# Staatliche Opportunität
# Kontrollmodi der Wirtschaftsaufsicht

*Stefanie Egidy*

## A. Einleitung

Kontrollen privater Unternehmen stehen im öffentlichen Wirtschaftsrecht an vorderster Front der Rechtsdurchsetzung.[1] Aufgrund von Budgetrestriktionen können die zuständigen Behörden jedoch nicht alle Betriebe laufend kontrollieren.[2] Sie müssen immer wieder die schwierige Entscheidung treffen, welche Betriebe sie inspizieren. Kontrolliert die Behörde die Einen, entgehen die Anderen einer Inspektion. Unzureichende Kontrollen begünstigen die Verwirklichung von Gefahren, insbesondere für die Angestellten und die Kunden eines Unternehmens.[3] Beispielsweise kann der Konsum von unter unhygienischen Bedingungen hergestellten Produkten zu Gesundheitsschäden führen.[4] Gleichzeitig belasten Kontrollen die betroffenen Unternehmen, gerade wenn Beanstandungen über Transparenzplattformen oder durch die Behörden selbst, wie vor einigen Jahren für Lebensmittelkontrollen von Restaurants in Form der sogenannten „Pankower Ekelliste",[5] veröffentlicht werden.[6] Obschon Kontrollen damit für Unternehmen wie für Verbraucher grundrechtliche Relevanz entfalten, überantwortet der Gesetzgeber die Steuerung der Auswahl und die Intensität der Kontrollen weithin dem Ermessen der Verwal-

1 *May/Wood*, Journal of Public Administration Research and Theory 13 (2002), S. 117; *Buckley*, Food Policy 51 (2015), S. 74 (75); *Ho*, UC Irvine L. Rev. 7 (2017), S. 401 (407).

2 *Stigler*, Journal of Political Economy 78 (1970), S. 526 (526 f.).

3 Empirisch zeigen *Levine/Toffel/Johnson*, Science 336 (2012), S. 907 die Effektivität von Routinekontrollen der U.S. Occupational Safety and Health Administration.

4 *Antle*, in: Gardner/Rausser (Hrsg.), Handbook of Agricultural Economics, Vol. I, 2001, S. 1083 (1086–1088); zu der supranationalen Gefahrendimension siehe *F. Wollenschläger*, VERW 52 (2019), S. 1 (2 f.).

5 Krit. siehe *Spiecker gen. Döhmann*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 1 (2015), S. 49 (60–66).

6 Siehe zudem zur Grundrechtsrelevanz von Warnungen *F. Wollenschläger*, VERW 52 (2019), S. 1 (17–19).



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung.[7] Welche Kontrollmodi besonders erfolgversprechend sind – sei es durch die Entdeckung von gegenwärtigen Missständen, sei es durch ihre abschreckende Wirkung für die Zukunft – identifizieren ökonomische Modelle und empirische Evidenz. Das weite Ermessen der Verwaltung bietet hinreichend Spielraum, um derartige Erkenntnisse zu integrieren. Als Anleitung dieser Ermessensausübung eignet sich angesichts der Bedeutung der Kontrollen gerade mit Blick auf die knappen behördlichen Kontrollressourcen die Handlungsform des Kontrollkonzeptes. Indem dieser Beitrag sie in den Mittelpunkt stellt, verbindet er – wie der Jubilar – Verwaltungsrechtswissenschaft und Sozialwissenschaft.[8]

Den Ausgangspunkt meiner Betrachtung bildet deshalb eine ökonomische Analyse von Kontrollkonzepten zur Rechtsdurchsetzung (B.). Kontrastierend hierzu zeige ich, dass die bisher angenommene rechtliche Steuerung der Kontrollen defizitär ist (C.). Drittens aktiviert mein Lösungsansatz die von der Rechtsprechung entwickelte Konzeptpflicht im Rahmen der Ermessensausübung (D).

## B. Kontrollen im öffentlichen Wirtschaftsrecht aus ökonomischer Perspektive

### I. Regulierungs- und Durchsetzungsbedarf

Das öffentliche Wirtschaftsrecht dient der Gefahrenabwehr und normiert deshalb zahlreiche Verhaltenspflichten. Sie lassen sich aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive als Reaktion auf ein Marktversagen beschreiben.[9] Zwischen den Wirtschaftsunternehmen und ihren Kunden besteht eine Informationsasymmetrie.[10] Die innerhalb von Unternehmen wurzelnden Gefahrenquellen – wie die Salmonellengefahr in Restaurants – sind von

7 Hierzu *Eifert*, VERW 39 (2006), S. 309 (317–320).

8 Siehe nur für das Ermessen *Engel*, in: ders./Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 (220 f., 229–231).

9 *Pigou*, The Economics of Welfare, 4. Aufl. 1932, S. 127 ff., 243 ff., 329 ff.; krit. *Posner*, Bell Journal of Economics and Management Science 5 (1974), S. 335 (335–341); zu wohlfahrtsökonomischen Kosten und Nutzen *Antle*, in: Gardner/Rausser (Hrsg.), Handbook of Agricultural Economics, Vol. I, 2001, S. 1083 (1119–1129).

