den §§ 1004, 906 BGB hergeleitet.

Gegen einen alleinigen Rekurs auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) mag sprechen, dass dieses Prinzip keinen Anspruch des Einzelnen gegen den Staat begründet.²² Das BVerwG hat den Unterlassungsanspruch aus der Berufsausübungsfreiheit abgeleitet. Dazu müsste Art. 12 Abs. 1 GG freilich über ein Abwehrrecht hinaus auch als Rechtsgrundlage für Unterlassungspflichten taugen.²³ Im Übrigen sollte man zunächst am einfachen Recht ansetzen, bevor man unmittelbar auf Grundrechte als Anspruchsnormen zurückgreift. Der dritte Lösungsansatz stellt daher mangels öffentlich-rechtlicher Normen auf eine Analogie zu den §§ 1004, 906 BGB ab. Da das Ergebnis das gleiche bleibt, genügt es für eine Klausurbearbeitung, die drei Begründungsansätze kurz nebeneinander zu stellen.

Einigkeit besteht wiederum in den Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs: Der Anspruch besteht, wenn ein geschütztes Rechtsgut des Betroffenen durch eine hoheitliche Tätigkeit widerrechtlich beeinträchtigt

wird.²⁴ Dies läuft im Fall des staatlichen Informationshandelns auf eine Grundrechtsprüfung hinaus, bei der die noch darzustellende Rechtsprechung bekannt sein sollte.

b) Folgenbeseitigungsanspruch

Begehrt der Antragsteller bzw. Kläger neben der zukünftigen Unterlassung der staatlichen Äußerung auch deren Widerruf, ist der Folgenbeseitigungsanspruch die richtige Anspruchsgrundlage.²⁵ Dieser wird, ebenso wie der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, aus Art. 20 Abs. 3 GG, §§ 906, 1004 BGB analog oder in einem Erst-recht-Schluss (wenn schon Abwehrrecht, dann erst recht Folgenbeseitigung bei fehlgeschlagener Abwehr) unmittelbar aus den betroffenen Grundrechten hergeleitet.²⁶

Ein Anspruch auf Widerruf besteht, wenn es sich bei der angegriffenen Äußerung um eine rechtsverletzende unwahre Tatsachenbehauptung handelt,²⁷ nicht aber bei einer Wertung oder einer Meinungsäußerung. Denn niemand könne im Wege der Zwangsvollstreckung dazu gezwungen werden, eine Würdigung zurückzunehmen oder eine Überzeugung aufzugeben.²⁸ Von Werturteilen unterscheiden sich Tatsachenbehauptungen dadurch, dass letztere mittels Beweisen auf ihre Richtigkeit überprüfbar sind.²⁹

Die Information des Ministeriums, E-Zigaretten und Liquids unterfielen den arznei- bzw. medienproduktrechtlichen Vorschriften, stellt eine rechtliche Einschätzung dar. Mit klassischen Beweismitteln ist jedoch nicht überprüfbar, ob diese Rechtsauffassung wahr oder falsch ist; dies mag mit dem OVG Münster gegen ein Widerrufsrecht bezüglich der Äußerungen über E-Zigaretten und Liquids sprechen.³⁰ Allerdings kann zwischen richtiger und falscher rechtlicher Bewertung durchaus unterschieden werden,³¹ so dass doch gute Argumente dafür sprechen, auch einen Widerruf für grundsätzlich möglich zu halten.³²

²⁴ *Hufen* (Fn. 18), § 27 Rn. 6; *Köckerbauer/Büllesbach*, JuS 1991, 373 (376).

²⁵ Zur Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs zum Folgenbeseitigungsanspruch *Köckerbauer/Büllesbach*, JuS 1991, 373 (379); *Laubinger*, VerwArch 80 (1989), 261 (298).

²⁶ *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, § 14 Rn. 508.

²⁷ OVG Münster, Beschl. v. 23.4.2012 – 13 B 127/12 = NVwZ 2012, 767 (769).

²⁸ BVerwG, Beschl. v. 9.11.2009 – 7 B 10/09 = NVwZ 2010, 186 (187).

²⁹ BVerfGE 90, 241 (247); 94, 1 (8); *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 5 Rn. 49.

³⁰ OVG Münster, Beschl. v. 23.4.2012 – 13 B 127/12 = NVwZ 2012, 767 (769).

