
Gutachterliche Stellungnahme zu rechtlichen Voraussetzungen der Veröffentlichung von Hygieneberichten auf der Online-Plattform Topf Secret und Handlungsmöglichkeiten von Gaststättenbetreibern

Abgegeben im Auftrag des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes e. V.

(DEHOGA Bundesverband)

durch die Rechtsanwälte

Prof. Dr. Rupert Scholz

Dr. Andreas Neun

Dr. Stefan Weidert

Dr. Christian Hamann

12. April 2019

Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB Rechtsanwälte, Steuerberater
Sitz Stuttgart, AG Stuttgart PR 136
Friedrichstraße 71
10117 Berlin
Ansprechpartner: Dr. Andreas Neun
T 030 800 979 202
E andreas.neun@gleisslutz.com
T +49 30 900979-202
E andreas.neun@gleisslutz.com

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	2
A. ERGEBNISZUSAMMENFASSUNG	4
I. Maßgaben für das behördliche Verfahren	5
1. Beschränkungen des Anspruchs auf Herausgabe behördlicher Informationen.....	5
1.1 Kein Anspruch auf Herausgabe von Kontrollberichten	5
1.2 Keine Herausgabe von personenbezogenen Daten	5
2. Maßnahmen zur Verhinderung einer rechtswidrigen Veröffentlichung behördlicher Informationen	6
2.1 Beschränkung der Veröffentlichung auf erhebliche Verstöße.....	7
2.2 Zeitliche Begrenzungen: Keine Veröffentlichung veralteter Informationen	7
2.3 Missbrauch des Antragsrechts	8
2.4 Sicherstellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Veröffentlichung.....	8
II. Ansprüche gegen den Plattformbetreiber und/oder Hochlader	8
1. Ansprüche gegen Hochlader, die Wettbewerber des Betroffenen sind.....	8
1.1 Wettbewerbsrechtliche Ansprüche.....	8
1.2 Privatrechtliche Ansprüche.....	9
1.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche.....	9
2. Ansprüche gegen private Hochlader	9
2.1 Ansprüche gegen die Veröffentlichung von negativen unwahren Prüfergebnissen.....	9
2.2 Ansprüche gegen die Veröffentlichung von negativen wahren Prüfergebnissen	9
2.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche.....	10
3. Ansprüche gegen den Betreiber von Topf Secret	10
B. SACHVERHALT	11
I. Zur Funktionsweise der Online-Plattform Topf Secret	11
II. Bisherige Veröffentlichungen auf Topf Secret und Meinungsstand	15
C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG	16
I. Behördliches Verfahren: Herausgabe von Informationen an den Antragsteller über die Plattform Topf Secret	16
1. Verdrängung des VIG durch § 40 Abs. 1a LFGB?.....	17

2.	Tatbestandliche Voraussetzungen des Informationsanspruchs.....	19
2.1	Antragsberechtigung	21
2.2	Erforderlichkeit eines „Produktbezuges“ bei Informationen im Sinne von § 2 Abs. 1 VIG?	21
2.3	Ausschluss- und Beschränkungsgründe	23
2.3.1	Entstehungszeitpunkt der begehrten Information	24
2.3.2	Beschränkung der Information auf erhebliche Verstöße (analog § 40 Abs. 1a LFGB)	30
2.3.3	Zugang zu personenbezogenen Daten (§ 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) VIG)	33
2.4	Ablehnungsgründe nach § 4 Abs. 3 bis 5 VIG, insbesondere Missbräuchlichkeit?.....	37
2.5	Aber: Relevanz von Veröffentlichungen durch Wettbewerber aus der grundrechtlichen Perspektive des Betroffenen	38
3.	Zwischenergebnis	38
4.	Sicherung der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Anforderungen durch Auflagen	39
II.	Zivilrechtliche Ansprüche.....	40
1.	Ansprüche gegen wettbewerbsrechtliche Hochlader	40
1.1	Wettbewerbsrechtliche Ansprüche.....	40
1.1.1	Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Veröffentlichung von negativen Prüfergebnissen durch einen Mitbewerber gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr. 1 UWG.....	41
1.1.2	Schadensersatzansprüche	45
1.2	Privatrechtliche Ansprüche.....	46
1.3	Datenschutzrechtliche Ansprüche.....	46
1.3.1	Anspruch auf Löschung personenbezogener Informationen gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO	46
1.3.2	Information des Plattformbetreibers zu bestehender Löschpflicht (Art. 17 Abs. 2 DS-GVO).....	51
1.3.3	Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO)	51
2.	Ansprüche gegen private Hochlader (keine Wettbewerber).....	51
2.1	Ansprüche gegen die Veröffentlichung von wahren negativen Prüfergebnissen	52
2.1.1	§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG	52
2.1.2	§§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog)	54
2.2	Unterlassungsansprüche gegen die Veröffentlichung von unwahren negativen Prüfergebnissen.....	55

2.2.1 §§ 826, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB	55
2.2.2 §§ 824, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB	56
2.2.3 §§ 823, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB	57
2.2.4 § 823 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. §§ 186, 187 StGB, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog für nicht erweislich wahre negative Prüfergebnisse.....	57
2.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche.....	58
2.3.1 Anspruch auf Löschung gemäß Art. 17 DS-GVO	58
2.3.2 Information des Plattformbetreibers zu bestehenden Löschpflicht (Art. 17 Abs. 2 DS-GVO).....	59
2.3.3 Schadensersatz.....	60
3. Ansprüche gegen den Betreiber von Topf Secret	60
3.1 Wettbewerbsrechtlicher Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Veröffentlichung der Prüfergebnisse gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr.1 UWG.	60
3.2 (Unmittelbarer) Zivilrechtlicher Anspruch auf Unterlassung gem. § 823 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 187 StGB, § 1004 Abs. 1 BGB, §§ 824, 826 BGB für eigene / zu-eigen-gemachte Inhalte.....	60
3.2.1 Zu Eigen-Machen von fremden Inhalten.....	60
3.2.2 Weitere Tatbestandsvoraussetzungen	62
3.3 Datenschutzrechtlicher Anspruch auf Löschung personenbezogener Prüfberichte gemäß Art. 17 DS-GVO	62
3.4 Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO)	63
3.5 Auskunftsanspruch bzgl. Identität des Hochladers	63
3.5.1 Anspruch auf Grundlage von § 242 BGB	64
3.5.2 Anspruch auf Grundlage von Art. 15 DS-GVO.....	65

A. ERGEBNISZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme ist die rechtliche Bewertung des Online Portals „Topf Secret“. Topf Secret erlaubt es den Nutzern des Portals, auf einfache Weise Informationen nach dem Verbraucherinformationsgesetz (VIG) über die Ergebnisse von lebensmittelrechtlichen

Prüfungen von Gastronomiebetrieben bei den zuständigen Behörden anzufordern. Die Nutzer sollen die erhaltenen Prüfergebnisse auf der Plattform veröffentlichen und so für die Öffentlichkeit zugänglich machen. Wir untersuchen im ersten Teil dieser Stellungnahme, welche einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Maßgaben die Behörden zu beachten haben, wenn sie über einen Antrag auf Informationserteilung entscheiden, der über Topf Secret gestellt worden ist. Anschließend prüfen wir die Rechtmäßigkeit des Verhaltens von Nutzern und Betreibern von Topf Secret im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von behördlichen Informationen und gehen auf mögliche Abwehransprüche betroffener Betreiber von Gastronomiebetrieben ein.

I. Maßgaben für das behördliche Verfahren

Stellen Nutzer von Topf Secret Anträge auf Herausgabe der Ergebnisse behördlicher Prüfmaßnahmen in Gastronomiebetrieben, um diese anschließend auf den Internetseiten des Portals zu veröffentlichen, muss die Behörde sorgfältig prüfen, ob und in welchem Umfang ein solcher Herausgabeanspruch besteht (1.). Sie hat außerdem durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass nicht Grundrechte der Betreiber von Gastronomiebetrieben durch unrechtmäßige Veröffentlichungen behördlicher Informationen verletzt werden (2.).

1. Beschränkungen des Anspruchs auf Herausgabe behördlicher Informationen

Die Herausgabe der Ergebnisse behördlicher Prüfhandlungen berührt in jedem Fall die Grundrechte der Betreiber der betroffenen Betriebe. Die Behörden dürfen Informationen daher nur insoweit an die Nutzer von Topf Secret herausgeben, wie hierauf ein gesetzlicher Anspruch besteht. Zu beachten sind insbesondere die folgenden Anspruchsbeschränkungen:

1.1 Kein Anspruch auf Herausgabe von Kontrollberichten

Das VIG gewährt keinen Anspruch auf die Herausgabe vollständiger Prüfberichte („Hygieneberichte“). Nach dem Wortlaut der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage, § 2 Abs. 1 Nr. 1 VIG, besteht ein Anspruch auf freien Zugang nur zu allen Daten über behördlich **festgestellte nicht zulässige Abweichungen von Anforderungen** bestimmter lebensmittelrechtlicher Vorschriften. Zur Herausgabe weiterer Informationen und damit auch (vollständiger) Hygieneberichte ist die Behörde weder verpflichtet noch berechtigt.

1.2 Keine Herausgabe von personenbezogenen Daten

Die Behörden dürfen grundsätzlich keine Informationen über Gastronomiebetriebe erteilen, die Angaben über eine identifizierbare natürliche Person („personenbezogene Daten“) enthalten (§ 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a) VIG). Das trifft de facto auf alle Informationen über Gastronomiebetriebe zu, die von einem Einzelinhaber oder einer „Kleinstgesellschaft“ geführt werden. Denn in diesen Konstellationen sind Informationen über den Betrieb zugleich bzw. immer auch Angaben über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse des Betriebsinhabers. Selbst wenn die Be-

hörde offensichtliche Identifizierungsmerkmale wie den Namen des Betriebsinhabers nicht mitteilt und aus den herauszugebenden Dokumenten entfernt (schwärzt), werden im Regelfall wenige Klicks im Internet genügen, um diese fehlenden Angaben zu ergänzen. Daher lässt sich bei diesen inhabergeführten Betrieben ein Informationsantrag ohne Bereitstellung von personenbezogenen Daten nicht erfüllen. Zulässig ist die Erteilung von Informationen unter Einschluss von personenbezogenen Daten gemäß § 3 Satz 2 VIG nur, wenn dies von vornherein durch ein überwiegendes Bekanntgabeinteresse gerechtfertigt ist. Das kommt im Ergebnis nur für Informationen über festgestellte Rechtsverstöße in Betracht, die konkrete, zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung noch bestehende Gesundheitsgefahren zur Folge haben.

2. Maßnahmen zur Verhinderung einer rechtswidrigen Veröffentlichung behördlicher Informationen

Die Behörden haben sicherzustellen, dass die von ihnen erteilten Informationen nicht in rechtswidriger Weise auf dem Portal Topf Secret veröffentlicht werden. Das folgt aus dem grundrechtlichen Schutzanspruch der Betreiber der betroffenen Gastronomiebetriebe. Dabei gelten für die Zulässigkeit einer Veröffentlichung von behördlichen Prüfergebnissen auf Topf Secret dieselben Voraussetzungen und Schranken, wie sie § 40 LFGB (i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches¹) für die unmittelbare öffentliche Bekanntgabe dieser Informationen durch staatliche Stellen normiert. Denn in § 40 Abs. 1a, 4a LFGB hat der Gesetzgeber die Schranken für die Veröffentlichung staatlicher Informationen geregelt, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Grundrechte betroffener Betriebe zwingend erforderlich sind. Danach ist die nach Abs. 1a nunmehr „unverzüglich“ zu veröffentlichende Information

„einschließlich zusätzlicher Informationen nach Abs. 4 sechs Monate nach der Veröffentlichung zu entfernen.“

Diese Schranken müssen auch beachtet werden, wenn es um die Veröffentlichung behördlicher Informationen auf der privaten Plattform Topf Secret geht. Denn aus der Perspektive des betroffenen Betriebes als Grundrechtsträger besteht dieselbe Interessenlage, wenn staatliche Stellen Informationen an einzelne private Antragsteller herausgeben, die es von vornherein auf eine Verbreitung der erlangten Auskünfte im Internet anlegen. Diese Situation ist in quantitativer wie qualitativer Hinsicht dem unmittelbaren staatlichen Informationshandeln gegenüber der Öffentlichkeit mindestens gleichwertig.

¹ BT-Drs. 19/4726; BR-Drs. 124/19 und 124/1/19. Der Bundesrat hat am 12. April 2019 beschlossen, den Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen und die Bundesregierung in einer begleitenden Entschließung aufgefordert, für einen bundeseinheitlichen Vollzug des Gesetzes zu sorgen, vgl. ferner Tagesordnung-Entwurf der 976. Sitzung des Bundesrates sowie BR-Drs. 124/19. https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/19/976/01.html;jsessionid=2D900229C326618FB95A2D96F83A1DFD.2_cid374?nn=4352768#top-1.

Damit gelten für die Zulässigkeit einer Veröffentlichung von behördlichen Prüfergebnissen auf Topf Secret die folgenden Schranken:

2.1 Beschränkung der Veröffentlichung auf erhebliche Verstöße

Nach § 40 Abs. 1a LFGB ist die Veröffentlichung von Informationen nicht uneingeschränkt zulässig, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen der dort konkret geregelten erheblichen Verstöße gegeben sind.

Die Behörde hat aufgrund der beschriebenen Vergleichbarkeit mit der staatlichen Informations-tätigkeit auch für Veröffentlichungen auf der Plattform Topf Secret zu prüfen und zu bewerten, ob ein erheblicher Verstoß im Sinne von § 40 Abs. 1a LFGB vorliegt. Ein erheblicher Verstoß liegt nach der Regelung vor, wenn die im Anwendungsbereich des LFGB festgelegten zulässigen Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen bestimmter Stoffe in Lebensmitteln überschritten werden oder Vorschriften über nicht zugelassene oder verbotene Stoffe in Lebensmitteln verletzt wurden. Darüber hinaus ist die Öffentlichkeit zu informieren, wenn gegen gesetzliche Vorschriften, die dem Schutz vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder nur der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, wobei es sich um einen „nicht unerheblichen“ oder wiederholten Verstoß handeln und die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens EUR 350,00 zu erwarten sein muss. Nur wenn die Voraussetzungen eines derartigen erheblichen Verstoßes vorliegen, ist eine Veröffentlichung der Information insoweit zulässig.

Verstöße, die unterhalb dieser Schwelle liegen, wie etwa bei der Verletzung baulicher Anforderungen sowie Verstöße gegen reine Aufzeichnungs- oder Mitteilungspflichten, die jeweils keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln bewirken, sind hingegen kein ausreichender Anlass für eine behördliche Information. In diesem Fall ist die Veröffentlichung der Information nicht zulässig.

2.2 Zeitliche Begrenzungen: Keine Veröffentlichung veralteter Informationen

Für die Herausgabe und die Veröffentlichung von Informationen gelten zeitliche Einschränkungen. Die Herausgabe bzw. Veröffentlichung veralteter Informationen ist danach nicht zulässig.

Schon nach dem VIG selbst gilt:

Eine Herausgabe wegen entgegenstehender öffentlicher Belange ausgeschlossen, wenn die Information nach § 3 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e) VIG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG **vor mehr als fünf Jahren seit der Antragstellung entstanden ist.**

Hinzu kommen – engere – zeitliche Begrenzungen, die unmittelbar aus Verfassungsrecht resultieren.

Wird eine Information nach § 40 Abs. 1a LFGB veröffentlicht, sieht § 40 Abs. 4a LFGB – wie dargelegt – vor, dass diese, einschließlich zusätzlicher Informationen nach § 40 Abs. 4 LFGB

sechs Monate nach der Veröffentlichung zu entfernen ist. Unter Zugrundelegung und Übertragung der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts und deren Umsetzung durch den Gesetzgeber zur Erforderlichkeit einer zeitlichen Begrenzung der Information nach § 40 Abs. 1a LFGB (umgesetzt nunmehr in § 40 Abs. 4a LFGB) hat die Behörde hinsichtlich solcher Informationen im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG, die vor mehr als sechs Monaten seit der Antragstellung entstanden sind, durch Auflagen im Herausgabebescheid gegenüber dem jeweiligen Antragsteller sicherzustellen, dass eine Veröffentlichung nicht erfolgt. Ferner hat sie durch Auflagen sicherzustellen dass durch den Antragsteller veröffentlichte Informationen spätestens sechs Monate nach ihrer Entstehung vollständig zu löschen sind.

2.3 Missbrauch des Antragsrechts

Eine Veröffentlichung der Information auf der Plattform Topf Secret ist außerdem ausgeschlossen, wenn ihr unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsschutzes Grundrechte des betroffenen Betriebes entgegenstehen. Die Behörde hat hierbei insbesondere zu prüfen und zu bewerten, ob das geplante Hochladen von negativen Prüfergebnissen durch einen Konkurrenten des Betroffenen auf die Plattform Topf Secret wettbewerbsrechtlich zu missbilligen ist und hierdurch ein Missbrauch des Antragsrechts vorliegt (vgl. § 4 Abs. 4 Satz 1 VIG). Der Veröffentlichung stehen dann die Grundrechte des betroffenen Betriebes entgegen, weil die Wettbewerbsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG und die Wettbewerbsgleichheit durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützt ist, und zwar namentlich vor unverhältnismäßigen Eingriffen.

2.4 Sicherstellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Veröffentlichung

Die Behörden haben die Einhaltung der genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Veröffentlichung von behördlich erteilten Informationen durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen. Dafür haben sie insbesondere die Bescheide, mit denen die Informationen erteilt werden, mit entsprechenden Auflagen gemäß § 36 VwVfG zu verbinden. Die Rechtsgrundlage für die Aufnahme solcher Nebenbestimmungen in die Bescheide ergibt sich aus § 4 Abs. 1 Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG). Entsprechend der dort geregelten Befugnis der Behörde, für die Weiterverwendung von Informationen Nutzungsbestimmungen vorzusehen, hat sie für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB nicht vorliegen, die Auflage zu erteilen, dass eine Veröffentlichung der Information unzulässig ist. Ferner hat sie die Auflage zu erteilen, dass die Information nach Ablauf von 6 Monaten seit ihrer Entstehung nicht mehr veröffentlicht werden darf bzw. sie spätestens dann zu löschen und mitzuteilen ist, ob und wann ein Verstoß behoben wurde. Ferner hat die Behörde generell die **Auflage** aufzunehmen, **dass Wettbewerber des betroffenen Betriebes die Information nicht veröffentlichen dürfen.**

II. Ansprüche gegen den Plattformbetreiber und/oder Hochlader

1. Ansprüche gegen Hochlader, die Wettbewerber des Betroffenen sind

1.1 Wettbewerbsrechtliche Ansprüche

Nach dem Ergebnis unserer Prüfung sprechen gute Gründe für die lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit der Veröffentlichung von **negativen Prüfergebnissen eines Konkurrenten**, sodass dem betroffenen Betrieb Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr.1 UWG zustehen (vgl. hierzu ausführlich C.II.1.1.1). Ferner können dem betroffenen Betrieb auch Schadensersatzansprüche gemäß § 9 UWG gegen einen Konkurrenten zustehen, der negative Prüfergebnisse auf Topf Secret hochlädt (vgl. dazu ausführlich C.II.1.1.2).

1.2 Privatrechtliche Ansprüche

Sofern die Veröffentlichung einen **Verstoß gegen die behördliche Auflage** darstellen würde, stehen dem betroffenen Betrieb ferner Unterlassungsansprüche gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) zu (vgl. dazu ausführlich unter (C.II.1.2; C.II.2.1.2)).

1.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche

Sofern Informationen, die von einem Wettbewerber in das Portal eingestellt wurden, personenbezogenen Daten enthalten, können betroffene Betriebsinhaber auch auf der Grundlage datenschutzrechtlicher Vorschriften (namentlich: Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO die Löschung dieser Informationen verlangen. Daneben gewährt Art. 82 Abs. 1 DS-GVO jeder Person, der wegen eines Datenschutzverstoßes ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den oder die Verantwortlichen. Auf der Grundlage dieser Vorschrift können betroffene Betreiber von Gastronomiebetrieben z.B. auch Geldersatz für erlittene Rufschädigungen verlangen, wenn ein Wettbewerber ohne datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage Informationen über die Plattform Topf Secret verbreitet.

2. Ansprüche gegen private Hochlader

2.1 Ansprüche gegen die Veröffentlichung von negativen unwahren Prüfergebnissen

Betroffenen Betrieben stehen zivilrechtliche Unterlassungsansprüche gemäß §§ 824, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB gegen das Hochladen von **negativen unwahren Prüfergebnissen** durch private Hochlader zu (vgl. dazu ausführlich 0).

2.2 Ansprüche gegen die Veröffentlichung von negativen wahren Prüfergebnissen

Darüber hinaus spricht unseres Erachtens viel dafür, dass betroffene Betriebe **nach Ablauf von sechs Monaten nach Abschluss der behördlichen Prüfungsentscheidung** Unterlassungsansprüche gegen private Hochlader gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG bezogen auf **negative wahre** Prüfergebnisse geltend machen können. Gleiches gilt, wenn private Hochlader vor Veröffentlichung der Prüfergebnisse Kenntnis von der Beseitigung des Mangels haben und dies nicht durch einen Hinweis kennzeichnen oder die Veröffentlichung gegen eine behördliche Auflage verstoßen würde (vgl. dazu ausführlich C.II.2.1.1).

Sofern die Veröffentlichung einen **Verstoß gegen eine behördliche Auflage** darstellt, kann sich der betroffene Betrieb ferner auf der Grundlage von §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) dagegen wehren (vgl. dazu ausführlich C.II.2.1.2).

2.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche

Ein Anspruch auf Löschung von behördlich mitgeteilten Angaben mit personenbezogenen Daten besteht für betroffene Betreiber von Gastronomiebetrieben gegenüber privaten Nutzern der Plattform Topf Secret auch auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO, wenn entweder bereits die Erteilung der betreffenden Informationen durch die Behörde rechtswidrig war oder seit Abschluss der zugrundeliegenden behördlichen Prüfungen ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten vergangen ist. Unter diesen Voraussetzungen können die betroffenen Betreiber auch Ansprüche auf Ersatz des ihnen entstandenen materiellen oder immateriellen Schadens geltend machen (Art. 82 DS-GVO).

3. Ansprüche gegen den Betreiber von Topf Secret

Nach dem Ergebnis unserer Prüfung hat der Betreiber der Plattform Topf Secret sich die hochgeladenen Prüfergebnisse zu eigen gemacht. Folglich können dieselben Unterlassungsansprüche gegen den Plattformbetreiber geltend gemacht werden, die auch gegen private Hochlader bestehen (Unterlassungsansprüche gegen das Hochladen negativer unwahrer Prüfergebnisse sowie nach Ablauf von sechs Monaten nach Abschluss der behördlichen Prüfungsentscheidung auch Unterlassungsansprüche gegen das Hochladen negativer wahrer Prüfergebnisse und Ansprüche gegen das Hochladen negativer wahrer Prüfergebnisse, sofern der Plattformbetreiber vor dem Hochladen Kenntnis von der Mängelbeseitigung hat, ohne dass dies kenntlich gemacht wird oder sofern die Veröffentlichung gegen eine behördliche Auflage verstößt (siehe oben unter 2.)).

Darüber hinaus wäre hier sogar noch haftungserweiternd zu berücksichtigen, dass der Portalbetreiber nicht nur für die Veröffentlichung / das Hochladen der Inhalte verantwortlich ist, sondern auch für deren kontinuierliche Zugänglichmachung, so dass auch ein nach Veröffentlichung eingetretener Ablauf der verfassungsrechtlich gebotenen und vom Gesetzgeber eingeführten zeitlichen Höchstgrenze der Veröffentlichung von sechs Monaten zu berücksichtigen wäre.