10 Siehe nur *Focker/van der Fels-Klerx*, Current Opinions in Food Science 36 (2020), S. 18 (21); *Antle*, in: Gardner/Rausser (Hrsg.), Handbook of Agricultural Economics, Vol. I, 2001, S. 1083 (1085 f.); so auch BVerfGE 148, 40 Rn. 29.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

außen kaum beobachtbar.[11] Signale wie die Reputation des Restaurants oder eigene Sinneseindrücke von den verzehrten Produkten sind meist nicht zuverlässig.[12] Damit verursachen Verstöße gegen Hygienevorschriften soziale Kosten, die nicht internalisiert werden.[13] Dies führt zu einer adversen Selektion.[14] Das heißt: Weil die Konsumenten nicht erkennen können, ob eine Speise hygienisch produziert ist, sind sie nicht bereit, den entsprechenden Preis für sie zu zahlen. Dies nimmt wiederum den Produzenten den Anreiz, die Hygienevorschriften einzuhalten und verschlechtert die im Markt angebotene Qualität der Lebensmittel.[15] *George Akerlof* hat dieses Problem im Gebrauchtwagenhandel als „market for lemons" (also ein „Markt für Montagsautos") beschrieben.[16]

Um die Regulierungsziele zu erreichen, bedarf es staatlicher Verhaltensvorschriften und ihrer Durchsetzung. Wie *Gary Becker* zeigte, ist es für Unternehmen individuell rational, Verhaltenspflichten zu verletzen, wenn die erzielten Einsparungen größer sind als die erwarteten Kosten im Falle der Entdeckung.[17] Diese Kosten ergeben sich im einfachsten Fall aus der Sanktionshöhe multipliziert mit der Entdeckungswahrscheinlichkeit.[18] Hier besteht wiederum eine Informationsasymmetrie – nunmehr zwischen dem regulierten Unternehmen und der Behörde.[19] Denn durch Lebensmittel verursachte Krankheiten lassen sich nur selten eindeutig auf einen Verursacher zurückführen. Dies illustriert die Suche nach dem

11 *Lüdemann*, in: Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, S. 121 (130); *Ho/Altenburger*, JITE 175 (2018), S. 98 (101) betonen, wie schwierig es ist, Lebensmittelvergiftungen zuzuordnen; *Crumley*, Review of Litigation 31 (2012), S. 353 (370).

12 Siehe zu Vertrauensgütern *Lüdemann*, in: Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, S. 121 (130 f.); *Antle*, in: Gardner/Rausser (Hrsg.), Handbook of Agricultural Economics, Vol. I, 2001, S. 1983 (1113 f.).

13 *Crumley*, Review of Litigation 31 (2012), S. 353 (371 f.).

14 *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics 84 (1070), S. 488 (493); siehe auch *Crumley*, Review of Litigation 31 (2012), S. 353 (370 f.).

15 Zum *moral hazard* siehe auch *Rodi*, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, 2014, S. 45.

16 *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), S. 488 (489 f.).

17 *Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), S. 169 (176–179); siehe auch *Polinsky/Shavell*, Journal of Economic Literature 38 (2000), S. 45 (47 f.).

18 *Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), S. 169 (176 f.); komplexer beziehen *Gray/Shimshack*, Review of Environmental Economics and Policy 5 (2011), S. 3 (10) die subjektive Einschätzung der Entdeckungs- und Sanktionsgefahr sowie der Sanktionshöhe mit ein.

19 *Baron/Besanko*, RAND Journal of Economics 15 (1984), S. 447 (447 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auslöser der EHEC-Epidemie im Sommer 2011 – der letztlich nicht Tomaten, Gurken oder Blattsalat, sondern Sprossen waren.[20] Die Behörde erfährt von Normverstößen deshalb vor allem durch Kontrollen.[21] Dabei bedarf es einer staatlichen Rechtsdurchsetzung, weil eine privatrechtliche Ahndung von Rechtsverstößen zumeist daran scheitert, dass den Geschädigten die notwendigen Informationen über die Identität des Schädigers sowie die schadensbegründenden Umstände fehlen.[22] Will die Behörde die gesetzten Verhaltenspflichten durchsetzen, muss sie daher – unabhängig von der Sanktionshöhe – mit Hilfe von Kontrollen sicherstellen, dass die erwartete Entdeckungswahrscheinlichkeit größer als Null ist. Der Staat verfügt für diese Kontrollen nur über begrenzte Ressourcen, insbesondere Personal- und Sachmittel.[23] Unter den geltenden Budgetrestriktionen kann die Verwaltung keine kontinuierliche Kontrolle aller Betriebe leisten.[24] Ökonomische Modelle können dazu beitragen, die Effizienz der Kontrollstrategie zu erhöhen.

Zunächst muss die Verwaltung entscheiden, welches Ziel sie optimieren möchte. Vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Budgetierung sowie *William Niskanens* Postulat, dass die Bürokratie ein Eigeninteresse an der Maximierung ihrer Budgets hat,[25] liegt es nicht im Interesse der Behörde, die Durchsetzungskosten zu minimieren – abgesehen von Wirtschaftlichkeitserwägungen nach dem Neuen Steuerungsmodell.[26] Stattdessen besteht ihr Ziel meist darin, mit den verfügbaren Ressourcen eine

20 Siehe *Bernhard* et al., Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 6 (2011), S. 483.

21 Zudem gibt es ein unionsrechtliches Warnsystem, das Gesundheitsgefahren identifiziert, siehe *F. Wollenschläger*, VERW 52 (2019), S. 1 (4–13).