³¹ Zu eng auf bloße Vertretbarkeit bezogen von *Martini/Kühl*, JA 2014, 1221 (1227).

³² Nur im Ergebnis ebenso *Martini/Kühl*, JA 2014, 1221 (1227 Fn. 56), weil die Abgrenzung zwischen unwahrer Tatsachenbehauptungen und Werturteilen/Meinungsäußerungen auf die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit zurück-

¹⁸ Zu den Sachentscheidungs Voraussetzungen der Unterlassungsklage *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 16.

¹⁹ *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 12 Rn. 12; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 35 Rn. 91; *Kopp/Schenke*, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 123 Rn. 9.

²⁰ Zu der Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung *Hufen* (Fn. 18), § 34.

²¹ Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hatte die Antragstellerin noch einen Anspruch auf Widerruf der Äußerungen geltend gemacht, der vom OVG Münster abgelehnt wurde, OVG Münster, Beschl. v. 23.4.2012 – 13 B 127/12 = NVwZ 2012, 767 (769).

²² *Gersdorf*, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 114.

²³ Verneinend *Hufen* (Fn. 18), § 27 Rn. 4.

2. Besonderheit staatlichen Informationshandelns vor dem Hintergrund der BVerfG-Rechtsprechung

Für das staatliche Informationshandeln ist eine nur indirekte staatliche Einflussnahme charakteristisch. Die Nachteile des Grundrechtsträgers (hier der Klägerin) beruhen unmittelbar auf dem Verhalten Privater (hier der am Markt teilnehmenden Händler und der Konsumenten). Der Staat (hier das Gesundheitsministerium) hat dieses Verhalten nur mittelbar durch seine Veröffentlichungen beeinflusst.³³ So führt die Einschätzung des Ministeriums zu E-Zigaretten und Liquids dazu, dass die Marktteilnehmer vom Kauf dieser Produkte absehen. Diese Dreieckskonstellation führt zu den Fragen, ob aufgrund der staatlichen Information überhaupt der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist und ein (rechtfertigungsbedürftiger) Eingriff vorliegt.

Dabei hat sich das BVerwG an den Grundsatzentscheidungen des BVerfG „Glykol“ und „Osho“ aus dem Jahr 2002 orientiert. Im Fall Glykol veröffentlichte die Bundesregierung eine Liste mit Weinen, die mit dem Frostschutzmittel Diethylenglykol kontaminiert waren. Die Liste führte neben den betroffenen Weinen auch die Namen der jeweiligen Abfüller auf, die hierin eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG sahen.³⁴ Der taggleiche Osho-Beschluss des BVerfG hat die Zulässigkeit nachteiliger Äußerungen der Bundesregierung in Bezug auf eine religiöse Gemeinschaft, der sogenannten Osho-Bewegung, zum Gegenstand. Betroffen war dort die Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG.³⁵ Mit der Kritik an dieser Rechtsprechung aus dem Schrifttum konnte und musste sich das BVerwG, das gemäß § 31 BVerfGG auch an die tragenden Gründe der Verfassungsgerichtsentscheidungen gebunden war,³⁶ nicht auseinandersetzen. In der rechtswissenschaftlichen Fallbearbeitung muss dagegen darauf ein Schwerpunkt liegen.

3. Schutzbereichseröffnung bzw. Beeinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs

Das BVerwG bejaht aufgrund der Veröffentlichungen des Ministeriums zur rechtlichen Einordnung der E-Zigaretten und Liquids einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG. Damit ist zuvor denknotwendig der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet, auch wenn das BVerwG dies nicht ausdrücklich feststellt.

Im Fall der Listenveröffentlichung glykolhaltiger Weine hat das BVerfG eine „Beeinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs der betroffenen Wettbewerber“ verneint, da bestimmte, noch näher zu betrachtende rechtliche Vorgaben für staatliches Informationshandeln eingehalten