Auch datenschutzrechtlich sind die Betreiber verantwortlich, wenn rechtswidrig behördlich mitgeteilte Informationen auf der Plattform veröffentlicht werden, die personenbezogene Daten enthalten. Die betroffenen Inhaber von Gastronomiebetrieben können dann von den Betreibern die Löschung der Daten (Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO) und den Ersatz des ihnen entstandenen Schadens (Art. 82 DS-GVO) verlangen. Dabei haften die Betreiber ggf. mit den Hochladern als Gesamtschuldner. Außerdem haben die betroffenen Betriebsinhaber gemäß Art. 15 DS-GVO auch einen Auskunftsanspruch gegen die Betreiber der Plattform, der u.a. auch die Offenlegung der Identität der Hochlader umfasst.

B. SACHVERHALT

I. Zur Funktionsweise der Online-Plattform Topf Secret

Die Online-Plattform Topf Secret (im Internet unter www.topf-secret.foodwatch.de, im Folgenden „**Topf Secret**“) ist ein gemeinsames Projekt von des foodwatch e.V. („**foodwatch**“) und der Transparenz-Initiative „FragDenStaat“. Laut Impressum ist foodwatch verantwortlich für die Seiten.

Über die Plattform können Nutzer mit wenigen Klicks die Ergebnisse von Hygienekontrollen in Restaurants, Bäckereien und anderen Lebensmittelbetrieben abfragen.

Die Plattform ist per iframe von den Servern des Open Knowledge Foundation Deutschland e.V. („**FragDenStaat**“) eingebunden. Nutzer der Plattform können hierzu von der Website von Topf Secret ausgehend auf einer interaktiven Karte oder per Suchfunktion einen Gaststättenbetrieb auswählen. Anschließend öffnet sich folgendes, von der Plattform zur Verfügung gestelltes Schreiben, in das die Nutzer nur noch Name, E-Mail- und Postadresse eingeben müssen:

„Antrag nach dem Verbraucherinformationsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich beantrage die Herausgabe folgender Informationen:

1. Wann haben die beiden letzten lebensmittelrechtlichen Betriebsüberprüfungen im folgenden Betrieb stattgefunden:

[...]

2. Kam es hierbei zu Beanstandungen? Falls ja, beantrage ich hiermit die Herausgabe des entsprechenden Kontrollberichts an mich.

Ich stütze meinen Antrag auf Informationszugang auf § 1 des Gesetzes zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation (Verbraucherinformationsgesetz - VIG). Bei den von mir begehrten Informationen handelt es sich um solche nach § 2 Abs. 1 VIG.

Ausschluss- und Beschränkungsgründe bestehen aus diesseitiger Sicht nicht. Sollten dem Informationsanspruch dennoch Hinderungsgründe entgegenstehen, bitte ich Sie, mir diese unverzüglich mit Rechtsgründen mitzuteilen.

Unter „Beanstandungen“ verstehe ich unzulässige Abweichungen von den Anforderungen des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFBG) oder anderen geltenden Hygienevorschriften. Sollte es zu einer oder mehreren solchen Beanstandungen gekommen sein, beantrage ich die Herausgabe des entsprechenden, vollständigen Kontrollberichts – unabhängig davon, wie Ihre Behörde die Beanstandungen eingestuft hat (bspw. als „geringfügig“ oder „schwerwiegend“).

Meines Erachtens handelt es sich nach § 7 Abs. 1 VIG auch um eine gebührenfreie Auskunft. Sollte die Auskunftserteilung Ihres Erachtens gebührenpflichtig sein, bitte ich Sie, mir dies vorab mitzuteilen und dabei die Höhe der Kosten anzugeben. Personenbezogene Daten in den Informationen können Sie, soweit erforderlich, schwärzen.

Mit Verweis auf § 4 Abs. 2 VIG bitte ich Sie, mir die erbetenen Informationen unverzüglich, spätestens nach Ablauf eines Monats zugänglich zu machen. Ich bitte um eine Antwort in elektronischer Form (E-Mail). Sollten Sie nicht zuständig sein, leiten Sie meine Anfrage bitte an die zuständige Behörde weiter. Einer Weitergabe von personenbezogenen Daten an andere Dritte, insbesondere an den angesprochenen Betrieb, widerspreche ich ausdrücklich gemäß Art. 21 DSGVO.

Ich bitte um Empfangsbestätigung und danke Ihnen für Ihre Mühe!

Mit freundlichen Grüßen

Antragsteller/in Antragsteller/in

<<E-Mail-Adresse>>

Postanschrift

Antragsteller/in Antragsteller/in“

In dem vorgefertigten Antrag wird ausdrücklich die Herausgabe eines „Kontrollberichts“ gefordert, also eines im Rahmen der behördlichen Überwachung nach § 39 Abs. 1 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch - LFGB) erstellten Berichts.

Nachdem der Nutzer den Antrag ausgefüllt hat, wird dieser direkt an die zuständige Behörde weitergeleitet.²

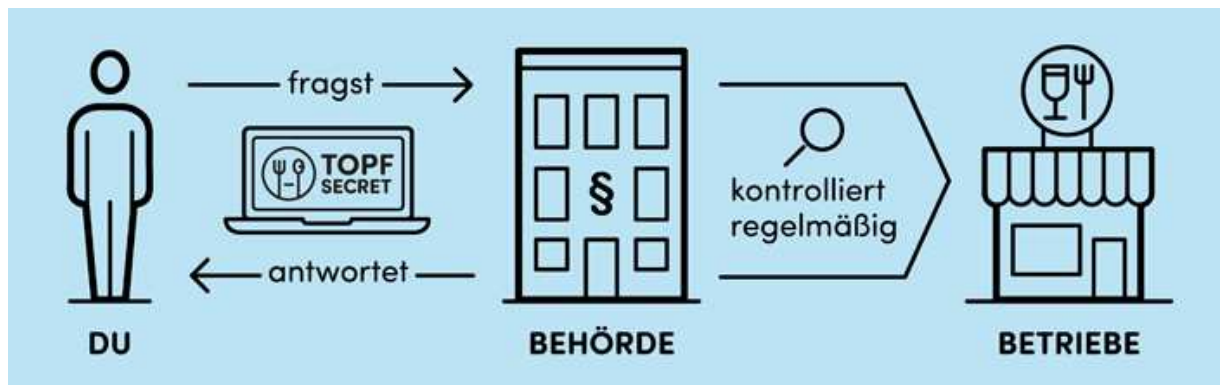
² www.neuepresse.de/Nachrichten/Wissen/Foodwatch-Mitmach-Portal-soll-Hygiene-in-Restaurants-offenlegen

In formeller Hinsicht ist der betroffene Betrieb vor einer Entscheidung über den Antrag des Verbrauchers anzuhören, wobei sich das Verfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz oder den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder richtet (§ 5 Abs. 1 Satz 1 VIG).

Durch die Beteiligung des Betriebes als Drittem verlängert sich die Frist zur Entscheidung über den Antrag auf zwei Monate (§ 5 Abs. 2 Satz 1 VIG).

Die Entscheidung über den Antrag ist auch der oder dem Dritten bekannt zu geben. Auf Nachfrage des Dritten legt die Stelle diesen Namen und Anschrift des Antragstellers offen (§ 5 Abs. 2 VIG).

Die Funktionsweise, einschließlich der Beteiligung der Behörde, wird auf der Internetseite des Portals beschrieben und grafisch dargestellt:



Für die Behörde ist erkennbar, dass der Antrag nicht ausschließlich über den Nutzer, sondern vermittelt über FragDenStaat gestellt wurde. Es heißt hierzu in den FAQ u.a.:

„Erhält die Behörde meine E-Mail-Adresse?“

Nein. Die Behörde erhält von Ihnen eine E-Mail, deren Absender eine automatisch generierte Mail-Adresse bei FragDenStaat ist. Ihre private Mailadresse wird nicht weitergeleitet, sondern dient lediglich dem Login auf FragDenStaat.de“³

Für die Behörde ist also die E-Mail-Adresse des Antragstellers nicht erkennbar, allerdings erfolgt die Antragstellung nicht anonym, weil der Antragsteller in dem Formular Namen und Postadresse angibt.

Nicht ohne Weiteres erkennbar ist für die Behörde, ob ein Wettbewerber des betroffenen Betriebes der Antragsteller ist.

³ Im Internet unter: <https://www.foodwatch.org/de/informieren/topf-secret/fragen-und-antworten/> (zuletzt abgerufen am 4. März 2019).

Nach eigenen Angaben von Topf Secret soll die Plattform nur als „Zwischenlösung“ gedacht sein, um durch eine Vielzahl von Anfragen Druck zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zu aufzubauen, die Transparenz zur Regel macht und nicht zur Ausnahme.⁴

In den Nutzungsbedingungen für den für die Anträge zu verwendenden E-Mail-Dienst heißt es u. a.:

„4.3 Ausdrücklich distanziert sich die Betreiberin zudem von denjenigen über die Domain fragdenstaat.de abrufbaren Inhalten, die nicht durch die Betreiberin selbst, ihre gesetzlichen Vertreter, Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen erstellt oder veranlasst worden sind. Diese inhaltliche Distanzierung bezieht sich insbesondere auf die gesamte Korrespondenz zwischen Ihnen und den empfangenden Stellen von IFG-Anfragen und gilt auch zugunsten der gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen der Betreiberin, wenn Ansprüche direkt gegen diese geltend gemacht werden.“

4.4 Als Teilnehmende/r sichern Sie zu, mit Form, Inhalt oder verfolgtem Zweck Ihrer Anfragen nicht gegen gesetzliche Verbote, die guten Sitten und Rechte Dritter (Marken-, Namens-, Urheber-, Datenschutzrechte usw.) zu verstoßen. Tun Sie dies dennoch schuldhaft, sind Sie verpflichtet, die Betreiberin gegen daraus erwachsende Schäden freizuhalten. Die Betreiberin sichert im Gegenzug zu, Sie gegen unplausible oder unberechtigte Verletzungsbehauptungen Dritter im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu unterstützen. Die Entscheidung darüber, wie weitgehend diese Unterstützung im Einzelfall gehen kann, liegt jedoch allein bei der Betreiberin.“⁵

Sofern ein Nutzer auf Topf Secret einen Antrag auf einen Hygieneprüfbericht stellen möchte, muss er außerdem den „Nutzungsbedingungen Archivplattform“ zustimmen.⁶

Die Archivplattform hat nach Angaben der Betreiber den Zweck, die über den zugrundeliegenden E-Mail-Dienst ablaufende Korrespondenz zwischen Antragsteller und den öffentlichen Stellen abzubilden, für die Allgemeinheit zugänglich und nachvollziehbar zu machen sowie dauerhaft zu archivieren.

Das Archiv soll dauerhaft verfügbar bleiben und für alle erdenklichen Zwecke nachnutzbar sein. Weiterhin heißt es in den Nutzungsbedingungen:

„2.5 (...) Aufgrund der vorgenannten Freigabe dürfen Ihre Anfragen und Beiträge beispielsweise ohne weitere Rücksprache mit Ihnen auf der Website fragdenstaat.de angezeigt und im Rahmen von automatisierten Abonnement-Diensten (Push-Diensten) oder Abruf-Diensten (Pull-Diensten) z.B. per Podcasting, RSS-Feed, Atom-Feed, XML-Schnittstelle oder anderen Technologien verbreitet und bekannt gemacht

⁴ Im Internet unter: www.neuepresse.de/Nachrichten/Wissen/Foodwatch-Mitmach-Portal-soll-Hygiene-in-Restaurants-offenlegen (zuletzt abgerufen am 4. März 2019).

⁵ Im Internet unter: <https://fragdenstaat.de/nutzungsbedingungen/> (zuletzt abgerufen am 11. März 2019).

⁶ Im Internet unter: <https://fragdenstaat.de/nutzungsbedingungen/#nutzungsbedingungen-archivplattform> (zuletzt abgerufen am 7. März 2019).

werden. Auch Dritte können die so freigegebenen Inhalte ohne Bedingungen nachnutzen und so den genannten Zweck der Archivplattform erreichen helfen.

2.6 Die vorgenannte Freigabe gilt zeitlich unbegrenzt und ist unwiderruflich. Dementsprechend dürfen die so freigegebenen Inhalte auch nach Beendigung Ihrer Teilnahme und Löschung Ihres Accounts weiter über die Archivplattform verfügbar bleiben. Mit der Beendigung übernimmt die Betreiberin von Ihnen die Rolle der Veröffentlichenden und wird dabei standardmäßig diejenigen Inhalte im System belassen, die zu irgendeinem Zeitpunkt in der Vergangenheit einmal über die Archivplattform veröffentlicht waren.“

II. Bisherige Veröffentlichungen auf Topf Secret und Meinungsstand

Nach eigenen Angaben von Topf Secret sind

„Behörden (...) nach dem Verbraucherinformationsgesetz (VIG) zur Auskunft verpflichtet. In Deutschland sind mehr als 400 unterschiedliche Behörden zuständig für die Auskünfte. Sie behandeln solche Anfragen unserer Erfahrung nach durchaus unterschiedlich. Wir gehen davon aus, dass die Behörden in den meisten Fällen die beantragten Infos herausgeben.“⁷

Inzwischen finden sich u.a. auf dem Portal

- Prüfberichte, in dem die einzelnen Beanstandungen festgehalten wurden;
- die Mitteilung des Ergebnisses, aber – aus datenschutzrechtlichen Gründen – nicht des Berichts;⁸
- Hinweise, dass keine Beanstandungen zu verzeichnen waren und daher keine Übersendung der Kontrollberichte erfolgt.⁹

Die Kennungen (Name, dienstliche Kontaktdaten, Personalnummer u. Ä.) von Behördenmitarbeitern sind nur in einigen der hochgeladenen Prüfberichte geschwärzt.

Der Nutzer des Portals erfährt nicht, ob die etwaigen Beanstandungen noch aktuell sind und wer diese auf die Plattform hochgeladen hat.

⁷ Im Internet unter: <https://www.foodwatch.org/de/informieren/topf-secret/fragen-und-antworten/> (zuletzt abgerufen am 4. März 2019).

⁸ Im Internet unter: https://fragdenstaat.de/anfrage/kontrollbericht-zu-pizza-station-laatzten/138449/anhang/fragdenstaat_vig_pizza-station_20190220_geschwaerzt.pdf (zuletzt abgerufen am 4. März 2019).

⁹ Im Internet unter: <https://fragdenstaat.de/anfrage/kontrollbericht-zu-pizza-man-dortmund/> (zuletzt abgerufen am 4. März 2019).

Ob die Veröffentlichung von Hygieneberichten auf der Plattform Topf Secret rechtmäßig ist, wird unter den Beteiligten kontrovers diskutiert. Während sich der DEHOGA gegen die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung ausspricht,¹⁰ ist eine Veröffentlichung nach Ansicht des Plattformbetreibers rechtmäßig. In diesem Zusammenhang wird u.a. die Frage diskutiert, ob und welche Auswirkungen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 2018 zur Verfassungswidrigkeit des § 40 Abs. 1a LFGB und die vom Gesetzgeber eingeführte Begrenzung der Veröffentlichung von Informationen nach § 40 Abs. 1a LFGB auf 6 Monate auf den Auskunftsanspruch nach VIG hat.¹¹

Nach Ansicht des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen sei es aktuell nicht vertretbar, Antragstellern die Auskunft grundsätzlich zu verweigern. Das Ministerium habe den zuständigen Behörden aber empfohlen, die Informationen zu den Kontrollen mittels einer tabellarischen Auswertung und Auflistung von Verstößen aus dem Datenerfassungssystem vorzunehmen. Auf diese Weise würden weder Kontrollberichte noch personenbezogene Daten sowie andere Informationen herausgegeben, die nicht Gegenstand des Auskunftersuchens sind.¹²

Die zuständige Landesministerin in Schleswig-Holstein Sütterlin-Waack hat verfassungsrechtliche Bedenken¹³ und führt hierzu aus:

„Die Beantwortung der zweiten Frage [‚Kam es hierbei zu Beanstandungen? Falls ja, beantrage ich hiermit die Herausgabe des entsprechenden Kontrollberichts an mich‘] ... halten wir aus verfassungsrechtlichen Gründen für problematisch. Das Bundesverfassungsgericht hat im vergangenen Jahr entschieden, dass individualisierte amtliche Informationen über konsumrelevante Rechtsverstöße im Internet regelmäßig zeitlich zu begrenzen sind. Zudem dürfen nur Verstöße von hinreichendem Gewicht veröffentlicht werden. Das gebietet die Berufsfreiheit der Unternehmen nach Artikel 12 des Grundgesetzes. Der Staat ist verpflichtet, die Folgen einer „Pranger-Wirkung“ für die Betriebe zu mildern. Das gilt unabhängig davon, ob er selbst diesen „Pranger“ betreibt oder – wie in diesem Fall – er Informationen an Dritte gibt, die sie ihrerseits erklärtermaßen öffentlich machen wollen.“

¹⁰ Rundschreiben des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes e.V. vom 31. Januar 2019.

¹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches, BT-Drs. 19/4726, S. 5.

¹² Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Schreiben an DEHOGA vom Nordrhein-Westfalen vom 25. Februar 2019.

¹³ Im Internet unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/II/Presse/PI/2019/Verbraucherschutz/190228_Topf_Secret.html (zuletzt abgerufen am 18. März 2019).

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

Im Folgenden legen wir ausgehend von diesem Sachverhalt dar, welche Voraussetzungen für das rechtmäßige **behördliche Verfahren** bestehen (dazu I.) und ob und inwieweit **zivil-, wettbewerbs- oder datenschutzrechtliche Ansprüche** gegen die „Hochlader“ bzw. gegen den Plattformbetreiber selbst bestehen (dazu II.).

I. Behördliches Verfahren: Herausgabe von Informationen an den Antragsteller über die Plattform Topf Secret

Damit eine Behörde die Informationen an den Anspruchsteller herausgeben darf, ist eine Rechtsgrundlage erforderlich, deren Voraussetzungen erfüllt sein müssen und die als Rechtsfolge die Herausgabe der „Kontrollberichte“ vorsieht.

Hinsichtlich des Ob und Wie der Herausgabe stellt sich, wie schon dargelegt, im Zusammenhang mit den Tatbestandsvoraussetzungen und den Ausschlussgründen für Ansprüche gemäß VIG insbesondere die Frage, inwieweit die vom Bundesverfassungsgericht¹⁴ zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Einschränkungen für das behördliche Informationshandeln nach § 40 Abs. 1a LFGB auf das Informationshandeln privater Verbraucher zu übertragen sind und die Behörde im Falle einer Herausgabe der Hygieneberichte Veröffentlichungseinschränkungen sicherzustellen hat.

Als Rechtsgrundlage für die Herausgabe von Hygieneberichten kommt § 2 Abs. 1 Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation (Verbraucherinformationsgesetz - VIG) in Betracht.

1. Verdrängung des VIG durch § 40 Abs. 1a LFGB?

§ 2 Abs. 1 VIG sieht – verkürzt dargestellt – vor, dass jedermann Anspruch auf freien Zugang zu behördlichen Daten über festgestellte nicht zulässige Abweichungen von lebensmittelrechtlichen Normen hat.

Zu prüfen ist zunächst, ob diese Ansprüche aus VIG durch speziellere Vorschriften gänzlich ausgeschlossen sind, denn § 2 Abs. 4 VIG räumt „anderen Rechtsvorschriften“ den Vorrang gegenüber dem VIG ein, wenn sie denen des VIG entsprechen oder weitergehen.

Diskutiert wird eine solche Verdrängung des VIG etwa im Zusammenhang mit § 40 Abs. 1a LFGB. Diese Norm sieht unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges hoheitliches Informationshandeln vor, um die Öffentlichkeit auf Missstände im Anwendungsbereich des LFGB aufmerksam zu machen.

Für den Ausschluss von Informationsansprüchen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG im Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1a LFGB spricht, dass es sich bei der zuletzt genannten Norm um

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az.: 1 BvF 1/13.

eine spezielle Vorschrift für das staatliche Informationshandeln im Falle von lebensmittelrechtlichen Beanstandungen handelt. Die Regelung enthält spezifische Vorgaben hinsichtlich der Art und des Gewichts der Verstöße, die eine behördliche Informationspflicht auslösen. Diese Vorgaben dienen nicht zuletzt dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der betroffenen Betriebe, die im Falle der Veröffentlichung negativer Ergebnisse lebensmittelrechtlicher Kontrollen mit erheblichen Wettbewerbsnachteilen rechnen müssen¹⁵. Es scheint widersprüchlich anzunehmen, der Gesetzgeber habe durch die zeitgleich mit den Bestimmungen des LFGB neu gefassten Informationsansprüchen des VIG einen parallelen Zugang zu denselben Informationen ohne gleichwertige Schutzvorkehrungen für die betroffenen Betreiber eröffnen wollen.

Allerdings lässt sich weder dem Gesetzestext des LFGB noch dem des VIG ein direkter Vorrang des Informationsverfahrens nach § 40 Abs. 1a LFGB entnehmen. In der Rechtsprechung, etwa des Verwaltungsgerichts Berlin, wird ein solcher Vorrang explizit ausgeschlossen:

„Soweit es dem Antragsgegner um Informationen über lebensmittelrechtliche Beanstandungen geht, sind grundsätzlich die Vorschriften des Verbraucherinformationsgesetzes (VIG) heranzuziehen. Dass diese durch § 40 Abs. 1a LFGB für Fälle unterhalb der dort geregelten qualifizierten Voraussetzungen verdrängt sein könnten (so z. B. Theis, DVBl. 2013, S. 627, 633, insbes. Fn. 90.), ist bei summarischer Prüfung deswegen nicht plausibel, weil das VIG und § 40 LFGB vom Bundesgesetzgeber mit demselben Gesetz - dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation vom 15. März 2012 (BGBl. I S. 476) - neugefasst wurden und sich den Materialien ein solcher Vorrang ebenso wenig entnehmen lässt wie den Bestimmungen des LFGB und des VIG selbst. § 2 Abs. 4 VIG räumt Vorschriften „in anderen Rechtsvorschriften“ zwar den Vorrang ein, wenn sie denen des VIG entsprechen oder weiter gehen. Dieses „Weiter Gehen“ meint aber einen stärkeren Verbraucherschutz und mithin eine niedrigere Eingriffsschwelle als diejenige des VIG, nicht die höhere des § 40 LFGB. Das ergibt sich eindeutig aus der (zustimmenden) Gegenäußerung der Bundesregierung zu dem entsprechenden Vorschlag des Bundesrates zu § 2 Abs. 4 VIG, der schließlich Gesetz geworden ist (vgl. BT-Drs. 17/7374, S. 22 sowie S. 26, jeweils zu Nr. 5).“¹⁶

Im Ergebnis ebenso das OVG Münster:

„Die Vorschrift des § 40 LFGB stellt schon deshalb keine vorrangige, die Anwendung des § 2 Abs. 1 VIG ausschließende Rechtsvorschrift dar, weil sie nicht denselben Sachverhalt regelt. Während § 2 Abs. 1 VIG den Fall einer antragsgebundenen Informationsgewährung zum Gegenstand hat, betrifft § 40 LFGB die aktive staatliche Informationsgewährung. Der individuelle Auskunftsanspruch einerseits, wie er hier im Streit steht, und die staatliche Information der Öffentlichkeit andererseits, wie sie etwa auch in § 6 Abs. 1 Satz 3 VIG geregelt ist, (...) sind jedoch zwei Arten

¹⁵ Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az: 1 BvF 1/13 und ausführlich unten C.I.2.3.1.