22 *Crumley*, Review of Litigation 31 (2012), S. 353 (375–378); siehe hierzu *Polinsky*/*Shavell*, in: dies. (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, 2007, Vol. 1, S. 403 (406); *Shavell*, Journal of Legal Studies 9 (1980), S. 1 (4–5); *Lüdemann*, in: Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, S. 121 (130); *Schmidt-Kessel*, GewArch 2016, S. 169 (169).

23 Zu Kontrolldefiziten durch Personalmangel siehe Foodwatch, Kontrolle ist besser, 2019, abrufbar unter https://www.foodwatch.org/fileadmin/-DE/Themen/Lebensmittelkontrollen/2019-12_foodwatch_Kontrolle-ist-besser_final.pdf (letzter Abruf 1. Dez. 2025).

24 Das Problem beschreibt *Stigler*, Journal of Political Economy 78 (1970), S. 526 (526 f.).

25 *Niskanen*, American Economic Review 58 (1968), S. 293.

26 Siehe nur *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 23 f. Rn. 41 f.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

effektive Rechtsdurchsetzung zu erreichen, wobei der Zuschnitt und die Dichte von Kontrollen sowie die nachfolgende Vollstreckung bzw. Sanktionierung wichtige Stellschrauben darstellen.[27] Hierzu stehen der Verwaltung verschiedene Kontrollmodelle zur Verfügung.

## II. Ökonomische Evidenz zu Kontrollmodellen

Idealtypisch kann die Verwaltung zwischen zwei Kontrollmodellen wählen.[28] Erstens kann sie Zufallskontrollen durchführen, indem sie eine randomisierte Stichprobe aus der Gesamtheit der Kontrollsubjekte zieht. Zweitens kann sie risikobasiert kontrollieren, indem sie für jedes Kontrollsubjekt einen individuellen Risikowert anhand verschiedener Faktoren berechnet und damit die Kontrollhäufigkeit festlegt. Die beiden Modelle lassen sich miteinander kombinieren und in ein komplexeres Kontrollkonzept integrieren.[29]

Die empirische ökonomische Literatur hat sich intensiv mit der Frage beschäftigt, wie sich der Einsatz dieser Modelle auf die Aufdeckungsrate und das Befolgungsverhalten der Kontrollierten auswirkt. Sie widmet sich einerseits der Durchsetzung von umwelt-, verbraucher- und arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften gegenüber Unternehmen.[30] Andererseits untersucht sie – auch experimentell – das Steuerbefolgungsverhalten von Privatpersonen,[31] das allerdings nur begrenzt Einsicht in die Mechanismen der Durchsetzung des öffentlichen Wirtschaftsrechts gegenüber Unternehmen gewährt. Im Fokus stehen im Folgenden daher die empirischen Studien zu Wirtschaftskontrollen.

Sie identifizieren verschiedene Elemente effizienter Kontrollmodelle. So erreicht im Vergleich eine gezielte Auswahl der Kontrollsubjekte eine

27 *De Benedetto*, European Journal of Risk Regulation 9 (2018), S. 391 (405–407).

28 Siehe etwa *Blanc*/*Faure*, Journal of Risk Research, 23 (2020), S. 1405 (1407–1410); empirisch im Vergleich *Levine*/*Toffel*/*Johnson*, Science 336 (2012), S. 907.

29 Vgl. den experimentellen Vergleich zwischen zwei risikobasierten Kontrollmodellen und einem Zufallskontrollmodell *Clark*/*Friesen*/*Muller*, Economic Inquiry 42 (2004), S. 69.

30 Siehe nur *Helland*, Review of Economics and Statistics 80 (1998), S. 141; *Shimshack*/*Ward*, Journal of Environmental Economics and Management 50 (2005), S. 519; *Jung*/*Makowsky*, Journal of Regulatory Economics 45 (2014), S. 1; *Faure* et al., Loyola Consumer L. Rev. 20 (2008), S. 361.

31 Siehe im Überblick *Mascagni*, Economic Surveys 32 (2018), S. 273.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

höhere Aufdeckungsrate als zufällige Kontrollen.[32] Eine Gesamtschau zeigt, dass Kontrollen auch die zukünftige Normbefolgung erhöhen.[33] Dabei steigt die Normbefolgung, je höher die erwartete Aufdeckungsrate ist.[34] Wie stark Kontrollen abschrecken, hängt auch von den Eigenschaften der Betriebe ab,[35] etwa wie kostspielig es für sie ist, Normen einzuhalten.[36] Wichtig ist aber, dass es einer Mindestzahl stichprobenartiger Kontrollen bedarf, um eine hinreichende abschreckende Wirkung zu erzeugen.[37] Zudem müssen die Kontrollen selbst bestimmte Eigenschaften erfüllen, insbesondere unangekündigt stattfinden und schwer vorhersehbar sein.[38] So waren bei Lebensmittelkontrollen in Las Vegas die aufgedeckten Normverstöße um ein Drittel höher, wenn ein Betrieb in einem großen Einkaufszentrum oder Hotelkomplex als erstes kontrolliert wurde und somit nicht vorgewarnt war.[39]