sein.³⁷ Dieser Ansatz hat im Schrifttum schon deshalb erhebliche Kritik erfahren, da bereits nicht deutlich werde, ob das BVerfG die Eröffnung des Schutzbereichs oder das Vorliegen eines Eingriffs prüft.³⁸ Die Argumentation des Gerichts kann eher überzeugen, wenn man zwischen Gewährleistungsbereich und Schutzbereich unterscheidet. Der Gewährleistungsbereich, also der „Gegenstand“ oder das „Thema“ von Art. 12 GG, bezieht sich auf die gesamte privatwirtschaftliche Betätigung, unbeeinflusst vom Staat. In den Schutzbereich greift dagegen nicht jeder nur mittelbare staatliche Einfluss auf die Wettbewerbsposition der Marktteilnehmer ein. Soweit der Staat unter Wahrung der Zuständigkeitsordnung nur wahrheitsgemäß und sachlich informiert, wird er gleichsam markt- und wettbewerbskonform tätig. Kein Wettbewerber hat einen Anspruch darauf, von auch kritischen Produktbewertungen verschont zu bleiben. Art. 12 GG bleibt insoweit in die Wettbewerbsordnung eingebettet, die zu ihrem Funktionieren auf Produktinformationen angewiesen ist.³⁹ Insoweit kann auch der subsidiäre Art. 2 Abs. 1 GG keinen weiterreichenden Schutz bieten.⁴⁰ Die Formulierung „Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs“ ist daher so zu verstehen, dass die regierungsamtliche Listenveröffentlichung zwar den Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt, in der Wettbewerbsordnung jedoch keine Beeinträchtigung des Schutzbereichs, d.h. keinen Eingriff, darstellt.⁴¹ Kritikwürdig erscheint allerdings die zu weitgehende Gleichsetzung staatlicher mit privater Informationstätigkeit. Was einem Privaten, etwa in einem Testbericht, an Kritik gestattet und zwecks Marktransparenz auch erwünscht ist, ist dem Staat wegen seiner besonderen Autorität nicht automatisch ebenfalls erlaubt.⁴² Dies bedarf eingehenderer Prüfung, wie sie transparenter auf der Rechtfertigungsebene durchgeführt werden kann.

Im Fall der kritischen regierungsamtlichen Äußerungen zur Osho-Bewegung hat sich das BVerfG in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 GG etwas anders ausgedrückt. Der Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit sei erst dann berührt, wenn der Staat sich mit seinen Äußerungen nicht an das Neutralitätsgebot halte, was – wie im damaligen Fall – bei diffamierenden oder verfälschenden Darstellungen über eine religiöse Gemeinschaft der Fall sei.⁴³ Aber auch diesem Ansatz

³⁷ BVerfGE 105, 252 (268).

³⁸ Murswiek, NVwZ 2003, 1 (3).

³⁹ Hoffmann-Riem, Der Staat 43 (2004), 203 (215 ff.).

⁴⁰ BVerfGE 105, 252 (279).

⁴¹ Insoweit zutreffend Murswiek, NVwZ 2003, 1 (3).

⁴² Huber, JZ 2003, 290 (292); Schoch, in: Isensee/Kirchhof, Hdb StaatsR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 112; Wollenschläger, VerwArch 102 (2011), 20 (39).

⁴³ BVerfGE 105, 279 (295), demnach unterfielen die Bezeichnungen „Sekte“, „Jugendreligion“, „Jugendsekte“ und „Psychosekte“ bereits nicht dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG, da das Neutralitätsgebot gewahrt sei. Anders beurteilt das BVerfG dies für die Bezeichnungen „destruktiv“ und „pseudoreligiös“, da diese sich nicht mehr innerhalb der verfassungsrechtlich gebotenen Neutralitätspflicht des Staates bewegen würden.

gehe, auf die sich das Ministerium als Behörde gerade nicht berufen kann.

³³ Murswiek, NVwZ 2003, 1.

³⁴ BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621.

³⁵ BVerfGE 105, 279 = NJW 2002, 2626.

³⁶ Zur entsprechenden extensiven Auslegung der Norm siehe BVerfGE 19, 377 (391 f.); 20, 56 (87); 40, 88 (93); im Überblick Sachs, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rn. 570.

begegnet Kritik: Ob der Staat seine Neutralitätspflicht verletzt, ist keine Frage des Schutzbereichs, sondern auf Ebene der Rechtfertigung zu erörtern; andernfalls werden unter Umgehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestehende Wertungsprobleme auf die unbestimmten Rechtsbegriffe „Diffamierung“ und „Verfälschung“ verlagert.⁴⁴