¹⁶ VG Berlin, Beschluss vom 19. März 2014, Az. 14 L 35.14, Rn. 32.

der Informationsgewährung, zwischen denen - nicht zuletzt hinsichtlich der jeweiligen wettbewerblichen Auswirkungen - gravierende Unterschiede bestehen. Vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2015 - 7 B 22.14 -, juris, Rn. 12.¹⁷

Nach Maßgabe dieser Rechtsprechung ist § 40 Abs. 1a LFGB nicht als Spezialregelung zu klassifizieren, welche private Informationsansprüche und deren private Verwendung gänzlich ausschließt. Allerdings ist damit noch nicht geklärt, ob nicht in bestimmten Konstellationen aus übergeordneten verfassungsrechtlichen Gründen die (zum Teil vom Bundesverfassungsgericht über den Wortlaut der Norm hinaus entwickelten) Restriktionen des § 40 Abs. 1a LFGB für die Erteilung von Informationen auch auf Ansprüche nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG übertragen werden müssen¹⁸.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen des Informationsanspruchs

Im Folgenden gehen wir auf die **Voraussetzungen des Informationsanspruchs** ein. Konkret kommt für die Herausgabe von Hygieneberichten als Anspruchsgrundlage § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 7 VIG in Betracht. Die Regelung lautet:

„Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten über

1. von den nach Bundes- oder Landesrecht zuständigen Stellen festgestellte nicht zulässige Abweichungen von Anforderungen

a) des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches und des Produktsicherheitsgesetzes,

b) der auf Grund dieser Gesetze erlassenen Rechtsverordnungen,

c) unmittelbar geltender Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich der genannten Gesetze

sowie Maßnahmen und Entscheidungen, die im Zusammenhang mit den in den Buchstaben a bis c genannten Abweichungen getroffen worden sind,

(...)

7. 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 Absatz 1 Satz 1 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches und § 26 Absatz 1 Satz 1 des Produktsicherheitsgesetzes genannte Rechtsvorschriften, soweit sich die Verstöße auf Erzeugnisse oder Verbraucherprodukte beziehen,

¹⁷ OVG NRW, Urteil vom 12. Dezember 2016, Az. 13 A 846/15, Rn. 84 ff.

¹⁸ Vgl. dazu ausführlich unten C.I.2.3.1.

(Informationen), die bei einer Stelle im Sinne des Absatzes 2 unabhängig von der Art ihrer Speicherung vorhanden sind. Der Anspruch nach Satz 1 besteht insoweit, als kein Ausschluss- oder Beschränkungsgrund nach § 3 vorliegt.“

Soweit § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG in Betracht kommt, sind hiernach Informationen über „festgestellte nicht zulässige Abweichungen von Anforderungen“ erfasst. Nach dem klaren Wortlaut der Norm besteht daher nur ein Anspruch auf Informationen über Rechtsverstöße. Nicht hingegen erfasst sind (vollständige) Berichte, die die Behörde im Rahmen ihrer Prüfungs- und Untersuchungstätigkeiten erstellt.

Für einen zwingenden Bezug der Information zum Rechtsverstoß spricht sich auch das VG Regensburg aus:

„In einem nächsten Schritt stellt sich dann allerdings die Frage, ob bereits eine Abweichung eines Untersuchungsergebnisses von Rechtsvorschriften im Sinne einer auf naturwissenschaftlich-analytischen Erkenntnissen beruhenden Abweichung (sog. „Beanstandung“) für die Annahme einer Abweichung im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG ausreicht oder ob diese naturwissenschaftlich-analytische Feststellung darüber hinaus noch einer juristisch-wertenden Einordnung durch die Überwachungsbehörde bedarf.

Nach Auffassung der entscheidenden Kammer ist letzteres der Fall. Eine Abweichung von lebensmittelrechtlichen Vorschriften setzt nämlich notwendig eine Subsumtion der mit naturwissenschaftlichen Untersuchungsmethoden gefundenen Erkenntnisse unter geltende Rechtsvorschriften voraus, wobei diese Subsumtion von der zuständigen Lebensmittelüberwachungsbehörde vorgenommen worden sein muss, worauf § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG, der in diesem Zusammenhang von der „zuständigen Stelle“ spricht, ausdrücklich hinweist (so Schulz in: PdK-Bund, § 2 VIG n. F., Nr. 5.1.1).“¹⁹

Daher ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG kein Anspruch auf Herausgabe eines konkreten Hygieneberichts (was der Musterantrag aber vorsieht: „Falls ja, beantrage ich hiermit die Herausgabe des entsprechenden Kontrollberichts an mich.“). Vielmehr ist dem Antragsteller nur die festgestellte Abweichung von den dort genannten Anforderungen mitzuteilen, wie es das Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen den zuständigen Behörden empfohlen hat. Danach sollen die Informationen zu den Kontrollen anhand einer tabellarischen Auswertung und Auflistung von Verstößen aus dem Datenerfassungssystem vorgenommen werden. Auf diese Weise würden weder Kontrollberichte noch personenbezogene Daten sowie andere Informationen herausgegeben, die nicht Gegenstand des Auskunftersuchens sind.²⁰

¹⁹ VG Regensburg, Urteil vom 20. Februar 2014, Az. 5 K 12.1758

²⁰ Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Schreiben an DEHOGA vom Nordrhein-Westfalen vom 25. Februar 2019.

§ 2 Abs. 1 Nr. 7 VIG ermöglicht einen Zugang zu Informationen über Überwachungsmaßnahmen oder andere behördliche Tätigkeiten oder Maßnahmen zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern. Nach h. M. regelt § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 VIG aber nur Informationen über allgemeine, vom Einzelfall losgelöste Sachverhalte. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Norm selbst Auswertungen und Statistiken nennt.²¹ Bei den Hygieneberichten handelt es sich jedoch um konkrete Informationen über den betroffenen Betrieb. Diese Daten sind nicht vom Tatbestand des § 2 Abs. 1 Nr. 7 VIG erfasst.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich aus dem VIG kein Anspruch auf die Herausgabe von konkreten Hygieneberichten ergibt.

Neben dem VIG kommt zwar grundsätzlich auch die Anwendung der Informationsfreiheitsgesetze der Bundesländer in Betracht. Allerdings fehlt es in einigen Bundesländern an Informationsfreiheitsgesetzen. Schließlich gelten nach den Informationsfreiheitsgesetzen der Länder teils andere Ausnahmetatbestände, welche den Betroffenen (etwa in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) einen weitergehenden Schutz als das VIG vermitteln. Ansprüche aus den Informationsfreiheitsgesetzen der Länder wären vor einer Herausgabe der Kontrollberichte von der jeweiligen Behörde jedenfalls jeweils sehr sorgfältig (ggf. nach einem Drittbeteiligungsverfahren) zu prüfen. Hier ist dem nicht weiter nachzugehen, da die gutachterlich zu untersuchenden Anträge auf Informationszugang explizit auf das VIG gestützt werden.

Im Folgenden wird daher weiter untersucht, unter welchen Voraussetzungen Informationen über „festgestellte Abweichungen“ nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG herauszugeben sind.

2.1 Antragsberechtigung

„Jeder“ ist zunächst jede natürliche Person, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und ihrem Aufenthaltsort, unabhängig auch von sonstigen persönlichen Merkmalen oder wahrgenommenen Funktionen und unabhängig insbesondere auch von ihrer Eigenschaft als Verbraucher.²² Anspruchsberechtigt sind darüber hinaus auch juristische Personen des Privatrechts. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind dagegen grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt.²³ Die Geltendmachung eines Informationszugangsanspruchs ist an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere muss kein wie auch immer geartetes *berechtigtes oder rechtliches Interesse* geltend gemacht oder der Zweck des Informationszugangs offengelegt werden. Vielmehr genügt es grundsätzlich, einen entsprechenden Antrag auf das VIG zu beziehen.

²¹ Zipfel/Rathke LebensmittelR/Heinicke, 171. EL Juli 2018, VIG § 2 Rn. 56.

²² BeckOK InfoMedienR/Rossi VIG § 2 Rn. 5 m.w.N.

²³ OVG Lüneburg LMuR 2015, Seite 211, 214.

2.2 Erforderlichkeit eines „Produktbezuges“ bei Informationen im Sinne von § 2 Abs. 1 VIG?

Auf das VIG gestützte Ansprüche auf Herausgabe der Kontrollberichte könnten u.a. mit Blick auf § 1 VIG zudem daran scheitern, dass diese Art von Information keinerlei Produktbezug aufweist.

Nach § 1 VIG erhalten durch das VIG

„(...) Verbraucherinnen und Verbraucher freien Zugang zu den bei informationspflichtigen Stellen vorliegenden Informationen über

1. Erzeugnisse im Sinne des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (Erzeugnisse) sowie

2. Verbraucherprodukte, die dem § 2 Nummer 26 des Produktsicherheitsgesetzes unterfallen (Verbraucherprodukte), (...)

In der Rechtsprechung wird die Frage diskutiert, ob die begehrten **Informationen einen „Produktbezug“** aufweisen müssen oder nicht. Wenn das so wäre, wäre die Herausgabe von Kontrollberichten der Lebensmittelhygieneüberwachung in Gaststättenbetrieben problematisch, denn solche Berichte betreffen bzw. enthalten in der Regel keine produktbezogenen Informationen.

Eine Analyse der hierzu veröffentlichten Gerichtsentscheidungen liefert ein differenziertes Bild:

So geht das Verwaltungsgericht Berlin davon aus, dass ein Produktbezug der begehrten Informationen **erforderlich** sei:

*„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 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 Bun-*

*destagsdrucksache 16/1408, S. 9, wo explizit von Zugang zu Informationen über Erzeugnisse im Sinne des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches gesprochen wird.*²⁴

In anderen Verwaltungsgerichtsbezirken haben die Gerichte hingegen entschieden, dass ein Produktbezug der begehrten Informationen **nicht erforderlich** sei.

So hat etwa der VGH München entschieden:

*„Nach dem VIG wird nicht nur ein produktbezogener Informationszugang gewährt. Mit der Einführung des § 1 VIG in der aktuellen Fassung wurde eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Lebensmitteln, einschließlich Lebensmittelzusatzstoffe, Futtermittel, kosmetische Mittel und Bedarfsgegenstände (§ 2 Abs. 1 LFGB) auf Verbraucherprodukte nach § 2 Nr. 26 des Produktsicherheitsgesetzes beabsichtigt (BT-Drucksache 17/7374 S. 11). Von einer einschränkenden, klarstellenden Neufassung kann nicht die Rede sein (vgl. auch OVG NRW U. v. 1.4.2014 - 8 A 655/12 – juris).*²⁵

Ähnlich haben – mit unterschiedlichen Nuancierungen – die Oberverwaltungsgerichte NRW,²⁶ Berlin-Brandenburg,²⁷ nochmals der VGH München²⁸ und das VG Regensburg²⁹ im Ergebnis einen Produktbezug der begehrten Information nicht für erforderlich erachtet.

Aus unserer Sicht streiten für die Argumentation des VG Berlin, wonach – gestützt auf die klare Gesetzesbegründung und die klare Einschränkung des Anwendungsbereichs des VIG durch dessen § 1 – ein Produktbezug erforderlich ist, zwar durchaus gute Gründe. Auch die „Ausweitung des Anwendungsbereichs“, von der der VGH München spricht, nimmt ausdrücklich „Produkte“ in Bezug und reicht nicht über diese hinaus.

Allerdings ist die überwiegende Rechtsprechung der Argumentation des VG Berlin jedoch entgegengetreten und verweist auf den vom Gesetzgeber intendierten umfassenden Auskunftsanspruch, der sich nach der Gesetzesbegründung eben auch auf „Unregelmäßigkeiten bei der Herstellung“ bezieht. Der Begriff der Erzeugnisse sei daher weit auszulegen und erfasst insbesondere auch

²⁴ VG Berlin, Beschluss vom 17. März 2014, Az. 14 L 410.13, Rn. 44. Das Gericht führt weiter aus, dass § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG nur Informationen über tatsächliche Erkenntnisse betrifft. Eine Mitteilung von Werturteilen, sei nicht erfasst.

²⁵ VGH München, Urteil vom 6. Juli 2015, Az. 20 ZB 14.978.

²⁶ OVG NRW, Urteil vom 12. Dezember 2016, Az. 13 A 846/15.

²⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Mai 2014, Az. OVG 5 S 21.14.

²⁸ VGH München, Urteil vom 16. Februar 2017, Az. 20 BV 15.2208 (nicht rechtskräftig).

²⁹ VG Regensburg, Urteil vom 20. Februar 2014, Az. RN 5 K 12.1115.

Anfragen zu hygienischen Umständen der Produktion, ohne dass ein konkreter Produktbezug vorliegen muss.³⁰ Danach wird man davon ausgehen müssen, dass eine Beschränkung des Auskunftsanspruchs auf unmittelbar produktbezogene Informationen aus § 2 Abs. 1 VIG nicht abgeleitet werden kann und im Streitfall vor den Verwaltungsgerichten nicht durchsetzbar wäre.

2.3 Ausschluss- und Beschränkungsgründe

Die Behörde hat bei jedem Antrag die im VIG geregelten anspruchsbeschränkenden bzw. -ausschließenden Tatbestandsmerkmale als negative Anspruchsvoraussetzungen zwingend vor der Informationsgewährung **auf Tatbestandsseite** zu prüfen.³¹

Eine Herausgabe der Informationen kommt nicht in Betracht, wenn der Herausgabe einer der gesetzlich geregelten Ausschlussgründe entgegensteht (§ 3 VIG).

Von der Behörde besonders zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob

- der Herausgabe **öffentliche Belange** entgegenstehen, etwa
 - weil Informationen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG vor mehr als fünf Jahren seit der Antragstellung entstanden sind;
- der Herausgabe **private Belange** entgegenstehen, soweit
 - Zugang zu personenbezogenen Daten beantragt wird.
- Ausgeschlossen ist der Anspruch auf Informationserteilung gemäß § 3 Satz 1 Nr. 2 lit. c) VIG grundsätzlich auch, wenn durch die begehrten Informationen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, insbesondere Rezepturen, Konstruktions- oder Produktionsunterlagen, Informationen über Fertigungsverfahren, Forschungs- und Entwicklungsvorhaben sowie sonstiges geheimnisgeschütztes technisches oder kaufmännisches Wissen, offenbart würden. Gemäß § 3 Satz 5 VIG greift dieser Ausschluss allerdings nicht, soweit es um den hier allein einschlägigen Anspruch auf Informationen über festgestellte Rechtsverstöße gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG geht.³²

Im Einzelnen:

³⁰ So die Kommentierung von *Heinicke*, in *Zipfel/Rathke* (§ 2 Rn. 16) Lebensmittelrecht (Stand 171. EL, Juli 2018), unter Hinweis auf die oben zitierte Rechtsprechung; anders – aber nur angedeutet – OVG Bln-Bbg, LMRR 2014, 57.

³¹ BeckOK InfoMedienR/Rossi VIG § 2 Rn. 8.

³² Nach der Gesetzesbegründung besteht kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran, Rechtsverstöße nicht zu offenbaren (BT-Drs. 16/5404; vgl. auch *Heinicke*, in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht (Stand 171. EL, Juli 2018), zu § 3 VIG Rn. 38).

2.3.1 Entstehungszeitpunkt der begehrten Information

Auf Zugang zu Informationen, die vor mehr als fünf Jahren seit der Antragstellung entstanden sind, besteht nach § 3 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e) VIG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG kein Anspruch.

In diesem Kontext ist zu untersuchen, ob sich noch weitergehende Anspruchseinschränkungen hinsichtlich des „Zeitpunkts“ der Entstehung der Kontrollberichte aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur staatlichen Informationstätigkeit nach § 40 Abs. 1a LFGB ergeben.

a) Verfassungsrechtliche Anforderungen an § 40 Abs. 1a LFGB

Mit Beschluss vom 21. März 2018 hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit von § 40 Abs. 1a LFGB geprüft. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist der Eingriff in die Berufsfreiheit im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht vollständig zu rechtfertigen, weil § 40 Abs. 1a LFGB den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht in jeder Hinsicht genügt. Mit § 40 Abs. 1a LFGB werden legitime Zwecke verfolgt, denen eine potentiell hohe Grundrechtsbeeinträchtigung der betroffenen Unternehmen gegenübersteht. Die Informationsverbreitung ist bei verfassungskonformer Anwendung des § 40 Abs. 1a LFGB geeignet und erforderlich, die Zwecke der Regelung zu erreichen. Die Regelung ist im Grundsatz auch verhältnismäßig im engeren Sinne, bedarf aber zum Teil verfassungskonformer Anwendung; sie ist vor allem insofern verfassungswidrig, als es an einer zeitlichen Begrenzung der Informationsverbreitung fehlt.³³

Konkret müssen die zuständigen Behörden

*„die **Information mit der Mitteilung verbinden, ob und wann ein Verstoß behoben wurde.** Dies ist verfassungsrechtlich unerlässlich. Ansonsten wäre die Veröffentlichung des Verstoßes zur Erreichung des Informationsziels nicht geeignet, weil die Fehlvorstellung entstehen könnte, der Verstoß bestehe fort. Für die Verbraucherentscheidung wird es regelmäßig eine Rolle spielen, ob und wie schnell ein Verstoß abgestellt wurde.“*

Zudem ist bei der Anwendung der Vorschrift zu beachten:

*„Damit aber auch vor der bestandskräftigen Feststellung eines Verstoßes möglichst nur solche Informationen veröffentlicht werden, die sich auch nachträglich noch als richtig erweisen, sind **an die Tatsachengrundlage des Verdachts von Verfassungen wegen hohe Anforderungen zu stellen.** Dem wird § 40 Abs. 1a LFGB bei entsprechender Anwendung gerecht. § 40 Abs. 1a LFGB verlangt einen **hinreichend begründeten Verdacht.** Ein in tatsächlicher Hinsicht unaufgeklärter Verdacht der Behörde genügt nicht (vgl. BTDrucks 17/7374, S. 20). Vielmehr muss der Verdacht nach dem Wortlaut der Vorschrift durch Tatsachen hinreichend begründet sein. Für den Fall von Proben*

³³ BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az.: 1 BvF 1/13, Rn. 30.

ist dies im Gesetz dahingehend konkretisiert, dass sich der Verdacht auf mindestens zwei unabhängige Untersuchungen gründen muss. Der Gesetzgeber hat die Behörde insoweit praktisch zu einer abschließenden Ermittlung der Tatsachen verpflichtet. Hieran hat sich das Maß erforderlicher Tatsachenaufklärung auch für den Fall zu orientieren, dass dem Verdacht eines Verstoßes nicht durch Proben, sondern auf andere Weise, etwa durch Betriebskontrollen, nachgegangen wird. Auch dann müssen die den Verdacht begründenden Tatsachen aus Sicht der Behörde aufgeklärt und in den Überwachungsergebnissen entsprechend dokumentiert sein.“³⁴

Verfassungswidrig ist die Regelung namentlich unter folgendem Gesichtspunkt:

*„Unverhältnismäßig im engeren Sinne ist die Regelung jedoch insofern, als **eine zeitliche Begrenzung der Informationsverbreitung im Gesetz fehlt.** (...) Die mit der Regelung einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen geraten mit der Dauer der Veröffentlichung außer Verhältnis zu den mit der Veröffentlichung erreichbaren Zwecken. Je länger die Verbreitung andauert, umso größer wird die Diskrepanz zwischen der über die Zeit steigenden Gesamtbelastung des Unternehmens einerseits und dem abnehmenden Wert der Information für die Verbraucherinnen und Verbraucher andererseits und umso weniger ist den Betroffenen die Veröffentlichung zuzumuten.“³⁵*

Diese zeitliche Begrenzung müsse schließlich im Gesetz und nicht nur in internen Verwaltungsvorschriften geregelt werden. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Vorschrift für einen Übergangszeitraum bis zum 30. April 2019 für weiter anwendbar. Bis dahin ist der Gesetzgeber gefordert, die Veröffentlichung zeitlich zu befristen.³⁶

Inzwischen hat der Deutsche Bundestag eine entsprechende Änderung des LFGB beschlossen. § 40 Abs. 4a LFGB n.F. sieht vor:

„Die Information nach Absatz 1a ist einschließlich zusätzlicher Informationen nach Absatz 4 sechs Monate nach der Veröffentlichung zu entfernen.“³⁷

Der Gesetzgeber erachtet diesen, vom Bundesverfassungsgericht nicht explizit vorgegebenen Zeitraum, für verhältnismäßig und führt zur Begründung aus:

„Eine Veröffentlichung von Verstößen über einen Zeitraum von sechs Monaten erscheint unter Abwägung der damit für das betroffene Unternehmen einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigung mit dem Wert der Information für Verbraucherinnen und Verbraucher als ausreichend und angemessen, da der

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az.: 1 BvF 1/13, Rn. 44.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az.: 1 BvF 1/13, Rn. 56 f.

³⁶ BeckOK InfoMedienR/Rossi, 22. Ed. 1.5.2018, VIG § 1 Rn. 2, 3.

³⁷ Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches, BT-Drs. 19/4726, S. 5 (= BR-Drs. 124/19).

*objektive Informationswert für Verbraucherinnen und Verbraucher hinsichtlich der Veröffentlichung eines Verstoßes durch die zeitliche Entfernung immer geringer wird. Nach Ablauf von sechs Monaten kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass sich die aktuelle Situation in dem betroffenen Unternehmen insoweit geändert hat, dass eine weiter andauernde Veröffentlichung des Verstoßes nicht mehr angemessen scheint.*³⁸

Diese neue gesetzliche 6-Monats-Frist ist als Konkretisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzusehen. Wir legen sie daher auch im Folgenden unseren Ausführungen zugrunde.

- b) Übertragung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen auf private Veröffentlichungen von Hygieneberichten

Diese für § 40 Abs. 1a LFGB erforderlichen verfassungsrechtlichen Einschränkungen sind zunächst **auf das hoheitliche Handeln gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 VIG, also die staatliche Veröffentlichung nach VIG, zu übertragen.**³⁹

Sie gelten aber darüber hinaus auch für die Fälle einer Herausgabe im Sinne des VIG an Private, **welche die Information erkennbar unmittelbar nach Erlangung online veröffentlichten werden.**

Denn andernfalls ergäben sich für das Verhältnis von VIG und LFGB unauflösliche und als solche verfassungswidrige Widersprüche. Wenn eine nach Maßgabe des LFGB erteilte Information spätestens nach sechs Monaten wieder gelöscht bzw. beseitigt werden muss, so kann für eine nach Maßgabe des VIG erteilte Information nichts Gegenteiliges gelten. Denn andernfalls könnte die Sechs-Monate-Sperrwirkung des LFGB faktisch über das Verfahren nach dem VIG umgangen werden: In beiden Fällen erteilt die zuständige Behörde eine bestimmte Information – entweder von Amts wegen der Öffentlichkeit gegenüber oder ebenso von Amts wegen einem privaten Antragsteller gegenüber. Geschieht dies nach dem LFGB, so gilt die Sechs-Monate-Frist. Geschieht dies nach dem VIG, so ist jedenfalls nach dem gegebenen Gesetzestext eine solche Sperrfrist nicht vorgesehen, obwohl der einzige Unterschied zwischen beiden Verfahren der ist, dass im Falle des VIG ein privater Antragsteller zwischengeschaltet ist, der über die von ihm ggf. geplante Veröffentlichung der Information jedoch den gleichen Effekt erreichen kann, wie wenn eine identische Information von der Behörde direkt an die Öffentlichkeit nach Maßgabe des LFGB gegeben worden wäre. Aus der Sicht des verfassungsrechtlich geschützten Dritten bestehen insoweit keine Unterschiede. Der informationelle Eingriff in seine Rechte besteht in identischer Weise. Diesem Effekt lässt sich nur in der Form entgehen, dass Informationen nach dem VIG jedenfalls für den Fall ihrer geplanten oder möglichen Veröffentlichung an die gleiche Sechs-

³⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches, BT-Drs. 19/4726, S. 8.

³⁹ So unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 2018 betreffend BeckOK InfoMedienR/Rossi, 22. Ed. 1. Mai 2018, VIG § 6 Rn. 7.

Monate-Frist gebunden werden, wie sie für das LFGB gilt. Dies muss wiederum im Verwaltungsverfahren nach dem VIG unmittelbar, d.h. direkt im Verhältnis zwischen befragter Behörde und informationsbegehrendem Antragsteller, gewährleistet werden.

Vor diesem Hintergrund ist die vom Gesetzgeber für verhältnismäßig erachtete und inzwischen eingeführte Sechs-Monats-Frist auch für die Veröffentlichungen durch Private anzuwenden. Nach der Gesetzesbegründung ist in der Regel davon auszugehen, dass sich nach Ablauf von sechs Monaten die aktuelle Situation in dem betroffenen Unternehmen insoweit geändert hat, dass eine Veröffentlichung des Verstoßes nicht mehr angemessen scheint. Dies gilt für Fälle des § 40 Abs. 1a LFGB, in denen die Behörde unmittelbar nachdem sie Kenntnis erlangt, die Informationen veröffentlicht.

Im Falle einer antragsbezogenen Auskunft nach VIG kann aber ein erheblicher Zeitraum zwischen der Feststellung von Abweichungen durch die Behörde und dem Antrag auf Auskunft über diese Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG liegen. In diesem Zeitraum können die festgestellten Abweichungen bereits behoben worden sein. Die vom Gesetzgeber herangezogene Annahme, dass sich die Situation bei dem betroffenen Unternehmen nach Ablauf von sechs Monaten nach behördlicher Feststellung von Abweichungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG inzwischen geändert haben kann, gilt aber auch hier. In der Folge dürfen Informationen über Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG, die zum Zeitpunkt der Herausgabe an den Antragsteller länger als sechs Monate bekannt sind, nicht mehr veröffentlicht werden.

c) Wertungen in der übrigen Rechtsprechung

Dieser vorstehend geschilderten und als zwingend erachteten Rechtsfolge für das Verhältnis von LFGB und VIG hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings – zumindest teilweise widersprochen. Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus:

*„Das Verfassungsrecht steht einer Freistellung der informationspflichtigen Stelle von einer Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit der begehrten Informationen nicht entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar entschieden, dass die Verbreitung unzutreffender Informationen durch einen Träger der Staatsgewalt einen rechtswidrigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen kann. Die inhaltliche Richtigkeit einer Information sei grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass sie die Transparenz am Markt und dessen Funktionsfähigkeit fördere. **Allerdings könne der Träger der Staatsgewalt zur Verbreitung von Informationen unter besonderen Voraussetzungen auch dann berechtigt sein, wenn ihre Richtigkeit noch nicht abschließend geklärt sei.** In solchen Fällen hänge die Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationstätigkeit davon ab, ob der Sachverhalt vor der Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen, gegebenenfalls auch unter Anhörung Betroffener, sowie in dem Bemühen um die nach den Umständen erreichbare Verlässlichkeit aufgeklärt worden sei (BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 588, 1428/91 - BVerfGE 105, 252 <272>). **Diese Rechtsprechung betrifft aber Akte aktiver***

staatlicher Verbraucherinformation, wie sie § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG 2008/§ 6 Abs. 1 Satz 3 VIG 2012 zulässt, nicht hingegen den Regelfall antragsgebundener Informationsgewährung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VIG 2008/§ 4 Abs. 1 Satz 1 VIG 2012), um die es hier geht. Zwischen beiden Arten der Informationsgewährung bestehen gravierende Unterschiede, die es ausschließen, die dargestellte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die antragsgebundene Informationsgewährung zu übertragen. Mit aktivem Informationshandeln wendet sich der Staat nicht an einen einzelnen zuvor selbst initiativ gewordenen Anspruchsteller, sondern an alle Marktteilnehmer und wirkt so unter Inanspruchnahme amtlicher Autorität direkt auf den öffentlichen Kommunikationsprozess ein. Das verschafft den übermittelten Informationen breite Beachtung und gesteigerte Wirkkraft auf das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer. Die Auswirkungen einer antragsgebundenen Informationsgewährung auf das Wettbewerbsgeschehen bleiben dahinter qualitativ und quantitativ weit zurück. Eine Breitenwirkung vermögen sie nur vermittelt durch Veröffentlichungen Privater zu erzielen, denen nicht die Autorität staatlicher Publikation eigen ist und gegen die sich die betroffenen Unternehmen bei sorgfaltswidriger Verbreitung, namentlich im Falle sachlicher Unrichtigkeit, zivilrechtlich zur Wehr setzen können.“⁴⁰

Auch wenn es bei dem Portal Topf Secret ersichtlich nicht um die inhaltliche Richtigkeit und/oder Aktualität der verbreiteten Information geht, ist nicht auszuschließen, dass sich Behörden bzw. Gerichte auf die oben zitierte Rechtsprechung stützen und sich auf die Unterschiede bei staatlicher und privater Informationstätigkeit berufen werden, die einer 1:1-Übertragung verfassungsrechtlicher Anforderungen für die hoheitliche Öffentlichkeitsinformation auf hoheitliche Informationsgewährungen an Private entgegenstehen, und zwar auch dann, wenn nach privater Informationserlangung erkennbar eine Öffentlichkeitsinformation erfolgen soll.

Eine solche Argumentation wäre jedoch – wie oben schon dargelegt – nicht überzeugend. Denn die oben zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts passt hier schlicht nicht. Die *qualitativen und quantitativen Auswirkungen* der über Topf Secret veröffentlichten Informationen auf das Wettbewerbsgeschehen führen im Falle **einer von Anfang an geplanten Veröffentlichung durch Private auf der Plattform zu keinem relevanten Unterschied von staatlichem und privatem Informationshandeln:**

- **In qualitativer Hinsicht** werden die Hygieneberichte auf der Plattform Topf Secret gebündelt dargestellt. Die Funktionsweise des Portals, die Rolle der Behörde und der anderen Beteiligten wird erläutert. Es ist transparent und klar, dass die Behörde die Infos geliefert hat. Selbst die konkrete Behörde wird jeweils genannt. Die Portalbetreiber machen auch deutlich, dass die Behörde aus ihrer Sicht „keine Wahl“ hat, sondern – wenn die Berichte vorliegen – zur Herausgabe verpflichtet ist.

⁴⁰ BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2015, Az. 7 B 22.14, Rn. 12.

- In **quantitativer Hinsicht** erreicht die Plattform Topf Secret – auch aufgrund der medialen Präsenz – einen sehr großen Empfängerkreis mit überregionalem Einzugsgebiet. Die Informationen können weltweit abgerufen werden. Damit wird Topf Secret u.U. von deutlich mehr Menschen wahrgenommen als bei staatlicher Informationstätigkeit der Fall ist, die ggf. nur lokal bekannt gemacht werden würde.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass die (nach der Gestaltung der Plattform *notwendigerweise erfolgende*) Veröffentlichung auf der Plattform Topf Secret im Wesentlichen einer Veröffentlichung durch die Verwaltung selbst mindestens gleichkommt.

Für die Behörden ergeben sich aus den Umständen der Antragstellung ganz eindeutige und konkrete Anhaltspunkte für eine geplante Veröffentlichung (gleichartige Formulierung des Antrags (Musterschreiben), Hinweis auf die Plattform selbst etc.). Die Anträge der Plattform Topf Secret sind für Behördenmitarbeiter ferner über die E-Mail-Adresse des Antragstellers erkennbar.

Da dies so ist, kann sich die Behörde nicht von ihren grundrechtlichen Schutzpflichten freizeichnen. Sie wirkte sonst „sehenden Auges“ an der faktischen Veröffentlichung von Informationen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG mit.

Wenn die Behörde schon **im Falle einer Gefahrenlage** – also wenn das Verhalten des Grundrechtsträgers einen gesetzlich geregelten Gefahrentatbestand erfüllt, er daher tendenziell weniger schutzwürdig ist – **nur unter hohen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen** die Öffentlichkeit informieren darf, kann es nicht sein, dass **unterhalb der Anforderungen einer behördlichen Informationspflicht** – also wenn das Verhalten des Grundrechtsträgers keinen gesetzlich geregelten Gefahrentatbestand erfüllt, er vollumfänglich schutzwürdig ist – **geringere Voraussetzungen für die Information der Öffentlichkeit gelten**.

Folgerichtig müssen die vom Bundesverfassungsgericht festgelegten Voraussetzungen und Beschränkungen – jedenfalls dann, wenn – wie hier – Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die behördlichen Informationen nicht nur dem Antragsteller herausgegeben werden, sondern auch und gerade veröffentlicht werden sollen – *erst recht* auch im Falle eines Informationsverlangens nach VIG gelten.

Diese Einschätzung findet im Ergebnis auch Rückhalt auf ministerieller Ebene, wie die Pressemitteilung der zuständigen Landesministerin in Schleswig-Holstein Sütterlin-Waack zeigt, die verfassungsrechtliche Bedenken unabhängig davon anmeldet, ob der Staat die Informationen veröffentlicht oder er Informationen an Dritte gibt, die sie ihrerseits erklärtermaßen öffentlich machen wollen.⁴¹

⁴¹ Im Internet unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/II/Presse/PI/2019/Verbraucherschutz/190228_Topf_Secret.html (zuletzt abgerufen am 7. März 2019).

Diese Einschätzung findet außerdem Rückhalt im Beschluss des Verwaltungsgerichts Regensburg. Das Verwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung der Klage eines Gaststättenbetreibers gegen einen Bescheid angeordnet, der die Herausgabe von Kontrollberichten über sein Restaurant gewährte und über das Portal Topf Secret gestellt wurde. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 2018 auf einen Anspruch nach VIG und wirft u.a. die im Hauptsacheverfahren zu klärende Frage auf, ob ein wichtiger Grund im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 2 VIG vorliege, der dazu führen könne, dass dem Antragsteller lediglich Akteneinsicht bzw. Auskunft zu erteilen ist.⁴²

2.3.2 Beschränkung der Information auf erhebliche Verstöße (analog § 40 Abs. 1a LFGB)

Neben der zeitlichen Beschränkung der Informationserteilung sind auch die weiteren tatbestandlichen Restriktionen des § 40 Abs. 1a LFGB für das behördliche Informationshandeln auf die Bereitstellung von Auskünften nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG zu übertragen, wenn der Antragsteller die erhaltenen Informationen über eine Internetplattform weiterverbreiten will.

§ 40 Abs. 1a LFGB erlaubt den Behörden eine Information der Öffentlichkeit nur bei Verstößen gegen

- gesetzliche Vorschriften über zulässige Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen bestimmter Stoffe in Lebensmitteln,
- Vorschriften über nicht zugelassene oder verbotene Stoffe in Lebensmitteln und
- sonstige gesetzliche Vorschriften zum Schutz vor Gesundheitsgefährdungen oder vor Täuschung oder nur der Einhaltung hygienischer Anforderungen dienen, wobei es sich um einen „nicht unerheblichen“ oder wiederholten Verstoß handeln und die Verhängung eines Bußgeldes von mindestens EUR 350,00 zu erwarten sein muss. Verstöße gegen bauliche Anforderungen sowie gegen reine Aufzeichnungs- oder Mitteilungspflichten, die jeweils keine Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln bewirken, sind kein ausreichender Anlass für eine behördliche Information.

Diese Beschränkungen sind auch zu beachten, wenn über einen Antrag nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG entschieden wird und der Antragsteller erkennbar beabsichtigt, die erhaltenen Informationen über eine allgemein zugängliche Plattform im Internet zu verbreiten.

Die skizzierten Beschränkungen des staatlichen Informationshandelns in § 40 Abs. 1a LFGB dienen dem Schutz der grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Be-

⁴² Verwaltungsgericht Regensburg, Beschluss vom 15. März 2019, Az.: RN 5 S 19.189 (bisher – Stand 21. März 2019 – nicht rechtskräftig).

triebe vor unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen durch die Verbreitung nachteiliger Informationen. Aus der Perspektive der Grundrechtsträger besteht dieselbe Interessenlage, wenn staatliche Stellen Informationen an einzelne private Antragsteller herausgeben, die es von vornherein auf eine Verbreitung der erlangten Auskünfte im Internet anlegen. Wie oben dargestellt, ist diese Situation quantitativ und qualitativ dem unmittelbaren staatlichen Informationshandeln gegenüber der Öffentlichkeit mindestens gleichwertig.

Eine andere Bewertung ist auch nicht etwa deshalb geboten, weil § 40 Abs. 1a LFGB behördliche Informationen gegenüber der Öffentlichkeit bereits beim Bestehen des begründeten Verdachts eines Verstoßes gegen verbraucherschützende Vorschriften zulässt, während auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG nur abschließend festgestellte Abweichungen von Rechtsvorschriften mitgeteilt werden dürfen. Die Anforderungen, die § 40 Abs. 1a LFGB an die Feststellung der Tatsachengrundlagen für einen zur Informationserteilung ausreichenden Verdacht stellen, sind so streng, dass sie im Ergebnis der abschließenden Feststellung der Abweichung gleichkommen. Das hat nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu § 40 Abs. 1a LFGB festgestellt⁴³.

Vor dem skizzierten Hintergrund ist davon auszugehen, dass das Fehlen von Beschränkungen des Informationsanspruchs nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG zum Schutz betroffener Betriebe von unverhältnismäßiger Beeinträchtigung durch die Weiterverbreitung der herausgegebenen staatlichen Informationen eine vom Gesetzgeber in dieser Form nicht intendierte Regelungslücke darstellt.

Denn eine Online-Plattform wie Topf Secret, über die Verbraucher per vorgefertigtem Anfragemuster „durch einen Klick“ direkt bei der zuständigen Behörde Hygieneprüfberichte anfragen können, um sie dann auf derselben Plattform hochzuladen, ist ein neues Phänomen. Es unterscheidet sich von Einzelveröffentlichungen durch Private vor allem dadurch, dass die Anfragen und Veröffentlichungen über die Plattform institutionalisiert sind und durch diese Vereinfachung einen großen Anreiz für die Nutzer bieten, Anfragen zu stellen und zu veröffentlichen. Außerdem werden die Berichte gesammelt und systematisiert auf der Plattform zur Verfügung gestellt, was zu einer hohen Informationsdichte führt und eine Vergleichbarkeit zwischen den betroffenen Betrieben ermöglicht.

§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG regelt den Informationsanspruch **Einzelner** gegen den Staat. Offensichtlich hatte der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm nur die Konstellation vor Augen, dass einzelne Antragsteller u. a. Informationen über Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG anfragen und – ggf. auch einzelne Informationen veröffentlichen. Es ist fernliegend, dass der Staat mit der Norm die institutionalisierte Veröffentlichung von staatlichen Informationen über eine Plattform von der Dimension wie Topf Secret abschließend regeln wollte. Denn das Modell der Plattform Topf Secret geht in seiner gesamten Dimension und damit einhergehend auch in seiner grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkung über das

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 21. März 2018, Az: 1 BvF 1/13, Rn. 44.

hinaus, was der Gesetzgeber bei Schaffung des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG vor Augen hatte.

Hätte der Gesetzgeber den Fall regeln wollen, dass Private unter Nutzung des Informationsanspruchs nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG eine systematische Veröffentlichung einer großen Anzahl von Informationen über Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG planen, hätte er die Herausgabe an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie an die staatliche Veröffentlichung. Es erscheint sonst schlicht nicht plausibel, dass der Gesetzgeber an die staatliche Veröffentlichung höhere Anforderungen knüpft, als die Herausgabe zur privaten Veröffentlichung.

Dies hat für die Behörde zur Folge, dass sie einen auf das VIG gestützten Antrag auf Herausgabe von Informationen zur Veröffentlichung **zusätzlich** anhand der Voraussetzungen nach § 40 Abs. 1a LFGB analog zu prüfen hat. Kommt die Behörde im Anschluss an diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB analog nicht erfüllt sind (d.h. die begehrte Information unterhalb der dort im einzelnen geregelten Erheblichkeitsschwelle liegt), wäre diese Information – wenn auch die Voraussetzungen des VIG vorliegen – zwar an den Antragsteller herauszugeben. Sie darf von diesem aber nicht veröffentlicht werden. Da die Veröffentlichung durch Dritte nicht mehr im Einflussbereich der Behörde liegt, hat sie wirksam eine Veröffentlichung zu verhindern, indem sie dem Antragsteller durch Auflage im Bescheid aufgibt, dass die Veröffentlichung der herausgegebenen Informationen nicht zulässig ist.

2.3.3 Zugang zu personenbezogenen Daten (§ 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) VIG)

Ferner gilt: Der Informationsanspruch ist grundsätzlich ausgeschlossen, soweit Zugang zu personenbezogenen Daten beantragt wird.

a) Personenbezogene Daten

Das VIG selbst definiert nicht, was unter personenbezogenen Daten zu verstehen ist, sondern verweist auf Art. 4 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 679/2016 (Datenschutz-Grundverordnung – „**DS-GVO**“).⁴⁴

Danach sind personenbezogene Daten

*„alle Informationen, die sich auf eine **identifizierte oder identifizierbare natürliche Person** (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der*

⁴⁴ Vgl. BeckOK InfoMedienR/Rossi VIG § 3 Rn. 12, der hierzu noch auf die frühere Regelung in § 3 Abs. 1 BDSG verweist.

physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind.“ (Hervorhebung durch d. Verf.)

„Informationen“ in diesem Sinne sind Angaben aller Art zu den persönlichen oder sachlichen Verhältnissen der betroffenen Person. Geschützt sind nicht nur der Privatsphäre zuzurechnende Informationen, sondern auch alle Angaben, die sich auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen oder auf sonstige Umstände seiner „Sozialsphäre“ beziehen⁴⁵.

Als „personenbezogen“ i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO gelten nur Angaben, die sich auf eine **natürliche Person** beziehen. Das trifft im vorliegenden Kontext jedenfalls immer dann zu, wenn sich der geltend gemachte Informationsanspruch auf einen Gastronomiebetrieb bezieht, der von einem Einzelhaber geführt wird. Denn in einer solchen Konstellation sind Informationen über den Zustand und die Verhältnisse des Betriebs zugleich auch immer Angaben über den Inhaber.

Demgegenüber sind Angaben über **juristische Personen** grundsätzlich keine personenbezogenen Daten. Das ist allerdings dann anders, wenn die fraglichen Angaben zu der juristischen Person zugleich auch Informationen zu einzelnen hinter der juristischen Person stehenden Gesellschaftern beinhalten, sofern es sich bei diesen Gesellschaftern um natürliche Personen handelt⁴⁶. Das in der Literatur meistzitierte Beispiel dafür ist die „Ein-Mann-GmbH“, weil hier Informationen über die wirtschaftlichen, finanziellen oder sachlichen Verhältnisse der Gesellschaft regelmäßig auch Aussagen über die Verhältnisse des einzigen Gesellschafters sind⁴⁷. Ähnliche Konstellationen sind aber grundsätzlich auch bei anderen Gesellschaftsformen denkbar (insbesondere bei kleineren GbRs oder OHGs).

„Personenbezogen“ sind Informationen bereits dann, wenn die betroffene Person „identifizierbar“ ist. Dafür genügt es, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche (vgl. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO) die Identität der betroffenen Person mithilfe von „Zusatzwissen“ ermitteln könnte, das er sich mit nicht unverhältnismäßigem Aufwand (legal) und ggf. auch von Dritten beschaffen kann. Auf eine Absicht des Verantwortlichen zur Identifizierung kommt es nicht an; es genügt die objektive Möglichkeit⁴⁸.

Bei Gastronomiebetrieben, die von einem Einzelhaber oder einer „Kleinstgesellschaft“ geführt werden, wird eine solche Möglichkeit zur Identifizierung de facto immer bestehen.

⁴⁵ Karg, in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, zu Art. 4 DS-GVO Rn. 30.

⁴⁶ Vgl. z.B. Gola, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, zu Art. 4 Rn. 23.

⁴⁷ Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, 20. Juni 2007, WP 136, S. 27; Klabunde, in: Ehmann/Selmayr (Hg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 14; ähnlich Ernst, in Paal/Pauly (Hg.), DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 5; vgl. auch EuGH, Urt. v. 9. 11.2010 – C-92, 93/09, Rn. 53 zum Schutz des Persönlichkeitsrechts in der Grundrechtecharta.

⁴⁸ Vgl. Klar/Kühling, in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Auflage 2018, zu Art. 4 DS-GVO Rn. 23.

Selbst wenn die Behörde offensichtliche Identifizierungsmerkmale wie den Namen des Betriebsinhabers nicht mitteilt und aus den herauszugebenden Dokumenten entfernt (schwärzt), werden im Regelfall wenige Klicks im Internet genügen, um diese fehlenden Angaben zu ergänzen.

Im Ergebnis schließen damit Auskunftsanträge, die sich auf von Einzelinhabern, Ein-Mann-GmbHs oder vergleichbaren juristischen Personen geführte Gastronomiebetriebe beziehen, immer auch den Zugang zu personenbezogenen Daten ein und unterfallen deshalb dem Ausschlussgrund des § 3 Satz 1 Nr. 2 a) VIG. Daran ändert auch die in den auf dem Portal bereitgestellten Musteranträgen enthaltene Formulierung

„Personenbezogene Daten in den Informationen können Sie, soweit erforderlich, schwärzen.“

nichts. Denn wie dargelegt, lässt sich bei diesen inhabergeführten Betrieben der Informationsantrag ohne Bereitstellung von personenbezogenen Daten überhaupt nicht erfüllen⁴⁹.

b) Informationserteilung trotz des Vorliegens von Ausschlussgründen

Nach § 3 Satz 2 VIG erfolgt ein Ausschluss der Informationserteilung trotz der damit verbundenen Weitergabe von personenbezogenen Daten nicht, wenn die Betroffenen dem Informationszugang zugestimmt haben oder das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt.

Eine Zustimmung der Betriebe bzw. der dahinterstehenden Einzelpersonen zur Informationserteilung kann im vorliegenden Zusammenhang ausgeschlossen werden.

Ob das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt, ist im Rahmen einer Abwägung zu entscheiden.

Dabei hilft es nicht weiter, anzunehmen, dass das VIG „vom Grundsatz der Informationsfreiheit ausgeht und die Ausschluss- und Beschränkungsgründe eine zu rechtfertigende (und damit) restriktiv auszulegende) Ausnahmevorschrift darstellen“⁵⁰. Systematisch stellt § 3 Satz 2 VIG vielmehr selbst eine *Gegenausnahme* dar, die nach allgemeinen systematischen Erwägungen selbst gegenüber dem grundsätzlichen Ausschluss, auf den sie sich bezieht, restriktiv auszulegen wäre. Genauso gut könnte man außerdem § 3 VIG als Ausnahme von dem grundsätzlich verankerten Recht auf informationelle Selbstbestimmung

⁴⁹ Aus diesem Grund führt auch die Mitteilung des nordrhein-westfälischen Verbraucherschutzministeriums nicht weiter, dass man durch die Entnahme der Informationen „mittels einer tabellarischen Auswertung“ die Herausgabe personenbezogener Daten ausschließen wolle; vgl. Schreiben der Ministerin für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nord-rhein-Westfalen vom 25.02.2019, S. 3 Abs. 3.

⁵⁰ So *Heinicke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 171. EL Juli 2018, VIG § 3 Rn. 52; VG Saarland, Urteil vom 24. August 2010 – Az. 3 K 228/10 Rn. 24.

(Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) und Datenschutz begreifen (vgl. Artt. 5 Abs. 1 Buchst. c), 6 Abs. 1 DS-GVO). Im Ergebnis kommt es auf die Gewichtung der konkret abzuwägenden Rechtsgüter an.⁵¹

Die Gewichtigkeit des öffentlichen Interesses hängt im Wesentlichen von der Schwere der festgestellten Verstöße ab. Um das erhebliche schützenswerte Interesse der betroffenen Person am Ausschluss der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EU GRCh) zu überwiegen, muss der Verstoß zumindest eine konkrete Gefahr für ebenfalls grundrechtlich geschützte Positionen, insbes. die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1; Artt. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 EU GRCh) darstellen.⁵² Eine bloß abstrakte Gefahr genügt insoweit nicht, denn in das Recht auf den Schutz der personenbezogenen Daten wird im Falle der Bekanntmachung sicher eingegriffen. Gerade die Inhaber von kleineren sind besonders schützenswert, denn eine rechtswidrige Verbreitung ihrer personenbezogenen Daten kann für sie gravierende wirtschaftliche Folgen haben.⁵³

Das ist deshalb von besonderer Relevanz, weil die Verhaltensregeln in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 so weit gefasst sind und so viele Festlegungen weit im Vorfeld konkreter Gefahren treffen, dass die Schwelle für Beanstandungen sehr niedrig ist. Nachteilige Beeinflussungen im Sinne der Lebensmittelhygiene-Verordnung („LMHV“) liegen zudem bereits bei bloß „Ekel erregende[n] Beeinträchtigung[en]“ vor, ohne dass es zu einer konkreten Gesundheitsgefährdung kommen muss (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 LMHV). Beanstandungen, die sich bloß auf präventive Schutzmaßnahmen beziehen, deren Unterlassung im Einzelfall keine konkrete Gesundheitsgefahr zur Folge hat, führen nicht zu einem öffentlichen Interesse an ihrer Bekanntmachung, das das ihm gegenüberstehende, gewichtige Recht auf Datenschutz überwiegt. Beispielhaft seien einige solche Beanstandungen aus dem von Foodwatch hochgeladenen Prüfbericht über die Bonner Kantine im Bundesministerium für Arbeit und Soziales⁵⁴ genannt:

„Zum Zeitpunkt der Kontrolle fehlte im Trockenlager die erforderliche Grundordnung. (...)

An den zu öffnenden Fenstern fehlte der erforderliche Insektenschutz. (...)

⁵¹ Dies für verfassungsrechtlich geschützte Rechte auch zugestehend *Heinicke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 171. EL Juli 2018, VIG § 3 Rn. 52; *Grube/Immel/Wallau*, VIG, § 3 Rn. 4; vgl. auch BeckOK InfoMedienR/Rossi, 22. Ed. 1. Mai 2018, VIG § 1 Rn. 23.

⁵² A.A. VG Saarland, Urteil vom 24. August 2010 – Az. 3 K 228/10 Rn. 26. Nichtsdestotrotz geht das VG Saarland im Folgenden (Rn. 27 f.) darauf ein, dass es sich im konkreten Fall um gesundheitsgefährdende Mängel handelte.

⁵³ *Heinicke*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 171. EL Juli 2018, VIG § 3 Rn. 51.

⁵⁴ Online verfügbar unter https://www.foodwatch.org/uploads/media/Anlagen_Bescheid_28.11.2018.pdf, zuletzt abgerufen am 7. März 2019.

Am Lichtschalter waren die Oberflächen stellenweise so erheblich beschädigt, dass eine leichte Reinigung nicht mehr gegeben war. “

An der Bekanntgabe bereits abgestellter Verstöße kann unabhängig von ihrer ehemaligen Schwere erst Recht kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen, denn das VIG bezweckt die Information des Verbrauchers, um ihn zur Steuerung seines Verhaltens zu befähigen (vgl. 1 VIG),⁵⁵ nicht ein nachträgliches *Shaming & Blaming*. Transparenz ist kein Selbstzweck, sondern soll v.a. die Gesundheit der Verbraucher und die Lauterkeit des Verkehrs schützen.⁵⁶

Selbst wenn Beanstandungen vorliegen, die eine konkrete Gesundheitsgefahr bedeuten, sodass das öffentliche Interesse an deren Bekanntgabe überwiegt, führt dies nicht automatisch dazu, dass der Prüfbericht im Ganzen bekanntgegeben werden darf. Der Schutz des Betroffenen verlangt auch in diesen Fällen eine Beschränkung der Bekanntgabe auf die im beschriebenen Sinne erheblichen Beanstandungen. Die übrigen Beanstandungen müssen vertraulich bleiben, denn ihr Bekanntwerden würde einen Eingriff in die Rechte des Betroffenen bedeuten, an dem kein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Die zur Auskunft verpflichtete Behörde muss die von ihr zur Bekanntgabe vorgesehenen Informationen entsprechend aufbereiten.

Darüber hinaus sind jedenfalls die vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 40 Abs. 1a LFGB entwickelten Maßstäbe einzuhalten (s. oben C.I.2.3.1). Danach ist die Mitteilung über Verstöße mit einer Mitteilung über deren etwaige Abstellung zu verbinden. Angaben dazu muss die Behörde, wenn sie Informationen gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG bekannt geben will, daher im Rahmen der Anhörung des betroffenen Betriebs (vgl. zur Anhörung oben B.I) erfragen. Außerdem dürfen nur eindeutig festgestellte Verstöße und keine ungeklärten Verdachtspunkte mitgeteilt werden. Des Weiteren gilt die zeitliche Beschränkung der Bekanntgabe von festgestellte Rechtsverstößen (s. oben C.I.2.3.1b)).

Zusammenfassend kann der datenschutzrechtlich begründete Ausschluss des Auskunftsanspruchs nur für Informationen über festgestellte Rechtsverstöße überwunden werden, die konkrete, zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung noch bestehende Gesundheitsgefahren zur Folge haben.

2.4 Ablehnungsgründe nach § 4 Abs. 3 bis 5 VIG, insbesondere Missbräuchlichkeit?

Vor Herausgabe der Information an den Antragsteller hat die Behörde zu prüfen, ob gesetzlich geregelte Ablehnungsgründe nach § 4 Abs. 3 bis 5 VIG gegeben sind.

⁵⁵ BR-Drs. 273/07, S. 11f.

⁵⁶ BeckOK InfoMedienR/Rossi, 22. Ed. 1. Mai 2018, VIG § 1 Rn. 21.

Relevant ist vor allem die Bestimmung, wonach ein missbräuchlich gestellter Antrag abzulehnen ist (§ 4 Abs. 4 Satz 1 VIG). Der Gesetzeswortlaut sieht hier „insbesondere“ den Fall vor, dass der Antragsteller über die begehrten Informationen bereits verfügt (§ 4 Abs. 4 Satz 2 VIG). Wird ein Antrag missbräuchlich gestellt, hat die Behörde den Antrag abzulehnen (gebundene Entscheidung). Weitere Fälle einer rechtsmissbräuchlichen Antragstellung über den gesetzlich geregelten Fall sind möglich (die Regelung ist insoweit nicht abschließend – „insbesondere“).

Eine missbräuchliche Antragstellung wird etwa im Zusammenhang mit Anträgen durch Wettbewerber betroffener Betriebe diskutiert.

Nach Ansicht des VGH München ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Antrag nicht dem Zweck des VIG unterfällt, sondern nur dazu dient, skandalverdächtige Informationen zur eigenen Veröffentlichung zu erlangen. Die Norm bestehe nur im öffentlichen Interesse und diene nur dem Schutz der auskunftspflichtigen Stellen vor rechtsmissbräuchlichen Auskunftersuchen. Auch wird der Antrag eines Wettbewerbers in aller Regel zumindest *auch* den gesetzlichen Zielen dienen und ist daher regelmäßig nicht bereits als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

2.5 Aber: Relevanz von Veröffentlichungen durch Wettbewerber aus der grundrechtlichen Perspektive des Betroffenen

Allerdings ergibt sich eine ganz ähnliche Fragestellung, welche die Behörde zu Nebenbestimmungen zum Herausgabebescheid verpflichten könnte, aus den Grundrechten der betroffenen Betriebe. Dies deshalb, weil die Wettbewerbsfreiheit ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG und die Wettbewerbsgleichheit durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützt ist, und zwar namentlich vor unverhältnismäßigen staatlichen Eingriffen.⁵⁷

Aus der gewerblichen Konkurrenz unterschiedlicher Grundrechtsträger des Art. 12 GG und der konkurrierenden Nutzung unternehmensmäßigen Eigentums im Sinne des Art. 14 GG erwächst nämlich der Wettbewerb als reales Ergebnis freiheitlicher Grundrechtsausübung.⁵⁸ Die **Wettbewerbsfreiheit** gehört damit zu den unmittelbar durch Art. 12, 14 GG geschützten (funktionstypischen) Annexfreiheiten. Aus dem Gewährleistungszusammenhang folgt zugleich das Prinzip der **Wettbewerbsgleichheit** bzw. der gleichen Wettbewerbsfreiheiten – **mit der Folge des Schutzes vor willkürlicher Veränderung oder Beeinflussung des Wettbewerbs**.⁵⁹

Wettbewerbsrechtlich wäre das Hochladen von negativen Prüfergebnissen durch einen Konkurrenten des Betroffenen grundsätzlich zu missbilligen, wie wir unten noch im Einzelnen aufzeigen werden. Dies hat bereits die Behörde bei der Informationsherausgabe zu berücksichtigen; sie kann sich ihren grundrechtlichen Schutzpflichten nicht „sehenden Auges“ begeben.

⁵⁷ Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 20.

⁵⁸ Maunz/Dürig/Scholz, 85. EL November 2018, GG Art. 12, Rn. 144.

⁵⁹ Maunz/Dürig/Scholz, 85. EL November 2018, GG Art. 12 Rn. 144.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Herausgabe von Hygieneberichten nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG nicht vorgesehen ist, denn hiernach sind lediglich Auskünfte über „Abweichungen von Anforderungen“ erfasst. Weitere Einschränkungen ergeben sich zudem (auch wenn ein unmittelbarer Produktbezug der Informationen wohl nicht als erforderlich anzusehen ist), wenn

- die Informationen vor mehr als fünf Jahren seit der Antragstellung entstanden sind (ausdrücklich geregelt in § 3 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e) VIG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG);
- unter Zugrundelegung und Übertragung der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts und deren Umsetzung durch den Gesetzgeber zur Erforderlichkeit einer zeitlichen Begrenzung der Information nach § 40 Abs. 1a LFGB die Information im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG vor mehr als sechs Monaten seit der Antragstellung entstanden ist; durch Auflagen im Herausgabebescheid haben die Behörden gegenüber dem jeweiligen Antragsteller sicherzustellen, dass eine Veröffentlichung durch ihn nach Ablauf dieses Zeitraums nicht mehr erfolgt (und, wenn sie denn erfolgt ist, spätestens dann zu löschen ist),
- auch die sonstigen verfassungsrechtlichen Beschränkungen, die zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebotes in § 40 Abs. 1 a LFGB (wie das Bundesverfassungsgericht entscheiden hat: notwendigerweise) enthalten sind, Beachtung finden, d.h.: Wenn die von der Behörde zu prüfenden Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB analog nicht erfüllt sind; haben die Behörden durch Auflagen dem jeweiligen Antragsteller dann aufzugeben, dass die Veröffentlichung der herausgegebenen Informationen nicht zulässig ist oder
- ein Ausschluss- und Beschränkungsgrund nach VIG gegeben ist, insbesondere wenn die Herausgabe personenbezogener Daten beantragt wird.

Schließlich haben die Behörden Sorge dafür zu tragen, dass die Veröffentlichung durch einen Wettbewerber des Betroffenen zu unterbleiben hat, da ansonsten die Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit der Betroffenen in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt wäre.

4. Sicherung der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Anforderungen durch Auflagen

Der wirksamste Weg, die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Anforderungen im Falle der Veröffentlichung von Informationen sicherzustellen, ist es, behördliche Auflagen in den Bescheid zu integrieren. Nach § 36 Abs. 1 VwVfG darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.

Die entsprechende Rechtsvorschrift, die Auflagen im Falle der Veröffentlichung der Informationen zulässt, ist § 4 Abs. 1 Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG⁶⁰). Danach kann die öffentliche Stelle für die Weiterverwendung Nutzungsbestimmungen vorsehen (Satz 1). Die Nutzungsbestimmungen müssen verhältnismäßig sein, dürfen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen und die Möglichkeiten der Weiterverwendung nicht unnötig einschränken (Satz 2). Die Gleichbehandlung der Nutzer ist zu gewährleisten (Satz 3).

Die Herausgabe der Informationen über festgestellte Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG an einen Antragsteller, der erkennbar das Ziel der Veröffentlichung verfolgt, ist – soweit die Herausgabe überhaupt zulässig ist (s.o.) – nur dann rechtmäßig, wenn die Herausgabe mit der **Auflage** verbunden wird, dass die Veröffentlichung dieser Informationen **zeitlich begrenzt wird** und mit der Mitteilung verbunden wird, ob und wann ein **Verstoß behoben wurde**. Dabei ist u. E. die vom Gesetzgeber infolge der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für verhältnismäßig erachtete und durch § 40 Abs. 4a LFGB eingeführte 6-Monats-Frist vorzugeben.

Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass die von ihr zu prüfenden Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB analog nicht erfüllt sind, hat sie die Auflage im Herausgabebescheid vorzugeben, dass die Veröffentlichung der herausgegebenen Informationen nicht zulässig ist.

Ferner hat die Behörde generell die **Auflage** aufzunehmen, **dass Wettbewerber des betroffenen Betriebes die Information nicht veröffentlichen dürfen**, um die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Wettbewerbsfreiheit und -gleichheit abzusichern.

II. Zivilrechtliche Ansprüche

Neben den verwaltungsrechtlichen (und verwaltungsprozessual durchzusetzenden) Herausgabebeschränkungen bestehen unter bestimmten Voraussetzungen zivilrechtliche Ansprüche auf Löschung, Unterlassung und eventuell sogar Schadensersatz wegen des Hochladens von negativen Hygieneprüfberichten bzw. Informationen über festgestellte Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG (im Folgenden gemeinsam „**Prüfergebnisse**“) gegen

- Wettbewerber, die Prüfergebnisse auf Topf Secret veröffentlichen (im Folgenden „**wettbewerbsrechtliche Hochlader**“) (dazu 1.)
- Privatpersonen, die Prüfergebnisse auf Topf Secret veröffentlichen (im Folgenden „**private Hochlader**“) (dazu 2.) sowie
- den **Plattformbetreiber** selbst (dazu 3.).

Im Folgenden stellen wir die zivilrechtlichen Ansprüche im Einzelnen dar:

⁶⁰ Vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2913), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Juli 2015 (BGBl. I S. 1162) zuletzt geändert worden ist.

1. Ansprüche gegen wettbewerbsrechtliche Hochlader

1.1 Wettbewerbsrechtliche Ansprüche

Es sprechen gute Gründe für die lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit der Veröffentlichung von negativen Prüfergebnissen eines Konkurrenten. In der Praxis könnte allerdings der Nachweis schwierig werden, dass die Prüfergebnisse von einem Konkurrenten veröffentlicht wurden bzw. Wettbewerber könnten andere Personen vorschicken, welche die Prüfergebnisse dann in ihrem Namen veröffentlichen.

Im Einzelnen:

1.1.1 Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung⁶¹ der Veröffentlichung von negativen Prüfergebnissen durch einen Mitbewerber gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr. 1 UWG.

Wenn ein Mitbewerber des betroffenen Betriebs Prüfergebnisse bei Topf Secret veröffentlicht, könnten dem betroffenen Betrieb Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr.1 UWG zustehen.

Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 UWG handelt unlauter, wer die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

a) Mitbewerber

„Mitbewerber“ in diesem Sinn ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG

„jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“.

Mitbewerber wäre somit insbesondere der Inhaber eines anderen Gaststättenbetriebs.

b) Geschäftliche Handlung

Außerdem müsste die Veröffentlichung eine geschäftliche Handlung im Sinn von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellen. Nach dieser Regelung ist eine geschäftliche Handlung

„jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.“

⁶¹ Der konkrete Anspruchsinhalt bestimmt sich nach dem Einzelfall.

Danach wäre nicht nur die Veröffentlichung durch einen Mitbewerber selbst erfasst, sondern auch die Veröffentlichung durch einen Dritten, wenn diese mit dem Ziel erfolgt, den Wettbewerb eines Konkurrenten zu fördern. Allerdings wäre der betroffene Betrieb dafür beweispflichtig und dieser Beweis könnte in der Praxis schwierig werden, insbesondere wenn der Veröffentlichende keine offensichtlichen Beziehungen zu einem Wettbewerber hat. Zudem muss der Anspruchsteller nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UIG nicht zwingend identisch mit dem Hochlader sein und es kann auch mehrere UIG-Anspruchsteller geben, von denen nur einer ein Mitbewerber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist.

c) Prüfergebnisse stellen Tatsachenbehauptungen dar

Bei den in Rede stehenden negativen Hygieneprüfberichten handelt es sich um herabsetzende Tatsachenbehauptungen im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG.

Die in behördlichen Prüfberichten festgestellten Ergebnisse und Informationen stellen nach gefestigter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung Tatsachenbehauptungen dar. Dies gilt sowohl für die im Rahmen der behördlichen Sachverhaltsaufklärung getroffenen tatsächlichen Feststellungen (also bezüglich des Vorliegens oder Nichtvorliegens bestimmter Umstände) als auch für die auf dieser Grundlage vorgenommenen rechtlichen Bewertungen, insbesondere die Fassung unter einen bestimmten Rechtsbegriff oder die Feststellung einer Abweichung von gesetzlichen Vorgaben oder Richtwerten⁶².

Nach zivilrechtlicher Rechtsprechung ist zwar zweifelhaft, ob eine rechtliche Bewertung eine Tatsachenbehauptung darstellt und nicht eher eine Meinungsäußerung ist, da eine Subsumtion regelmäßig auch von Wertungen geprägt ist⁶³. Insoweit kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Diese Frage kann u.E. jedoch dahingestellt bleiben, da jedenfalls die Sachverhaltsdarstellung in dem Bericht eine Tatsachenbehauptung ist. Für Inhalt und Umfang der zivilrechtlichen Ansprüche macht es keinen Unterschied, ob ganze Hygieneprüfberichte oder Informationen über festgestellte Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UIG auf Topf Secret veröffentlicht werden. Wir gehen davon aus, dass die Informationen über festgestellte Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UIG ebenfalls Tatsachenbehauptungen enthalten.

d) Negative Prüfergebnisse sind herabsetzend

Gemessen an der bisherigen Rechtsprechung sind negative Prüfergebnisse auch herabsetzend im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG.

⁶² Im Bereich der staatlichen Informationstätigkeit vgl. insbesondere OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Mai 2014, Az. OVG 5 S 21/14, NVwZ-RR 2014, 843 spricht insoweit von „Daten“; VG Karlsruhe, Beschluss vom 11. April 2017, Az. 6 K 7812/16, BeckRS 2017, Rn. 40 f.; sowie VG Oldenburg, Beschluss vom 18. Januar 2019, Az. 7 B 4420/18, juris, Rn. 19 ff. speziell zur behördlichen Informationstätigkeit gem. § 40 Abs. 1a LFGB, in dem von „Informationen“ die Rede ist.

⁶³ Vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2016, Az. VI ZR 302/15, NJW 2016, 1584, Rn. 20.

Unter „Herabsetzung“ wird von der herrschenden Ansicht die sachlich nicht gerechtfertigte Verringerung der Wertschätzung des Mitbewerbers (oder seines Unternehmens und/oder seiner Leistungen) durch ein abträgliches Werturteil oder eine abträgliche wahre oder unwahre Tatsachenbehauptung verstanden⁶⁴; „Verunglimpfung“ ist eine gesteigerte Form der Herabsetzung und besteht in der Verächtlichmachung des Mitbewerbers ohne sachliche Grundlage⁶⁵. Da beide Begriffe gleichgestellt sind, ist eine genaue Abgrenzung hier entbehrlich.

Ob eine Herabsetzung oder Verunglimpfung vorliegt, beurteilt sich nach dem Eindruck der angesprochenen Verkehrskreise⁶⁶.

Die Rechtsprechung bejaht regelmäßig eine Herabsetzung im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG bzw. eine unzulässige Wettbewerbshandlung bei der Verbreitung ungeschwärzter Gerichtsentscheidungen⁶⁷.

Ebenso sind negative Prüfergebnisse (und nur solche sollen ja veröffentlicht werden) geeignet, die betroffenen Betriebe bei ihren Kunden in ein negatives Licht zu rücken. Das Bundesverfassungsgericht spricht sogar von

„einem erheblichen Verlust des Ansehens des Unternehmens (...) was im Einzelfall bis hin zur Existenzvernichtung reichen kann.“⁶⁸

Kaum ein anderes Merkmal ist in der Lebensmittelbranche aus Sicht des angesprochenen Verkehrs für eine geschäftliche Entscheidung so bedeutend wie die Hygiene und Sauberkeit. Dies belegen zahlreiche Verbraucherumfragen⁶⁹. Folglich stellen negative Prüfergebnisse aus Sicht der angesprochenen Kunden eine Herabsetzung des betroffenen Betriebs bzw. seines Inhabers dar.

⁶⁴ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 4 Nr. 1.12.

⁶⁵ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 4 Nr. 1.12; BGH, Urteil vom 1. Mai 2018, Az. I ZR 264/16, WRP 2018, 682 Rn. 15 – *Verkürzter Versorgungsweg II* m. w. N.

⁶⁶ BGH, Urteil vom 19. Mai 2011, Az. I ZR 147/09, MMR 2012, 77 Rn. 22 – *Coaching-Newsletter*.

⁶⁷ OLG Hamm, Urteil vom 7. Februar 2008, Az. 1-4 U 154/07, MMR 2008, 750 ff; OLG Koblenz, Beschluss vom 8.11.1988, Az. 6 W 681/88, juris, Rn. 10, wonach die Verbreitung einer ungeschwärzten Entscheidung eine „unzulässige Wettbewerbshandlung“ sei; OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.6.1988, Az. 6 U 200/87.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az.: 1 BvF 1/13, Rn. 34.

⁶⁹ Umfrage im Auftrag von *Aviko* (Stand 2018): <https://www.aviko.de/media/6289720/infografik-restaurantwahl.pdf> (letzter Abruf: 11. März 2019), Sauberkeit ist für 52 % der Befragten der entscheidende Faktor bei der Restaurantauswahl; damit zweitwichtigster Entscheidungsfaktor nach Geschmack des Essens; Umfrage im Auftrag von *Procter & Gamble Professional* (Stand 2013) im Internet abrufbar unter: <https://www.ahgz.de/marktdaten/gaeste-erwarten-hoehste-sauberkeit,200012203408.html> (letzter Abruf 11. März 2019), für 97 % der befragten Gäste ist die Sauberkeit der wichtigste Faktor bei der Auswahl eines Restaurants, Cafés, Nachtclubs oder Hotels; Umfrage im Auftrag von *Tork* durch die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) (Stand 2013) im Internet abrufbar: <https://www.food-service.de/maerkte/news/>

e) Unwahre herabsetzende Prüfergebnisse

Sofern ein Mitbewerber unwahre Prüfergebnisse (d. h. Ergebnisse mit unwahren Tatsachenbehauptungen) im Internet veröffentlichte, wäre dies gemäß § 4 Nr. 1 UWG unzulässig, ohne dass es einer Interessenabwägung bedürfte⁷⁰. Denn die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen ist nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG umfasst. U.E. kann sich der Mitbewerber auch nicht darauf berufen, dass seine Tatsachenbehauptung nicht das Prüfergebnis als solches sei, sondern nur die Aussage, dass es genau dieses Prüfergebnis gebe (was ja eine wahre Tatsachenbehauptung wäre). Denn mit der Veröffentlichung macht sich der Wettbewerber aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise den Inhalt der Prüfergebnisse zu eigen. Und selbst wenn man dies anders sähe, so dürfte auch die Veröffentlichung der Prüfergebnisse mit der Aussage, dass ein solcher Bericht von einer Behörde erlassen wurde, unzulässig sein, wie nachfolgend dargestellt wird.

f) Wahre herabsetzende Prüfergebnisse

Selbst wenn es sich bei den veröffentlichten Prüfergebnissen um **unverfälschte, wahre** Tatsachenbehauptungen handeln würde, sprechen gute Gründe dafür, dass deren Veröffentlichung im Internet unter bestimmten Voraussetzungen gleichwohl unzulässig ist.

Wahre Tatsachenbehauptungen fallen unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG), weil und soweit sie Voraussetzung der Meinungsbildung sind⁷¹. Gleichwohl verbietet das **lauterkeitsrechtliche Zurückhaltungsgebot** unnötige Herabsetzungen von Mitbewerbern, auch wenn sie der Wahrheit entsprechen⁷².

Deren Verbreitung ist unter Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen des betroffenen Mitbewerbers nur zulässig, wenn ein **sachlich berechtigtes Informationsinteresse der angesprochenen Verkehrskreise** im Hinblick auf eine geschäftliche Entscheidung besteht⁷³. Außerdem muss der Mitbewerber **einen hinreichenden Anlass** haben, den eigenen

[Sauberkeit-entscheidet-29209](#) (letzter Abruf: 10. März 2019), 79 % der Befragten gaben an, dass ihnen einwandfreie Hygiene und Sauberkeit bei einem Besuch in Hotels und Restaurants am wichtigsten sind.

⁷⁰ BGH, 19. Mai 2011, Az. I ZR 147/09, GRUR 2012, 74, 77 – *Coaching Newsletter* m.w.N.; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, Rn. 1.15 zu § 4.

⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 9. Oktober 1991, Az. 1 BvR 1555/88, NJW 1992, 1439, 1440; BGH, Urteil vom 1. März 2018, Az. I ZR 264/16, GRUR 2018, 622, Rn. 28 – *Verkürzter Versorgungsweg II*.

⁷² BGH, Urteil vom 14. Juli 1961, Az. I ZR 40/60, GRUR 1962, 45, 48 – *Betonzusatzmittel*; vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Dezember 1967, Az. Ib ZR 141/65, GRUR 1968, 262, 265 – *Fälschung*; BGH, Urteil vom 26. April 1990, Az. I ZR 127/88, GRUR 1990, 1012, 1013 – *Pressehaftung*.

⁷³ Vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 1964, Az. Ib ZR 108/62, GRUR 1964, 392, 394 – *Weizenkeimöl* zu § 1 UWG a. F.; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, Rn. 1.16 zu § 4. a.A.: *Omsels* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 4 Nr. 1 UWG, Rn. 22 hält diese Voraussetzungen für zu eng.

Wettbewerb mit der Herabsetzung des Mitbewerbers zu verbinden und seine Kritik muss sich nach **Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen** halten⁷⁴.

Vor diesem Hintergrund haben das OLG Hamm und das OLG Karlsruhe entschieden, dass die Veröffentlichung von ungeschwärzten Gerichtsentscheidungen nur zulässig ist, sofern dies zum Schutz der Verbraucher dringend geboten erscheint⁷⁵. Das OLG Hamm fordert insoweit wörtlich, dass es sich um Missstände handelt,

„die das Allgemeininteresse in schwerwiegender Weise berühren und von denen ansonsten nur die Mitbewerber Kenntnis haben“⁷⁶

Besondere Zurückhaltung sei ferner geboten, sofern Gerichtsentscheidungen noch nicht rechtskräftig seien⁷⁷.

Gemessen an den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen sowie den vorgenannten Entscheidungen (Rechtsprechung zum konkreten Fall gibt es – soweit ersichtlich nicht) sowie zusätzlich gemessen an den zu Art. 12 GG seitens des Bundesverfassungsgerichts entwickelten grundrechtlichen Maßstäben sprechen gute Gründe dafür, dass die Veröffentlichungen von negativen Prüfergebnissen durch Mitbewerber generell unzulässig sind. Denn § 40 Abs. 1a LFGB statuiert bei Bestehen einer Gefährdung für die Verbraucher durch Hygienemängel eine behördliche Veröffentlichungspflicht (dazu siehe oben C.I.1 f.). Folglich sind keine Fälle denkbar, in denen ein Mitbewerber zum Schutze der Allgemeinheit Prüfergebnisse veröffentlichen können muss. Die Mitbefriedigung von Verbraucherinteressen reicht unseres Erachtens nicht aus, um die Veröffentlichung von negativen Prüfergebnissen eines Mitbewerbers als Mittel zur Förderung des eigenen Wettbewerbs einzusetzen.

1.1.2 Schadensersatzansprüche

Gemäß § 9 UWG kann der betroffene Betrieb auf Schadensersatz gegen den wettbewerblichen Hochlader klagen, wenn dieser vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Allerdings könnte der

⁷⁴ BGH, Urteil vom 26. April 1990, Az. I ZR 127/88, GRUR 1990, 1012, 1013 – *Pressehaftung*; BGH, Urteil vom 14. Juli 1961, GRUR 1962, 45, 48 – *Betonzusatzmittel*; OLG Brandenburg, Urteil vom 13. Dezember 2016, Az. 6 U 76/15, GRUR-RS 2016; Rn. 21; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. Juni 1996, Az. 2 U 33/96, NJW-RR 1997, 108.

⁷⁵ OLG Hamm, Urteil vom 7. Februar 2008, Az. 1-4 U 154/07, MMR 2008, 750, 751; OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. Juni 1988, Az. 6 U 200/87, WRP 1989, 40, 43 fordert eine „besondere Notwendigkeit“ den betroffenen Mitbewerber namentlich zu nennen; a. A.: OLG Schleswig, Urteil vom 31. Januar 2008, Az. 5 U 96/07, NJOZ 2008, 3533, 3536 f. hielt die Weitergabe eines ungeschwärzten Urteils nicht für wettbewerbswidrig, da im Wirtschaftsleben nicht die strengen Grundsätze des Schutzes der Intim- und Privatsphäre gelten.

⁷⁶ OLG Hamm, Urteil vom 7. Februar 2008, Az. 1-4 U 154/07, MMR 2008, 750, 751.

⁷⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. Juni 1988, Az. 6 U 200/87, WRP 1989, 40, 43; OLG Koblenz, Beschluss vom 8. November 1988, Az. 6 W 681/88, juris, Rn. 11.

Nachweis der Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Schaden im Einzelfall schwer zu führen sein, insbesondere für Schaden außerhalb aufgewendeter Rechtsverfolgungskosten.

1.2 Privatrechtliche Ansprüche

Hat die Behörde den Herausgabebescheid mit einer Auflage versehen, welche die Veröffentlichung untersagt oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, stehen dem betroffenen Betrieb Unterlassungsansprüche gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) zu, sofern die Veröffentlichung einen Verstoß gegen die behördliche Auflage darstellen würde (vgl. dazu ausführlich unter (C.II.2.1.2)).

1.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche

Wie oben (I. 1.2.3 a) dargelegt, handelt es sich bei den Hygieneprüfberichten und sonstigen Informationen über Gastronomiebetriebe, die über das Portal „Topf Secret“ veröffentlicht werden (sollen), um personenbezogenen Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, wenn die betroffenen Betriebe von einem Einzelinhaber, einer Ein-Mann-GmbH oder einer vergleichbaren „Kleinstgesellschaft“ geführt werden und die Angaben über den Betrieb deshalb zugleich auch Angaben über die natürliche Person sind, die den Betrieb führt. Das gilt auch dann, wenn die von der Behörde bereitgestellten bzw. die von dem Wettbewerber in das Portal eingestellten Dokumente keine eindeutigen Identifizierungsmerkmale wie den Namen des Inhabers enthalten. Es genügt, dass die Betreiber des jeweiligen Betriebs unschwer durch eine einfach durchzuführende Recherche ermittelt werden können. Aus dem Datenschutzrecht können die betroffenen Personen Ansprüche auf Löschung bzw. zumindest auf Information des Portalbetreibers über eine bestehende Löschpflicht (nachfolgend 1.2.1 und 1.2.2) und auf Schadensersatz (1.2.3) gegen Wettbewerber herleiten, die behördliche Informationen über das Portal Topf Secret weiterverbreiten.

1.3.1 Anspruch auf Löschung personenbezogener Informationen gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO

Unter den Voraussetzungen des Art. 17 DS-GVO können Betreiber von Gastronomiebetrieben, deren personenbezogenen Daten in behördlichen Informationen enthalten sind, einen Anspruch auf Löschung gegen Wettbewerber geltend machen, die diese Informationen von einer Behörde erhalten und über das Portal „Secret Topf“ weiterverbreitet haben.

Gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO hat

„die betroffene Person (.) das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass sie betreffende personenbezogene Daten unverzüglich gelöscht werden, und der Verantwortliche ist verpflichtet, personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, sofern einer der folgenden Gründe zutrifft:

(...)

c) Die betroffene Person legt gemäß Artikel 21 Absatz 1 Widerspruch gegen die Verarbeitung ein und es liegen keine vorrangigen berechtigten Gründe für die Verarbeitung vor, (...)

d) Die personenbezogenen Daten wurden unrechtmäßig verarbeitet.

e) Die Löschung der personenbezogenen Daten ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten erforderlich, dem der Verantwortliche unterliegt.“

a) Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Wettbewerbers („Hochladers“)

aa) Begriff des „Verantwortlichen“ (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO)

Soweit der Wettbewerber personenbezogene Daten über Betriebe bzw. die dahinterstehenden Individuen erhält, und diese automatisiert verarbeitet (insbesondere durch das Digitalisieren und den Upload auf die Plattform von Foodwatch, vgl. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO), ist er für die Verarbeitung dieser Daten datenschutzrechtlich verantwortlich.

Verantwortlicher ist, wer – rechtlich und/oder faktisch – über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO), d.h. die Daten für eigene Zwecke und mit einem gewissen Entscheidungsspielraum verarbeitet. Auch Nutzer einer Plattform können für die auf dieser Plattform getätigte Datenverarbeitung verantwortlich sein, wenn diese Datenverarbeitung eigenen Zwecken dient.⁷⁸ Indem der Wettbewerber einen ihm individuell zustehenden Anspruch geltend macht, verlangt er die personenbezogenen Daten (im Ergebnis, trotz der missverständlichen Formulierung des Antrags) von der Behörde für seine grundsätzlich freie Verwendung heraus. Spätestens wenn er diese digital erhält oder digitalisiert, und dann auf die Plattform hochlädt, verarbeitet er diese personenbezogenen Daten auch automatisiert und im datenschutzrechtlichen Sinne (Art. 4 Nr. 7, 2 Abs. 1 DS-GVO). Das geschieht für die von ihm selbst gewählten Zwecke, nämlich die Teilnahme an der von Foodwatch initiierten Kampagne und Leistung seines Beitrags zu deren Erfolg, und damit als datenschutzrechtlich Verantwortlicher.

bb) Richtiger Anspruchsadressat auch für Löschung auf Plattform

Das Löschverlangen gegenüber dem Wettbewerber muss sich nicht auf die beim Wettbewerber selbst gespeicherten Informationen beschränken. Vielmehr kann die betroffene Person auch beim Wettbewerber seinen Löschanpruch hinsichtlich der von ihm auf der Plattform hochgeladenen und nunmehr dort vorgehaltenen Informationen geltend machen.

Denn für diese Informationen ist der Wettbewerber zusammen mit Foodwatch als Plattformbetreiber gemeinsam verantwortlich im Sinne von Art. 26 Abs. 1 DS-GVO. Sind (mindestens) zwei Verantwortliche gemeinsam für eine Datenverarbeitung verantwortlich, können betroffene Personen ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche „gegenüber jedem einzelnen der Verantwortlichen geltend machen“ (Art. 26 Abs. 1 DS-GVO).

Gemeinsam verantwortlich ist, wer Zwecke und Mittel der Verarbeitung „gemeinsam“ festlegt (Art. 26 Abs. 1 DS-GVO). „Gemeinsamkeit“ Sinne von Art. 26 DS-GVO verlangt

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 05. Juni 2018 – C-210/16 (*Facebook Fanpages*), Rn. 35 ff.

keine Gleichberechtigung der beteiligten Verantwortlichen. Maßgeblich ist, ob zwischen den von den beteiligten Verantwortlichen verfolgten Verarbeitungszwecken oder genutzten Verarbeitungsmitteln eine gewollte Verbindung besteht.⁷⁹ Die Schwelle von der Übermittlung von Daten zwischen zwei voneinander unabhängigen Verantwortlichen zur gemeinsamen Verantwortlichkeit ist überschritten, wenn die Beteiligten ihre Datenverarbeitung aufeinander abstimmen, also ohne den Input des jeweils Anderen womöglich anders gestaltet hätten. Hier hat Foodwatch Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung (mit-)bestimmt, indem es seine Plattform darauf ausgerichtet und mit dem Aufruf verbunden hat, Prüfberichte bei Behörden im eigenen Namen zu beantragen und dann auf der Plattform hochzuladen. Foodwatch verfolgt mit dieser Datenverarbeitung eigene Zwecke, was sich z.B. aus den auf dem Portal veröffentlichten Nutzerinformationen ablesen lässt:

„Was ist das Ziel dieser Aktion

foodwatch und FragDenStaat fordern mehr Transparenz in der Lebensmittelüberwachung. (...) Damit wollen wir zeigen, dass Bürger ein Interesse an diesen Informationen haben. Langfristig wollen wir erreichen, dass die Bundesregierung endlich eine gesetzliche Grundlage schafft, die Transparenz zur Regel macht. Ziel ist, dass die Behörden von sich aus alle Kontrollergebnisse veröffentlichen müssen, ohne dass Bürgerinnen und Bürger Anfragen stellen müssen.“⁸⁰ (Herv. d. Verf.)

Foodwatch hat seine Plattform als Verarbeitungsmittel dabei von Anfang auf die Nutzung durch Einsteller von Informationen ausgerichtet. Dass Foodwatch u.U. irrigerweise davon ausgeht, dass dabei keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden,⁸¹ ändert daran nichts.

Umgekehrt bestimmt der Hochlader, hier der Wettbewerber, ob und welche Informationen auf der Plattform eingestellt werden, übernimmt insbesondere selbst die Auswahl, welche Informationen er schwärzt.⁸² Dabei passt er sich den von Foodwatch verfolgten Zielen und der Arbeitsweise der Plattform als Verarbeitungsmittel an.

Dass der Hochlader u.U. die Daten im Anschluss an den Upload nicht mehr selbst vorhält, steht der gemeinsamen Verantwortlichkeit nicht entgegen, denn nach der Rechtsprechung

⁷⁹ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, 16. Februar 2010, WP 169, S. 21 ff.

⁸⁰ Im Internet unter <https://www.foodwatch.org/de/informieren/topf-secret/fragen-und-antworten/> (zuletzt abgerufen am 7. März 2019).

⁸¹ „Dürfen die Dokumente veröffentlicht werden? Ja. Dokumente, die zugeschickt werden, dürfen auch (ggf. gescannt oder abfotografiert und) veröffentlicht werden. Dabei sollten personenbezogene Daten geschwärzt werden. Das ist mit Tools auf der Plattform ganz einfach möglich.“ online verfügbar unter <https://www.foodwatch.org/de/informieren/topf-secret/fragen-und-antworten/>, letzter Zugriff am 7.03.2019.

⁸² Siehe Fußnote 81.

des EuGH kann selbst eine Datenverarbeitung, die für einen der Verantwortlichen überhaupt nicht mit der Kenntnis der personenbezogenen Daten einhergeht, als gemeinsam verantwortet gelten⁸³.

Die beschriebene Abstimmung führt im Ergebnis dazu, dass einstellender Wettbewerber und Plattformbetreiber für die eingestellten personenbezogenen Daten gemeinsam verantwortlich sind und datenschutzrechtliche Ansprüche gegen jeden von ihnen geltend gemacht werden können.

b) Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung

Ein Anspruch auf Löschung der ggf. in den Informationen über einen gastronomischen Betrieb enthaltenen personenbezogenen Daten besteht gemäß Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO jedenfalls dann, wenn der Verantwortliche diese Daten unrechtmäßig verarbeitet.

Unrechtmäßig ist die Datenverarbeitung, wenn der Verantwortliche sich nicht auf eine der in Art. 6 Abs. 1 DS-GVO genannten „Bedingungen“ als Rechtsgrundlage stützen kann. In der vorliegenden Konstellation kommt nur die „Interessenabwägungsklausel“ des Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f) DS-GVO als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung durch einen Wettbewerber in Betracht.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DS-GVO erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit das zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und überwiegende Interessen der betroffenen Personen nicht entgegenstehen. Diese Voraussetzungen müssen für jeden Verarbeitungsschritt des Verantwortlichen erfüllt sein, d.h. sowohl für die Erhebung und Speicherung der Daten (durch Entgegennahme der von der Behörde übermittelten Informationen) als auch für das Hochladen und Verbreiten über das Portal „Topf Secret“, und während der gesamten Dauer der Verarbeitung vorliegen. Dabei gilt, dass die Rechtswidrigkeit der Datenerhebung die Unzulässigkeit der weiteren Verarbeitungsschritte (Speichern und Weiterverbreiten) indiziert.

aa) Datenerhebung und -speicherung

Der Verantwortliche (d.h. hier der Wettbewerber) muss zunächst ein „berechtigtes Interesse“ haben, für dessen Wahrung die Datenerhebung erforderlich ist. Dieses Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein. Es muss aber in jedem Fall „berechtigt“ im Sinne von rechtlich schützenswert sein und darf daher nicht gegen rechtliche Normen verstoßen⁸⁴.

In der hier zu beurteilenden Fallgestaltung korrespondiert das Interesse des Verantwortlichen am Erhalt der Informationen über einen bestimmten gastronomischen Betrieb mit dem Informationsanspruch aus § 2 VIG. Besteht ein solcher Anspruch nicht, ist die Herausgabe

⁸³ Urteil vom 05.06.2018 – C-210/16 (*Facebook Fanpages*), Rn. 38.

⁸⁴ Vgl. *Heberlein*, in *Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung*, 2. Auflage 2018, zu Art. 6 Rn. 25.

der Informationen und der Informationen durch die Behörde rechtswidrig. Der Verantwortliche hat dann auch kein „berechtigtes“ Interesse an der Erhebung der mit diesen Informationen verknüpften personenbezogenen Daten.

Wie oben (C.I.2.3.3b)) dargelegt, besteht der Anspruch des Wettbewerbers auf Auskunft (auch) über personenbezogenen Daten nach dem VIG nur dann und insoweit, wie die begehrten Informationen auf konkrete, zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung noch bestehende Gesundheitsgefahren hinweisen. Ist die Behörde danach nicht befugt, die Daten an den Wettbewerber herauszugeben, kann dieser die Entgegennahme (Erhebung) der Informationen und ihre anschließende Speicherung auch nicht auf die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DS-GVO stützen. Datenerhebung und –speicherung durch den Wettbewerber sind dann unrechtmäßig und die betroffenen Personen haben einen Anspruch auf Löschung gemäß Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO.

Zusammengefasst können Betreiber von Gastronomiebetrieben von einem Wettbewerber danach gestützt auf Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO die Löschung von Informationen verlangen, wenn diese Informationen personenbezogene Daten enthalten und die Herausgabe durch die Behörde nach den oben entwickelten Maßstäben rechtswidrig war.

bb) Weiterverbreitung über die Plattform

Soweit ein Wettbewerber nach den vorstehend erläuterten Maßstäben überhaupt zur Entgegennahme (Erhebung) behördlichen Informationen befugt ist, die personenbezogene Daten enthalten, stellt sich die weitere Frage, ob die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DS-GVO auch für die Weiterverbreitung dieser Daten über die Plattform „Topf Secret“ erfüllt sind. Wie oben (C.I.2.3.3b)) ausgeführt, kommt eine rechtmäßige Herausgabe von personenbezogenen Daten nach § 3 VIG nur in Betracht, wenn das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe der Informationen die Datenschutzinteressen der betroffenen Personen überwiegt, weil Informationsgegenstand Hinweise auf konkrete Gesundheitsgefahren sind. Auf den ersten Blick scheint vieles dafür zu sprechen, dass der Wettbewerber sich in einer solchen Situation auf ein berechtigtes Interesse an der Weiterverbreitung dieser für das Wohl der Allgemeinheit relevanten Informationen berufen kann. Allerdings ist oben (C.II.1.1.1f)) herausgearbeitet worden, dass der Wettbewerber nach den Regeln des UWG (auch) keine inhaltlich zutreffenden Hygieneberichte mit Hinweisen auf Gesundheitsgefahren weiterverbreiten darf. Diese wettbewerbsrechtliche Wertung schlägt auch auf das Datenschutzrecht durch. Der Wettbewerber kann daher also kein berechtigtes Interesse an der Weiterverbreitung personenbezogener Daten der Betreiber von Gastronomiebetrieben geltend machen. Stellt er gleichwohl Informationen in das Portal „Topf Secret“ ein, ist diese Datenverarbeitung unrechtmäßig. Die betroffenen Personen können dann die Löschung der Daten aus dem Portal gemäß § 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO verlangen.

1.3.2 Information des Plattformbetreibers zu bestehender Löschpflicht (Art. 17 Abs. 2 DS-GVO)

Kommt man entgegen der hier vertretenen Auffassung (vgl. oben C.II.1.2.1a) zu dem Ergebnis, dass der Wettbewerber, der ihm von einer Behörde mitgeteilte Angaben auf die Plattform „Topf Secret“ hochgeladen hat, nicht als (gemeinsam) Verantwortlicher für die weitere Verarbeitung dieser Informationen auf der Plattform anzusehen ist und deshalb nicht unmittelbarer Adressat eines Anspruchs auf Löschung von der Plattform sein kann, besteht für den Wettbewerber zumindest die Pflicht, den Plattformbetreiber über das Bestehen eines Löschanpruchs der betroffenen Personen zu informieren. Das ergibt sich aus Art. 17 Abs. 2 DS-GVO. Nach dieser Vorschrift ist ein datenschutzrechtlich Verantwortlicher (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO), der personenbezogene Daten öffentlich gemacht hat, zu deren Löschung er nach Art. 17 Abs. 1 DS-GVO verpflichtet ist, zugleich verpflichtet,

„(...) angemessene Maßnahmen (zu treffen), um (andere) für die Datenverarbeitung Verantwortliche, die die personenbezogenen Daten verarbeiten, zu informieren, dass eine betroffene Person von ihnen die Löschung aller Links zu diesen personenbezogenen Daten oder von Kopien oder Replikationen der personenbezogenen Daten verlangt hat“.

Für Wettbewerber, die unrechtmäßig Informationen auf „Topf Secret“ hochgeladen haben, besteht also mindestens eine Pflicht, den Portalbetreiber auf die bestehende Löschungsverpflichtung hinzuweisen.

1.3.3 Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO)

Art. 82 Abs. 1 DS-GVO gewährt jeder Person, der wegen eines Datenschutzverstoßes ein **materieller oder immaterieller Schaden** entstanden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den oder die Verantwortlichen. Auf der Grundlage dieser Vorschrift können betroffene Betreiber von Gastronomiebetrieben z.B. auch Geldersatz für erlittene Rufschädigungen verlangen, wenn ein Wettbewerber ohne datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage Informationen über die Plattform Topf Secret verbreitet.

2. Ansprüche gegen private Hochlader (keine Wettbewerber)

Betroffene Betriebe können sich zivilrechtlich jedenfalls gegen solche privaten Hochlader zur Wehr setzen, die *unwahre* Prüfergebnisse auf die Plattform hochladen. Ob darüber hinaus Abwehransprüche gegen private Hochlader von *wahren* negativen Prüfergebnissen bestehen, lässt sich nicht mit Sicherheit beantworten. Es spricht aber viel dafür, dass zumindest nach Ablauf von sechs Monaten nach Abschluss der behördlichen Prüfungsentscheidung Unterlassungsansprüche gegen private Hochlader bestehen. Gleiches gilt, wenn der Hochlader Kenntnis davon hat, dass Mängel abgestellt wurden ohne dies kenntlich zu machen oder eine Veröffentlichung gegen eine behördliche Auflage verstößt.

Soweit nach den oben entwickelten Kriterien Datenschutzrecht Anwendung findet, können betroffene Betreiber von Gastronomiebetrieben auch von Privaten unter bestimmten Voraussetzungen die Löschung rechtswidrig verarbeiteter Prüfergebnisse und Schadensersatz verlangen.

2.1 Ansprüche gegen die Veröffentlichung von wahren negativen Prüfergebnissen

2.1.1 §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG

Der betroffene Betrieb kann unter bestimmten Voraussetzungen auch privatrechtliche Ansprüche gegen die Veröffentlichung von wahren negativen Prüfergebnissen geltend machen.

Wie bereits erwähnt, ist allgemein anerkannt, dass § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 Abs. 1 BGB analog als „sonstige Rechtsgüter“ auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützen. Auch juristische Personen können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG darauf berufen⁸⁵. Dies ist insbesondere der Fall, wenn und soweit sie im Hinblick auf ihren sozialen Geltungsanspruch in ihrem Aufgabenbereich betroffen sind⁸⁶. Dies trifft auf negative Prüfergebnisse über Unternehmen aus dem Gaststättengewerbe zu. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei negativen Prüfberichten um herabsetzende Tatsachenbehauptungen; wir gehen ferner davon aus, dass auch in den Informationen über festgestellte Abweichungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG solche Tatsachenbehauptungen enthalten sind (siehe oben unter 1.1.1 c) d)).

Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – welches auch ein anerkanntes Rechtsgut im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sowie § 1004 Abs. 1 BGB analog darstellt⁸⁷ – erfordern eine „Betriebsbezogenheit“, d.h. die Handlung muss sich „gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten“⁸⁸. Dies kann je nach Einzelfall auch bei geschäftsschädigender Kritik der Fall sein. Wir haben jedoch Zweifel daran, dass die Veröffentlichung von negativen Prüfergebnissen durch Privatpersonen diese Dimension erreicht. Diese Frage kann unseres Erachtens allerdings offenbleiben, da der Anwendungsbereich von § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ohnehin eröffnet ist.

Zur Feststellung der Rechtswidrigkeit ist eine Güter- und Interessenabwägung aller betroffenen Interessen erforderlich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Grundrechte eine sog. „mittelbare Drittwirkung“ entfalten. Das bedeutet, dass bei der Auslegung und Anwendung aller Vorschriften des einfachen Rechts, vor allem aber bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln des Privatrechts, die Wertentscheidungen der Grundrechte zu beachten sind.⁸⁹

⁸⁵ BGH, Urteil vom 4. April 2017, Az. VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029, Rn. 16 – *klinkbewertungen.de*.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 4. April 2017, Az. VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029, Rn. 16 – *klinkbewertungen.de*.

⁸⁷ vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1998 - VI ZR 196–97, NJW 1998, 2141, 2142.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 21. April 1998 - VI ZR 196–97, NJW 1998, 2141, 2143.

⁸⁹ Jarass/Pieroth, 14. Aufl. 2016, Vorb. Rn. 33.

Daher liegt in der unzureichenden Berücksichtigung eines Grundrechts bei der Auslegung und Anwendung des Privatrechts eine Grundrechtsbeeinträchtigung. Im Streitfall haben die Gerichte den grundrechtlichen Schutz im Wege der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren.⁹⁰

Die betroffenen Betriebe sind neben ihrem Persönlichkeitsrecht auch in ihrem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Recht auf freie Berufsausübung betroffen. Obgleich die Berufsfreiheit nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt schützt, geht die Veröffentlichung ungeschwärzter Prüfergebnisse unseres Erachtens darüber hinaus, als sie den Betroffenen zwingt, sich in dem dadurch vorgegebenen Rahmen der Öffentlichkeit präsentieren zu lassen sowie sich einem Vergleich mit anderen aufgeführten Betrieben zu stellen⁹¹. Dies entspricht auch der Wertung des Bundesverfassungsgerichts im Fall staatlicher Veröffentlichungen im Sinne von § 40 Abs. 1a LFGB⁹².

Diese grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Betriebe sind mit dem in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Recht der Hochlader auf Meinungs- und Kommunikationsfreiheit abzuwägen.

Wie bereits dargetan, sind wahre Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst. Grundsätzlich hängt die Abwägung maßgeblich vom Wahrheitsgehalt der Äußerung ab⁹³. Wahre Tatsachen müssen in der Regel hingenommen werden, auch wenn sie nachteilig für den Betroffenen sind⁹⁴. Allerdings ist in der Rechtsprechung auch anerkannt, dass die Mitteilung wahrer Tatsachen über die Sozialphäre eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellt, wenn diese einen Persönlichkeitsschaden befürchten lässt, der außer Verhältnis zu dem Interesse an der Verbreitung der Wahrheit steht⁹⁵.

Im vorliegenden Fall könnte man argumentieren, dass die Veröffentlichung wahrer negativer Prüfergebnisse jedenfalls dann rechtswidrig ist bzw. wird, wenn die Anforderungen, welche das Bundesverfassungsgericht an staatliche Veröffentlichungen im Sinne des § 40 Abs. 1a LFGB stellt (siehe oben) – nämlich (i) dass die Prüfergebnisse mit einer Mitteilung versehen sein muss, die darüber aufklärt ob und wann ein Verstoß behoben wurde und (ii) die Veröffentlichung zeitlich zu befristen ist, nicht eingehalten wurde.

Das Bundesverfassungsgericht hat eine Verletzung von Art. 12 GG in der zeitlich unbeschränkten Veröffentlichung von Informationen nach § 40 Abs. 1a LFGB, wozu auch wahre Prüfergebnisse

⁹⁰ BVerfGE 84, 192, 195.

⁹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2018, Az. VI ZR 30/17, NJW 2018, 1884, Rn.14 – *Ärztbewertungsportal III* zu Arztbewertungen im Internet.

⁹² BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018, Az.: 1 BvF 1/13, Rn. 24 ff.

⁹³ BVerfG, Beschluss vom 25. Juni 2009, Az. 1 BvR 134/03, NJW-RR 2010, 470, 471 m. w. N.; BGH, 4. April 2017, Az. VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029, Rn. 16 m. w. N.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 4. April 2017, Az. VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029, Rn. 26.

⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 29. Juni 2016, Az. 1 BvR 3487/14, NJW 2016, 3362, Rn. 14 m. w. N.

zählen, festgestellt (s. oben unter C.I.2.3.1a)). Hierbei handelt es sich um eine grundrechtliche Wertentscheidung, in „deren Lichte“ die Generalklauseln in § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 Abs. 1 BGB analog auszulegen sind. Dabei ist es unerheblich, nach welchem vorgeschalteten behördlichen Verfahren die Information an den Privaten gelangt ist. Das Bundesverfassungsgericht hat somit dieselbe Abwägung schon vorgenommen, wie sie innerhalb von § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 Abs. 1 BGB analog vorzunehmen ist, und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass bei Nichteinhaltung der oben genannten Voraussetzungen die Veröffentlichung von Informationen im Sinne des § 40 Abs. 1 a LFGB, wozu auch wahre Prüfergebnisse zählen, klar verfassungswidrig ist (so dass sogar eine gesetzliche Neuregelung erforderlich wurde, die der Gesetzgeber mit § 40 Abs. 4a LFGB inzwischen eingeführt hat).

Problematisch bleibt jedoch, dass der private Hochlader nicht zwingend Kenntnis davon hat, ob und wann die Mängel behoben wurden. Hinzu kommt, dass die Behebung möglicherweise erst *nach* dem Zeitpunkt des Hochladens erfolgt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Hochladers ist jedoch der Zeitpunkt des Hochladens⁹⁶.

Mithin beschränkt sich die Pflicht des privaten Hochladers unseres Erachtens auf die Prüfung, ob ein etwaiger Zeitraum für die Veröffentlichung der Prüfergebnisse – abgelaufen ist. Nach § 40 Abs. 4a LFGB ist eine sechsmonatige Befristung der Veröffentlichung beginnend mit dem Veröffentlichungszeitpunkt vorgesehen. Um zu vermeiden, dass die Hochlader veraltete Berichte veröffentlichen, muss der zivilrechtliche Anknüpfungspunkt für die 6-Monate-Frist unseres Erachtens die behördliche Prüfentscheidung sein.

Ferner ist die Veröffentlichung u.E. auch dann rechtswidrig, wenn der Hochlader im Zeitpunkt des Hochladens Kenntnis von der Behebung des Mangels hat, und dies nicht durch einen Hinweis kenntlich macht.

Außerdem ist eine Veröffentlichung, die unter Verstoß gegen eine behördliche Auflage erfolgt ebenfalls rechtswidrig, da bereits durch die Auflage zum Ausdruck gebracht wird, dass das grundrechtlich geschützte Interesse des betroffenen Betriebs das Veröffentlichungsinteresse überwiegt.

2.1.2 §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog)

Ferner steht dem betroffenen Betrieb ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) gegen die Veröffentlichung von negativen wahren Prüfergebnissen zu, sofern die Veröffentlichung durch behördliche Auflage untersagt wird. Dies ist besonders in den Fällen relevant, in denen die Behörde zu dem Ergebnis kommt, dass die von ihr zu prüfenden Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB analog nicht erfüllt sind und sie deshalb im Herausgabebescheid die Auflage vorgibt, dass die Veröffentlichung der herausgegebenen Informationen nicht zulässig ist.

⁹⁶ Was jedoch Ansprüche der zuständigen Behörden gegen den Hochlader wegen Verstoßes gegen etwaige Befristungen oder Ansprüche gegen den Plattformbetreiber wegen fortgesetzter Zugänglichmachung der Inhalte nicht ausschließt.

§§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) gewährt dieselben Abwehransprüche wie § 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) im Falle der Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes.

Behördlichen Auflagen sind in Verbindung mit ihrer Ermächtigungsnorm nach der Rechtsprechung des BGH auch Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie die Konkretisierung einer drittschützenden Norm darstellen⁹⁷. Eine drittschützende Norm muss nach Inhalt und Zweck wenigstens auch auf den Schutz von Individualinteressen vor einer Verletzung eines bestimmten Rechtsguts schützen⁹⁸. Dies ist vorliegend der Fall. § 40 Abs.1a LFGB ist eine drittschützende Norm, da sie auch dem Schutz des betroffenen Betriebs dient, indem sie eine Veröffentlichung an strenge Voraussetzungen knüpft. Die Auflage, die sicherstellt, dass eine Veröffentlichung in allen anderen Fällen unzulässig ist, konkretisiert den Schutzzweck dieser Norm. Der Verstoß gegen die Auflage würde eine Beeinträchtigung der Rechte des betroffenen Betriebs bedeuten und ist somit rechtswidrig.

Gleiches muss u.E. gelten, wenn durch die Auflage nicht die Veröffentlichung als solche untersagt wird, sondern diese die Veröffentlichung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, um dem grundrechtlichen Schutz der von der Veröffentlichung Betroffenen Geltung zu verleihen.

2.2 Unterlassungsansprüche gegen die Veröffentlichung von unwahren negativen Prüfergebnissen

Gegen die Veröffentlichung von unwahren negativen Prüfergebnissen könnten Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; § 823 Abs. 2 i. V. m. § 187 StGB; § 824; 826 BGB, jeweils i.V.m. § 1004 Abs. 1 S.2 BGB analog gegen einen privaten Hochlader in Betracht kommen.

2.2.1 §§ 826, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB

§ 826 BGB wird als Anspruchsgrundlage in „normalen“ Fällen kaum in Betracht kommen, allein schon, weil die erforderliche Schädigungsabsicht in der Praxis schwer nachweisbar ist. Anders wäre es, wenn der Hochlader die behördlichen Prüfergebnisse manipuliert und dann hochlädt. In diesem Fall wären unstrittig Ansprüche gegen ihn gegeben. Das dürfte aber ein Sonderfall sein.

⁹⁷ BGH, Urteil vom 27. September 1996, Az. V ZR 335/95, NJW 1997, 55.

⁹⁸ BGH, Urteil vom 26. Februar 1993, Az. V ZR 74/92, NJW 1993, 1580.

2.2.2 §§ 824, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB

§ 824 BGB verbietet die Behauptung oder Verbreitung von unwahren, kreditgefährdenden oder sonstigen wirtschaftlich nachteiligen Tatsachen. Negative Prüfergebnisse sind geeignet, wirtschaftliche Nachteile für den Erwerb des betroffenen Betriebsinhabers herbeizuführen.⁹⁹

Ob der private Hochlader die entsprechenden Inhalte „behauptet“, ist zweifelhaft, denn dies würde voraussetzen, dass die Wiedergabe Ausdruck seiner eigenen Überzeugung ist. Auch kann man hier – anders als bei einem Wettbewerber – nicht davon ausgehen, dass er sich den Inhalt der Prüfergebnisse zu eigen macht, sofern er nur die Ergebnisse als solche teilt und nicht auch weiter kommentiert, Leseempfehlungen ausspricht o. Ä zusätzlich macht¹⁰⁰.

Allerdings genügt für den Tatbestand des § 824 BGB auch ein „Verbreiten“ von Tatsachen. Verbreiten ist ein Verhalten, das Dritten bewusst die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft, ohne dass sich der Handelnde mit der verbreiteten Behauptung identifizieren muss¹⁰¹. Davon ist hier auszugehen.

Die Beweislast dafür, dass die verbreitete Tatsachenbehauptung unwahr ist, trifft den betroffenen Betrieb bzw. dessen Inhaber.

Auch im Rahmen des § 824 BGB ist eine Interessenabwägung erforderlich, insbesondere um die Rechtswidrigkeit des Handels zu bestimmen. Das ergibt sich aus § 824 Abs. 2 BGB. Zugleich ist jedoch zu beachten, dass § 824 Abs. 2 BGB Schadensersatzansprüche regelt. Demgegenüber würde es für Unterlassungsansprüche bereits genügen, dass die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung feststeht. Denn der Unterlassungsanspruch ist auf die Zukunft gerichtet und an der zukünftigen Verbreitung unwahrer Tatsachen besteht kein berechtigtes Interesse.

Allerdings ist zu beachten, dass die Rechtsprechung insoweit zurückhaltend urteilt, als es um das Verbreiten von Behauptungen Dritter geht. Zwar betrifft das primär presserechtliche Auseinandersetzungen im Rahmen des Tatbestands von § 823 BGB, es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass ähnliche Grundsätze auch im vorliegenden Fall angewandt werden. Danach unterliegt derjenige, der eine fremde Behauptung nur verbreitet und sie sich nicht zu eigen macht, der sog. Störerhaftung.

Als Störer kann nach der Rechtsprechung bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise

⁹⁹ Etwas anderes kann gelten, wenn die Unwahrheit eine untergeordnete Behauptung (wie z.B. den Tag der Untersuchung) und nicht Hygienemängel als solche betrifft. Wir gehen für unser Gutachten von solchen Hygienemängeln aus.

¹⁰⁰ OLG Dresden, Urteil vom 7. Februar 2017, Az. 4 U 1419/16, BeckRS 2017, Rn. 7.

¹⁰¹ Vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 1970, Az. VI ZR 234/67, NJW 1970, 187, 189.

willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt¹⁰². Eine Störerhaftung setzt jedoch die Verletzung von zumutbaren Verhaltens- oder Prüfpflichten voraus¹⁰³. Solche Prüfpflichten können insbesondere darin bestehen, den Wahrheitsgehalt der Aussage vor deren Verbreitung zu überprüfen. Das wird dem privaten Hochlader allerdings nicht möglich sein¹⁰⁴. Wohl aber kann ihm die Prüfung zugemutet werden, ob die o.g. (6-Monats-) Frist zum Zeitpunkt des Hochladens der Prüfergebnisse bereits abgelaufen ist.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Unseres Erachtens haftet der private Hochlader auf Unterlassung nach § 824 BGB, wenn er Prüfergebnisse mit unwahren Tatsachenbehauptungen über Hygienemängel (oder Vergleichbares) hochlädt. Selbst wenn man insoweit einen strengeren Maßstab anlegen würde, so würde er als Störer auf Unterlassung haften, sobald das Hochladen nach Ablauf der (6-Monats-) Frist, in Kenntnis der Unwahrheit der Inhalte oder unter Verstoß gegen eine behördliche Auflage erfolgt.

2.2.3 §§ 823, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB

Ansprüche aus § 824 BGB verdrängen Ansprüche aus § 823 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ob daneben auch Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bestehen, kann dahingestellt bleiben.

2.2.4 § 823 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. §§ 186, 187 StGB, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog für nicht erweislich wahre negative Prüfergebnisse

Die gleichen Ansprüche wie aus § 824 BGB ergeben sich im Ansatz aus § 823 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. §§ 186, 187 StGB, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB für den Fall, dass es sich bei den negativen Inhalten der negativen Prüfergebnisse um nicht erweislich wahre Tatsachen handelt.

§ 186 StGB enthält dabei eine Beweislastumkehr, die sich auch auf Zivilverfahren auswirkt, sodass es grundsätzlich Sache des Hochladers wäre, die Wahrheit der negativen Tatsachen nachzuweisen¹⁰⁵. Allerdings gilt das nicht ausnahmslos. Sofern der Handelnde ein „berechtigtes Interesse“ im Sinne von § 193 StGB i. V. m. Art. 5 Abs. 1 GG wahrgenommen hat, handelt er nicht rechtswidrig¹⁰⁶. Eine Berufung darauf setzt voraus, dass der auf Unterlassung in Anspruch genommene vor der Veröffentlichung hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt

¹⁰² BGH, Urteil vom 17. August 2011, Az. I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038, Rn. 20 – *Stiftparfüm* m. w. N.

¹⁰³ *Sprau* in: Palandt, BGB, 78. Auflage 2019, § 823 Rn. 203.

¹⁰⁴ Sollte der private Hochlader allerdings Kenntnis von der Unwahrheit haben, so wäre seine Haftung auch nach Maßgabe der Störerhaftung ohne weiteres gegeben.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, Az. VI ZR 211/12, NJW 2014, 2029, Rn. 24.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, Az. VI ZR 211/12, NJW 2014, 2029, Rn. 26 f.

angestellt hat. Die Pflichten zur sorgfältigen Recherche richten sich dabei nach den Aufklärungsmöglichkeiten und stehen in Abhängigkeit zu der Schwere des Grundrechtseingriffs auf der einen Seite und dem Interesse der Öffentlichkeit an der Äußerung auf der anderen Seite¹⁰⁷.

Aus unserer Sicht scheidet vor diesem Hintergrund eine Haftung privater Hochlader für nicht erweislich wahre negative Prüfergebnisse aus, sofern sie diese unmittelbar von einer öffentlichen Stelle erhalten haben und auch keine sonstigen Anhaltspunkte für die Unwahrheit vorliegen.

2.3 Datenschutzrechtliche Ansprüche

Ebenso wie bei der Nutzung der Plattform „Topf Secret“ durch Wettbewerber kommen auch gegenüber Privatleuten datenschutzrechtliche Ansprüche auf Löschung und Schadensersatz in Betracht. Die Regelungen der DS-GVO sind nicht nur im Rahmen gewerblicher oder beruflicher Tätigkeiten zu beachten. Außerhalb des Anwendungsbereichs der DS-GVO bewegen sich Privatpersonen nur, wenn sie personenbezogene Daten „zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten“ verarbeiten (Art. 2 Abs. 2 Buchstabe c) DS-GVO). Diese Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs der DS-GVO greift offensichtlich nicht, wenn personenbezogene Daten in ein Internetportal eingestellt werden, um sie der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen.

2.3.1 Anspruch auf Löschung gemäß Art. 17 DS-GVO

Ein Anspruch auf Löschung von behördlich mitgeteilten Angaben mit personenbezogenen Daten besteht für betroffene Betreiber von Gastronomiebetrieben gegenüber privaten Nutzern der Plattform „Topf Secret“ grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen wie der Löschananspruch gegenüber Wettbewerbern (vgl. oben). Löschung kann verlangt werden, wenn der Private die Informationen unrechtmäßig verarbeitet und über die Plattform verbreitet (Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO). Für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung gelten für die Privaten im Ausgangspunkt ebenfalls dieselben Maßstäbe wie für die Wettbewerber des betroffenen Betriebs: Als Rechtsgrundlage für die Entgegennahme, Speicherung und Weiterverbreitung der behördlichen Prüfberichte kommt allein die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f) DS-GVO in Betracht. „Berechtigte“ Interessen kann auch ein privater Nutzer der Plattform jedenfalls dann nicht zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung anführen, wenn bereits die Herausgabe der Prüfberichte mit den personenbezogenen Daten der betroffenen Betreiber rechtswidrig war.

Fraglich sein kann allein, ob im Rahmen der Interessenabwägung andere Maßstäbe als beim Handeln von Wettbewerbern zum Tragen kommen, wenn Privatpersonen gemäß § 3 Satz 2 UIG aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Bekanntheitsinteresses rechtmäßig Informationen über durch Rechtsverstöße bedingte konkrete Gesundheitsgefahren erhalten haben, die sie auf der Plattform „Topf Secret“ einstellen wollen. Die auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum UWG gestützten Erwägungen, die einen Wettbewerber auch in einer solchen Konstellation zur Zurückhaltung verpflichten, greifen gegenüber sonstigen Privatpersonen nicht durch. Es spricht

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, Az. VI ZR 211/12, NJW 2014, 2029, Rn. 26 f.

daher einiges dafür, dass Private, die nicht zugleich auch Wettbewerber der betroffenen Betreiber sind, berechnigte Interessen an der freien Kommunikation der ihnen behördlich mitgeteilten Informationen geltend machen können. Das Interesse der Betreiber an der Geheimhaltung der von den Behörden festgestellten Rechtsverstöße dürfte dahinter zurückstehen, zumindest solange von diesen Verstößen noch konkrete Gesundheitsgefahren ausgehen können.

Jedenfalls aber sind im Rahmen der von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DS-GVO geforderten Abwägung die zeitlichen Grenzen zu berücksichtigen, die der Gesetzgeber infolge der Rechtsprechung des BVerfG der Veröffentlichung negativer Prüfergebnisse auf der Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB gezogen hat. Spätestens 6 Monate nach dem Abschluss der Prüfung überwiegt das Interesse der betroffenen Betreiber, nicht dauerhaft wegen in der Vergangenheit liegender Missstände an den „Pranger“ gestellt zu werden, ein mögliches berechtigtes Interesse der privaten Nutzer der Plattform „Topf Secret“ an der (weiteren) Verbreitung solcher Informationen. Ab diesem Zeitpunkt wird auch eine zunächst zulässige Verarbeitung der Daten durch Privatpersonen unrechtmäßig im Sinne des Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO und die betroffenen Betreiber können deren Löschung verlangen.

In dieser Situation ergibt sich ein Anspruch auf Löschung für die betroffenen Betreiber zugleich auch aus Art. 17 Abs. 1 Buchstabe c) DS-GVO. Danach hat der Verantwortliche personenbezogene Daten zu löschen, wenn die betroffene Person der weiteren Verarbeitung wirksam auf der Grundlage von Art. 21 DS-GVO widersprochen hat und keine „vorrangigen berechtigten Gründe“ die Verarbeitung rechtfertigen. Gemäß Art. 21 Abs. 1 DS-GVO hat jede betroffene Person das Recht, einer auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DS-GVO gestützten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten „aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben“, jederzeit zu widersprechen. Der Verantwortliche darf die Verarbeitung nur dann fortsetzen, wenn er dafür „zwingende schutzwürdige Gründe“ nachweisen kann. Liegen nicht mindestens „vorrangige berechnigte Gründe“ für die weitere Verarbeitung vor, muss er die Daten löschen.

Jedenfalls aber haben die Veröffentlichungsinteressen spätestens 6 Monate nach dem Abschluss der behördlichen Prüfung hinter die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Betreiber zurückzutreten. Spätestens zu diesem Zeitpunkt entfaltet ein Widerspruch der Betreiber gem. Art. 21 Abs. 1 DS-GVO Wirkung und die privaten Nutzer der Plattform haben die von den Behörden erhaltenen Prüfberichte zu löschen.

2.3.2 Information des Plattformbetreibers zu bestehenden Löschpflicht (Art. 17 Abs. 2 DS-GVO)

Sollten Privatpersonen, die Prüfberichte auf „Topf Secret“ hochgeladen haben, entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht unmittelbar selbst als „gemeinsam Verantwortliche“ (Art. 26 DS-GVO) für die Datenverarbeitung auf der Plattform auch für die Löschung der Daten verantwortlich sein, sind sie – ebenso wie Wettbewerber – zumindest dazu verpflichtet, den Betreiber der Plattform gem. Art. 17 Abs. 2 DS-GVO vom Bestehen des Löschungsanspruchs der betroffenen Betreiber zu informieren.

2.3.3 Schadensersatz

Bei nach den oben aufgezeigten Maßstäben unrechtmäßiger Verarbeitung von behördlichen Prüfergebnissen mit personenbezogenen Daten können betroffene Betreiber auch von Privatpersonen Schadensersatz gem. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO verlangen.

3. Ansprüche gegen den Betreiber von Topf Secret

3.1 Wettbewerbsrechtlicher Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Veröffentlichung der Prüfergebnisse gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr.1 UWG.

Ein direkter Anspruch gegen den Plattformbetreiber aus Lauterkeitsrecht, z.B. gemäß § 8 Abs.1, Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. § 4 Nr.1 UWG scheidet aus, weil der Portalbetreiber keine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornimmt. Etwas Anderes könnte nur gelten, wenn man belegen kann, dass der Portalbetreiber gezielt den Wettbewerb von bestimmten Betrieben fördern will. Davon ist aber nicht auszugehen.

3.2 (Unmittelbarer) Zivilrechtlicher Anspruch auf Unterlassung gem. § 823 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 187 StGB, § 1004 Abs. 1 BGB, §§ 824, 826 BGB für eigene / zu-eigen-gemachte Inhalte

Der Portalbetreiber könnte gem. § 823 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 187 StGB, § 1004 Abs. 1 BGB, §§ 824, 826 BGB zur Unterlassung der Veröffentlichung bzw. Zugänglichmachung unwahrer sowie zur Löschung wahrer negativer Hygieneberichte nach sechs Monaten nach Abschluss der behördlichen Prüfungsentscheidung verpflichtet sein; oder sobald er Kenntnis von der Beseitigung des Mangels hat und dies nicht durch einen Hinweis gekennzeichnet wurde, oder sofern die Veröffentlichung unter Verstoß gegen eine behördliche Auflage erfolgt bzw. erfolgen würde.

3.2.1 Zu Eigen-Machen von fremden Inhalten

Unabhängig von den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen würde eine unmittelbare Haftung voraussetzen, dass es sich bei den veröffentlichten Prüfergebnissen um eigene Behauptungen des Portalbetreibers handelt. Lügen hingegen keine eigenen Behauptungen des Portalbetreibers vor, so stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang er für fremde Inhalte haftet. Insoweit wären die Haftungsprivilegien der §§ 8 ff. TMG und die dazu ergangene Rechtsprechung zu prüfen.

Die Frage nach den Haftungsprivilegien von Diensteanbietern im Internet stellt sich allerdings nicht für eigene Informationen. Für diese ist ein Diensteanbieter gem. § 7 Abs. 1 TMG nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Entsprechendes gilt für eigentlich fremde Informationen, die ein Diensteanbieter sich zu eigen macht. Allerdings ist bei der Annahme eines solchen Zu-eigen-machens nach der Rechtsprechung grundsätzlich Zurückhaltung geboten¹⁰⁸.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 4. April 2017, Az. VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029 Rn. 18 – *klunikbewertungen.de*.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung macht sich der Betreiber einer Internetseite Inhalte zu eigen, wenn er nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die auf der Seite veröffentlichten Inhalte übernommen oder den zurechenbaren Anschein erweckt hat, er identifiziere sich mit den fremden Inhalten¹⁰⁹. Ob dies der Fall ist, ist aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsnutzers auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu beurteilen¹¹⁰. Für ein Zu-Eigen-Machen spricht es insbesondere, wenn der Anbieter die von einem Dritten hochgeladenen Inhalte inhaltlich-redaktionell auf Vollständigkeit und Richtigkeit kontrolliert¹¹¹ oder auswählt oder die fremden Informationen in das eigene redaktionelle Angebot einbindet¹¹².

Darüber hinaus hat der EuGH entschieden, dass sich Diensteanbieter nicht auf Haftungsprivilegien berufen können, sofern sich ihre Rolle nicht mehr auf die eines neutralen Diensteanbieters beschränkt, sondern der Diensteanbieter eine aktive Rolle übernimmt, die ihm eine Kenntnis von bestimmten Daten oder Kontrolle über diese verschaffen kann¹¹³. In dem vom EuGH entschiedenen Fall wurde dies durch eine aktive Werbung des Plattformbetreibers für die fremden Inhalte angenommen.

Auch im vorliegenden Fall spricht einiges dafür, dass der Plattformbetreiber die Rolle eines neutralen Diensteanbieters verlassen hat. Er nimmt aktiv Einfluss auf die Veröffentlichung fremder Inhalte, indem er mehrfach auf ihrer Seite zu einer Veröffentlichung von negativen Prüfergebnissen aufruft; positive Berichte werden schon nicht von dem Antragsvordruck erfasst. Vermutlich würden einzelne Nutzer von allein gar nicht auf die Idee kommen, diese Prüfergebnisse anzufragen um sie anschließend im Internet zu veröffentlichen.

Die gesamte Plattform ist aus unserer Sicht letztlich nur zu dem Zweck angelegt worden, dass möglichst viele Nutzer angefragte negative Prüfergebnisse veröffentlichen. Im Gegensatz zu anderen Plattformen mit nutzgenerierten Inhalten (z. B. Social Media) weiß der Plattformbetreiber im Vorhinein ganz genau, welche Inhalte auf seiner Plattform eingestellt werden.

Dies unterscheidet die vorliegende Fallkonstellation auch von anderen Bewertungsportalen, auf denen Nutzer frei positive oder negative Bewertungen abgeben können. Unseres Erachtens lässt sich daher im Wege einer Gesamtbetrachtung gut ein „Sich-Zu-Eigen-Machen“ sämtlicher Berichte vertreten, da der Plattformbetreiber aktiv Einfluss auf die hochgeladenen Inhalte nimmt.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 19. März 2015, Az. I ZR 94/13, BeckRS 2015, Rn. 25 – *Hotelbewertung* m. w. N.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 19. März 2015, Az. I ZR 94/13, BeckRS 2015, Rn. 25 – *Hotelbewertung* m. w. N.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 4. April 2017, Az. VI ZR 123/16, NJW 2017, 2029, Rn. 18 – *klinikbewertungen.de*.

¹¹² BGH, Urteil vom 19. März 2015, Az. I ZR 94/13, BeckRS 2015, Rn. 25 – *Hotelbewertung* m. w. N.

¹¹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 12. Juli 2011, Az. C-324/09, GRUR 2011, 1025, Rn. 115 f. – *L'Oréal / ebay*.

Hinzu kommt, dass über Inhalte negativer Prüfergebnisse sogar redaktionell berichtet wird¹¹⁴. Darüber hinaus behält sich der Plattformbetreiber sogar ausdrücklich vor, die gesamten Nutzerinhalte auch anderweitig zu veröffentlichen. Der Plattformbetreiber möchten ausdrücklich selbst die Rolle der Veröffentlichenden für Beiträge eines Nutzers „einrücken“, wenn dieser seinen Account löscht. Und schließlich geht der Plattformbetreiber sogar so weit, dass sie in den Nutzungsbedingungen des für die Anfragen zu verwendenden E-Mail-Dienstes den Hochladern zusichert, sie gegen unplausible oder unberechtigte Verletzungsbehauptungen Dritter im Rahmen seiner Möglichkeit zu unterstützen. Dies alles geht über ein reines Hosting fremder Inhalte hinaus und spricht für ein „Zu-Eigen-Machen“ der hochgeladenen Prüfergebnisse.

Würde man hingegen ein Zu-Eigen-Machen ablehnen, so wäre eine Störerhaftung des Portalbetreibers zu prüfen, für die dann ebenfalls Einiges sprechen würde, sei es wegen einer generellen Gefahrgeneigntheit der Plattform oder hinsichtlich einer Tätigkeit des Plattformbetreibers nach klaren und eindeutigen Hinweisen auf Rechtsverletzungen durch veröffentlichte Prüfergebnisse auf der Plattform (sei es wegen Veröffentlichungen durch Mitbewerber, wegen unwahren kredit-schädigenden Inhalten oder wegen wahren Inhalten nach Ablauf der maßgeblichen Veröffentlichungsbefristung oder wegen fehlenden Hinweises auf zwischenzeitlich abgestellte Mängel oder wegen einer Veröffentlichung unter Verstoß gegen eine behördliche Auflage).

3.2.2 Weitere Tatbestandsvoraussetzungen

Geht man von einem Zu-Eigen-Machen aus, so gelten für die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen die vorstehenden Ausführungen zur zivilrechtlichen Haftung der privaten Hochlader (Ziff. C.II.2 entsprechend). Haftungserweiternd wäre hier sogar noch zu berücksichtigen, dass es bei Verantwortlichkeit des Portalbetreibers nicht nur um die Veröffentlichung / das Hochladen der Inhalte geht, sondern um deren kontinuierliche Zugänglichmachung, so dass es für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit nicht allein auf den Zeitpunkt des Hochlandes ankommt, sondern auf den jeweils aktuellen Zeitpunkt, zu dem die Inhalte im Internet weiterhin abrufbar sind, so dass auch ein mittlerweile eingetretener Ablauf einer Veröffentlichungsbefristung zu berücksichtigen wäre.

3.3 Datenschutzrechtlicher Anspruch auf Löschung personenbezogener Prüfberichte gemäß Art. 17 DS-GVO

Soweit behördliche Angaben mit personenbezogenen Daten auf die Plattform „Topf Secret“ hochgeladen worden sind, haben die betroffenen Gastronomiebetreiber gegen den Betreiber der Plattform unter denselben Voraussetzungen einen Anspruch auf Löschung dieser personenbezogenen Daten gem. Art. 17 Abs. 1 DS-GVO wie gegenüber den Wettbewerbern bzw. Privatpersonen, die diese Daten in das Portal eingestellt haben (vgl. oben)

¹¹⁴ Im Internet abrufbar: <https://www.foodwatch.org/de/informieren/topf-secret/aktuelle-nachrichten/hygiene-aengel-in-der-kantine-des-ernaehrungsministeriums/> (zuletzt abgerufen am 10. März 2019).

Wie oben dargestellt, ist der Plattformbetreiber neben den Personen, die Prüfberichte auf der Plattform einstellen, gemeinsam für die Verarbeitung dieser (personenbezogenen) Daten verantwortlich i.S.d. Art. 4 Nr. 7, 26 DS-GVO. Der Plattformbetreiber ist deshalb auch unmittelbarer Adressat von Ansprüchen auf Löschung gem. Art. 17 DS-GVO.

Ein Löschantrag besteht unter den oben dargestellten Voraussetzungen. Der Plattformbetreiber ist in jedem Fall zur Löschung verpflichtet, wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf der Plattform unrechtmäßig erfolgt (Art. 17 Abs. 1 Buchstabe d) DS-GVO). Löschanträge gegen den Portalbetreiber sind jedenfalls in folgenden Konstellationen gegeben:

- Die Prüfberichte sind von einem Wettbewerber eingestellt worden;
- die Prüfberichte sind inhaltlich falsch oder enthalten keine Hinweise auf konkrete Gesundheitsgefahren oder
- seit Abschluss der Prüfungshandlungen der Behörde sind mehr als sechs Monate vergangen.

Löschanträge gegen den Portalbetreiber sind nicht nach den §§ 7 ff. TMG ausgeschlossen. Zwar sind die in diesen Vorschriften geregelten Haftungsprivilegien für „Hostingprovider“ auch auf datenschutzrechtliche Ansprüche betroffener Personen nach der DS-GVO anwendbar. In der vorliegenden Konstellation scheidet eine Haftungsprivilegierung aber bereits deshalb aus, weil der Betreiber der Plattform „Topf Secret“ sich die dort eingestellten Prüfberichte und Informationen – wie oben gezeigt – „zu eigen“ gemacht hat. Gem. § 7 Abs. 1 TMG haften Diensteanbieter für „eigene Inhalte“ ohne Privilegierung nach den allgemeinen Gesetzen.

3.4 Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO)

Im Falle der rechtswidrigen Verbreitung von Prüfberichten mit personenbezogenen Daten können die betroffenen Personen auch Ersatz für den ihnen entstandenen materiellen und immateriellen Schaden gem. Art. 82 DS-GVO von dem Plattformbetreiber verlangen. Das gilt ohne Einschränkungen, weil es sich bei den Veröffentlichungen auf der Plattform aus Sicht des Plattformbetreibers um „eigene Inhalte“ handelt (§ 7 Abs. 1 TMG).

Soweit ein Schadensersatzanspruch gegen den Plattformbetreiber besteht, haftet er gem. Art. 82 DS-GVO neben den Personen, die die behördlichen Angaben rechtswidrig eingestellt haben, als Gesamtschuldner. Die betroffenen Betreiber von Gastronomiebetrieben können daher wählen, ob sie ihren (gesamten) Schaden vom Plattformbetreiber oder von den Personen fordern, die die rechtswidrigen Inhalte eingestellt haben.

3.5 Auskunftsanspruch bzgl. Identität des Hochladers

Fraglich ist außerdem, ob vom Portalbetreiber Auskunft über den jeweiligen Hochlader des relevanten Prüfberichts verlangt werden kann. Dieser Anspruch könnte praktisch wichtig sein, um z. B. herauszufinden, ob ein Mitbewerber den Bericht hochgeladen hat (zwar besteht ein öffentlich-

rechtlicher Anspruch auf Bekanntgabe des Abrufers; aber dieser muss ja nicht der Hochlader sein).

3.5.1 Anspruch auf Grundlage von § 242 BGB

Der Bundesgerichtshof hat einen Auskunftsanspruch gegen einen Plattformbetreiber, auf dessen Plattform rechtswidrige Inhalte veröffentlicht wurden, unter Hinweis auf § 12 Abs. 2 TMG verneint¹¹⁵. § 12 Abs. 2 TMG verbietet die Herausgabe der zur Bereitstellung des Telemediums erhobenen Anmeldedaten, sofern eine Rechtsvorschrift, die sich auf Telemedien bezieht, dies nicht ausdrücklich erlaubt¹¹⁶.

Daraufhin wurde § 14 TMG neu gefasst. § 14 Abs. 3 TMG (n. F.) bestimmt nunmehr:

„Der Diensteanbieter darf darüber hinaus im Einzelfall Auskunft über bei ihm vorhandene Bestandsdaten erteilen, soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 1 Absatz 3 des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes erfasst werden, erforderlich ist.“

Voraussetzung ist demnach, dass ein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch gegen den Plattformbetreiber besteht; § 14 Abs. 3 TMG erlaubt dann unter bestimmten Voraussetzungen die Herausgabe von Nutzerdaten.

Gewohnheitsrechtlich ergibt sich aus § 242 BGB ein Auskunftsanspruch, wenn die zwischen den Parteien bestehende Rechtsbeziehung es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann¹¹⁷. Im Fall von Persönlichkeitsverletzungen kommt grundsätzlich ein allgemeiner zivilrechtlicher Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB gegen den Plattformbetreiber als Nebenanspruch in Betracht, wobei noch nicht abschließend geklärt ist, ob § 13 Abs. 6 TMG dem Anspruch entgegensteht, was angesichts der Neufassung von § 14 TMG unseres Erachtens nicht der Fall ist¹¹⁸.

Sofern nach den oben dargestellten Grundsätzen Ansprüche gegen den Plattformbetreiber bestehen, regelt § 14 Abs. 3 TMG die Herausgabe der Nutzerdaten. Hierfür ist allerdings die Verletzung *„absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 1 Absatz 3 des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes erfasst werden, erforderlich“*

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 1. Juli 2014, Az. VI ZR 345/13, NJW 2014, 2651, 2652 – *Ärztbewertungsportal*.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 1. Juli 2014, Az. VI ZR 345/13, NJW 2014, 2651, 2652 – *Ärztbewertungsportal*.

¹¹⁷ St. Rsp.; statt vieler: BGH, Urteil vom 6. Februar 2007, Az. X ZR 117/04, NJW 2007, 1806, Rn. 13; *Grüneberg* in: Palandt, 78. Aufl. 2019, § 260 Rn. 4.

¹¹⁸ Vgl. zur alten Rechtslage: BGH, Urteil vom 1. Juli 2014, Az. VI ZR 345/13, MMR 2014, 704 Rn. 6 ff.

Rechtswidrige Inhalte im Sinne von § 1 Abs. 3 NetzDG sind Inhalte, die den Tatbestand der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in Verbindung mit 184d, 185 bis 187, 201a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind.

Vorliegend besteht folglich nur bei unwahren oder nicht erweislich wahren Prüfberichten ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungsdaten, sofern der Plattformbetreiber für die Rechtsverletzung haftet.

3.5.2 Anspruch auf Grundlage von Art. 15 DS-GVO

Soweit die auf der Plattform „Topf Secret“ veröffentlichten Informationen personenbezogene Daten über die Betreiber von Gastronomiebetrieben enthalten, können diese betroffenen Personen einen Anspruch auf Auskunft gem. Art. 15 DS-GVO gegen den Plattformbetreiber geltend machen. Dieser Einspruch umfasst gem. Art. 15 Abs. 1 Buchstabe g) DS-GVO auch „alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten“. Damit ist der Plattformbetreiber auch verpflichtet, die Identität der Personen mitzuteilen, die die Informationen hochgeladen haben.

Der Auskunftsanspruch gem. Art. 15 DS-GVO wird nicht durch § 12 Abs. 2 TMG ausgeschlossen. Zwar dürfen nach dieser Regelung Anbieter von Internetdiensten personenbezogene Daten ihrer Nutzer an Dritte nur herausgeben, soweit das TMG oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, dies erlauben. Das TMG selbst sieht in § 14 Abs. 2 eine Auskunftserteilung nur an Justizbehörden und Sicherheitsdienste vor, oder wenn die Auskunftserteilung für die Durchsetzung von Rechten an geistigem Eigentum erforderlich ist. Art. 15 DS-GVO enthält keine spezifische Regelung für „Telemedien“ und würde daher nach § 12 Abs. 2 TMG den Plattformbetreiber nicht zur Mitteilung von Daten über die Nutzer der Plattform berechtigen. Darauf kommt es aber im Ergebnis nicht an, weil die Datenschutzvorschriften des TMG nach herrschender Meinung¹¹⁹, der sich insbesondere auch die Datenschutzaufsichtsbehörden angeschlossen haben¹²⁰, seit dem Geltungsbeginn der DS-GVO am 25.05.2018 durch diese verdrängt werden und nicht mehr anwendbar sind. § 12 Abs. 2 TMG steht daher der in Art. 15 Abs. 1 Buchstabe g) DS-GVO vorgeschriebenen Auskunft über die Herkunft personenbezogener Daten nicht entgegen.

Der Mitteilung der Identität der Plattformnutzer, die die Informationen in die Plattform eingestellt haben, steht auch Art. 15 Abs. 4 DS-GVO nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift darf das Recht auf Erhalt einer Kopie gem. Art. 15 Abs. 3 DS-GVO die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen. Diese Einschränkung des Auskunftsanspruchs bezieht sich nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut nur auf die Herausgabe von Kopien personenbezogener Daten gem. Art. 15

¹¹⁹ Vgl. *Schmitz*, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, vor § 11 Rn. 8 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

¹²⁰ Vgl. „Positionsbestimmung“ der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder v. 26.04.2018, abrufbar unter https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrganisation/Inhalt/Zur-Anwendbarkeit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25_-Mai-2018/Positionsbestimmung-TMG.pdf.

Abs. 3 DS-GVO, nicht aber auf die Erteilung von (bloßen) Informationen gem. Art. 15 Abs. 1 DS-GVO. Zwar wird in der datenschutzrechtlichen Literatur zum Teil für eine analoge Anwendung der Beschränkung des Art. 15 Abs. 4 DS-GVO auch auf die Informationsansprüche gem. Art. 15 Abs. 1 DS-GVO plädiert¹²¹. Aber auch wenn man dieser Auffassung folgen wollte, dürfte das dem Bestehen eines Auskunftsanspruchs von betroffenen Gastronomiebetreibern jedenfalls dann nicht entgegenstehen, wenn die Verbreitung von Prüfergebnissen über die Plattform „Topf Secret“ nach datenschutzrechtlichen Maßstäben unzulässig war. Denn in diesem Falle überwiegen die berechtigten Interessen der betroffenen Personen daran, die Identität der Adressaten möglicher Ansprüche wegen dieser Datenschutzverletzungen in Erfahrung zu bringen, die (rechtlich nicht schutzwürdigen) Interessen der Nutzer der Plattform, von den Folgen ihres unrechtmäßigen Handelns verschont zu bleiben.

Prof. Dr. Rupert Scholz

Dr. Andreas Neun

Dr. Stefan Weidert

¹²¹ Vgl. z.B. *Schmidt-Wudy*, in: BeckOK Datenschutzrecht (Stand: 1. November 2018) zu Art. 15 Rn. 97.