Neben ihrer Kontrolleffizienz unterscheiden sich die Modelle in ihrer Anwendungskomplexität. Stichprobenartige Kontrollen sind ohne vorherige Informationen und Berechnungen umsetzbar, während der Staat für eine risikobasierte Bewertung darauf angewiesen ist, die notwendigen Informationen von den Unternehmen selbst zu erhalten oder durch eigene Kontrollen zu erzeugen, um eine angemessene Risikoabschätzung zu leisten.[40] Dieser Informationsbedarf kennzeichnet das Überwachungsrechtsverhältnis zwischen Staat und Unternehmen.[41]

32 Siehe etwa *Levine/Toffel/Johnson*, Science 336 (2012), S. 907.

33 Im Überblick *Gray/Shimshack*, Review of Environmental Economics and Policy 5 (2011), S. 3 (12–17) m. w. N.

34 Ebd., S. 15 f.

35 *Earnhart*, Journal of Regulatory Economics 36 (2009), S. 247.

36 *Gray/Shimshack*, Review of Environmental Economics and Policy 5 (2011), S. 3 (19 f.).

37 Ebd.

38 So auch BVerwG, Beschl. v. 28. Jan. 1998, Az.: 1 B 5.98.

39 *Makofske*, Journal of Economic Behavior & Organization 190 (2021), S. 348.

40 Zu den Modi administrativer Wissensgenerierung siehe *Augsberg*, VERW 51 (2018), S. 351 (355 f., 358).

41 *Gröschner*, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, S. 305–330; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 455–457; *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, S. 1313 (Rn. 7–11, 52, 58, 72, 147–161).



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

## III. Entscheidungstheoretische Durchsetzungsdefizite

Kontrollen unterliegen allerdings entscheidungstheoretischen Durchsetzungsdefiziten. Bereits im rational-theoretischen Modell der ökonomischen Regulierung identifiziert *George Stigler* das Problem der *regulatory capture*.[42] Es beschreibt die Gefahr, dass Aufsichtsbehörden durch mächtige Unternehmen vereinnahmt werden, insbesondere durch finanzielle Anreize, und so die Rechtsdurchsetzung ihnen gegenüber defizitär bleibt. Ein Kontrolleur mag deshalb einen Betrieb mit wachsender Vertrautheit weniger intensiv kontrollieren, um negative Reaktionen zu vermeiden.[43] So konstatierte der damalige Leiter der Bankenaufsicht der BaFin im Rahmen des Wirecard-Skandals vor dem Untersuchungsausschuss selbstkritisch, es habe der Aufsicht die „nötige kritische Distanz" gefehlt.[44] Zudem stellt das innerbehördliche Prinzipal-Agent-Verhältnis vor Herausforderungen, indem es für individuelle Amtswalter rational sein kann, die Kontrollen nicht mit gleichbleibender Intensität durchzuführen, etwa weil sie spieltheoretisch als wiederholte Spieler (*repeat player*) an einer kooperativen Kontrollbeziehung interessiert sind.[45]

Wie *Herbert Simon* und andere herausarbeiten, unterliegt das Kontrollverhalten der Amtswalter zudem verhaltensökonomischen Einschränkungen.[46] Ihre Gefahrenprognosen weichen von der Erwartungsnutzentheorie (*rational choice*) ab, indem sie Vorurteilen und kognitiven Verzerrungen unterliegen.[47] Diese *biases* können sowohl die Auswahl der Kontrollziele als auch die Durchführung der Kontrollen betreffen.[48]

---

42 *Stigler*, Bell Journal of Economics and Management Science 2 (1971), S. 3 (3–7).

43 Siehe auch *Bernstein*, Regulating Business by Independent Commissions, 1955, S. 165 ff.

44 Beschlussempfehlung und Bericht des 3. Untersuchungsausschusses der 19. Wahlperiode gemäß Artikel 44 des Grundgesetzes, BT-Drs. 19/30900, S. 1114 f. (Zitat der Aussage von Raimund Röseler, Stenografisches Protokoll 19/36 der 36. Sitzung am 13. April 2021, S. 47).

45 *Egidy*, in: Engel et al. (Hrsg.), Öffentliches Recht als Verhaltensordnung, S. 229 (245).

46 *Simon*, Administrative Behavior, 4. Aufl. 1997, S. 72 ff., 118 ff.; im Überblick *Ip*, Common Law World Rev. 46 (2017), S. 171 (173–177).

47 *Simon*, Administrative Behavior, 4. Aufl. 1997, S. 72 ff., 118 ff.; im Überblick aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht *Battaglio* et al., Public Administration Rev. 79 (2019), S. 304.