4. Moderne Eingriffsdefinition und funktionales Eingriffsäquivalent

Da das staatliche Informationshandeln seine Wirkung erst mittelbar durch das Verhalten Dritter entfaltet, bedarf es der genauen Prüfung, unter welchen Voraussetzungen dieses als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff zu bewerten ist. Die klassische Eingriffsdefinition hilft hierbei nicht weiter, da sie allein hoheitliche Rechtsakte erfasst, die unmittelbar und gezielt (=final) mittels Befehl und Zwang angeordnete bzw. durchgesetzt werden.⁴⁵

Es besteht jedoch Einigkeit, dass die Grundrechte nicht allein vor beeinträchtigenden formellen Rechtsakten schützen, sondern auch Schutz vor Realakten und vor Beeinträchtigungen bieten, die durch den Staat nur mittelbar, beispielsweise durch das Handeln Dritter, verursacht sind.⁴⁶ Danach ist jedes staatliche Handeln als Eingriff zu qualifizieren, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich (faktisch informal), mit oder ohne Befehl und Zwang eintritt (sog. moderner bzw. weiter Eingriffsbegriff).⁴⁷ Entscheidend ist allein, dass die Reduktion der grundrechtlichen Freiheitsphäre dem Staat zugerechnet werden kann.⁴⁸

Das BVerfG hat für das staatliche Informationshandeln in den Fällen Glykol und Osho das sog. funktionale Äquivalent eines Eingriffs entwickelt. Dies soll diejenigen Konstellationen erfassen, in denen mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen als faktischer Eingriff dem Staat zugerechnet werden können: Ein Grundrechtseingriff bzw. eine Beeinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs liegt nach Auffassung des BVerfG vor, wenn die staatliche Informationstätigkeit in ihrer Zielsetzung und Wirkung Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren wäre.⁴⁹ Allein bei Vorliegen eines solch funktionalen Eingriffsäquivalents sei eine besondere gesetzliche Ermächtigung für das staatliche Han-

deln erforderlich.⁵⁰ Unter welchen Voraussetzungen eine eingriffsgleiche Maßnahme vorliegt, hat das BVerfG im Glykol-Fall jedoch nicht konkretisiert. Da der Schutzbereich des Art. 12 GG bei bloßem sachlichem und wahrheitsgemäßem Informationshandeln gar nicht betroffen war, konnte von vornherein auch kein Eingriff vorliegen.

Das BVerwG übernimmt in seiner Rechtsprechung die Konstruktion des funktionalen Eingriffsäquivalents und stellt für dessen Vorliegen weitere Anforderungen auf. Voraussetzung einer eingriffsgleichen Maßnahme sei die zielgerichtete Herbeiführung eines im öffentlichen Interesse liegenden Erfolgs, bei dem der für den Dritten nachteilige Effekt nicht nur zufällig oder als unvorhersehbare Folge eintritt.⁵¹ Damit stellt das BVerwG auf die Zielgerichtetheit – mithin auf die Finalität – des staatlichen Informationshandelns ab. Im Ergebnis führt dies zu zwei Arten von Informationshandlungen: Zum einen solche, die auf die Verhaltenslenkung der Adressaten ausgerichtet sind und mit denen der Staat einen negativen Effekt auf die Freiheitsausübung Dritter in Kauf nimmt, zum anderen solche, die andere Ziele verfolgen und deren nachteilige Effekte auf Dritte als nicht beabsichtigte Nebenfolge eintreten.⁵² Allein die erste Gruppe stellt mit der Rechtsprechung aufgrund ihrer Zielgerichtetheit ein funktionales Eingriffsäquivalent dar.⁵³ Ob diese Abgrenzung überzeugt, muss noch (unter III. 6.) problematisiert werden.

5. Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG

Eine staatliche Maßnahme, die einen Grundrechtseingriff darstellt, unterliegt verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen. Dazu zählt insbesondere der Gesetzesvorbehalt, dessen freiheitssichernde Funktion darin besteht, hoheitliche Eingriffe an eine parlamentarische Ermächtigung zu binden.⁵⁴ Das verfassungsrechtliche Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bei Vorliegen eines funktionalen Eingriffsäquivalents hat auch das BVerfG in seinen beiden Grundsatzentscheidungen zum staatlichen Informationshandeln bejaht.⁵⁵ Hieran orientiert sich das BVerwG, indem es die ministeriellen Veröffentlichungen zu E-Zigaretten und Liquids aufgrund ihrer verbotsähnlichen Wirkung als funktionales Eingriffsäquivalent einordnet und mangels einer Ermächtigungsgrundlage als rechtswidrig qualifiziert. Damit lässt das BVerwG die Verfassungsgemäßheit der Veröffentlichungen – grundrechtsdogmatisch überzeugend – am Gesetzesvorbehalt scheitern.

