

An die

- Mitglieder des DEHOGA Präsidiums
- Mitglieder des Großen Vorstandes
- (Haupt-)Geschäftsführer der Mitgliedsverbände

Deutscher Hotel- und
Gaststättenverband e.V.
(DEHOGA Bundesverband)
Am Weidendamm 1A
10117 Berlin

Fon 030/72 62 52-0
Fax 030/72 62 52-42
info@dehoga.de
www.dehoga.de

Unser Zeichen Har/Re
Datum 16. April 2019

RUNDSCHREIBEN NR. 10/2019
Rechtsgutachten der Kanzlei Gleiss Lutz zu „Topf Secret“ / Musteran-
schreiben Landesministerien / Überarbeitetes Antwortmuster für be-
troffene Betriebe im VIG-Anhörungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der **Anlage 1** zu diesem Rundschreiben übersenden wir Ihnen das vom DEHOGA Bundesverband bei der Kanzlei Gleiss Lutz in Auftrag gegebene Rechtsgutachten zur rechtlichen Bewertung des Internetportals „Topf Secret“. Die Ergebniszusammenfassung finden Sie auf den Seiten 4-11 des Gutachtens. Die ausführliche rechtliche Bewertung ist auf den Seiten 11-66 dargelegt.

Das Rechtsgutachten kommt hinsichtlich der behördlich zu beachtenden Maßnahmen bei über die Plattform „Topf Secret“ gestellten VIG-Anträgen zu folgenden wesentlichen Ergebnissen:

- Auskunftsanträge, die sich auf von Einzelhabern, Ein-Mann-GmbHs oder vergleichbaren juristischen Personen geführte Gastronomiebetriebe beziehen (insbesondere kleinere GbRs oder OHGs), schließen immer auch den Zugang zu personenbezogenen Daten ein und unterfallen deshalb dem Ausschlussgrund des § 3 Satz 1 Nr. 2a VIG. Eine Herausgabe der Informationen ist in solchen Fällen gesetzlich ausgeschlossen.
- Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Gesetzgebers zu § 40 Abs. 1a LFGB sind von der zuständigen Behörde auch zu beachten, wenn über einen VIG-Antrag entschieden wird und der Antragsteller erkennbar beabsichtigt, die erhaltenen Informationen über eine allgemein zugängliche Plattform, wie etwa „Topf Secret“, im Internet zu verbreiten (dies ist bei VIG-Anträgen über „Topf Secret“ regelmäßig der Fall und für die Behörde aufgrund der eindeutigen durch FragDenStaat generierten E-Mail Adresse auch erkennbar).

Dies führt dazu, dass sowohl die in § 40 Abs. 4a LFGB (n.F.) geregelte 6-Monatsfrist für Veröffentlichungen und auch die sonstigen Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB (Beschränkung der Information auf erhebliche Verstöße analog § 40 Abs. 1a LFGB, u.a. Beachtung der 350€ Bagatellgrenze) auf die Bereitstellung von Auskünften nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VIG zu übertragen sind, sofern die VIG-Anträge über „Topf Secret“ gestellt werden.

→ Das heißt: Die Behörde hat, sofern die Herausgabe überhaupt zulässig ist, hinsichtlich solcher mittels „Topf Secret“ begehrten Informationen, die vor mehr als 6 Monaten seit der Antragstellung entstanden sind, durch **Auflagen im Herausgabebescheid** gegenüber dem jeweiligen Antragsteller sicherzustellen, dass eine Veröffentlichung nicht erfolgt. Ferner hat sie, sofern die 6 Monatsfrist zum Zeitpunkt der Herausgabe noch nicht abgelaufen ist, sicherzustellen, dass Informationen spätestens sechs Monate nach ihrer Entstehung vollständig zu löschen sind, sofern diese durch den Antragsteller veröffentlicht werden.

Auch die Anforderungen an private Veröffentlichungen analog § 40 Abs. 1a LFGB müssen durch die zuständigen Behörden mittels Auflagen gesichert werden.

Folgende Auflagen müssen die zuständigen Behörden dem Antragsteller somit zwingend vorgeben:

- die Auflage, dass der Antragsteller die Information nach Ablauf von 6 Monaten seit ihrer Entstehung nicht mehr veröffentlichen darf bzw. die Informationen spätestens dann zu löschen sind.
 - die Auflage, dass die Veröffentlichung der herausgegebenen Informationen nicht zulässig ist, wenn die Behörde zu dem Ergebnis gelangt, dass die von ihr zu prüfenden Voraussetzungen des § 40 Abs. 1a LFGB nicht erfüllt sind.
-
- Wettbewerbsrechtlich wäre das Hochladen von negativen Prüfergebnissen durch einen Konkurrenten des betroffenen Betriebes zu missbilligen. Dies muss die Behörde bereits bei der Informationsherausgabe berücksichtigen und muss auch diesbezüglich eine entsprechende Auflage erteilen.
 - Zu beachten ist außerdem, dass das VIG keinen Anspruch auf die Herausgabe vollständiger Prüfberichte gewährt. 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 somit weder verpflichtet noch berechtigt.

Hinsichtlich möglicher Ansprüche gegen Wettbewerber, Antragsteller und den Portalbetreiber kommt das Rechtsgutachten zu folgenden wesentlichen Ergebnissen:

- Den betroffenen Unternehmen stehen wettbewerbsrechtliche und unter Umständen auch privatrechtliche und datenschutzrechtliche Ansprüche gegen Hochlader von Kontrollergebnissen zu, die Wettbewerber des betroffenen Betriebs sind.
- Den betroffenen Unternehmen stehen zivilrechtliche Ansprüche gegen das Hochladen von negativen unwahren Prüfergebnissen durch private Hochlader zu. Nach Ablauf von 6 Monaten nach Abschluss der behördlichen Prüfungsentscheidung bestehen auch zivilrechtliche Ansprüche gegen private Hochlader bezogen auf negative wahre Kontrollergebnisse. Auch sofern die Veröffentlichung einen Verstoß gegen eine behördliche Auflage darstellt, bestünden solche Ansprüche. Darüber hinaus bestehen unter Umständen auch datenschutzrechtliche Ansprüche gegenüber privaten Nutzern der Plattform.
- **Dieselben Ansprüche, die gegen private Hochlader bestehen, können auch gegen den Plattformbetreiber geltend gemacht werden, da dieser sich die hochgeladenen Kontrollergebnisse zu eigen macht.**

In der **Anlage 2** übersenden wir Ihnen ein Musteranschreiben an Ihre jeweiligen zuständigen Landesministerien, in dem die Ministerien um Berücksichtigung der Ergebnisse des Gutachtens und der aktuellen Rechtsprechung zu „Topf Secret“ gebeten werden. Wir regen alle Landesverbände dazu an, das Musterschreiben anzupassen und dieses nebst dem Rechtsgutachten an die jeweils zuständigen Ministerien zu versenden.

In der **Anlage 3** übersenden wir Ihnen des Weiteren ein überarbeitetes Musterantwortschreiben für betroffene Betriebe im VIG-Anhörungsverfahren, welches die Ergebnisse des Gutachtens berücksichtigt.

Mit freundlichen Grüßen


Ingrid Hartges
Hauptgeschäftsführerin


Christian Reuter
Referent für Lebensmittelrecht
und allgemeines Wirtschaftsrecht

Anlagen