48 *Ibanez/Toffel*, Management Science 66 (2019), S. 2396 zeigen den Einfluss von früheren Kontrollergebnissen sowie am Kontrolltag der Kontrollreihenfolge und Auslastung auf die Kontrollergebnisse.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei wiederholten Kontrollen durch den gleichen Amtswalter kann etwa ein *familiarity bias* entstehen.[49] Ihm zufolge erscheinen bekannte Kontrollstätten als weniger riskant bzw. gefahrenträchtig als unbekannte Kontrollobjekte. Tatsächlich weisen empirische Studien zu Gaststättenkontrollen darauf hin, dass Kontrolleure bei erstmaligen Inspektionen eines Unternehmens strengere Bewertungsmaßstäbe anlegen als bei späteren.[50] Empirische Studien zeigen außerdem, dass Risikobewertung und Kontrollintensität auch von der Ethnizität der Restaurants abhängen, etwa für asiatische Restaurants in den USA.[51]

## C. Rechtliche Regelung der behördlichen Kontrolltätigkeit

Das öffentliche Wirtschaftsrecht reguliert die behördlichen Kontrollen auf verschiedenen Ebenen.

### I. Kontrollkompetenzen zur Gefahrenabwehr im öffentlichen Wirtschaftsrecht

Es räumt den Überwachungsbehörden zunächst Kontrollkompetenzen zur Gefahrenabwehr ein, beispielsweise den Behörden der Finanzaufsicht,[52] der Umweltaufsicht[53] und für Arbeitsschutz.[54] Aufgrund ihrer intensiven auch empirischen Aufarbeitung sollen das Gaststättenrecht und das Lebensmittelrecht auch im Folgenden als Referenzgebiete dienen.

§ 22 Abs. 2 GastG ermächtigt die Aufsichtsbehörden dazu, im Wege der Nachschau die Geschäftsräume der Gaststättenbetriebe zu betreten, um „dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen".[55] Sie können dabei insbesondere die gaststättenrechtliche Zuverlässigkeit des Betreibers anhand von Indizien prüfen, etwa ob er dem Alkoholmissbrauch Vorschub

49 Auch „mere exposure effect", siehe *Zajonc*, Current Directions in Psychological Science 10 (2001), S. 224; *O'Hara*, Western New England L. Rev. 39 (2017), S. 101 (117).

50 Siehe etwa *Jin/Lee*, Journal of Law and Economics 61 (2018), S. 159.

51 *Ho*, UC Irvine L. Rev. 7 (2017), S. 401 (407–417).

52 Siehe z. B. § 44 KWG.

53 Siehe z. B. § 52 BNatSchG.

54 § 22 ArbSchuG.

55 Zur verfassungsrechtlichen Dimension der Nachschau siehe *Ennuschat*, AöR 127 (2002), S. 252 (253–256); *Tille*, GewArch 2017, S. 184 (184 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leistet oder Hygienevorschriften missachtet.[56] Eine entsprechende Kompetenz zur Lebensmittelüberwachung gewährt Art. 9 der EU-Kontrollverordnung. Auch sie dient der Ermittlung von Verstößen gegen Hygienevorschriften. Ein Vergleich dieser beiden Regelungssysteme ist instruktiv, weil sie zwar eine große inhaltliche Schnittmenge aufweisen, aber die Durchführung von Kontrollen ganz unterschiedlich regulieren.

## II. Inneradministrative Steuerungsmechanismen der Kontrollhäufigkeit

Jenseits dieser Ermächtigungsnormen unterliegen Kontrollen inneradministrativen Steuerungsmechanismen. Das Gaststättenrecht stellt es in das Ermessen der Behörde, welche Betriebe sie wie oft kontrolliert.[57] Dies gilt besonders für Routinekontrollen, die nicht auf Gefahranzeigen beruhen.[58] Die zuständigen Kontrolleure müssen keinem Kontrollkonzept folgen, sondern dürfen sich vielmehr in ihrem Vorgehen von Zweckmäßigkeitserwägungen sowie subjektiven Eindrücken leiten lassen.[59]

Im Kontrast hierzu gestaltet das Lebensmittelrecht die Kontrolltätigkeit näher aus. In Reaktion auf die BSE-Krise vor 20 Jahren vereinheitlichte die EU das Lebensmittelrecht, um insbesondere die Effektivität und Kohärenz der Kontrollen zu verbessern.[60] Die aktuelle Kontrollverordnung verpflichtet die nationalen Überwachungsbehörden dazu, „alle Unternehmer regelmäßig risikobasiert und mit angemessener Häufigkeit amtlichen Kontrollen" zu unterziehen.[61] Diesen „risikobasierten" Ansatz

56 §§ 22 Abs. 2, 15 Abs. 2, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG; siehe *Ehlers*, in: ders./Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, Rn. 59; *Metzner/Thiel*, in: dies. (Hrsg.), Gaststättenrecht 7. Aufl. 2023, § 22 Rn. 19.

57 § 22 Abs. 2 GastG, § 40 VwVfG; so auch *Metzner/Thiel*, in: dies. (Hrsg.), Gaststättenrecht 7. Aufl. 2023, § 22 Rn. 18, 23.

58 Bei Gefahranzeigen kann sich das Ermessen auf Null reduzieren.

59 Zu der Divergenz hierbei siehe jedoch *Ho*, UC Irvine L. Rev. 7 (2017), S. 401 (410–417).

60 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28. Jan. 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit. ABl. L 31 v. 1. Feb. 2002, S. 1; siehe *Borraz* et al., Regulation & Governance 16 (2022), S. 274 (275, 278).