⁴⁴ Huber, JZ 2003, 290 (293); Murswiek, NVwZ 2003, 1 (4).

⁴⁵ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 1 Abs. 3 Rn. 39.

⁴⁶ BVerfG 105, 279 (300); Dreier, in: Dreier, GG Kommentar, 3. Aufl. 2013, Bd. I, Vorb. Rn. 125; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl. 2014, Rn. 251.

⁴⁷ Dreier (Fn. 46), Vorb. Rn. 125; Peine, in: Merten/Papier, Hdb GR III, § 57 Rn. 31; Pieroth/Schlink/Klingreen/Poscher (Fn. 46), Rn. 253.

⁴⁸ Vgl. Peine (Fn. 47), § 57 Rn. 41.

⁴⁹ BVerfGE 105, 252 (273); 105, 279 (303).

⁵⁰ Vgl. Fn. 49.

⁵¹ BVerwG, Urt. v. 15.12.2005 – 7 C 20/04 = NJW 2006, 1303 (1305); BVerwG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, Rn. 16.

⁵² So bereits Murswiek, NVwZ 2003, 1 (8); Schoch (Fn. 42), § 37 Rn. 74.

⁵³ Mit der Faustformel „im Zweifel für die Freiheit“ im Regelfall bei staatlichen Warnungen von einem Grundrechtseingriff ausgehend Martini/Kühl, JA 2014, 1221 (1226).

⁵⁴ Huber, JZ 2003, 290 (294).

⁵⁵ Vgl. Fn. 49.

Demgegenüber hat das BVerfG in seinen beiden Grundsatzentscheidungen zum regierungsamtlichen Informationshandeln aus dem Jahr 2002 die Notwendigkeit einer speziellen Ermächtigung verneint. Im Fall der Glykol-Listenveröffentlichung hat das BVerfG das Vorliegen eines funktionalen Eingriffsäquivalents abgelehnt, da eine staatliche Aufgabe vorläge, die Zuständigkeitsordnung eingehalten und die Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit der Informationen gewahrt seien.⁵⁶ Mangels Grundrechtseingriffs war auch der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt nicht einschlägig, so dass die aus Art. 65 S. 2 GG hergeleitete Aufgabe der Staatsleitung der Regierung als Ermächtigung zum Informationshandeln genügte. Auch im Osho-Beschluss hat das BVerfG konstatiert, dass die Befugnis zum Informationshandeln aus der verfassungsunmittelbaren Aufgabe der Staatsleitung folge, ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfe. Die Informationstätigkeit der Bundesregierung, die zu mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen führe, ließe sich gesetzlich nicht sinnvoll regeln und entzöge sich damit typischerweise einer gesetzlichen Normierung.⁵⁷

Diese Argumentation hat im Schrifttum erhebliche Kritik erfahren.⁵⁸ Bereits die Annahme, aus der Aufgabe der Staatsleitung folge die Kompetenz zur Informationstätigkeit, wurde als „juristische Todssünde“⁵⁹ bezeichnet, da das BVerfG damit in unzulässiger Weise von der Aufgabe auf die Befugnis geschlossen habe.⁶⁰ Wenn aber, wie im Glykol-Fall (anders als vorliegend bei den E-Zigaretten), gar kein Grundrechtseingriff vorliegt, erscheint es durchaus konsequent, keine spezielle gesetzliche Eingriffsermächtigung zu verlangen. Die vom BVerfG angenommene Kompetenz der Bundesregierung (zur Staatsleitung durch Informationen) missachtet allerdings die Länderkompetenzen im Vollzugsbereich nach den Art. 83 ff. GG.⁶¹ Diese Kritik greift jedoch nicht, wenn (wie hier bei den E-Zigaretten) ein Landesministerium die Warnung ausgesprochen hat.

Nicht überzeugen kann aber jedenfalls die Aussage im Osho-Beschluss, dass sich die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand einer gesetzlichen Normierung entzöge. Heute beweist beispielsweise die Regelung des § 40 Abs. 1 LFGB, die eine gesetzliche Befugnis für hoheitliche Warnungen vor Lebensmitteln normiert, das Gegenteil.⁶² Und zuvor sowie heute noch außerhalb des Anwendungsbereichs des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzes (LFGB) können die

zuständigen Landesbehörden auf die ordnungsrechtliche Generalklausel zurückgreifen.⁶³

Gewichtiger erscheint ein anderer Kritikpunkt: Ohne nach Prüfungsebenen zu differenzieren, verwendet das BVerfG stets denselben Maßstab: Staatliches Informationshandeln sei grundrechtlich unbedenklich, wenn es die Zuständigkeitsordnung wahrt sowie wahrheitsgetreu und sachlich bleibt. In Abweichung von der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik hat das BVerfG für mittelbar-faktische Informationstätigkeit nicht nur die Differenzierung zwischen Schutzbereich und Eingriff, sondern auch zwischen Eingriff und Eingriffsrechtfertigung einschließlich aufgegeben.⁶⁴ Dies geht nicht nur mit der Preisgabe von Rechtfertigungskriterien wie dem Gesetzesvorbehalt einher, sondern führt auch zu einem subjektiven Recht auf Einhaltung der Kompetenzordnung.⁶⁵

6. Mittelbar-faktisches Informationshandeln: Differenzierung nach Fallgruppen?

Nach der vom BVerwG rezipierten Verfassungsrechtsprechung kommt es entscheidend darauf an, ob und unter welchen Voraussetzungen staatliches Informationshandeln als funktionales Eingriffsäquivalent zu qualifizieren ist. Denn nur dann sind Grundrechte überhaupt einschlägig und das Handeln unterliegt den herkömmlichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen, bedarf also insbesondere einer spezifischen gesetzlichen Ermächtigung.

Wie schon oben (unter III. 4.) ausgeführt, hat das BVerwG nun für diese Abgrenzung genauere Kriterien entwickelt; dies ist der juristisch zentrale Mehrwert der hier besprochenen Entscheidung. Bei zielgerichteter Verhaltenslenkung (Finalität) und bewusster Inkaufnahme von Freiheitsbeschränkungen wirke das Informationshandeln eingriffsgleich.

Dieser Maßstab erscheint durchaus geeignet zur Abgrenzung von reinen Produktinformationen, die (im Sinne etwa eines Testberichts) dem Verbraucher nur Orientierung bei seiner (Kauf-)Entscheidung bieten sollen und deshalb vom BVerfG zu Recht nicht als Eingriff in Art. 12 GG gewertet wurden. Doch geht das BVerfG wohl von einem engeren Verständnis der Eingriffsäquivalenz aus. Denn die Glykol-Listenveröffentlichung wurde in ihrer Wirkung mit einer zielgerichteten „Warnung der Verbraucher“⁶⁶ gleichsetzt.⁶⁷

Überzeugender erschiene es, Eingriffsgleichheit erst bei beabsichtigter Gefahrenabwehr zu bejahen.⁶⁸ Da die Beimischung des Glykols im Wein wohl noch nicht zu Gesund-

⁵⁶ BVerfGE 105, 252 (268, 273).

⁵⁷ BVerfGE 105, 279 (304).

⁵⁸ Teilweise als ergebnisorientierte Sonderdogmatik bezeichnet, vgl. z.B. *Huber*, JZ 2003, 290 (297); *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (4); *Schoch* (Fn. 42), § 37 Rn. 113; *ders.*, NVwZ 2011, 193 (194); *ders.*, VBIBW 2014, 361 (366).

⁵⁹ *Huber*, JZ 2003, 290 (295).

⁶⁰ *Bethge*, Jura 2003, 327 (332).

⁶¹ *Huber*, JZ 2003, 290 (296); *Schoch* (Fn. 42), § 37 Rn. 112.

⁶² Vgl. zu weiteren Befugnisnormen *Huber*, JZ 2003, 290 (295).

⁶³ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 653.

⁶⁴ *Bethge*, Jura 2003, 327 (332 f.); *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (3); *Schoch* (Fn. 42), § 37 Rn. 112.

⁶⁵ *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 (5).

⁶⁶ BVerfGE 105, 252 (274).

⁶⁷ Auf diesen Widerspruch weist *Schoch* ([Fn. 42], § 37 Rn. 112) hin.