61 Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EU) 2017/625 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. März 2017 (Verordnung über amtliche Kontrollen), ABl. L 095 v. 7. April 2017, S. 1.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formt in Deutschland eine Verwaltungsvorschrift genauer aus.[62] Sie benennt quantitative und qualitative Faktoren, die das potentielle Schadensausmaß und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts betreffen.[63] Hierzu gehören die Risikoeinstufung der Produkte sowie frühere Hygieneverstöße des Betriebsinhabers.[64] Auf dieser Basis ermitteln die Behörden einen betriebsspezifischen Risiko-Wert, der die Kontrollfrequenz bestimmt, die von mindestens wöchentlich bis zu dreijährlich reicht und neben anlasslose Kontrollen tritt.[65] Zwar weisen Lebensmittelkontrollen aufgrund der verbleibenden Spielräume sowie der unterschiedlichen Ausstattung der Aufsichtsbehörden eine geographische und sektorspezifische Varianz auf.[66] Allerdings ist die Steuerungsdichte aufgrund der normativ verankerten Kontrollkriterien wesentlich größer als im Gaststättenrecht.

## III. Durchsetzungsdefizite

Nach derzeit herrschendem Rechtsverständnis müssen sich die Behörden für ihre Kontrollentscheidungen kaum gerichtlich verantworten. Das öffentliche Wirtschaftsrecht gewährt den Verbrauchern in der Regel keine subjektiven Rechte, um effektive Kontrollen zu fordern.[67] Ihr Schutz gilt allein als Rechtsreflex der Überwachungskompetenzen.[68] Auch die kontrollierten Unternehmen können umgekehrt nicht geltend machen, dass andere Betriebe systematisch weniger häufig oder weniger intensiv kon-

62 Allgemeine Verwaltungsvorschrift über Grundsätze zur Durchführung der amtlichen Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des Lebensmittelrechts, des Rechts der tierischen Nebenprodukte, des Weinrechts, des Futtermittelrechts und des Tabakrechts (AVV Rahmen-Überwachung) v. 20. Jan. 2021, BAnz AT 26.01.2021, B6.

63 § 7 i. V. m. Anlage 1 AVV Rahmen-Überwachung, z. B. in Form der „Art und Anzahl aller verwaltungsrechtlichen Maßnahmen (Ordnungsverfügungen, Beschränkungen oder Widerruf von Zulassungen, Bußgeldverfahren, Strafverfahren) innerhalb eines bestimmten Zeitraumes".

64 Ebd.

65 § 7 Abs. 4 AVV Rahmen-Überwachung.

66 Siehe Foodwatch (Fn. 23), Kontrolle ist besser, 2019; auf Unionsebene siehe *Borraz* et al., Regulation & Governance 16 (2022), S. 274.

67 Siehe nur *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, S. 1313 (Rn. 111 f.); *Wahl*/*Schütz*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Stand: 47. EL Feb. 2025, § 42 Rn. 227.

68 Vgl. ausdrücklich § 4 Abs. 4 FinDAG.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trolliert werden, sofern nicht ein klarer Fall von Willkür vorliegt.[69] So entgehen systematische Kontrolldefizite und Kontrollexzesse einer gerichtlichen Prüfung.

Die Ausgestaltung der Kontrollen wird vielmehr dem Verwaltungsinnenrecht zugerechnet. § 22 VwVfG stellt es im Gaststättenrecht in das Aufgreifermessen der zuständigen Behörde, zu entscheiden, welches konkrete Verwaltungsverfahren sie gegen wen eröffnet. Dogmatisch wird dieser Entscheidung kaum Bedeutung zugemessen, weshalb sie nicht weiter rechtlich ausgeformt ist.[70] Die Kontrolle selbst beruht auf den soeben zitierten gesetzlichen Ermächtigungen im Gaststätten- und Lebensmittelrecht. Sie sind materiell faktisch voraussetzungslos und erlauben auch stichprobenartige Routinekontrollen.[71] Hat die Behörde aber einen Betrieb als kontrollbedürftig eingeordnet, so liegen mit dieser Vorentscheidung auch die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Kontrolle vor. Deshalb fallen das Aufgreifermessen, das Verfahren gegenüber einem bestimmten Unternehmen zu eröffnen, und das Auswahlermessen, die Kontrolle als Verfahrensabschluss durchzuführen, praktisch zusammen. Aufgrund dieser Pfadabhängigkeit kommt bereits der Verfahrenseröffnung eine wesentlich größere Bedeutung zu als das Recht reflektiert.

## D. Konzeptpflichten als Lösungsansatz

Welche Regulierungsperspektive eröffnet nun das öffentliche Wirtschaftsrecht?

### I. Ableitung einer Konzeptpflicht aus §§ 22, 40 VwVfG

Dogmatisch bietet die verwaltungsrechtliche Regulierung von Ermessensentscheidungen einen Ansatz, die behördliche Entwicklung von Kontroll-

69 *Metzner/Thiel*, in: dies. (Hrsg.), Gaststättenrecht, 7. Aufl. 2023, § 22 Rn. 23; für das Kartellrecht EuG, Urt. v. 17. Dez. 2003, Rs. T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, Rn. 65 f. – *British Airways/Kommission*.