⁶⁸ *Engel*, Behördliche Produktinformation im europäischen und deutschen Lebensmittelrecht, 2006, S. 157.

heitsbeeinträchtigungen führte,⁶⁹ ging es bei der dortigen Warnung nur um die Verhinderung von Verbrauchertäuschung über die Qualität des Produkts. Anders dagegen möglicherweise bei den E-Zigaretten.⁷⁰

Auf nicht wirtschaftsbezogene Grundrechte lässt sich die gesamte Argumentation des BVerfG zur Marktkonformität von Publikumsinformationen nicht übertragen. Richtigerweise ist daher bei der Aufnahme der Zeitung „Junge Freiheit“ in den Verfassungsschutzbericht ohne weiteres ein mittelbarfaktischer Eingriff in die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) bejaht worden.⁷¹ Kritikwürdig bleibt insoweit freilich der Osho-Beschluss, bei dem zwar letztlich auch von einer eingriffsähnlichen Maßnahme in die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) ausgegangen wurde, aber dennoch die gleichen wirtschaftsbezogenen Kriterien wie in der Glykol-Entscheidung zugrunde gelegt worden waren.

IV. Ausblick auf verwandte Fallkonstellationen

Wie oben (unter III. 5.) schon erwähnt, können Warnungen zur Gefahrenabwehr auch – und sollten rechtsstaatlich primär – auf ordnungsrechtlicher Grundlage durch die dafür zuständigen Landesbehörden erfolgen. Außerhalb von Spezialermächtigungen (insb. § 40 Abs. 1 LFGB) lassen sie sich auf die ordnungsbehördliche Generalklausel stützen, die nicht nur zum Erlass von Verwaltungsakten, sondern auch zu sonstigen „Maßnahmen“ ermächtigt.⁷² Die Frage eines Grundrechtseingriffs spielt dort auf Tatbestandsebene (Schutzgut, Gefahr, ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit) noch keine Rolle, wird aber im Rahmen der Ermessensausübung und der Verhältnismäßigkeit relevant.

Rechtswidrige Warnungen können Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auslösen. Die hier behandelten Grundrechtsfragen sind gegebenenfalls bei der Prüfung einer Amtspflichtverletzung zu erörtern. Regelmäßig streitet man sich dort allerdings primär darum, ob die veröffentlichten Informationen zum Vorliegen einer (Gesundheits-)Gefahr tatsächlich dem bei der Behörde objektiv zu erwartenden Kenntnisstand entsprachen. Verneint wurde dies in der immer noch grundlegenden Entscheidung zur Warnung vor Birkel-Eiernudeln, bei denen die behauptete Verunreinigung mit halb ausgebrüteten Eiern nicht erwiesen waren.⁷³ Ähnlich hat kürzlich das LG Hamburg in einem Grundurteil festgestellt, dass die Warnung vor bestimmten Gurken diese fälschlicherweise vorschnell als angebliche EHEC-Infek-

tionsquelle dargestellt hatte.⁷⁴ Grundrechtsfragen spielten in beiden Fällen keine wesentliche Rolle.

Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Wiss. Mitarbeiterin Carolin Monsees, Hamburg

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 105, 252 (275); *Bumke*, Die Verwaltung 37 (2004), 3 (22).

⁷⁰ So wurde in der Pressemitteilung auch auf gesundheitliche Risiken durch den Gebrauch von E-Zigaretten hingewiesen, OVG Münster, Urt. v. 17.9.2013 – 13 A 2541/12 = LMRR 2013, 136 Rn. 2, 46.

⁷¹ BVerfGE 113, 63 (77).

⁷² Vgl. Fn. 63.

⁷³ LG Stuttgart, Urt. v. 23.5.1989 – 17 O 411/88 = NJW 1989, 2257, insoweit bestätigt durch OLG Stuttgart, Urt. v. 21.3.1990 – 1 U 132/89 = NJW 1990, 2690.

⁷⁴ LG Hamburg, (Grund-)Urt. v. 23.10.2015 – 303 O 379/11 (nicht veröffentlicht), vgl. Pressemitteilung v. 23.10.15, <http://justiz.hamburg.de/oberlandesgericht/4622546/pressemitteilung-2015-10-23-olg-01/> (11.11.2015); die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Stadt Hamburg hat angekündigt, gegen das Grundurteil Berufung einzulegen, www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4622580/2015-10-23-bgv-gerichtsentscheidung-berufung/ (11.11.2015).