70 *Kreifels*, Die Prioritätensetzung der Europäischen Kommission beim Aufgreifen kartellrechtlicher Fälle, 2019, S. 21.

71 Insbesondere bedarf es keines konkreten Verdachts, siehe nur *Metzner/Thiel*, in: dies. (Hrsg.), Gaststättenrecht, 7. Aufl. 2023, § 22 Rn. 7, 18; vgl. zur verdachtslosen Kontrolle im Polizeirecht *Waechter*, DÖV 1999, S. 138 (142); *Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (386).



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konzepten auch jenseits bereits bestehender unionsrechtlicher Vorgaben, wie im Lebensmittelrecht, *de lege ferenda* zu fordern. Diese Kontrollkonzepte bieten eine formalisierte Anleitung für die behördliche Auswahl der Kontrollsubjekte und der Kontrollfrequenz.[72] Der normative Ausgangspunkt liegt in §§ 22 und 40 VwVfG, die das Aufgreifermessen sowie das Auswahlermessen normieren. In Verbindung mit dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG bedarf die Verwaltung ohne weitere Vorgaben bisher lediglich eines sachlichen Grundes für die Eröffnung eines Verfahrens sowie für die spätere Auswahl eines Maßnahmeadressaten.[73] Aufgrund der voraussetzungslosen Kontrollermächtigungen ist bereits der Verweis auf den Routinecharakter einer Kontrolle ein ausreichender sachlicher Grund.

Allerdings hat die Verwaltungsrechtsdogmatik jedenfalls für das Auswahlermessen die Figur der „Selbstbindung der Verwaltung" teilweise zu einer Konzeptpflicht verdichtet.[74] Möchte die Verwaltung zum Beispiel gegen einen von mehreren sog. Schwarzbauten vorgehen, fordern die Gerichte das Vorliegen eines Konzeptes für die Auswahl.[75] Ähnlich begründet *Christoph Möllers*, dass die Durchführung anlassloser Polizeikontrollen eines Konzeptes bedarf.[76] Eine vergleichbare Rechtspflicht zum Einsatz evidenzbasierter Risikobewertungskonzepte statuierte zuletzt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Bezug auf die polizeiliche Risikobeurteilung von Gewalttätern.[77] In all diesen Fällen ist das Verwaltungshandeln inhaltlich kaum durch gesetzliche Vorgaben determiniert.[78]

---

72 Grundlegend *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 197–216; *Herzmann*, VerwArch 2013, S. 429 (433–445).

73 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 22 Rn. 6, 12; *Geis*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG, Stand: 7. EL Mai 2025, § 40 Rn. 68 f.; für das Gaststättenrecht *F. Wollenschläger*, in: Schmidt/ders. (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, S. 51 Rn. 88–93; weitergehend mit Blick auf Konzeptpflichten aber *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 211 f.

74 Siehe hierzu *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 334 f. Rn. 99; mit weiteren Beispielen *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 200 f.

75 Siehe m. w. N. zur Rspr. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG (Hrsg.), 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 92.

76 *Möllers*, NVwZ 2000, S. 382 (386 f.).

77 EGMR, Urt. v. 15. Juni 2021, Nr. 62903/15, Rn. 167–176 – *Kurt v. Austria*.

78 Die „zurückgenommene Programmsteuerung" betont *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 216; siehe zum Regulierungsrecht *Broemel*, JZ 69 (2014), S. 286.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Eingriffsqualität schafft jedoch ein Bedürfnis danach, die Auswahl der Kontrollierten evidenzbasiert zu steuern.

Ich argumentiere nun dafür, den Ermessensvorgaben auch für die Durchführung von Kontrollen im nationalen öffentlichen Wirtschaftsrecht eine Konzeptpflicht zu entnehmen, jedenfalls wenn die Eingriffs- und Schutzwirkung der Kontrolle eine bestimmte Erheblichkeit überschreitet.[79] Anknüpfungspunkt ist der Umstand, dass die Entscheidung über die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens funktional äquivalent zur eigentlichen Eingriffsentscheidung in Form der Kontrolle selbst ist. Obwohl Kontrollen im öffentlichen Wirtschaftsrecht für die Kontrollierten wie für die Geschützten grundrechtsrelevant sind, sind sie inhaltlich kaum vorbestimmt und unterliegen Einflüssen, die ihre Effektivität und Gleichmäßigkeit beeinträchtigen können. Deshalb ist auch für diese Kontrollen im Rahmen des Ermessens eine Konzeptpflicht abzuleiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behörde durch den Einsatz automatisierter Datenanalysen bestimmte Weichenstellungen für ihre Kontrolltätigkeit selbst vorab festlegt.[80] Eine solche Konzeptpflicht wäre justiziabel, denn jeder Adressat einer Kontrolle könnte das Fehlen eines Konzepts oder aber seine diskriminierende Ausrichtung gerichtlich geltend machen.[81] Die Kontrollkonzepte fungieren dann als behördliche Entscheidungsanleitung nach innen und Selbstbindung nach außen.[82]

## II. Rationalität einer Konzeptpflicht

Eine Konzeptpflicht fordert eine behördliche Eigenprogrammierung[83], die inhaltlich an dem Zweck der Kontrollen auszurichten ist. Es erscheint sinnvoll, sie ausdrücklich gesetzlich zu verankern, und dabei bestimmte Rahmenbedingungen vorzugeben. Als Vorbild können neben der

79 Ebenso für die personenbezogene Prävention *Rusteberg*, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 233 (263).

80 Hierzu *Egidy*, in: Rose-Ackerman (Hrsg.), Public Administration and Expertise in Democratic Governments, 2024, S. 46 (57–59); *Coglianese/Lehr*, Georgetown L. J. 105 (2017), S. 1147 (1169); zum Sonderfall der steuerrechtlichen Kontrolle *Hashimzade* et al., Journal of Economic Behavior & Organization 124 (2016), S. 130.

81 *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 215 f.; *Broemel*, JZ 69 (2014), S. 286 (293 f.).

82 *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 197 f.

83 *Eifert*, VVDStRL 67 (2008), S. 286 (317).



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lebensmittelrechtlichen Ausformung die gesetzlichen Konzeptpflichten zur Überwachung des Marktes für Tabakerzeugnisse[84] sowie zur Prüfung von Steuererklärungen[85] im nationalen Recht dienen. Die Rationalität der Konzepte folgt der zu Beginn entwickelten ökonomischen Analyse.

Ein taugliches Steuerungskonzept sollte folgende drei Grundanforderungen erfüllen. Erstens muss das Konzept einen Ausgleich zwischen Genauigkeit und Gleichheit finden, der mit Art. 3 GG vereinbar ist. Besonders relevant sind die in das Konzept einfließenden Daten, aus denen sich ein Diskriminierungspotential ergeben kann. Zweitens sollte ein Konzept weithin resistent gegen strategische Manipulation sein, sowohl durch die Kontrollsubjekte selbst als auch durch ihre Konkurrenz. Hierfür kann eine Pflicht zur Geheimhaltung der Kontrollkriterien beitragen, wie sie etwa § 88 Abs. 5 S. 4 Abgabenordnung für die automatisierte Identifizierung fehlerhafter Steuererklärungen vorschreibt. Drittens kann ein in das Konzept integrierter Zufallsmechanismus, wie ihn § 88 Abs. 5 Abgabenordnung vorsieht, eine gleichmäßigere Kontrollwirkung sichern und zusätzliche Daten für eine kontinuierliche Prüfung und Fortentwicklung des Konzeptes erzeugen.

## III. Subjektive und objektive Prüfung der Kontrollkonzepte

Die so ausgestalteten Kontrollkonzepte lassen sich allerdings erst durchsetzen, wenn sich das kontrollierte Unternehmen als Adressat eines Eingriffs gegen die Kontrolle wehrt. Das zuständige Gericht müsste dann das behördliche Kontrollkonzept überprüfen, ggf. mit Sachverständigen und bei besonderen Geheimhaltungsbedürfnissen womöglich gar in einem *in camera* Verfahren.[86] Allerdings wären selbst standardisierte Kontrollkonzepte in jedem einzelnen Gerichtsverfahren neu zu prüfen. Auch würden sie weiterhin keine Schutzwirkung für Verbraucher entfalten.

Vor diesem Hintergrund besteht ein Bedarf für eine ergänzende objektiv-rechtliche Kontrolle. Eine solche könnte der Gesetzgeber *de lege ferenda* normieren. Einen Ansatz hierfür enthält § 28 Abs. 1 S. 3 Tabaker-

84 § 28 Abs. 1 Tabakerzeugnissegesetz.

85 § 88 Abs. 5 AO.

86 Ähnlich auch *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 199; zum Verfahren *in camera* siehe § 99 Abs. 2 VwGO; hierzu im Überblick *Neumann*, DVBl 2016, S. 473; *Häußler*, DVBl 2024, S. 1333.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeugnissegesetz, der eine regelmäßige Überprüfung und Bewertung der Wirksamkeit des vorgeschriebenen Überwachungskonzepts, mindestens alle vier Jahre, vorsieht.

## E. Fazit

Kontrollkonzepte rationalisieren verwaltungsinterne Entscheidungsprozesse und ermöglichen eine Steuerung der Kontrollentscheidungen im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Die empirischen Sozialwissenschaften bieten das hierzu notwendige Instrumentarium. Dies wirft die Frage auf, wie weit diese Verrechtlichung des Verwaltungsinnenrechts vordringen darf. Die bisher geforderte Flexibilität der Verwaltung steht im Konflikt mit dem Anliegen einer stärkeren Regulierung der Kontrollen im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Allerdings ist zu beachten, dass die Verwaltung ihre Auswahlkriterien und Kontrollmaßstäbe häufig bereits selbst vorab festlegt, insbesondere wenn sie Risikobewertungen mit Hilfe von Analysesoftware durchführt. Hier ließe sich das Potenzial einer empirisch informierten Steuerung des Ermessens zum Wohl der Schutzsubjekte wie der Kontrollierten verwirklichen.



https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748947257-411 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY