



TÄTIGKEITSBERICHT

INFORMATIONSFREIHEIT

2018/2019

**Der Hamburgische Beauftragte für
Datenschutz und Informationsfreiheit**


Hamburg

**Der Hamburgische Beauftragte für
Datenschutz und Informationsfreiheit**

**Tätigkeitsbericht Informationsfreiheit
2018 / 2019**

vorgelegt im Dezember 2019

Prof. Dr. Johannes Caspar

(Redaktionsschluss: 6. Oktober 2019)

***Diesen Tätigkeitsbericht können Sie abrufen unter
www.datenschutz-hamburg.de***

Herausgegeben vom Hamburgischen Beauftragten für
Datenschutz und Informationsfreiheit

Ludwig-Erhard-Str. 22 • 20459 Hamburg • Tel. 428 54 40 40
mailbox@datenschutz.hamburg.de

Foto Titelseite: www.mediaserver.hamburg.de / Maxim Schulz

Druck: Paul Albrechts Verlag GmbH

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Tätigkeitsbericht Informationsfreiheit 2018 / 2019

Inhaltsverzeichnis

1. Vorwort	6
2. Reform HmbTG	8
2.1 Ablauf	8
2.2 Das neue HmbTG	9
3. Aufgaben und Tätigkeiten des Hamburgischen Beauftragten für Daten- schutz und Informationsfreiheit	21
3.1 Überblick	21
3.2 Anlassunabhängige Prüfungen und Beanstandungen.....	22
3.3 Zusammenarbeit mit anderen Informationsfreiheitsbeauftragten	23
3.3.1. Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten	23
3.3.2 Arbeitskreis Informationsfreiheit.....	24
3.3.3 Entschließungen des Konferenz der Informationsfreiheitsbeauf- tragten	24
3.4 Der HmbBfDI als auskunftspflichtige Stelle	24
4. Einzelfälle	26
4.1 Wahlstände der AfD (Fortsetzung)	26
4.2 Umstrukturierung der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Inno- vation	27
4.3 Gehälter von Geschäftsführern des UKE (VG HH, 17 K 3920/19 und 17 K 5373/19).....	30
4.4. Verträge der Daseinsvorsorge	35
4.4.1. Eigenständiger Veröffentlichungsanspruch.....	35
4.4.2. Veröffentlichungspflicht bezüglich Anlagen zu Verträgen der Daseinsvorsorge.....	36
4.4.3. Vergaberechtliche Verschwiegenheitspflichten.....	36
4.4.4. Begriff der Daseinsvorsorge.....	37
4.4.5. Veröffentlichung von Informationen über Dritte	38
4.4.6. Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.....	38
4.5 Zugang zu den Akten der Justizministerkonferenz.....	43
4.6. Das Digitale Oberflächenmodell des LGV	44

4.7 Gebühren.....	45
4.8 Zugang zu Gutachten als Glücksspiel?.....	47
4.9 Das Parlamentarische Fragerecht	52
4.10 „Born in the UKE“	53
4.11 Abschlussarbeiten an der HAW.....	55
5. Rechtsprechung	58
5.1 Das UKE und die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung (OVG HH, Urtr. v. 2.7.2018 – 3 Bf 153/15 und BVerwG, Beschl. v. 21.6.2019 – 7 B 24.18).....	58
5.2 Auskunft über Drittmittelspenden von der Uni Hamburg (VG HH, Urtr. v. 21.3.2018 – 17 K 1459/16)	61
5.3 Das Bezirksamt Altona und die Hygieneberichte von Asklepios (VG HH, 17 E 4606/18)	65
5.4 Das Bezirksamt Altona und anwaltliche Schriftsätze (VG HH, Urtr. v. 29.11.2017 – 17 K 7287/16).....	69
5.5 Klassiker: Veröffentlichungspflicht der mittelbaren Staatsverwaltung (OVG HH, Beschl. v. 16.4.2018 – 3 Bf 271/17.Z).....	74
5.6 Das Verwaltungsgericht und die pragmatischste Form der Klageerledigung (VG HH, Urtr. v. 13.2.2018 – 17 K 143/18).....	75
6. Ausblick	78
6.1 Einbeziehung des Landesamts für Verfassungsschutz	78
6.2 Löschpflichten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten im Transparenzregister.....	79
6.3 Regelungen zum NDR im Staatsvertrag	79
6.4 Die Pflicht zur Parallelveröffentlichung des § 10 Abs. 8 HmbTG	81
6.5 Befugnisse des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit	82
6.6 Abwägungsklausel für die Forschungsfreiheit.....	83
Anhang 1 Entschließungen und Positionspapiere der Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten	84
Entschließung vom 16.10.2018: Soziale Teilhabe braucht konsequente Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften!.....	84
Entschließung vom 12.6.2019: Transparenz im Rahmen politischer Entscheidungsprozesse – Verpflichtendes Lobbyregister einführen.....	85
Positionspapier vom 12.6.2019: Informationszugang in den Behörden erleichtern durch „Informationsfreiheit by Design“	86

1. Vorwort

Das Transparenzgesetz ist in die Jahre gekommen. Was 2012 noch gänzlich neu war und für ein erhebliches Aufsehen im In- und Ausland sorgte, ist – nachdem mittlerweile andere Bundesländer eigene Transparenzgesetzen erlassen haben, die eine Praxis der antragsunabhängigen Veröffentlichung von Informationen über Transparenzregister vorsehen – weitgehend zur Normalität geworden. Die seinerzeit immer wieder geäußerte Befürchtung, die Neuerungen seien kurzfristige und nicht zu Ende gedachte Schnellschüsse, die den wirtschaftlichen Standort Hamburg schädigten und die hamburgische Verwaltung nachhaltig verwirren würden, haben sich eindeutig nicht bestätigt. Die letztlich über alle Parteigrenzen und von allen Bürgerschaftsfraktionen mitgetragenen Regelungen sind rückblickend zu attraktiven Modulen einer transparenten Demokratie im digitalen Zeitalter geworden, die in den folgenden Jahren gerade auch in einigen Flächenländern in unterschiedlicher Weise umgesetzt wurden. Das Transparenzgesetz hat sich damit als verlässliche Rechtsgrundlage bewährt und seither vielen Menschen den Zugang zu Informationen verschafft, an die sie ohne diesen Schlüssel nicht gekommen wären.

Dennoch muss eine gesetzliche Regelung im Bereich des Informationszugangs – zumal in den Zeiten eines tiefgreifenden digitalen Umbruchs – immer auch gegenüber der kritischen Reflexion offen sein und sich neuen Gegebenheiten anpassen. Das gilt in besonderer Weise für eine Regelung, die, wie das Transparenzgesetz, bereits sehr früh bereichsspezifisch in der Kritik stand. So war schon kurz nach dessen Inkrafttreten die Anwendbarkeit des Transparenzregisters auf die gesamte mittelbare Staatsverwaltung umstritten, bis sie dann schließlich durch gerichtliche Entscheidung rechtssicher gänzlich ausgeschlossen wurde (Kap. 5.5) – ein konsequentes juristisches Ergebnis, das jedoch rechtspolitisch zu Recht kritisiert wurde. Auch weit weniger offenkundige Kinderkrankheiten als der Anschluss der mittelbaren Staatsverwaltung haben das Projekt des Transparenzgesetzes von Anfang an begleitet. Sie geben nun Anlass, die Regelungen des Transparenzgesetzes einer Erneuerung zu unterziehen. Die Gelegenheit, dabei neben einem Reparaturbetrieb auch fortschrittlichere Ansätze zu verfolgen, und dabei neue Ideen zu entwickeln, wie auch Anleihen bei anderen

modernen Landestransparenzregelungen zu nehmen, sollte genutzt werden. Hierzu wurden in den letzten beiden Jahren immer wieder – gerade auch seitens des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit – verschiedene Vorschläge unterbreitet.

Ein Änderungsentwurf zum Transparenzgesetz befindet sich aktuell in der parlamentarischen Abstimmung. Aufgrund der zeitlichen Überschneidung der Abfassung dieses Tätigkeitsberichts mit der Debatte in der Bürgerschaft können derzeit keine näheren Angaben zum endgültigen Inhalt der Neuregelung gemacht werden. Das ist schade, aber den engen Vorgaben des Berichtszeitraums geschuldet. Immerhin wurden wesentliche Änderungsregelungen in der parlamentarischen Diskussion wie auch in der vorangegangenen Behördenabstimmung vom HmbBfDI intensiv begleitet. Hier gab es aus Sicht des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit durchaus viel Licht, aber auch Schatten. Die wesentlichen Linien der Diskussion der Änderungsvorschläge sollen in diesem Bericht nachgezeichnet werden (Kap. 2) in der Hoffnung, dass am Ende möglichst viel Transparenzfördernde Ideen in die Gesetzreform eingehen mögen und die Leuchtturmfunktion des Hamburgischen Transparenzgesetzes als ein fortschrittliches, demokratieoptimierendes Gesetz auch in den 20er Jahren erhalten bleiben möge.

2. Reform HmbTG

Das HmbTG ist zum Ende des Berichtszeitraums sieben Jahre alt geworden. Damit ist es älter als seine beiden Vorgänger zusammen, das HmbIFG-2006 und das HmbIFG-2009, die nach jeweils drei Jahren aufgehoben und durch verbesserte Gesetze ersetzt wurden. Für das HmbTG war in § 18 Abs. 2 Satz 2 eine Evaluationspflicht vorgesehen, die der Senat mit der Vorlage des Evaluationsberichts im Juli 2017 auch erfüllt hat. Nun war es an der Zeit, die Ergebnisse der Evaluation in eine Reform des Gesetzes münden zu lassen. Dieser Anforderung ist der Senat mit der Bü.-Drs. 21/17907 nachgekommen.

2.1 Ablauf

Bereits im Vorfeld wurden wir von der Justizbehörde kontaktiert und um unsere Einschätzung zu verschiedenen Aspekten des Gesetzes gebeten, die die Evaluation als reformbedürftig auserkoren hatte. Ferner wurde uns die Möglichkeit gegeben, eigene Punkte zu nennen, in denen wir einen Reformbedarf sehen. Hiervon haben wir Gebrauch gemacht und dabei insbesondere auf die Punkte verwiesen, die wir auch in unseren Tätigkeitsberichten regelmäßig ansprechen (vgl. TB HmbTG 2016/2017, Kap. 6). Einige dieser Punkte sind tatsächlich aufgenommen worden. Grundsätzlich hat sich das Verfahren der Justizbehörde, uns in die Vorabstimmung eines unserer Stammgesetze aufzunehmen, durchaus auszahlt. Von diesem Austausch profitieren beide Seiten.

Am 25.4.2019 leitete die Justizbehörde die offizielle Drucksachenabstimmung ein, an der wir dann ebenfalls beteiligt wurden. Wir haben dazu umfassend Stellung genommen. Soweit unseren Bedenken nicht gefolgt wurde, hat der Senat dies – unserer Unabhängigkeit gem. Art. 60a HVerf entsprechend, die sich auch auf die Informationsfreiheit bezieht – in die Senatsdrucksache Nr. 2019/01778 aufgenommen.

Nach der Drucksachenabstimmung kam es jedoch zu erneuten Änderungen, bevor die Drucksache im Juli 2019 in den Senat ging und von dort an die Bürgerschaft. Von diesen weiteren Änderungen hatten wir nichts erfahren. Es gibt keinerlei Pflicht, uns in diesem Stadium zu beteiligen. Allerdings kam es dadurch zu Vorschlägen, die für viel Unruhe

und Kritik gesorgt haben. Wir hätten auch zu diesem Zeitpunkt für Beratungen bereit gestanden, wie es unsere gesetzliche Aufgabe nach § 14 Abs. 4 HmbTG ist. Dass dies nicht erfolgte, führt auch dazu, dass unsere Kritik, die in die Drucksache aufgenommen und dort zutreffend wiedergegeben wurde, sich nur auf die uns bekannten Teile des Gesetzesentwurfs beziehen konnte. Für unbefangene Leser konnte der Eindruck entstehen, dass wir mit allem anderen einverstanden waren. Dies war nicht der Fall, insbesondere im Hinblick auf die vorgeschlagene Auskunftspflicht für die Daten von Antragstellern gegenüber den von einem Auskunftsantrag Betroffenen (Kap. 2.2 § 4).

Im Folgenden werden die vorgeschlagenen Änderungen des HmbTG dargestellt. Dabei gehen wir nach den einzelnen Paragraphen vor. Punkte, bei denen wir teilweise seit Jahren Änderungsbedarf sehen, die aber wieder nicht aufgenommen wurden, behandeln wir traditionell am Ende unseres Tätigkeitsberichts (vgl. Kap. 6). Da derzeit die parlamentarischen Beratungen über die Reform des HmbTG noch andauern, können nur die bis Ende November 2019 eingebrachten Änderungsvorschläge berücksichtigt werden.

2.2 Das neue HmbTG

Die Änderungen bestehen aus einfachen formalen Anpassungen, der Korrektur von Fehlern sowie weitreichenden materiellen Änderungen.

§ 1 Gesetzeszweck

Zukünftig wird sich aus dem Gesetzestext eine Einschränkung auf „amtliche“ Informationen ergeben. Dies ist grundsätzlich richtig und zielführend. Sie entspricht ohnehin der Rechtsprechung (OVG HH, Beschl. v. 20.11.2012 – 5 Bs 246/12). Private Informationen, die in Behörden und Unternehmen vorhanden sind, sollen weiterhin vom Informationsanspruch ausgenommen werden. Eine Änderung der Rechtslage ergibt sich hieraus nicht, lediglich eine Verdeutlichung. In § 2 Abs. 1 wurde für die Auskunftsverpflichtung privater Stellen auch noch aufgenommen, dass sich der Begriff der „Amtlichkeit“ auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bezieht. Dadurch ist klargestellt, dass mit der Änderung in § 2 alle Informationen gemeint sind, die im Zusammenhang mit der Aufgabenwahrnehmung stehen und nicht rein privater Natur sind.

§ 2 Veröffentlichungspflicht der mittelbaren Staatsverwaltung

Durch die vorgenommene und sprachlich elegante Änderung wird die mittelbare Staatsverwaltung endlich auch der Pflicht zur Veröffentlichung unterworfen. Dass dies bislang nicht der Fall war, lag an einem Geburtsfehler des Gesetzes. Es bedurfte eines Rechtsstreits durch zwei Instanzen (vgl. Kap. 5.5 und TB HmbTG 2016/2017 Kap. 5.7), um diese Rechtsfrage zu klären. Die nun erfolgte Änderung ist rechtspolitisch richtig und sinnvoll. Sie war immer das erklärte Ziel der Volksinitiative. Es ist bedauerlich, dass es einer Rechtsänderung bedurfte, um diesen Erfolg herzustellen. Gleichzeitig ist es erfreulich, dass es überhaupt zu dieser Änderung des Gesetzestextes kam.

Die Zukunft wird zeigen, wie gut die Veröffentlichungspflicht von den Institutionen der mittelbaren Staatsverwaltung angenommen und umgesetzt wird. Diese haben einen Nachteil, da das Projekt zur Umsetzung des HmbTG bereits vor Jahren erfolgreich abgeschlossen wird. Die mittelbare Staatsverwaltung wird vor der Herausforderung stehen, die notwendigen Prozesse selbstständig zu initialisieren und umzusetzen.

§ 3 Gegenstände der Veröffentlichungspflicht

Es ist der Entstehungsgeschichte des Gesetzes als wiki geschuldet, dass dort von jedermann alle möglichen Änderungen und Ergänzungen vorgenommen werden konnten. Insbesondere im Hinblick auf die Veröffentlichungsgegenstände des § 3 Abs. 1 HmbTG entpuppte sich das Gesetz als eine Fundgrube. Offensichtlich waren viele Begriffe aus anderen Gesetzen oder Lehrbüchern des Verwaltungsrechts abgetippt oder kopiert worden. Diese überschritten sich zum Teil, existierten im hamburgischen Landesrecht nicht oder nicht so, waren inhaltsleer oder enthielten sinnentstellende Tippfehler. Die Reform hat die schwere Aufgabe übernommen, den Großteil dieser Probleme zu beheben. Die vorgenommenen Änderungen können keiner ernsthaften Kritik begegnen. Sie entsprechen vielmehr dem, was wohl oft gemeint war oder gemeint gewesen wäre.

Dies alles gilt so nicht für die von § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG erfassten Gutachten. Diese waren bislang erfasst „soweit sie von Behörden in Auftrag gegeben wurden, in die Entscheidung der Behörde einfließen

oder ihrer Vorbereitung dienen“. Es bestanden stets Zweifel, ob jede der drei Alternativen isoliert betrachtet ausreichen sollte, um zu einer Veröffentlichungspflicht des Gutachtens zu führen. Dies würde unter Umständen zu einer Veröffentlichungspflicht für Gutachten führen, die nicht von hamburgischen Stellen in Auftrag gegeben wurden, aber dort vorlagen, zum Beispiel weil sie aus dem Internet heruntergeladen oder von anderen Behörden zur Verfügung gestellt wurden. Dann hätte die hamburgische Stelle in aller Regel nicht die Rechte für eine Veröffentlichung, unterläge aber der Pflicht. Dies wäre unsinnig und würde zu einer Verschwendung von Ressourcen führen.

Zukünftig sind Gutachten zu veröffentlichen, „soweit sie von Behörden in Auftrag gegeben wurden **und** in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen“. Die Pflicht gilt also nur für Gutachten, die von hamburgischen Stellen in Auftrag gegeben wurden. Wir hätten es hingegen begrüßt, wenn auch die weiteren Voraussetzungen entfallen wären, also das Einfließen in die Entscheidung der Behörde oder die Dienlichkeit für ihre Vorbereitung. Dies kann zu Auslegungsproblemen führen (wann ist ein Gutachten in die Entscheidung der Behörde „eingeflossen“ oder hat ihrer Vorbereitung „gedient“?). Sie sollten daher aus Gründen der Vereinfachung und des Gesetzeszwecks gestrichen werden. Stattdessen sollte es für das Auslösen einer Veröffentlichungspflicht ausreichen, dass Gutachten von einer informationspflichtigen Stelle in Auftrag gegeben werden.

§ 4 Datenschutz

Die Aufnahme der Einwilligung als Rechtfertigung für eine Veröffentlichung im Transparenzportal nach Maßgabe der DSGVO ist richtig und sinnvoll. Sie entspricht auch der bisherigen Praxis, die aber auf unsicheren Füßen stand, da § 4 Abs. 1 HmbTG bislang ein kategorisches Verbot der Aufnahme personenbezogener Daten vorsah und keine Ausnahmen zuließ. Trotzdem war es richtig, dass Ausnahmen gemacht wurden, zumindest für Personen, die keinerlei Benachteiligung fürchten müssen, also vor allem Senator:innen und Staatsräte:innen. Wir würden es begrüßen, wenn die nun eindeutig gesetzlich geregelte Ausnahme auch weiterhin zurückhaltend gehandhabt würde und auf Führungspersonen beschränkt bliebe.

In der Drucksache 21/17907, die der Senat der Bürgerschaft vorlegte, fanden sich auch Inhalte, die vorher zu keinem Zeitpunkt diskutiert wurden. Wir hielten die folgende Regelung für besonders problematisch: Durch Ergänzungen in § 4 Abs. 5 HmbTG-E und § 7 Abs. 4 HmbTG-E sowie der Neuregelung in § 8 Abs. 2 HmbTG-E sollten Betroffene einen nicht einschränkbaren Anspruch auf Auskunft darüber haben, wer einen sie betreffenden Auskunftsanspruch gestellt hatte. Dieses Recht sollte allen zustehen, deren personenbezogene Daten (§ 4), Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 7) oder Urheberrechte (§ 8) vom Auskunftsanspruch betroffen wären. Wir verstehen das Bedürfnis nach einer solchen Regelung, die § 5 Abs. 2 Satz 4 VIG entspricht. Das Problem ist jedoch die Tatsache, dass das Recht auf Kenntnis des Namens der Antragsteller:innen nach der vorgesehenen Regelung uneinschränkbar sein sollte. Handelt es sich bei der antragstellenden Person um ein Unternehmen oder eine andere Vereinigung, so dürfte die Auskunft in aller Regel unproblematisch sein. Weit überwiegend werden Anträge aber von natürlichen Personen gestellt. Und diese können durchaus gewichtige und schützenswerte Interessen daran haben, dass ihre Identitäten (und Adressen) nicht bekannt werden. In der Vergangenheit wurde die Nachfrage nach der Identität des Antragstellers stets als eigener Auskunftsantrag nach dem HmbTG behandelt. Waren personenbezogene Daten betroffen, richtete sich die Frage, ob Auskunft zu gewähren ist, nach § 4 Abs. 3 Nr. 4 HmbTG. Dieser sieht eine Abwägung vor und ermöglicht damit einzelfallgerechte Lösungen.

Der nun vorgesehene Antwortautomatismus wurde bereits im Zusammenhang mit der zum VIG getroffenen Regelung innerhalb der Literatur kritisiert. Dies widerspreche dem Gesamtkonzept eines voraussetzungslosen Informationszugangsrechts (so *Rossi*, in: BeckOK Medien- und Informationsrecht, 25. Edition, § 5 VIG, Rn. 18). So wird hierdurch für die antragstellende Person nämlich eine zusätzliche Hürde bei der Geltendmachung des Informationszugangs begründet: Sie muss einerseits damit rechnen, dass ihr Name und ihre Anschrift im Falle des Zugangs zu personenbezogenen Daten, geistigem Eigentum oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ohne weitergehende Prüfung herausgegeben werden können. Die antragstellende Person zahlt für einen Informationszugangsantrag damit praktisch mit der Offenlegung ihrer

personenbezogenen Daten. Sie muss außerdem damit rechnen, dass ihre Interessen an der Information hinterfragt werden; dies nicht nur von der informationspflichtigen Behörde, sondern insbesondere auch von Personen, die von dem Auskunftsantrag betroffen sind.

Die im VIG getroffene Regelung soll der Herstellung einer „Waffengleichheit“ dienen. An der Herstellung einer solchen Waffengleichheit lässt sich jedoch mit guten Gründen zweifeln. Die antragstellende Person dürfte über eine schwächere Position als der Drittbetroffene verfügen: Während die Herausgabe von Informationen des von der Antragstellung betroffenen Dritten durch die Behörde nach der Konzeption des HmbTG von einer Prüfung abhängt (vgl. § 4 Abs. 3 Nr. 4 HmbTG, § 7 Abs. 2 HmbTG), soll die Herausgabe von Namen und Anschrift der antragstellenden Person an die vom Informationszugang betroffene Person nach der vorgesehenen Neuregelung allein auf Nachfrage und ohne weitere Abwägung oder Begründungspflicht erfolgen. Die antragstellende Person muss mit den Informationen über ihre Person mithin in Vorleistung gehen. Damit begründet die vorgesehene Neuregelung effektiv eine Schlechterstellung der antragstellenden Person gegenüber dem vom Informationszugangsanspruch betroffenen Dritten.

Die Weitergabe der personenbezogenen Daten der antragstellenden Person an den vom Auskunftsverlangen betroffenen Dritten ist eine eigenständige Datenverarbeitung (vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 8, Rn. 40, zur Rechtslage vor der DSGVO). Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer solchen Regelung ist zweifelhaft. Die von der DSGVO vorgesehene Abwägung der Interessen wird pauschal zu Lasten der antragstellenden Person getroffen. Dies begegnet erheblichen unionsrechtlichen Bedenken. So handelt es sich beim sog. Erforderlichkeitsgrundsatz um eines der tragenden Prinzipien datenschutzrechtlicher Regelungen, das daher nicht zuletzt auch Eingang in die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten der DSGVO gefunden hat, vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO (s. hierzu auch *Reimer*, in: *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 32). Der Gesetzesvorschlag übersieht, dass durchaus ein berechtigtes Interesse der antragstellenden Person bestehen kann, ihren Namen und besonders ihre Anschrift vor der betroffenen Person geheim zu halten. So lassen sich der Presseberichterstattung Fälle entnehmen,

in denen die antragstellenden Personen durch die von Informationszugängen betroffenen Dritten zur Rücknahme ihrer Anträge genötigt wurden, es sogar zu Hausbesuchen durch diese oder Todesfällen kam (s. auch <https://netzpolitik.org/2019/hamburg-entwurf-fuer-neues-transparenzgesetz-verstoest-wahrscheinlich-gegen-europarecht/>, <https://netzpolitik.org/2018/mord-an-jan-kuciak-slowakische-behoerden-tragen-vermutlich-mitschuld/>).

Es ist zu hoffen, dass die Diskussion im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu einem Einlenken führen wird und der Gesetzesvorschlag nicht so umgesetzt werden wird, wie er bei Redaktionsschluss vorlag.

§ 5 Ausnahmen von der Informationspflicht

Bei den Neuregelungen handelt es sich ausschließlich um Erweiterungen der gesetzlichen Ausnahmen. Die meisten davon sind plausibel, grundsätzlich ist die Stoßrichtung der Gesetzesänderung jedoch bedenklich, wenn es an keiner Stelle zu einer Einschränkung der Ausnahmen kommt. Ferner hat die Evaluation nicht erkennen lassen, dass es einer Ausweitung der gesetzlichen Ausnahmen bedürfte.

Für problematisch halten wir die Erweiterung der bisher lediglich für den Forschungsbereich geltenden Ausnahme in § 5 Nr. 7 HmbTG. Anstatt diese einzuschränken und mit einer Abwägungsklausel zu versehen (vgl. Kap. 6.6), wird die Ausnahme auf den Prüfungsbereich ausgedehnt. Sie erfasst zukünftig auch „Prüfungseinrichtungen und Schulen, soweit sie im Bereich von Leistungsbeurteilungen und Prüfungen tätig werden“. Sie betrifft so zum Beispiel auch anonymisierte Statistiken über Notenschnitte, Durchfallquoten und andere Arten von Informationen, die nicht den konkreten Inhalt noch zu schreibender Aufgaben betreffen. Gerade für das GPA (Gemeinsames Prüfungsamt für das 2. juristische Staatsexamen) besteht in Sachen Transparenz noch erheblicher Nachholbedarf (<https://www.kanzlei-ronnenberg.de/news/die-entmystifizierung-der-juristischen-staatsexamina>). Wir hätten uns daher eine Ausnahme gewünscht, die sich auf „bevorstehende Prüfungen“ oder „konkrete Prüfungen“ bezieht. Es erscheint weder erforderlich, noch sinnvoll, Prüfungen als Thema in seiner Gesamtheit (zum Beispiel Prüfungsordnungen, Statistiken zu Noten und Durchfallquoten) auszunehmen.

§ 7 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Die ausdrückliche Erstreckung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen auf öffentliche Stellen im neu vorgesehenen Absatz 5 ist grundsätzlich unproblematisch. Andere Landesgesetze verfügen bereits über ausdrückliche Ausdehnungen auf öffentliche Stellen (vgl. § 8 IFG NRW). Wo dies nicht geregelt ist, hat die Rechtsprechung bislang den Schutz auch auf öffentliche Stellen ausgedehnt (OVG NRW, Urte. v. 19.3.2013 – 8 A 1172/11, Rn.120 zum IFG-Bund; ebenso OVG Berlin-Brandenburg, Urte. v. 2.10.2007 – OVG 12 B 11.07, Rn. 24 zum IFG-Berlin). Auch die hamburgische Rechtsprechung hat den Schutz von § 7 HmbTG bereits auf Behörden angewandt (VG Hamburg, Urte. v. 5.8.2015 – 17 K 3203/13 zur mittelbaren Staatsverwaltung). Die Neuregelung stellt daher eher eine Klarstellung dar.

Sehr viel wichtiger erscheint die Tatsache, dass an anderer Stelle gerade keine Änderung vorgenommen wurde. In seinem ständigen Bestreben um eine Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für die Wirtschaft hat der europäische Normgeber 2016 die Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung erlassen. Diese Richtlinie, die vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden musste und auch wurde, enthält in Art. 2 Abs. 1 eine eigene Definition des Geschäftsgeheimnisses. Dieses weicht vom bisherigen nationalen Verständnis erheblich ab. Nach der Richtlinie sind Geschäftsgeheimnisse alle geheimen Informationen, die von kommerziellem Wert sind, weil sie geheim sind und die angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen unterliegen. Danach ist – anders als im deutschen Recht – kein Geheimhaltungsinteresse erforderlich, das die Möglichkeit einer wertenden Betrachtung bietet. Es bedarf nach der Definition bei wortgetreuer Auslegung nicht einmal eines Unternehmensbezugs. So wären alle möglichen Informationen auch über rechtswidriges Handeln geschützt, solange sie nur geheim und von kommerziellem Wert sind.

Wir begrüßen es daher ausdrücklich, dass der Gesetzesvorschlag keine Übernahme der europarechtlichen Definition vorsieht. Erwägungsgrund 11 der Richtlinie sieht vor, dass Regelungen zur Information der

Öffentlichkeit von der Richtlinie unberührt bleiben sollen, weshalb eine Übernahme nicht nur wenig wünschenswert, sondern vielleicht sogar rechtswidrig gewesen wäre.

§ 8 „Geistiges Eigentum“

§ 8 HmbTG wird radikaler geändert als jede andere Norm im Rahmen der Reform: Das bisher geltende Trennungsprinzip, das Auskünfte erleichtern sollte, wird aufgehoben und durch eine Ausnahme zugunsten des geistigen Eigentums ersetzt. Dies klingt nachteiliger als es ist.

Bei der Neufassung von § 8 HmbTG handelt es sich um die Abbildung der ohnehin geltenden Rechtslage. Das Recht des geistigen Eigentums (Urheberrechte, Patente, Design, Marken, Titel usw.) ist bundesrechtlich geregelt. Soweit Rechte bestehen (vor allem Urheberrechte) und es keine Öffnungsklausel gibt, besteht keine Möglichkeit, in diese Rechte einzugreifen. Existiert keine ausdrückliche Ausnahme im Landesgesetz, ergibt es sich aus dem Vorrang des Bundesrechts. Man mag kritisieren, dass der Bundesgesetzgeber keine Öffnungsklausel vorsieht. Der Landesgesetzgeber kann dies aber nicht ändern.

Das Problem besteht aber nicht für Rechte, deren Inhaber die auskunftspflichtige Stelle selbst ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits 2015 entschieden, dass sich auskunftspflichtige Stellen (im Fall der Deutsche Bundestag) nicht auf entgegenstehende Urheberrechte berufen können, wenn sie selbst Inhaber der Rechte sind, da diese dann eben nicht „entgegenstehen“ (BVerwG, NVwZ 2015, 1603 ff.). Ist die auskunftspflichtige Stelle der Auftraggeber für die Erstellung des urheberrechtlich geschützten Werks, so erwirbt sie nach der urheberrechtlichen Zweckübertragungsregel des § 31 Abs. 5 Satz 1 UrhG automatisch auch die für die Erfüllung informationsfreiheitsgesetzlicher Ansprüche erforderlichen Urheberrechte (BVerwG, GRUR-RR 2016, 137, 40). Die Rechtsprechung der Fachgerichte folgt dem soweit, dass von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden kann (OVG NRW, Urt. v. 24.11.2017 –15 A 690/16, Rn. 68; OVG R-P, NVwZ 2017, 643, Rn. 37). Dies bedeutet, dass wann immer die auskunftspflichtige Stelle Auftraggeber zum Beispiel eines Gutachtens ist, sie damit automatisch die Rechte erwirbt, die erforderlich sind, um Ansprüche nach dem HmbTG auf Auskunft und Veröffentlichung er-

füllen zu können. Sie kann sich dann gerade nicht darauf zurückziehen, dass Ansprüche nicht erfüllt werden können, weil Urheberrechte „entgegenstehen“. Es gibt keinen Grund, daran zu zweifeln, dass sich auch die hamburgische Rechtsprechung dieser Linie anschließen wird. Damit ist die Neuregelung des § 8 ein Dienst für die Rechtsanwender und keine Beschränkung der Rechte.

§ 13 Bescheidung des Antrags

Dieser Abschnitt hat eine hohe Praxisrelevanz. Es zeugt von der Praxisneigung der Reform, dass gerade in diesem Bereich umfangreiche Änderungen vorgenommen werden.

Durch die Änderung von Absatz 1 wird die Frist verlängert. Bislang waren Anfragen „unverzüglich“ zu beantworten, was in Übereinstimmung mit dem zivilrechtlichen Verständnis nicht „sofort“ bedeutete, sondern lediglich „ohne schuldhaftes Zögern“. In der Praxis lief es aber regelmäßig auf die Monatsfrist in § 13 Abs. 1 HmbTG hinaus. Da die Fristüberschreitung ohnehin sanktionslos ist, kann noch nicht eindeutig gesagt werden, ob und wie sich die Änderung in der Praxis auswirken wird. Die automatische Fristverlängerung in Fällen der Drittbeteiligung ist hingegen ohne Einschränkung sinnvoll.

Die Einfügung des neuen Absatzes 3 schafft den rechtlichen Rahmen für Fälle der Drittbeteiligung. Danach ist ein stattgebender Verwaltungsakt zu erlassen, der den Drittbetroffenen (wegen Datenschutz, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder Urheberrechten) bekanntzugeben ist. Wird der Verwaltungsakt bestandskräftig (weil der Drittbetroffene nicht dagegen vorgeht), kann die Auskunft erteilt werden. Will die auskunftspflichtige Stelle nicht so lange warten, ordnet sie die sofortige Vollziehbarkeit an. Dann hat sie zwei Wochen verstreichen zu lassen, um dem Drittbetroffenen die Möglichkeit zu geben, einstweiligen Rechtsschutz zu suchen. Diese Regelungen sind sinnvoll. Sie entsprechen der Rechtslage auf Bundesebene (vgl. § 8 IFG-Bund) und wurden auch bislang von der hamburgischen Rechtsprechung so gesehen (siehe Kap. 5.3). Sie bieten auskunftspflichtigen Stellen einen verlässlichen Rechtsrahmen für das Vorgehen und dürften diese so weiter dazu ermutigen, Auskunftsanträgen auch dann stattzugeben, wenn Drittbetroffene dem widersprechen. Dies

war zu Beginn der Informationsfreiheit in Hamburg noch ein unerhörter Vorgang.

Der neue Absatz 4 sieht eine Art Widerspruchsverfahren für private, auskunftspflichtige Stellen vor. Über die Sinnhaftigkeit eines solchen Verfahrens mag man streiten, handelt es sich doch lediglich um eine erneute Überprüfung durch dieselbe Stelle, die die Entscheidung getroffen hat. Korrekturen dürften hier kaum zu erwarten sein. Allerdings bildet auch diese Änderung lediglich die durch die Rechtsprechung ohnehin gebildete Rechtslage ab, stellt diese aber auf belastbare Füße (TB HmbTG 2014/2015, Kap. 5.4).

Bei der völligen Gleichstellung von Unternehmen mit Behörden im Hinblick auf Verfahren und Rechtsweg ist naheliegend, dass dies auch für die Gebühren gelten soll. Die entsprechende Ergänzung in Absatz 6, nach der zukünftig auch die auskunftspflichtigen Unternehmen einen Ersatz für die ihnen entstehenden Kosten verlangen können, ist deshalb naheliegend. Vom Umfang her soll der Kostenersatz den Gebühren entsprechen, welche die Behörden nach der Gebührenordnung zu erheben haben. Ein praktisches Bedürfnis konnten wir bislang für die Unternehmen nicht erkennen. Im Ergebnis wird dies zu Mehrkosten für Antragsteller:innen führen. Wir können nur hoffen, dass dies niemanden davon abhalten wird, von seinem Recht auf Auskunft Gebrauch zu machen.

§ 14 Die beziehungsweise der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Im Hinblick auf die Stellung des HmbBfDI und seine Kompetenzen hat sich im HmbTG leider wenig getan. Wir bedauern es, dass uns weiterhin keine Befugnisse zugesprochen werden sollen, die über die Beratung und die folgenlose Beanstandung hinausgehen. Nach unserer Wahrnehmung gibt es in der Praxis immer wieder Fälle, in denen die Rechtslage eindeutig für eine Herausgabe spricht, Antragsteller:innen aber Kosten und/oder Aufwand eines Gerichtsverfahrens scheuen. In derartigen Konstellationen wäre es sehr sinnvoll, uns die Möglichkeit einzuräumen, die Gerichte anzurufen. Es sollte ein gesetzlich geregeltes Feststellungsinteresse nach § 43 Abs. 1 VwGO eingeführt werden. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick auf die Veröffentlichungspflichten

nach § 3 Abs. 2 und § 10 Abs. 8 HmbTG, denen kein subjektives Recht entspricht. Hier kann niemand klagen, egal wie motiviert und entschlossen er oder sie ist. Die Einräumung derartiger Befugnisse hätte deutschlandweit Signalwirkung, würde Hamburg wieder die Vorreiterrolle im Hinblick auf die Transparenz einräumen und auch insoweit Maßstäbe zu setzen.

Ferner verstößt es gegen die Unabhängigkeit des HmbBfDI aus Art. 60a HVerf, dass wir weiterhin nach § 14 Abs. 4 Satz 5 HmbTG verpflichtet sind, schriftliche Äußerungen gegenüber der Bürgerschaft immer auch dem Senat vorzulegen. Diese Vorschrift stammt aus Zeiten in denen der HmbBfDI dem Senat unterstellt war und atmet noch den Geist dieser Zeit. Im Datenschutzgesetz wurde die Regelung inzwischen entfernt. Aufgrund unserer verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit in Art. 60a HVerf (vgl. TB HmbTG 2016/2017 Kap. 2.4) ist die Beibehaltung dieser alten Regelung aus verfassungsrechtlichen Gründen auch für den Bereich der Informationsfreiheit nicht mehr vertretbar.

Es gibt aber auch eine sehr erfreuliche Änderung, die uns direkt betrifft, aber nicht in § 14 HmbTG vorgenommen wurde: Mit der Reform kommt der Gesetzgeber einer Forderung nach, die wir und die gesamte Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten seit Jahren erheben: Die Zuständigkeit des Informationsfreiheitsbeauftragten nicht nur für das allgemeine Informationsfreiheitsrecht, sondern auch für die fachspezifischen Gesetze UIG und VIG. Wir begrüßen es ausdrücklich, dass Hamburg den Mut hat, diese Forderung umzusetzen, auch wenn wir in dieser Hinsicht längst keine Vorreiter mehr sind. So hat zum Beispiel Schleswig-Holstein diesen Schritt schon längst vollzogen und sogar die Gesetze IFG und UIG zusammengelegt.

Es gibt allerdings auch Wermutstropfen: Die Übertragung dieser neuen, zusätzlichen Aufgabe geht nicht mit neuem Personal einher. Wir halten es für eine Selbstverständlichkeit, dass die Übertragung zusätzlicher Aufgaben nur mit zusätzlichem Personal erfüllt werden kann. Wir sind im Datenschutzbereich schon längst an der Belastungsgrenze, die mit der Schaffung des Amtes des Informationsfreiheitsbeauftragten im Jahr 2009 einhergehende Stellenschaffung von zwei vollen

Stellen ist z. T. längst in datenschutzrechtliche Bereiche abgewandert. In der Informationsfreiheit ist bereits jetzt Schmalhans Küchenmeister. Werden uns zusätzliche Aufgaben übertragen, wird sich die Situation weiter verschlechtern. Es ist unverständlich, dass die Schaffung neuen Personals nicht in derselben Drucksache erfolgen kann, in der uns auch die Aufgaben übertragen werden. Dies war bereits in der Drucksache 19/1283 so, mit der das HmbIFG-2009 erlassen und unsere Stellung als Informationsfreiheitsbeauftragter geschaffen wurde. Auch in der aktuellen Drucksache 21/17907 werden neue Stellen geschaffen, allerdings nur für die Fachliche Leitstelle Transparenz, die das Transparenzportal betreut. Der Erfolg der Reform lebt nicht zuletzt von der Aufsicht der Einhaltung und unseren Beratungs- und Fortbildungsangeboten. Wenn der Senat auf ein Umsetzungsprojekt ebenso verzichtet wie auf die erforderliche Ausstattung der Aufsichtsbehörde, könnte sich die Reform als Fehlschlag erweisen. Wir hoffen, dass die Haushaltsverhandlungen den dringend benötigten personellen Zuwachs bringen.

3. Aufgaben und Tätigkeiten des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit

Im folgenden Abschnitt stellen wir die Tätigkeiten dar, die im Berichtszeitraum den Schwerpunkt unserer Tätigkeit dargestellt haben.

3.1 Überblick

Die Bearbeitung der Anrufungen des HmbBfDI stellt nach wie vor den Schwerpunkt der Tätigkeit im Bereich der Informationsfreiheit dar. In diesem Berichtszeitraum erreichten uns ca. 130 Eingaben. Die Zahlen erweisen sich zu den vergangenen Berichtszeiträumen daher als leicht rückläufig. Dies mag vor allem daran liegen, dass wir immer weniger proaktive Arbeit in die Informationsfreiheit investieren können. So fehlt es an Werbung für dieses Recht, das – im Gegensatz zum Datenschutz – schon deshalb von vielen Anspruchsberechtigten gar nicht in Anspruch genommen werden kann, weil sie nicht davon wissen. Auch können wir nur noch sehr wenig von uns aus mit anderen Behörden in Kontakt treten, um dort für die Informationsfreiheit zu werben. Dies führt dazu, dass auch unsere Beratungsangebote sehr viel weniger nachgefragt werden als dies in der Vergangenheit der Fall war.

Beschwerden zu Veröffentlichungen spielten zahlenmäßig fast gar keine Rolle mehr. Von den eingegangenen Beschwerden bezieht sich weit über die Hälfte auf die Kernverwaltung, also vor allem die Fachbehörden und die Bezirksämter. Bei der mittelbaren Staatsverwaltung entfallen die meisten Beschwerden auf den NDR (auf den das Gesetz gar keine Anwendung findet) und deutlich weniger auf das UKE. Bei den Unternehmen ist die Hochbahn der beliebteste Anspruchsgegner.

Nach erfolgter Umstrukturierung unserer Behörde im Zuge der Geltung der Datenschutzgrundverordnung ist die Informationsfreiheit nun in dem Referat Demokratie, Inneres, Grundversorgung, Informationsfreiheit angesiedelt und wurde dort zunächst weitgehend von der Referatsleitung wahrgenommen. Die personellen Ressourcen in diesem Bereich sind dünn und haben auch unter der über uns hereingebrochenen Eingabenlast durch Geltung der Datenschutzgrundver-

ordnung erheblich gelitten. So müssen neben dem Bereich der Informationsfreiheit grundsätzlich auch andere Zuständigkeiten aus dem Bereich des Datenschutzes übernommen werden. Dies ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund problematisch, dass Informationen für Antragsteller mit Zeitablauf häufig an Wert verlieren. Großprüfungen wie die zu Verträgen der Daseinsvorsorge (s. hierzu Kap. 4.4) nehmen viel Zeit in Anspruch und lassen sich daher häufig nicht ohne weiteres in den Arbeitsalltag integrieren. Aber auch über die Eingabenbearbeitung hinausgehende Tätigkeiten wie Schulungen der Verwaltung leiden hierunter, obwohl unsere tägliche Praxis zeigt, dass ein erheblicher Bedarf hieran besteht. Mit der in diesem Jahr erfolgten, vorübergehenden personellen Aufstockung konnte der Bereich der Informationsfreiheit zumindest teilweise verbessert werden.

3.2. Anlassunabhängige Prüfungen und Beanstandungen

Die personelle Situation dürfte damit nicht zuletzt auch wesentlicher Grund dafür sein, dass es innerhalb des Berichtszeitraums zu keinerlei Beanstandungen kam. So steht das Mittel der Beanstandung, das gegenüber den informationspflichtigen Stellen keine bindende Wirkung entfaltet, häufig in keinem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihm verbundenen Aufwand, der bereits erfolgten Prüfungen noch zusätzlich nachgeschaltet ist. Beanstandungen müssen daher nicht zuletzt aus pragmatischen Gesichtspunkten heraus regelmäßig anderen, obligatorischen Aufgaben unserer Behörde weichen.

Eine anlassunabhängige Prüfung zur Veröffentlichung von Gutachten und Studien durch veröffentlichungspflichtige juristische Personen des Privatrechts konnte lediglich durch eine zeitweise personelle Verstärkung angestoßen werden. Nach dessen Abgang musste sie jedoch schnell wieder eingestellt werden, da die weitere Prüfung der Veröffentlichung mit den vorhandenen Ressourcen schlicht nicht geleistet werden konnte.

3.3 Zusammenarbeit mit anderen Informationsfreiheitsbeauftragten

Bei der Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland (IFK) handelt es sich um ein Gremium der Aufsichtsbehörden des Bundes und des Landes, das sich mit aktuellen Themen des Informationsfreiheitsrechts beschäftigt. Sie stellt das informationsfreiheitsrechtliche Pendant zur Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) dar. Obwohl sich die Rechtslage in Ländern und Bund aufgrund unterschiedlicher Rechtslagen abweichend gestaltet, ist die IFK ein wichtiges Mittel, Praxisfragen und rechtliche Problematiken zu diskutieren und abzustimmen, die sich allen Informationsfreiheitsbeauftragten Deutschlands im Zusammenhang mit ihrer Arbeit stellen. Die Entschlüsse der IFK genießen daher nicht zuletzt Aufmerksamkeit in Politik, Verwaltung und Rechtsprechung. Spiegelbildlich zur DSK, wird die IFK dabei durch den Arbeitskreis Informationsfreiheit (AKIF) auf Arbeitsebene vorbereitet.

3.3.1. Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten

Die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten wurde innerhalb der Berichtszeitraums viermal ausgerichtet: Am 14.11.2017 in Mainz, am 20.3.2018 in Stuttgart, am 16.10.2018 in Ulm und am 12.6.2019 in Saarbrücken. Die dort diskutierten Themen waren breit gefächert und stehen dem interessierten Leser mit den auf unserer Internetseite zu findenden Protokollen der IFK zu Verfügung (<https://datenschutz-hamburg.de/pages/ifkprotokolle/>).

Noch immer verfügen nicht alle Bundesländer über ein eigenes Informationsfreiheits- oder Transparenzgesetz. In der IFK ist damit nicht jedes Bundesland durch einen Informationsfreiheitsbeauftragten vertreten. In diesem Berichtszeitraum ist das Bundesland Hessen durch den Erlass des Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetzes (HDSIG) als neues Mitglied zur IFK dazu gestoßen.

3.3.2 Arbeitskreis Informationsfreiheit

Der auf Arbeitsebene organisierte AKIF stellt für die im Bereich der Informationsfreiheit tätigen Referentinnen und Referenten ein wichtiges Mittel zum Austausch über rechtliche Entwicklungen dar. Trotz der abweichenden Rechtslage in den Bundesländern finden sich auch viele Gemeinsamkeiten hinsichtlich der bestehenden Gesetze des Bundes und der Länder. Die im AKIF stattfindenden Diskussionen sind daher nicht zuletzt wertvoll für die Lösung praktischer Probleme bei der Anwendung der Gesetze und sind geeignet, Schwachstellen informationsfreiheitsrechtlicher Regelungen aufzudecken, sodass diese bei der Überarbeitung von Gesetzen oder dem Erlass eines Informationsfreiheits- oder Transparenzgesetzes berücksichtigt werden können.

Der Arbeitskreis Informationsfreiheit tagte in diesem Berichtszeitraum insgesamt viermal: Am 20. und 21.2.2018 in Stuttgart, am 10. und 11.10.2018 in Stuttgart, am 7. und 8.5.2019 in Saarbrücken und am 12. und 13.11.2019 in Saarbrücken. Interessierte Leser können die dort diskutierten Themen in den Protokollen des AKIF auf unserer Internetseite nachlesen (<https://datenschutz-hamburg.de/pages/akifprotokolle/>).

3.3.3 Entschlüsseungen des Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten

Im Berichtszeitraum hat die IFK zwei Entschlüsseungen verabschiedet. Diese widmen sich der Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften und der Einführung eines verpflichtenden Lobbyregisters. Ebenso hat sich die IFK zu der Frage „Informationsfreiheit by Design“, d.h. zur Förderung der Informationsfreiheit durch die Ausgestaltung von Verwaltungsprozessen positioniert. Die Positionspapiere und Entschlüsseungen der IFK können auf unserer Internetseite abgerufen werden (<https://datenschutz-hamburg.de/pages/ifkentschliessungen/>) und sind im Anhang abgedruckt.

3.4 Der HmbBfDI als auskunftspflichtige Stelle

Die Zahl der Anfragen an uns ist im Berichtszeitraum konstant geblieben: Über 50mal haben Bürger:innen, Rechtsanwält:innen, Interessen-

vertreter:innen und Journalist:innen bei uns angefragt. Besonders viel Interesse weckte das Bußgeldkonzept der Datenschutz-Aufsichtsbehörden. Wir haben allen Anträgen stattgegeben, soweit wir konnten. Kein einziger HmbTG-Antrag wurde aus rechtlichen Gründen vollständig abgelehnt. In mehreren Fällen lagen die begehrten Informationen allerdings gar nicht bei uns vor. Eine aus unserer Sicht auffällige Neuerung sind die Anträge von Personen, die wissenschaftliche Qualifikationsarbeiten (Bachelor-, Master-, Doktorarbeiten) verfassen und sich für unsere Vermerke, Schriftsätze und Gutachten zu bestimmten datenschutzrechtlichen Themen interessieren. Diesen Anträgen geben wir gerne soweit wie möglich statt.

4. Einzelfälle

In diesem Abschnitt berichten wir über Einzelfälle, die aus unterschiedlichsten Gründen von Interesse für die Allgemeinheit sind oder sein können.

4.1 Wahlstände der AfD (Fortsetzung)

In unserem TB HmbTG 2016/2017 Kap. 4.7 hatten wir berichtet, dass ein Bürger Zugang zu den Anmeldungen der AfD für Wahlstände begehrte. Die Rechtslage erschien den für die Anmeldung zuständigen Bezirksämtern unklar, was zu einem uneinheitlichen Antwortverhalten führte. Anlässlich einer Beschwerde bei uns nutzte das Bezirksamt Mitte die Gelegenheit, uns einen Fragenkatalog zu übersenden, um sämtliche Rechtsfragen im Zusammenhang mit derartigen Anträgen abschließend zu klären. Wir konnten die meisten Rechtsfragen klären und die Bezirksämter erklärten einhellig, zukünftig so vorgehen zu wollen.

Es tauchte aber auch die Frage auf, ob es nicht eine Wahlbeeinflussung darstellte, wenn im Wahlkampf lediglich Auskünfte zu AfD-Wahlständen erteilt würden und nicht zu den Wahlständen der anderen Parteien, schließlich sind staatliche Stellen verpflichtet, besonders zu Wahlkampfzeiten alle Parteien gleich zu behandeln, um die Chancengleichheit zu wahren. Wir hielten dies für abwegig, schließlich konnte die Verwaltung nicht steuern, wonach Menschen fragen. Auch bestand an der AfD offensichtlich ein deutlich höheres Interesse als an den anderen Parteien. Wir verwiesen aber insoweit an den Landeswahlleiter. Der hielt diese Gefahr nicht für abwegig und riet dazu, die Herausgabe zu verweigern. Er sah die Grundsätze der Wahlgleichheit verletzt und befürchtete die Möglichkeit von (erfolgreichen) Wahlanfechtungen. Das Bezirksamt Mitte folgte diesem Rat in nachvollziehbarer Weise. Wir waren erleichtert als wir vernahmen, dass der Antragsteller Klage einreichen würde. Da die Klage erst Ende 2017 eingelegt wurde, war darüber noch nicht entschieden worden, als wir im letzten Tätigkeitsbericht versprochen, über den Ausgang des Rechtsstreits zu berichten.

Zu unserem Bedauern kam es nicht zu einem materiellen Urteil. Die mündliche Verhandlung war erst im März 2019. Zu diesem Zeitpunkt

war aber kein Wahlkampf. Es gab keine Wahlstände, es waren keine Anfragen mehr offen und das Gericht sah keinen Anlass, über Rechtsfragen aus der Vergangenheit zu entscheiden. Obwohl die Vertreter zweier Bezirksämter (der Petent hatte die Bezirksämter Mitte und Harburg verklagt) im Hinblick auf zukünftige Anträge ankündigten, eher auf den Rat des Landeswahlleiters hören zu wollen, konnte das Gericht kein Interesse an einer Feststellung erkennen, ob eine Auskunftsverweigerung rechtswidrig wäre. Es verwies (im Einklang mit der verwaltungsprozessualen Dogmatik) darauf, dass die Fälle dann zu entscheiden seien, wenn sie anlägen. Sollte dies kurzfristig erforderlich sein, so bestünden die Möglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO. Die Klage wurde zum damaligen Zeitpunkt als unzulässig abgewiesen, die materiellen Rechtsfragen blieben ungeklärt (VG HH, 17 K 9634/17).

Wir bedauern dies, weil die aus unserer Sicht abwegige Rechtsauffassung somit noch nicht verworfen wurde, dass in derartigen Fällen eine rechtswidrige, einseitige Benachteiligung der Wahlchancen der AfD liegen könnte. Dieser Fall zeigt erneut, dass die verwaltungsgerichtlichen Reaktionszeiten den Anforderungen der Informationsfreiheit nicht gewachsen sind. Zu oft verlieren Informationen ihren Wert bevor überhaupt auch nur die erste Instanz zu einer Entscheidung kommen konnte. Von Rechtsstreitigkeiten über mehrere Instanzen ganz zu schweigen.

4.2. Umstrukturierung der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation

Im April 2019 wandte sich ein Petent an uns, der bei der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation (BWVI) Zugang zu Informationen über den Planungsstand der S-Bahn-Linie S4 beantragt hatte. Die BWVI hatte darauf zunächst nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist von einem Monat reagiert. Nachdem der Petent noch einmal an seinen Auskunftsantrag erinnert hatte, erhielt er eine recht knappe Antwort: Die BWVI verwies ihn darauf, dass die von ihm begehrten Informationen keiner Veröffentlichungspflicht unterlägen. Im Übrigen machte sie den Petenten darauf aufmerksam, dass er sich auf der Internetseite www.s-bahn-4.de über Einzelheiten zu dem Projekt informieren könne.

Der Petent reagierte auf die Antwort der BWVI mit Verwunderung: Schließlich hatte er einen Antrag auf Informationszugang gestellt. Dieser Anspruch kann zwar einerseits darauf gerichtet sein, dass die Behörde Unterlagen in das Transparenzportal einstellt, die zu den in § 3 Abs. 1 HmbTG aufgezählten veröffentlichungspflichtigen Dokumenten gehören. Umfasst ist hiervon aber ebenfalls ein Auskunftsanspruch, der sich auf alle bei der informationspflichtigen Stelle vorhandenen Informationen bezieht, also über veröffentlichungspflichtige Dokumente hinausgeht. Diesen Auskunftsanspruch hatte die BWVI allem Anschein nach jedoch nicht einmal geprüft.

Wir nahmen die Anrufung durch den Petenten daher zum Anlass, bei der BWVI nachzuhaken. Da wir in den vergangenen Jahren häufiger feststellen mussten, dass die BWVI Informationszugangsansprüchen nicht innerhalb der gesetzlichen Monatsfrist nachgekommen war, baten wir sie ebenfalls um Mitteilung, wie die Abläufe im Umgang mit Informationszugangsansprüchen innerhalb der BWVI ausgestaltet sind.

Auf unsere Rückfrage hin erhielten wir von der BWVI auch Antwort. Sie teilte uns knapp mit, dass der Hinweis auf die Veröffentlichungspflicht wohl missverständlich gewesen sei: Man habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass sich der Anspruch auf Informationszugang nur auf vorhandene Informationen richte, nicht aber auf Mitteilung von Absichten der Verwaltung. Wir hatten gewisse Schwierigkeiten damit, die Begründung der BWVI nachzuvollziehen. Zwar ist zutreffend, dass ein Informationszugang nicht auf die Herstellung von Informationen gerichtet ist. Wie der Bürger dem Hinweis der BWVI auf eine fehlende Veröffentlichungspflicht hinsichtlich der begehrten Informationen allerdings hätte entnehmen sollen, dass die BWVI über keine weiteren Informationen zu seinem Anliegen verfüge, konnten wir allerdings nur schwer nachvollziehen. Auch blieb uns die BWVI eine Antwort darauf schuldig, welches Prozedere für den Umgang mit Informationszugangsansprüchen innerhalb BWVI gilt. Diese Argumentation waren wir von der BWVI bereits aus anderen Prüfungen gewohnt. Schon in den vergangenen Jahren war es oft nur auf mehrfache Nachfrage hin möglich, geeignete Stellungnahmen auf unsere Fragen zu erhalten.

Wir erinnerten die BWVI daran, dass unsere Bitte um Stellungnahme noch andere Punkte umfasste, und forderten sie nunmehr auch unter Fristsetzung auf, uns Kopien der letzten zehn abgeschlossenen Verfahren nach dem HmbTG zu übermitteln, die über das Funktionspostfach der BWVI eingegangen waren. Auf diese Weise wollten wir uns einen Eindruck darüber verschaffen, wie die BWVI bei der Bearbeitung von HmbTG-Anfragen vorgeht. Hierauf erhielten wir abermals recht schnell eine Antwort der BWVI: Sie teilte mit, dass Anträge auf Informationszugang dezentral von der jeweils fachlich zuständigen Stelle bearbeitet würden und man nunmehr prüfen wolle, wie den Fristverletzungen durch organisatorische Maßnahmen seitens der BWVI effektiv begegnet werden könnte.

Die Hoffnung auf eine Verbesserung der Bearbeitung legte sich bei uns jedoch schnell wieder, nachdem die gesetzte Frist verstrichen war, ohne dass man uns die angeforderten Unterlagen übermittelt hatte. Wir erinnerten die BWVI telefonisch und forderten sie erneut unter Fristsetzung zur Vorlage der Unterlagen auf. Hierauf kündigte uns die BWVI an, dass sie die Prozesse bei der Bearbeitung von Anträgen nach dem HmbTG so umgestalten werde, dass diese nunmehr zentralisiert im Rechtsamt bearbeitet würden. Sie bat im Übrigen zu prüfen, ob wir unsere Aufforderung zur Aktenvorlage vor diesem Hintergrund nicht als erledigt betrachten könnten. Dies konnten wir nicht.

Nun begann ein zähes Ringen, bei dem die BWVI schließlich auch unsere Hausleitung miteinbezog: Die BWVI wies darauf hin, dass unsere Aufforderung einen erheblichen Verwaltungsaufwand in ihrem Hause verursache und erklärte, dass sie sich wünsche, dass die Neuorganisation innerhalb der BWVI den Grundstein für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit unserer Behörde lege.

Da wir weiter auf Übersendung der Vorgänge bestanden, erhielten wir schließlich mit beinahe zweimonatiger Fristüberschreitung einen (inklusive Anschreiben und Inhaltsverzeichnis) lediglich 45 Blatt umfassenden Ordner mit E-Mail-Ausdrucken aus dem Funktionspostfach der BWVI. Davon, dass die Übersendung dieses Ordners einen erheblichen Verwaltungsaufwand verursacht haben sollte, konnte nicht ernsthaft die Rede sein. Die Abläufe in einer Verwaltungsbehörde sollten so

ausgestaltet werden, dass geltend gemachten Akteneinsichten ohne größeren Aufwand nachgekommen werden kann. Zudem waren die zugrundeliegenden Vorgänge weitgehend unvollständig übermittelt worden. Auf Rückfrage nach den zugehörigen Aktenzeichen, um für die weitere Prüfung der Unterlagen Bezüge herstellen zu können, erklärte die BWVI schließlich, dass die Vorgänge bisher noch keine Aktenzeichen erhalten hätten, sondern im Rechtsamt zu den Akten genommen würden, sobald man sie zurückerhalten habe.

Wir sind bei der Wahrnehmung der Aufsicht über das HmbTG auf die Mitwirkung der informationspflichtigen Stellen angewiesen. Hierfür hat uns der Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet. Danach sind die informationspflichtigen Stellen insbesondere verpflichtet, uns Auskunft zu unseren Fragen zu erteilen und Einsicht in Akten und Unterlagen zu gewähren. Grundsätzlich werden unsere Nachfragen bei informationspflichtigen Stellen zeitnah beantwortet. Nur selten hat es sich überhaupt als erforderlich erwiesen, einer informationspflichtigen Stelle Fristen zu setzen. Ohne Mitwirkung der informationspflichtigen Stellen allerdings ist eine Wahrnehmung unserer Aufsichtsfunktion nicht möglich. Wir freuen uns, dass die BWVI unsere Prüfung zum Anlass genommen hat, die Prozesse im Umgang mit Informationszugangsanträgen neu zu organisieren. Gleichzeitig hoffen wir, dass sich hierdurch auch die Zusammenarbeit mit der BWVI effektiver gestalten wird, und behalten uns gegebenenfalls künftig aufsichtsbehördliche Schritte vor.

4.3 Gehälter von Geschäftsführern des UKE (VG HH, 17 K 3920/19 und 17 K 5373/19)

Im Oktober 2017 hatte sich das UKE an uns gewandt. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG unterliegen der Veröffentlichungspflicht die wesentlichen Unternehmensdaten städtischer Beteiligungen einschließlich einer Darstellung der jährlichen Vergütungen und Nebenleistungen für die Leitungsebene. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme von dem in § 4 Abs. 1 HmbTG festgehaltenen Grundsatz, dass das Transparenzportal keine personenbezogenen Daten enthalten darf. Dass in § 4 Abs. 1 HmbTG zwar einige Ausnahmen von diesem Grundsatz aus-

drücklich genannt werden, § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG aber nicht zu den aufgezählten Ausnahmen gehört, stellt einen gesetzgeberischen Mangel dar. Dafür wird die Norm ausdrücklich in § 4 Abs. 4 Satz 2 HmbTG genannt als Ausnahme zu dem Grundsatz, dass personenbezogene Daten über Beschäftigte und ehemalige Beschäftigte von der Informationspflicht ausgenommen sind. Wir halten es insofern für eindeutig, dass der hamburgische Gesetzgeber eine Veröffentlichung verlangt. Auch der Hamburger Corporate Governance Kodex stellt in Ziffer 4.2.6 auf die Veröffentlichung der Vergütungen der einzelnen Mitglieder der Geschäftsführungen ab.

Im Rahmen der Umsetzung des HmbTG hatte sich das Umsetzungsprojekt für einen übergangsweise zu gewährenden Vertrauensschutz entschieden. Für Verträge, die vor Inkrafttreten des HmbTG am 6.10.2012 geschlossen wurden, sollte eine Veröffentlichung lediglich freiwillig erfolgen. Von dieser Möglichkeit machten überraschend viele Betroffene Gebrauch und erteilten entsprechende Einwilligungen. Für alle anderen blieb es dabei, dass erst mit dem Abschluss neuer Beschäftigungsverträge eine Verpflichtung zur Veröffentlichung bestehen sollte. Wir hielten eine solche Regelung nicht für zwingend, wollten einem im Kern datenschutzfreundlichen Ansatz aber auch nicht im Weg stehen. Eine verfassungsrechtlich problematische Rückwirkung liegt nur vor, wenn ein Gesetz nachträglich in Sachverhalte eingreift, die in der Vergangenheit begonnen und abgeschlossen wurden und deren Rechtsfolgen bereits eingetreten sind und nun geändert werden sollen (sog. echte Rückwirkung oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen). Knüpft das Gesetz hingegen an Sachverhalte an, die in der Vergangenheit begonnen, aber noch nicht abgeschlossen wurden und deren Rechtsfolgen daher auch noch nicht eingetreten sind, liegt eine verfassungsrechtlich regelmäßig unproblematische sog. unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung vor. Eine echte Rückwirkung von Rechtsfolgen ist nur in Ausnahmefällen mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit vereinbar, so insbesondere wenn mit der Änderung der Regelung zu rechnen war (vgl. *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116, 118). Spätestens mit Abschluss eines neuen Vertrags bestand damit für einen Vertrauensschutz aufgrund einer verfassungsrechtlich bedenklichen Rückwirkung kein Anknüpfungspunkt mehr.

Ob er vorher überhaupt bestand, ließ sich auch deswegen bezweifeln, da das UKE seit dem Inkrafttreten des zweiten HmbIFG im Jahr 2009 einer Auskunftspflicht unterliegt und ein Bekanntwerden von Vergütungen deshalb keiner mit einem privaten Unternehmen vergleichbaren Geheimhaltung unterliegt. In dem speziellen vom UKE vorgetragene Fall handelte es sich um eine inzwischen erfolgte Vertragsverlängerung. Das UKE fragte sich, ob insofern nicht der alte Vertrauensschutz fortgelten müsste, die Lage sei nicht mit einem neuen Abschluss eines Vertrags vergleichbar. Wir hielten dem entgegen, dass dem Abschluss eines befristeten Vertrags eine zeitliche Begrenztheit immanent ist. Jeder Mensch, der einen zeitlich befristeten Vertrag abschließt, weiß, dass dieser Vertrag ein natürliches Ende hat und nicht auf die Ewigkeit angelegt ist. Niemand kann in Anbetracht in der Zwischenzeit eingetretener rechtlicher Veränderungen vollkommen überrascht sein. Wir hielten es daher für rechtlich zutreffend, spätestens ab der Verlängerung von Verträgen die rechtlichen Pflichten aus § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG zu erfüllen (die keinerlei Karenzfrist vorsehen). Wir verwiesen in diesem Zusammenhang auch auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, das in einer Entscheidung vom 30.8.2017 (7 AZR 864/15) für Recht erkannt hatte, dass selbst eine 28-jährige Beschäftigung aufgrund von zahlreichen befristeten Verträgen keinerlei Garantie dafür biete, dass das Beschäftigungsverhältnis genauso fortgesetzt werde. Im Übrigen bestand im Rahmen der Neuverhandlungen für die Betroffenen die Möglichkeit, für diesen gesetzgeberischen Grundrechtseingriff eine angemessene Vergütung auszuhandeln. Sollten sie der Ansicht sein, dass sich dieser Eingriff nicht durch Geld aufwiegen lässt, so wäre etwa ein Arbeitsplatzwechsel der Ausweg, nicht das Ignorieren rechtlich zwingender Vorgaben.

Das UKE wies auch darauf hin, dass die in den Arbeitsverträgen vorgesehene Klausel zur Vergütungsveröffentlichung nicht den Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Einwilligung entsprächen, da sie nicht „freiwillig“ seien. Dies war zutreffend. Allerdings war es auch unerheblich. Da mit § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG eine gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung existiert, war das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung nicht erforderlich.

Wenn überhaupt, dann bestanden höchstens Zweifel an der Zulässigkeit der in der Vergangenheit liegenden Nichtveröffentlichung. Bereits

im Jahr 2003 hat der Bundesgesetzgeber § 35a Abs. 6 SGB IV um Satz 2 ergänzt: „Die Höhe der jährlichen Vergütungen der einzelnen Vorstandsmitglieder einschließlich Nebenleistungen sowie die wesentlichen Versorgungsregelungen sind in einer Übersicht jährlich zum 1. März, erstmalig zum 1. März 2004 im Bundesanzeiger und gleichzeitig, begrenzt auf die jeweilige Krankenkasse und ihre Verbände, in der Mitgliederzeitschrift der betreffenden Krankenkasse zu veröffentlichen.“ Diese Entscheidung des Bundesgesetzgebers war auch verfassungsgemäß (BVerfG-K, NJW 2008, 1435 ff.).

Angesichts einer Gesetzgebungstätigkeit auf Bundesebene (die regelmäßig Vorbildfunktion für die Länder hat) zur Veröffentlichung von Vergütungen einschließlich Nebenleistungen (auf einzelne Vorstandsmitglieder heruntergebrochen, also personenbezogen) in einem Tätigkeitsfeld, das dem Tätigkeitsfeld der Betroffenen sehr nahe steht (gesetzliche Krankenkasse und Krankenhaus), konnten wir keine Ansatzpunkte für ein schutzwürdiges Vertrauen erkennen. Vor diesem Hintergrund wird man spätestens ab diesem Zeitpunkt nicht mehr davon ausgehen sein können, dass das Gehalt als Geschäftsführung einer Krankenhaus-gGmbH, die sich zu 100% im öffentlichen Eigentum befindet, mindestens für die nächsten 13 Jahre oder sogar noch länger vor jeder öffentlichen Kenntnisnahme geschützt wäre.

Aber auch mit einem entsprechenden Schreiben, das wir Ende 2017 an das UKE sandten, war die Angelegenheit noch nicht erledigt. Im Juli 2019 wandte sich die Stelle der Finanzbehörde an uns, die für die Verwaltung der FHH-eigenen Unternehmen zuständig ist. Auf die Aufforderung der Finanzbehörde an die für das UKE zuständige Behörde für Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung, die für die Veröffentlichung nach § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG erforderlichen Daten zu übermitteln, hatte das UKE mit einem rechtsanwaltlichen Gutachten geantwortet. Dieses kam zu dem Ergebnis, dass die Vergütung nicht veröffentlicht werden dürfe. Das UKE sah sich an dieses Gutachten gebunden und übermittelte es der Behörde für Wissenschaft, Forschung und Gleichstellung, die wiederum die Finanzbehörde informierte, welche sich an uns wandte.

Damit lag der Fall im Juli 2019 wieder bei uns. Wir konnten bei zahlreichen Argumenten auf unsere alten Ausführungen verweisen. Auch die

neu vorgetragene Argumente konnten uns nicht überzeugen. Soweit das Gutachten darauf abstellte, dass es sinnwidrig sei, die mittelbare Staatsverwaltung von der Veröffentlichungspflicht auszunehmen (siehe dazu Kap. 5.5), der mittelbaren Staatsverwaltung gehörende Unternehmen hingegen einzubinden, konnten wir dem nicht widersprechen. Die Veröffentlichungspflicht trifft aber gar nicht die Unternehmen selbst, sondern die FHH, welche über ihre Beteiligungen zu berichten hat. Ferner kommt es nicht darauf an, ob jemand, der einem Gesetz unterworfen ist, dieses für rechtmäßig hält oder nicht. Er hat sich in jedem Fall daran zu halten. Der Rechtsstaat lebt von allgemein geltenden Gesetzen, an die sich alle Rechtsunterworfenen zu halten haben.

Das anwaltliche Gutachten schürte außerdem Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG selbst. Diese Argumente sind nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Das OLG Köln hatte zu einer ähnlichen Regelung aus NRW entschieden, dass es hierzu keine Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers gebe, weil der Bundesgesetzgeber durch den Erlass verschiedener Publizitätspflichten im Handelsgesetzbuch dieses Gebiet abschließend geregelt habe. Auch insoweit gilt allerdings, dass die Kompetenz zur Verwerfung von nachkonstitutionellen Normen ausschließlich dem Bundesverfassungsgericht zukommt. Behörden und selbst Gerichte können derartiges Recht selbst dann nicht ignorieren, wenn es eindeutig verfassungswidrig ist. Ein Gericht könnte es lediglich dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen. Wir informierten FB und BWFG entsprechend. Das UKE befragte erneut seine Rechtsvertreter, die uns zwar in einigen Punkten Recht gaben (vor allem im Hinblick darauf, dass selbst verfassungswidrige Gesetze nicht einfach unangewendet bleiben dürfen). Sie blieb aber dabei, dass sich schon aus dem HmbTG selbst keine Veröffentlichungspflicht für die FHH ergebe.

Selbstverständlich kann bei einem derartigen Streit das Ergebnis nicht einfach offen bleiben. Die Beteiligten taten das einzig Richtige und schalteten die Gerichte ein. Damit liegt die Entscheidung nun bei denjenigen, die von Verfassungs wegen zur Entscheidung berufen sind (17 K 3920/19 und 17 K 5373/19). Im Berichtszeitraum ist noch keine Entscheidung ergangen. Die allgemeine Erfahrung in derartigen

Fällen (vgl. Kap. 5.1) lässt erwarten, dass auch dieser nicht in der ersten Instanz beendet werden dürfte. Wir werden weiter über den Fall berichten.

4.4. Verträge der Daseinsvorsorge

Wir wurden im Berichtszeitraum zunehmend in Verfahren angerufen, in denen es um Verträge der Daseinsvorsorge ging. Solche Verträge, die regelmäßig Projekte der FHH im Bereich der Wohnungswirtschaft, der Personenbeförderung, der Kultur, der Versorgung mit Wasser und Energie oder ähnliches betreffen, und nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG zu veröffentlichen sind, erreichen das Transparenzregister oft nur mit erheblichen Schwärzungen. Die Prüfung, wie weit die Veröffentlichungspflicht für diese häufig umfangreichen Verträge reicht und welche Schwärzungen zu Unrecht erfolgen, bindet erhebliche Personalressourcen und lässt leider nur allzu oft erkennen, dass die veröffentlichungspflichtigen Stellen mit der Annahme von Ausnahmegründen wie Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen häufig zu großzügig verfahren.

Hierüber wunderten sich nicht zuletzt auch Petenten, die sich im Transparenzportal auf die Suche nach den Verträgen zum Verkauf der Objekte Diebsteich, Elbtower und Flüchtlingswohnquartier Gleisdreieck begaben, jedoch feststellen mussten, dass wesentliche Teile dieser Vertragstexte nicht einsehbar waren.

4.4.1. Eigenständiger Veröffentlichungsanspruch

Hinsichtlich des Kaufvertrags Diebsteich sprach der Landesbetrieb Immobilienmanagement und Grundvermögen (LIG) dem Petenten, der eine ungeschwärzte Version des Vertrags beantragte, bereits das Recht ab, überhaupt eine uneingeschränkte Veröffentlichung des Vertrags verlangen zu können. Vielmehr verwies der LIG den Petenten auf sein Recht, eine u.U. gebührenpflichtige Auskunft über den Vertrag zu beantragen. Damit setzte sich der LIG jedoch klar in Widerspruch zu den Regelungen des HmbTG. Dieses vermittelt jeder Person einen Anspruch auf kostenlose Veröffentlichung veröffentlichungspflichtiger Gegenstände. Dieser Anspruch gilt selbstverständlich auch für Verträge der Daseinsvorsorge. Hierauf haben wir den LIG hingewiesen.

4.4.2. Veröffentlichungspflicht bezüglich Anlagen zu Verträgen der Daseinsvorsorge

Bei der Prüfung der Veröffentlichung des Kaufvertrags Diebsteich stellten wir dann fest, dass im Transparenzportal zwar der eigentliche Vertragstext auffindbar war, die Anlagen zu diesem Vertrag jedoch fehlten. Eine Erläuterung lieferte der LIG hierfür zunächst nicht, obwohl nach der Gesetzesbegründung zum HmbTG ausdrücklich die Anlagen zu Verträgen von der Veröffentlichungspflicht erfasst sind.

4.4.3. Vergaberechtliche Verschwiegenheitspflichten

Um zu begründen, warum im Kaufvertrag Diebsteich der Wert des erteilten Auftrags geschwärzt wurde, berief sich der LIG im Widerspruchsbescheid auch auf bundesgesetzliche Regelungen, namentlich § 5 Vergabeverordnung (VgV), und führte aus, dass die gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten zum Vergaberecht einer Veröffentlichung dieser Information entgegenstünden. Hiermit verwies der LIG auf eine interessante rechtliche Problematik, die unseres Erachtens gerichtlich nur unzureichend geklärt ist.

Zwar besteht kein genereller Vorrang des Vergaberechts gegenüber dem Informationsfreiheitsrecht. Unklar ist jedoch, ob die Verschwiegenheitspflichten des Vergaberechts, die vor allem den Geheimwettbewerb schützen sollen, als speziellere bundesrechtliche Regelungen gesetzliche Ausschlussgründe für Informationszugangsansprüche darstellen. Die dem nationalen Vergaberecht zugrundeliegende europäische Richtlinie sieht in Art. 21 RL 2014/24/EU vor, dass der Grundsatz der Vertraulichkeit nur gilt, sofern in nationalen Rechtsvorschriften, insbesondere solchen, die den Zugang zu Informationen betreffen, nichts anderes geregelt ist. Die Vorschriften des HmbTG könnten grundsätzlich derartige nationale Vorschriften darstellen. Auch § 5 Abs. 1 Satz 1 VgV, der die Richtlinie in deutsches Recht umsetzt, enthält eine Öffnungsklausel. Es spricht daher vieles dafür, die vergaberechtlichen Vorschriften nicht als Ausschlussgründe zur Veröffentlichungspflicht zu betrachten. Nachdem der Petent nun Klage auf ungeschwärzte Veröffentlichung des Kaufvertrags zum Objekt Diebsteich erhoben hat, wird sich das VG Hamburg mit dieser Frage befassen müssen. In einer

mündlichen Verhandlung hat das Gericht wohl bereits Zweifel darüber geäußert, dass § 5 VgV eine Sperrwirkung gegenüber dem HmbTG entfaltet. Wir sind sehr gespannt auf den Ausgang dieses Verfahrens.

4.4.4. Begriff der Daseinsvorsorge

Im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag zum Objekt Elbtower hatte die Hafencity Hamburg GmbH den Ansatz vertreten, dass es sich überhaupt nicht um einen Vertrag der Daseinsvorsorge handle. Diese Meinung konnten wir jedoch nicht teilen. Der Begriff eines Vertrags der Daseinsvorsorge ist in § 2 Abs. 10 HmbTG abschließend geregelt. Hiervon sollen insbesondere Verträge erfasst sein, die die Bereitstellung von Infrastruktur im Zusammenhang mit der Wohnungswirtschaft, Bildungs- und Kultureinrichtungen betreffen. Zwar konnten wir nachvollziehen, dass es sich beim Elbtower nicht um ein Projekt der Wohnungswirtschaft handeln dürfte, da in dem Gebäude im Wesentlichen Geschäfte des Einzelhandels, Gastronomie und Büros entstehen sollen. Gleichzeitig hebt der Kaufvertrag in seiner Präambel jedoch hervor, dass es sich beim Elbtower um „ein herausragendes, skulpturales Gebäude besonderer architektonischer und baulicher Qualität“ handeln soll, das sich „deutlich von bereits bestehenden Hochhäusern international abhebt“. Der geplante Elbtower dürfte damit zu einer besonderen Touristenattraktion avancieren. Als solche wäre er aber, ähnlich wie die Elbphilharmonie, gleichzusetzen mit einer Kultureinrichtung der Stadt – mit der Folge, dass die ihn betreffenden Verträge gleichwohl Verträge der Daseinsvorsorge sind.

Die Argumentation der Hafencity Hamburg GmbH bereitere zudem den Weg zu einem Ausnahmegrund des HmbTG, dessen Reichweite vollkommen unklar ist. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG sollen – über die in Absatz 1 aufgezählten stets veröffentlichungspflichtigen Gegenstände hinaus – auch alle weiteren Verträge ins Transparenzregister eingestellt werden, an deren Veröffentlichung ein öffentliches Interesse besteht. An einem solchen öffentlichen Interesse wird man im Falle des Elbtowers nicht ernstlich zweifeln können. Im Zuge einer solchen Veröffentlichung dürfen die wirtschaftlichen Interessen der FHH jedoch nicht erheblich beeinträchtigt werden. Was damit gemeint ist, ist gerichtlich nicht geklärt und wird wohl auch in Zukunft keiner gerichtlichen Klärung zugeführt werden können: Da der Veröffentlichungsan-

spruch des § 1 Abs. 2 HmbTG, den jede interessierte Person einklagen kann, gerade nicht für die Auffangvorschriften des § 3 Abs. 2 HmbTG gilt, haben Antragstellerinnen und Antragsteller keinerlei Möglichkeit, die Veröffentlichung solcher Verträge vor Gericht durchzusetzen.

Auch wir können die veröffentlichungspflichtigen Stellen zu einer Veröffentlichung nicht anweisen. Damit besteht die Gefahr, dass die Veröffentlichungspflichten des § 3 Abs. 2 HmbTG im Ergebnis unbeachtet bleiben. Wir haben die Argumentation der Hafencity Hamburg GmbH zum Anlass genommen, diese Problematik im Rahmen der Reform des HmbTG einzubringen.

4.4.5. Veröffentlichung von Informationen über Dritte

Zum Kaufvertrag des Objekts Diebsteich hatte der LIG pauschal darauf verwiesen, dass Informationen über Dritte, die nicht Vertragspartei seien, zu schwärzen seien. Eine nachvollziehbare Rechtsgrundlage konnte der LIG uns hierfür allerdings nicht nennen. Der Schutz personenbezogener Daten jedenfalls konnte die Schwärzung hier nicht rechtfertigen. Bei den besagten Dritten handelte es sich im Wesentlichen um Unternehmen; auf den Datenschutz können sich jedoch nur natürliche Personen berufen. Auch sind etwa vertragliche Verschwiegenheitspflichten nichtig, soweit sie sich in Widerspruch zu den Veröffentlichungspflichten des HmbTG setzen.

4.4.6. Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Zweifel hatten wir auch am Vorbringen seitens des LIG und der Hafencity Hamburg GmbH, dass es sich bei den geschwärzten Passagen vor allem um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele.

Die Rechtsprechung knüpft an die Annahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nämlich strenge Voraussetzungen. Nach § 7 Abs. 1 HmbTG betreffen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse „alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände oder Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein be-

rechtigtes Interesse hat.“ Den Inhaber eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses trifft dabei eine besondere Darlegungslast. Er hat das zu schützende Geheimnis so präzise zu umschreiben, dass seine Behauptung schlüssig nachvollzogen werden kann (OVG Hamburg, Urt. v. 2.7.2018 – 3 Bf 153/15, Rn. 51).

Dabei stellen wir immer wieder fest, dass gerade ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse nicht plausibel dargelegt wird, d.h. nicht erkennbar ist, inwiefern das Bekanntwerden eines Geheimnisses die Wettbewerbsposition eines Konkurrenten fördern, die Stellung des eigenen Betriebs im Wettbewerb schmälern oder dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zufügen könnte. Insofern genügt nämlich nicht schon jedwede Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit. Vielmehr muss die Offenlegung spürbare Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der jeweiligen Stelle haben (OVG HH, Urt. v. 2.7.2018 – 3 Bf 153/15). Diesen Anforderungen werden die Darlegungen der Veröffentlichungspflichtigen Stellen regelmäßig nicht gerecht.

Auch ein anderer Punkt findet bei der Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen häufig nicht hinreichend Beachtung: Selbst wenn schlüssig dargelegt wurde, dass eine Information ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darstellt, ist eine Veröffentlichung im Transparenzportal nicht ausgeschlossen. § 7 Abs. 2 HmbTG sieht vor, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch dann zu veröffentlichen sind, wenn das Informationsinteresse der Öffentlichkeit das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Die insofern zu treffende Abwägung ist gerichtlich voll überprüfbar. Die Rechtsprechung misst dabei dem Informationsanspruch als solchem von vornherein ein erhebliches Gewicht zu. Denn es ist gerade Ziel des HmbTG, mit seinen Veröffentlichungspflichten eine Erklärungs- und Rechtfertigungspflicht staatlicher Stellen für hoheitliche Maßnahmen zu etablieren (VG Hamburg, Urt. v. 5.8.2015 – 17 K 3203/13, Rn. 50 ff.). Die Veröffentlichung von Verträgen der Daseinsvorsorge gehört praktisch zu den Wesensmerkmalen des HmbTG, das vor dem Hintergrund der Fehl kalkulationen und Verzögerungen des Projekts Elbphilharmonie entstanden ist. Großprojekte wie auch die Verlegung des Fernbahnhofs Altona, die Errichtung eines Flüchtlingswohnquartiers oder des Elbtowers sind mit hohen

Kosten und damit auch besonderen Risiken für Steuerzahler verbunden. Aus diesem Grund ist in diesen Fällen von einem hohen Interesse der Öffentlichkeit auszugehen. Die Abwägungen der gegenläufigen Interessen, die uns hier von veröffentlichungspflichtigen Stellen vorgebracht werden, erschöpfen sich allerdings regelmäßig in formelhaften Verweisen auf den gesetzlichen Tatbestand und genügen den rechtlichen Anforderungen nur selten.

4.4.6.1. Kaufpreise, Haftungsquoten, Kostentragsregelungen, Mängelgewährleistung

Sehr oft werden in Verträgen, die ins Transparenzregister eingestellt werden, Regelungen zu Preisen und zur Haftung der Beteiligten geschwärzt. Gerade im Falle von Kaufpreisen, wie sie etwa der LIG bei dem Verträgen zum Verkauf der Objekte Diebsteich und Flüchtlingswohnquartier Gleisdreieck geschwärzt hatte, lassen sich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aber nur schwer begründen.

Der Immobilienmarkt ist stark davon geprägt, dass Grundstückspreise kaum miteinander vergleichbar sind. Der Wert eines Grundstücks hängt im Wesentlichen von seiner Lage, seiner Bebaubarkeit und seinem Zustand ab. Verhandlungsstrategien und Preisvorstellungen der Vertragsparteien beziehen sich daher regelmäßig auf konkrete Liegenschaften und sind in aller Regel gar nicht übertragbar auf andere Verträge. Potentielle Käufer finden nur selten die Situation vor, dass sie die Auswahl zwischen mehreren gleichen Grundstücken haben, sodass sich das Bestehen einer Wettbewerbssituation und damit die Annahme eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses im Regelfall nur sehr schwer vertreten lassen.

Gleiches gilt für die Schwärzung von Vereinbarungen über Haftungsquoten, Mängelgewährleistungsvereinbarungen und Kostentragsregelungen. Diese werden regelmäßig individuell für den jeweiligen Vertrag ausgehandelt und lassen damit üblicherweise keine Rückschlüsse auf eine Verhandlungsstrategie über den jeweiligen Vertrag hinaus zu. Veröffentlichungspflichtige Stellen können uns in diesem Zusammenhang daher nur selten ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse darlegen. Gleichzeitig ist die Risiko- und Lastenverteilung zwischen den

Vertragsparteien für die interessierte Öffentlichkeit praktisch kaum noch nachvollziehbar, wenn auch diese Regeln geschwärzt werden.

4.4.6.2. Grundbuchstand, Daten und Fristen

Bei der Prüfung der Kaufverträge Diebsteich und Flüchtlingswohnquartier Gleisdreieck mussten wir feststellen, dass Informationen über den Grundbuchstand geschwärzt worden waren. In beiden Fällen konnten wir nicht erkennen, wie sich die Offenlegung dieser Angaben nachteilig auf die Wettbewerbsposition der Beteiligten auswirken könnte. Im Fall des Kaufvertrags Elbtower argumentierte die Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen (BSW), dass durch Schwärzung einer Vertragspassage zu der Frage, wann der Käufer verpflichtet sein sollte, Dienstbarkeiten und Reallasten zu bewilligen, vermieden werden sollte, dass sich Dritte eingeladen fühlten, Belastungen in diesem Sinne herbeizuführen. Diese Argumentation war für uns jedoch nur schwer nachvollziehbar, da die Belastung eines Grundstücks durch Dritte nicht ohne weiteres gesteuert werden kann. Vielmehr ist sie an gesetzliche Voraussetzungen geknüpft und bedarf regelmäßig einer Mitwirkung des Eigentümers.

Immer wieder erleben wir, dass Kalenderdaten und Fristen rigoros geschwärzt werden. Hier ist ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung nur selten nachvollziehbar. Zwar können Fristen, innerhalb derer ein Projekt zu verwirklichen ist, im Falle von Verzögerungen unter Umständen als Druckmittel genutzt werden. Gleichzeitig hat die Öffentlichkeit an der Kenntnis derartiger Fristen regelmäßig ein hohes Interesse. Auch hier ist zu bedenken, dass die Entstehung des HmbTG maßgeblich durch die Verzögerungen des Projekts Elbphilharmonie geprägt war. Diese Erfahrungen zeigen deutlich, dass die Bürgerinnen und Bürger der FHH nachvollziehen können wollen, ob Projekte der Stadt den Planungen entsprechend realisiert werden.

4.4.6.3. Rechtsansichten

Im Vertrag zum Flüchtlingswohnquartier Gleisdreieck verbargen sich unter den Schwärzungen unter anderem Passagen, die lediglich die Rechtsauffassung der Parteien wiedergaben. Wir halten die Annahme

eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses in diesem Zusammenhang für fernliegend, da wir jedenfalls ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hieran nicht erkennen können. Sofern eine Rechtsansicht zutrifft, die Parteien also rechtmäßig agieren, bedeutet ihr Bekanntwerden nämlich keinen Nachteil im Wettbewerb. Trifft sie nicht zu, verstoßen die Parteien also gegen das Recht, haben die Parteien daran ein Geheimhaltungsinteresse, das aber nicht berechtigt sein dürfte. Zwar wird vertreten, dass auch rechtswidrige Praktiken ein schützenswertes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis sein können. Dem dürfte aber – im Interesse der Einheit der Rechtsordnung – jedenfalls im Informationsfreiheitsrecht nicht zu folgen sein.

Im Ergebnis können wir feststellen, dass die veröffentlichungspflichtigen Stellen im Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu großzügig verfahren. Die Gründe hierfür können wir zwar nachvollziehen. Veröffentlichungspflichtige Stellen berichten uns regelmäßig, dass sie bei einer Offenlegung der betreffenden Informationen befürchten, sich möglichen Schadensersatzklagen der Unternehmen ausgesetzt zu sehen. Diese Befürchtung ist jedoch unbegründet. Nach § 7 Abs. 3 Satz 1, 2 HmbTG sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegenüber Behörden zu kennzeichnen und das Geheimhaltungsinteresse ist durch den Inhaber des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses darzulegen. Der Ball liegt damit im Feld des Inhabers eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Kann der Inhaber dies nicht hinreichend begründen und sucht er nicht rechtzeitig Rechtsschutz, kann er hierfür nicht nachträglich Schadensersatz verlangen. Wir würden uns freuen, wenn veröffentlichungspflichtige Stellen es häufiger auf einen Rechtsstreit ankommen ließen. Positive Gegenbeispiele aus anderen Bereichen gibt es schon (s. Kap 5.3, 5.4).

4.5 Zugang zu den Akten der Justizministerkonferenz

Zu Beginn des Jahres 2019 wandte sich ein Petent an uns, der Zugang zu den Akten der Justizbehörde zur 89. Justizministerkonferenz beantragt hatte. Die Justizbehörde hatte den Zugang zu den begehrten Unterlagen mit Verweis auf die Ausnahme des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG

abgelehnt. Nach dieser Vorschrift ist ein Informationszugang ausgeschlossen, soweit und solange die Bekanntmachung der Informationen die Beziehungen zum Bund oder einem Land nicht unerheblich gefährden würde. Die Justizbehörde erklärte, dass die Länder Hessen und Bayern einer Herausgabe der begehrten Informationen ausdrücklich widersprochen hätten. Es bestehe die Gefahr, dass die FHH künftig vom Informationsfluss zu anderen Ländern abgeschnitten würde, wenn sie die Information gleichwohl herausgebe.

Wir hatten Bedenken hinsichtlich der Argumentation der Justizbehörde. Hielte man in diesem Zusammenhang den pauschalen Verweis darauf, dass ein anderes Bundesland der Herausgabe der Information widerspreche, für ausreichend, könnten sich zwei Länder stets hilfreich zur Seite springen, um den Informationszugang zu blockieren: Hat Hamburg kein Interesse an der Herausgabe einer Information, könnte es sich darauf berufen, dass Hessen dies nicht wünscht. Würde dieselbe Information in Hessen abgefragt, könnte Hessen einwenden, dass Hamburg dies ablehne.

Beide Länder könnten so die eigenen gesetzlichen Vorgaben ignorieren. Das halten wir für bedenklich. Wir haben uns daher dafür ausgesprochen, den Tatbestand des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG so auszulegen, dass ein Land, das einer Herausgabe widerspricht, nicht selbst zur Herausgabe der begehrten Information verpflichtet sein darf. Ferner muss dargelegt werden, inwiefern die Herausgabe im konkreten Fall den Interessen des Landes widerspricht.

Der Petent hat die Justizbehörde auf Herausgabe der begehrten Informationen verklagt. Wir werden über den Fortgang dieses Verfahrens berichten.

4.6. Das Digitale Oberflächenmodell des LGV

Im Sommer 2019 erreichte uns eine interessante Eingabe, zu der der Petent bereits 12 Monate in einem intensiven rechtlichen Austausch mit dem Landesbetrieb Geoinformation und Vermessung (LGV) gestanden hatte. Der Petent hatte beim LGV einen Antrag auf Zugang zu einem sogenannten Digitalen Oberflächenmodell (DOM) gestellt. Dieses DOM zeigt die Erdoberfläche sowie die hierauf befindliche Ve-

getation und Bebauung anhand gleichmäßig verteilter Messpunkte. Im Gegensatz zu Luftbildaufnahmen bietet ein DOM damit insbesondere Informationen zur Höhe der Erdoberfläche, ihrer Vegetation und Bebauung. Damit ist es vor allem für die Forschung und für Projekte im Bereich der Stadtplanung und Architektur interessant, da diese Informationen ansonsten kleinteilig individuell erstellt werden müssten. Zur Begründung seiner Ablehnung des Informationszugangs gab der LGV an, dass datenschutzrechtliche Belange betroffen seien und verwies auf einen Dialog mit unserer Behörde zu digitalen Luftbildern. Danach kann bei Luftbildaufnahmen mit einer Bodenauflösung von 20 cm pro Pixel und höher grundsätzlich gewährleistet sein, dass kein Personenbezug vorliegt (s. hierzu 23. TB Datenschutz 2010/2011, S. 104 ff.).

Enthalten veröffentlichungspflichtige Gegenstände personenbezogene Daten, schließt dies ihre Veröffentlichung im Transparenzportal nicht *per se* aus. Vielmehr sind personenbezogene Daten vor einer Veröffentlichung im Transparenzportal grundsätzlich unkenntlich zu machen. Dies geschieht bei Textdokumenten etwa durch Schwärzung der betreffenden Inhalte des jeweiligen Dokuments. Bei Geodaten handelt es sich zwar grundsätzlich um sog. Sachdaten, die nicht stets einen Personenbezug aufweisen müssen. Entscheidend für einen Personenbezug ist vielmehr, ob sich mit ihnen ein Bezug zu dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks herstellen lässt. Dies lässt sich wegen der bestehenden Georeferenzierung der Daten regelmäßig einfacher herstellen als etwa bei analogen Luftbildern: So unterscheiden sich Geodaten von analogen Luftbildern gerade dadurch, dass ihnen auf der Erdoberfläche eine bestimmte räumliche Lage zugewiesen wird. Bei entsprechend hoher Auflösung der Bilder lassen sich damit etwa Rückschlüsse darauf ziehen, wie eine bestimmte Person ihr Grundstück nutzt oder wie das jeweilige Grundstück ausgestattet ist. Da die Rohdaten des DOM dem LGV nur in hoher Auflösung vorlagen, konnten wir den Ansatz, dass bei einer Veröffentlichung datenschutzrechtliche Belange betroffen seien, grundsätzlich nachvollziehen. So kam eine Schwärzung der beim LGV vorhandenen Informationen vor einer Einstellung ins Transparenzportal ersichtlich nicht in Betracht. Nach unserer Auffassung konnte sich die möglicherweise bestehende Personenbeziehbarkeit der Informationen durch eine Reduzierung der

Auflösung jedoch grundsätzlich ausschließen lassen. Zwar sind informationspflichtige Stellen nach dem HmbTG nicht zu einer Herstellung von Informationen verpflichtet, sehr wohl aber zu ihrer Aufbereitung in Form von Anonymisierungen oder ähnlichem. Wir konnten in einer Reduzierung der Auflösung keinen Unterschied zu der von veröffentlichungspflichtigen Stellen geschuldeten Schwärzung von Dokumenten erblicken. So wird auch im Falle der Schwärzung eines Textdokuments letztlich eine neue digitale, allerdings geschwärzte Version des Dokuments erstellt. Auch erhält das Digitale Oberflächenmodell hierbei gerade keine neuen Inhalte und der Prozess der Anonymisierung kann in den genutzten Systemen weitestgehend automatisiert erfolgen. Vielmehr werden die vorhandenen Inhalte daher durch eine Art „Ausdünnung“ reduziert. Der Petent hat auf der Grundlage unserer Ansicht Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid des LGV eingelegt. Auch hat uns der LGV zu Gesprächen in seinen Diensträumen eingeladen. Über den Fortgang werden wir berichten.

4.7 Gebühren

Das Thema Gebühren gehört wohl zu einem der umstrittensten des Informationsfreiheitsrechts. Einerseits verfolgt das HmbTG das Ziel, einen voraussetzungslosen Zugang zu Informationen zu verschaffen. Gebühren können, abhängig von ihrer Höhe, jedoch grundsätzlich geeignet sein, die interessierte Öffentlichkeit von einem Informationszugangsantrag abzuhalten. Andererseits sind Informationszugangsanträge häufig mit intensiven Aktenrecherchen und rechtlichen Prüfungen verbunden, die Sach- und Personalressourcen der Verwaltung binden. Forderungen nach einer grundsätzlichen Gebührenfreiheit von Informationszugangsanträgen konnten sich daher bislang nicht durchsetzen. Auch das HmbTG sieht vor, dass für die Bearbeitung von Informationszugangsanträgen Gebühren erhoben werden.

Ein nicht unerheblicher Teil der Eingaben bei uns bezieht sich auf Gebühren. So kam es, dass sich ein Petent an uns wandte, der bei der Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz (BGV) einen Informationszugangsantrag gestellt hatte. Die BGV hatte ihm zwar die gewünschte Auskunft erteilt, hierfür allerdings eine Gebühr in Höhe von

235,50 € erhoben. Zur Begründung verwies die BGV auf den entstandenen Personal- und Sachaufwand. Der Petent jedoch empfand die erhobene Gebühr als unverhältnismäßig.

Im Bereich des HmbTG richtet sich die Höhe der Gebühren nach der Gebührenordnung für Amtshandlungen nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz (HmbTGGebO), die der Senat auf der Grundlage des Hamburgischen Gebührengesetzes (HmbGebG) erlassen hat. Die Gebührenordnung sieht für die unterschiedlichen Möglichkeiten, wie Informationen zugänglich gemacht werden können, unterschiedliche Gebührenrahmen vor. Teils richtet sich der Gebührenrahmen zudem danach, ob eine Angelegenheit einen gewöhnlichen oder einen besonderen Prüfungsaufwand erfordert hat. Die BGV war von einem besonderen Prüfaufwand ausgegangen und hatte ihrem Gebührenbescheid daher den entsprechenden Rahmen von 30-500 € zugrunde gelegt.

Die Verwaltung hat durch Ausfüllung der Rahmensätze eine konkrete Gebühr festzusetzen. Dabei sind die allgemeinen Gebührengrundsätze anzuwenden. Zu ihnen gehört auch das sog. Kostendeckungsprinzip. Danach soll das zu erwartende Gebührenaufkommen den Aufwand an Personal- und Sachkosten decken, der für die gebührenpflichtige Amtshandlung entsteht. Insofern ließe sich argumentieren, dass eine informationspflichtige Stelle bei der Erhebung einer Gebühr den tatsächlich entstandenen Verwaltungsaufwand, insbesondere den Personalaufwand, zugrunde legen könnte. Diesem Ansatz ist offenbar auch die BGV gefolgt.

Das hätte allerdings zur Folge, dass der von der HmbTGGebO vorgesehene obere Rahmensatz von 500 € praktisch eine Kappungsgrenze wäre. Die informationspflichtigen Stellen könnten den für die Zugänglichmachung entstandenen Aufwand vollständig bis zu einem Höchstbetrag von 500 € erheben, hätten darüber hinausgehenden Aufwand jedoch außer Acht zu lassen.

Das der HmbTGGebO zugrundeliegende HmbGebG kennt allerdings keine Kappungsgrenzen. Gegen diese Interpretation spricht auch, dass die informationspflichtige Stelle im Rahmen ihres Ermessens den allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung zu berücksichtigen hat (Art. 3 Abs. 1 GG). Diesem Grundsatz könnte es widersprechen, wenn

im Falle eines besonders umfangreichen Auskunftsantrags die Gebühren für das Zugänglichmachen einer Information bei 500 € zu kappen wären, im Falle einfacherer Anträge mangels Erreichens der Kapungsgrenze jedoch anhand des tatsächlich entstandenen Aufwands erhoben werden könnten.

Darüber hinaus dürfen Gebühren nicht in einem Missverhältnis zu der Bedeutung, dem wirtschaftlichen Wert oder dem sonstigen Nutzen einer Amtshandlung stehen (§ 6 Abs. 1 S. 2 HmbGebG). Das insoweit gesetzlich fixierte Äquivalenzprinzip lässt Raum dafür, Verhältnismäßigkeitserwägungen in die Bemessung der Höhe einer Gebühr mit einfließen zu lassen.

Wir haben dem Petenten daher mitgeteilt, dass vor diesem Hintergrund viel dafür spreche, die nach der HmbTG GebO zu erhebenden Gebühren so zu berechnen, dass mit dem unteren Rahmensatz der Verwaltungsaufwand einfachster Art, mit dem oberen Rahmensatz dagegen der Verwaltungsaufwand der aufwändigsten Art abgedeckt sein sollen. Die für eine Auskunft anfallenden Gebühren wären danach proportional innerhalb des durch die HmbTG GebO gesteckten Rahmens zu berechnen. Die BGV gab dem Widerspruch des Petenten statt und reduzierte die Gebühr auf 60 €.

4.8 Zugang zu Gutachten als Glücksspiel?

Bereits im Juli 2016 hatte ein Verband für Sportwetten Zugang zu Quartalsberichten der obersten Glücksspielaufsicht bei der BIS beantragt. Dieser vermeintlich klare Antrag führte zu erheblichen Auslegungsproblemen im Hinblick auf die Frage der „vorhandenen amtlichen Information“ und der Beeinträchtigung der Bund-Länder-Beziehungen, denn die Quartalsberichte waren von der Gemeinsamen Geschäftsstelle der Behörden für die Glücksspielaufsicht beim Hessischen Innenministerium in Auftrag gegeben worden und wurden lediglich auf einem Sharepoint zum Abruf vorgehalten.

Die Tatsache, dass das Gutachten nicht von der BIS selbst in Auftrag gegeben worden war, stellte sich nicht als Problem dar. In der informationsfreiheitrechtlichen Praxis kann es nach einigen Geburtsschwierigkeiten als einheitliche Meinung angesehen werden, dass Urhebererschaft

und Herkunft einer Information für die Frage der Herausgabepflicht irrelevant sind. Hieran konnte der Anspruch also nicht scheitern.

Bereits seit Ende 2012 (also kurz nach Inkrafttreten des HmbTG) ist es aber herrschende Rechtsprechung der hamburgischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, dass der Anspruch auf „vorhandene amtliche Informationen“ beschränkt ist (so OVG HH, Beschl. v. 20.11.2012 – 5 Bs 246/12). In dieser Konstellation lag die Information lediglich zum Abruf bereit. Die BIS verwies auf die einschlägige Literatur, aus der sich folgendes ergibt: *„Keine Aufzeichnung liegt vor, wenn die auskunftspflichtige Stelle lediglich Zugriff auf die Informationen hätte, zum Beispiel auf Urteile in einer kommerziellen Datenbank.“* Damit sind Fälle gemeint, in denen die Zugriffsmöglichkeit theoretisch besteht, aber von der Behörde nicht konkret ausgeübt wurde. Vor allem stellt die Datenbank-Zugriffsmöglichkeit eine fremde Leistung dar. Auskunftspflichtige Stellen sind aber nicht zur Recherche und Erstellung von Informationen verpflichtet, um Auskunftsansprüche befriedigen zu können. Hier ist der Fall in zweierlei Hinsicht anders gelagert: Die BIS arbeitet in ihrer Funktion als oberste Glücksspielbehörde mit den Daten und sie hat für die Erstellung des konkreten Berichts bezahlt, sich zumindest an den Kosten beteiligt. Ob sie sich dann noch darauf berufen kann, dass die Daten nicht bei ihr „vorhanden“ seien, ist fraglich. Hätten die Informationen an irgendeiner Stelle der BIS ausgedruckt oder heruntergeladen vorgelegen, so hätte sich diese Diskussion erübrigt. Dann wäre das Vorliegen der Informationen zweifelsfrei gegeben gewesen. Hierzu hatte sich die BIS aber nicht erklärt.

Besondere Bedeutung kam dem Ausnahmetatbestand des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG zu. Danach sollen Informationen von der Informationspflicht ausgenommen werden, wenn deren Bekanntgabe die Beziehungen zu einem Land nicht unerheblich gefährden würde. Die Gesetzesbegründung verlangt dazu, dass *„eine Rückfrage beim Bund oder einem anderen Staat ergeben hat, dass die Freigabe der begehrten Information nach dem dortigen Recht nicht vorgesehen ist und im konkreten Einzelfall den Interessen des Bundes oder dieses Landes zuwiderliefe“* (Bü.-Drs. 20/4466, Seite 19). Die nicht unerhebliche Gefährdung bestünde dann darin, dass die hamburgischen Stellen vom Informationsfluss abgeschnitten würden. Die Ausnahme des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG soll verhindern, dass dies eintritt.

So verstanden verfügt die Ausnahme des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG über drei Tatbestandsvoraussetzungen:

- 1. Ein anderes Bundesland, das nicht herausgabepflichtig ist,*
- 2. müsste vortragen, dass die Herausgabe der Information seinen Interessen zuwiderliefe und*
- 3. durch die Herausgabe gegen den Willen dieses Landes müssten die Beziehungen zu diesem Land nicht unerheblich gefährdet werden.*

Die BIS hatte mitgeteilt, dass drei Bundesländer sich gegen die Herausgabe der Quartalsberichte ausgesprochen hätten. Diese Länder haben aber nicht einmal vorgetragen, dass nach ihrem jeweiligen Landesrecht die Informationen nicht herauszugeben wären, geschweige denn, dies rechtlich konkretisiert und plausibilisiert. Zwei der drei Länder verfügten jeweils über ein Landes-IFG. Ein gemeinsames Vorgehen von verschiedenen Bundesländern kann nicht dazu führen, dass Informationen geheim zu halten sind, die an sich in jedem Bundesland herausgabepflichtig wären.

Als nächstes müssten die Länder, die nicht herausgabepflichtig sind, vortragen, warum eine Herausgabe durch Hamburg ihren konkreten Interessen zuwiderliefe. Hierzu hatte ein Land vorgetragen, dass es sich bei den Quartalsberichten lediglich um eine interne Arbeitshilfe handle. Dies ist vollkommen unbeachtlich. Unter der Geltung eines Informationsfreiheitsgesetzes gibt es keine Informationen, die per Behördendefinition „lediglich intern“ sind. Alles ist grundsätzlich auf Antrag herauszugeben, solange kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Ein anderes Land hatte vorgetragen, dass eine Veröffentlichung der Quartalsberichte das Vorgehen gegen unerlaubte Angebote erschweren könnte. Dies ist ein plausibler und tragfähiger Grund, der allerdings gar nicht substantiiert wurde. Das einzige der drei Länder, die sich ablehnend äußern, das kein Landes-IFG hatte und damit zweifelsfrei keinem Herausgabeanspruch unterlag, nannte keinen Grund, warum es gegen die Herausgabe war. Ein bloßes „Ich möchte das nicht!“ genügt aber auch in einem Land ohne Landes-IFG nicht den Anforderungen des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG.

Ein weiterer Punkt, der von der BIS vorgetragen wurde und der auf den ersten Blick deutlich gegen eine Herausgabe und für eine Beeinträchtigung der Landesinteressen zu sprechen schien, war die angeblich vertraglich zugesicherte Verschwiegenheit der Gemeinsamen Geschäftsstelle. Dieser Punkt war jedoch bei genauerer Überprüfung alles andere als eindeutig. Grundsätzlich können vertragliche Abreden keine gesetzlichen Ansprüche Dritter einschränken. Unter der Geltung eines IFG sind derartige Abreden je nach Ansicht nach § 134 BGB nichtig (VG Stuttgart, UrT. v. 17.5.2011 – 13 K 3505/09, Rn. 70) oder einfach unbeachtlich (OVG NRW, NVwZ 2010, 1044, 1045), ihre Unwirksamkeit wird jedenfalls nicht ernsthaft bestritten (zum IFG: BVerwG, UrT. v. 17.3.2016 – 7 C 2/15, Rn. 36). Dies gilt zumindest soweit die Verträge von einer Stelle geschlossen werden, die gesetzlich zur Auskunft verpflichtet ist. Hier hat die Gemeinsame Geschäftsstelle gehandelt, sie ist nach Aussage der BIS nach außen als Vertragspartner in Erscheinung getreten. Sie vertritt aber 16 verschiedene Bundesländer. Von diesen 16 Bundesländern verfügen zwölf über ein Informationsfreiheitsgesetz. Darüber hinaus sind alle obersten Glücksspielbehörden weiteren Auskunftsansprüchen unterworfen, zum Beispiel umweltinformations- und presserechtlichen Auskunftsansprüchen. Auch diese setzen sich grundsätzlich gegenüber vertraglichen Verschwiegenheitszusagen durch (zum UIG: HessVGH, NVwZ 2014, 533, 535; VG Stuttgart, VBIBW 2015, 346 ff., Rn. 48; zum Presserecht: VG München, AfP 2012, 593 ff.). Welche Auswirkungen dies konkret auf die erteilte Verschwiegenheitszusage hatte, war unklar.

Die gegen den Willen eines nicht herausgabepflichtigen Landes erfolgte Herausgabe müsste die Beziehungen gefährden, zum Beispiel indem die FHH vom Informationsfluss abgeschnitten würde. Erstellt eine Behörde aus einem anderen Bundesland einen Vermerk oder ein Gutachten zu einer aktuellen Rechtsfrage und gibt dies an die hamburgische „Spiegelbehörde“ (also die in Hamburg entsprechend für dieselbe Rechtsfrage zuständige Einheit) weiter, dann profitieren die hamburgischen Behörden und damit die FHH insgesamt von dieser (Vor-)Arbeit. Bei einer Herausgabe von Informationen kann es dazu kommen, dass die Stellen anderer Länder von den (freiwilligen) Weitergaben an die hamburgischen Behörden absehen. Vom Austausch zwischen den zu-

ständigen Stellen profitieren vor allem die kleineren Länder und Stadtstaaten, die nicht mit dem gleichen Personalschlüssel ausgestattet sind wie die bevölkerungsreichen Flächenländer. Die Ausnahme des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG soll verhindern, dass dieses gedeihliche Miteinander durch ein Landes-IFG gestört werden könnte, indem Behörden anderer Länder ihre Ausarbeitungen, Vermerke und Gutachten nicht mehr nach Hamburg geben, weil diese dort dem HmbTG unterliegen und gegen den Willen der weitergebenden Behörde einer Herausgabepflicht unterliegen. Im Glücksspielbereich sind die Länder aber gemäß § 9 Abs. 3 GlüStV staatsvertraglich zur Zusammenarbeit verpflichtet. Die Situation ist also nicht vergleichbar mit der freiwilligen Übersendung selbst erstellter Unterlagen von einer Landesbehörde an eine andere. Die Ausnahme des § 6 Abs. 3 Nr. 1 HmbTG wäre daher nur einschlägig, wenn eine Herausgabe der Quartalsberichte dazu führen könnte, dass der Staatsvertrag entsprechend geändert und die oberste hamburgische Glücksspielbehörde von der Zusammenarbeit ausgeschlossen würde. Dies muss nicht mit Sicherheit erfolgen, vielmehr genügt die Gefahr. Diese müsste aber plausibel und nachvollziehbar dargelegt werden und darf keine rein theoretische sein.

Und so wird aus diesem auf den ersten Blick überschaubaren und klaren Fall bei genauerer Prüfung eine höchst anspruchsvolle Aufgabe, welche bislang ungeklärte Fragen der Informationsfreiheit aufwirft. Wir haben dem Antragsteller (und auch der BIS) unsere Hinweise zu den rechtlichen Fragen übermittelt und haben es begrüßt, dass Klage eingereicht worden war. Eine Entscheidung des VG Hamburg zu diesen Fragen hätte bundesweit für Aufsehen gesorgt und eine Reihe wichtiger Rechtsfragen klären können. Leider wurde daraus nichts. Der klagende Verband nahm seine Klage im Laufe des Rechtsstreits zurück, bevor die wesentlichen Rechtsfragen überhaupt angesprochen werden konnten. So bleibt es dabei, dass diese Fragen weiter ungeklärt sind und uns immer wieder beschäftigen (vgl. Kap. 4.5).

4.9 Das Parlamentarische Fragerecht

Es kommt immer wieder vor, dass sich Abgeordnete der Hamburgischen Bürgerschaft mit Fragen zu informationsfreiheitsrechtlichen Themen an uns wenden. Seit Einführung der verfassungsrechtli-

chen Garantie der Unabhängigkeit der Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit ist der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit nicht mehr verpflichtet, Schriftliche Kleine Anfragen nach Art. 25 Abs. 1 HVerf zu beantworten. Die Abgeordneten haben stattdessen das Recht, sich mit ihren Anfragen direkt an den Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit zu wenden (Art. 60a Abs. 4 Satz 2 HVerf). Nicht selten wird bei derartigen Abgeordneten-Anfragen jedoch der gesetzliche Auftrag des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit übersehen. Denn wir verfügen auf dem Gebiet der Informationsfreiheit lediglich über eine Aufsicht über das Hamburgische Transparenzgesetz.

So kam es, dass sich im Sommer des Jahres 2019 Abgeordnete einer Bürgerschafts-Fraktion an uns wandten und insbesondere monierten, dass der Senat die Beantwortung von Schriftlichen Kleinen Anfragen zum Fernwärmenetz mit Verweis auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie den Datenschutz verweigert hatte. Insofern konnten wir den Abgeordneten leider nicht unmittelbar weiterhelfen. Denn für die Frage, inwieweit es bei einer möglichen Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch den Senat einer Abwägung des parlamentarischen Aufklärungsinteresses mit dem Geheimhaltungsinteresse des Senats bedarf, ist allein das Hamburgische Landesverfassungsgericht zuständig. Wir konnten die Abgeordneten jedoch darauf verweisen, dass es ihnen frei steht, sich neben ihren parlamentarischen Fragerechten gegenüber den informationspflichtigen Stellen auf die Informationsrechte des Hamburgischen Transparenzgesetzes zu berufen. Da die Rechtsprechung an die Darlegungslast bezüglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (s. hierzu auch Kap. 4.4) strenge Anforderungen knüpft, hätte der pauschale Verweis auf das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, wie er durch den Senat bei der Beantwortung der Schriftlichen Kleinen Anfrage erfolgte, für eine Ablehnung eines Auskunftsanspruchs nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz nicht ausgereicht. Ebenso wäre im Falle einer Auskunft nach dem HmbTG bei der Beurteilung, ob es sich bei den gegenständlichen Informationen überhaupt um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, wohl zu berücksichtigen gewesen, dass es sich beim

Fernwärmenetz um ein natürliches Monopol handelt. Denn für das Vorliegen eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ist die Marktstellung des Inhabers eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses entscheidend. Es ist dann auf die Frage abzustellen, ob dieser überhaupt in einem Wettbewerb zu anderen Unternehmen steht.

Zwar hatten wir daher Zweifel an der Argumentation des Senats. Wir konnten den Abgeordneten jedoch nicht unmittelbar weiterhelfen.

4.10 „Born in the UKE“

Das Vorgehen des UKE, um lästigen Fragen zu entgehen, lässt sich am folgenden Beispiel anschaulich zeigen:

Am 27.6.2017 wandte sich ein Unternehmen an uns, das früher eine Tochtergesellschaft des UKE mit Schlafsäcken für Neugeborene (mit dem Aufdruck „Born in the UKE“) belieferte. Es hatte ohne Begründung keinen Auftrag mehr erhalten. Ihm war keine Ausschreibung bekannt und das Unternehmen fragte sich nach den Gründen. Es schilderte dem Tochterunternehmen des UKE seine Enttäuschung über die Entwicklung und verlangte Zugang zu allen vorhandenen Informationen. Das UKE sah sich leider außerstande, diesen Antrag auszulegen. Es war scheinbar ratlos, was genau Gegenstand des Auskunftsbegehrens sein könnte. Die Rechtsabteilung des UKE wartete bis einen Tag vor Fristablauf, bevor es den Antragsteller über die eigene Ratlosigkeit informierte und darum bat, den Antrag zu konkretisieren. Diese Konkretisierung nahm der Antragsteller zwar vor, hörte aber trotzdem nie wieder etwas vom UKE, obwohl er nach eigenen Angaben wiederholt Mahnungen und Erinnerungen übersandte. Nachdem fast ein Jahr lang nichts mehr geschehen war, wandte sich das Unternehmen im September 2018 hilfesuchend an uns.

Aufgrund einer Reihe von negativen Erfahrungen mit dem UKE in der Vergangenheit forderten wir das UKE umgehend zur Stellungnahme zu dem Fall auf, setzten eine Frist von einem Monat und kündigten direkt an, dass eine Fristverlängerung ausgeschlossen sei. Wir hatten allerdings nicht mit der Hartnäckigkeit des UKE gerechnet. Wenige Stunden vor Fristablauf meldete sich das UKE mit folgender „Stellungnahme“: Man werde das Unternehmen nächste Woche abschließend beschei-

den. Kein Wort dazu, warum dies in der Vergangenheit nicht schon längst erfolgt war, keine Erklärung für ein fast einjähriges Schweigen. Wir waren angesichts dieser Wendung überrascht. Hinzu kam, dass auch diese Ankündigung vom UKE nicht umgesetzt wurde. Eine erneute Aufforderung Mitte November 2018 blieb ohne Reaktion des UKE. Gleiches galt für eine Nachfrage im Januar 2019. Wir hatten die Hoffnung schon aufgegeben, als sich das Unternehmen im September 2019 wieder bei uns meldete und erneut um Unterstützung bat. Das UKE melde sich einfach nicht, ein solches, offenkundig rechtswidriges Vorgehen mache schon sprachlos. Wir änderten daraufhin unsere Strategie: Von nun an wurde die Rechtsabteilung mit regelmäßigen E-Mails an ihre Pflichten erinnert. Diese Mails wechselten im Ton von naiv bis sarkastisch und zeigten irgendwann Wirkung. Anfang November trat ein, womit wir nicht mehr ernsthaft gerechnet hatten: Das UKE meldete sich bei dem Unternehmen. Es erklärte, bereits im November 2018 einen Bescheid versandt haben zu wollen. Dieser sei wohl versehentlich nie zugegangen. Es wurde angekündigt, den Bescheid nun erneut zu versenden.

Zu unserer Überraschung hat das anfragende Unternehmen vom UKE nicht nur eine Antwort erhalten, sondern diese Antwort bestand auch nicht aus einem ablehnenden Bescheid. Vielmehr hat das UKE tatsächlich Unterlagen herausgegeben. Es bleibt bedauerlich, dass dies knapp zweieinhalb Jahre gedauert hat und die Frist damit um den Faktor 28 überschritten wurde. Hieran wird deutlich: Die Durchsetzung des Transparenzgesetzes ist manchmal das Bohren dicker Bretter.

4.11 Abschlussarbeiten an der HAW

Anfang 2019 fragte uns die Hochschule für angewandte Wissenschaften um Rat. Ein Unternehmen beehrte Einblick in die Abschlussarbeiten (Bachelor- und Masterarbeit) zweier Studierender, sowie die namentliche Nennung der Betreuer oder Gutachter der beiden Abschlussarbeiten sowie deren Voten. Hintergrund dieses Antrags war ein Streit um die rechtswidrige Verwendung von Know-How. Das antragstellende Unternehmen wirft den beiden Studierenden vor, dass diese in ihren jeweiligen Abschlussarbeiten rechtswidrig Material verwendet hätten, welches sie nicht hätten haben dürfen. Sie hätten für

ihre Abschlussarbeiten, die in einem Unternehmen entstanden, von dem sie betreuenden Unternehmen Know How zur Verfügung gestellt bekommen, welches aufgrund einer Vereinbarung mit der Antragstellerin nicht hätte weitergegeben werden dürfen. Man kann also vermuten, dass es dem antragstellenden Unternehmen mit der Einblicknahme darum ging, nachzuweisen, dass es zu Verletzungen dieser Vereinbarung kam.

Die HAW lehnte dieses Begehren unter Berufung auf das Urheberrecht ab, sowohl für die Abschlussarbeiten selbst als auch für die Voten. Es handele sich dabei jeweils um geistige Schöpfungen, die unveröffentlicht seien. Das Unternehmen legte hiergegen Widerspruch ein. Es zweifelte daran, dass es sich bei derartigen Abschlussarbeiten tatsächlich um urheberrechtlich geschützte Werke handelt. Hieran wird man Zweifel haben können. Unzweifelhaft falsch ist hingegen die Ansicht des Unternehmens, ein Einblick in die Abschlussarbeiten sei gar keine „Veröffentlichung“ im Sinne des § 12 UrhG, weil nur eine einzelne Person (der Antragsteller) Einblick bekommt. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der Anspruch nach den Informationsfreiheitsgesetzen voraussetzungslos ist. Die Entscheidung für einen Zugang würde also für alle Interessierten gelten, eine Begrenzung wäre nicht mehr möglich. Somit läge wohl eine „Veröffentlichung“ im Sinne des Urheberrechts vor. Das Unternehmen hatte auf eine entgegenstehende Entscheidung des VG Magdeburg verwiesen, in der in der Tat die Meinung des Antragstellers vertreten wurde, dass es sich hierbei nicht um eine Veröffentlichung handle (Urt. v. 23.1.2018 – 6 A 343/16 MD, Rz. 23 ff.). Gleichzeitig wurde süffisant angemerkt, dass man dies durch einen Blick in aktuelle Rechtsprechung und Literatur auch selbst hätte herausfinden können. Dieser Vorwurf wendet sich aber gegen das antragstellende Unternehmen: Bei dem zutreffend zitierten Urteil handelt es sich um eine absolute Mindermeinung. Bereits 2015 hatte das BVerwG diese Meinung geprüft und ausdrücklich verworfen (BVerwG, NVwZ 2015, 1603, 1607, Rn. 37). Die Rechtsprechung folgt dem auch (vgl. nur OVG NRW, Urt. v. 24.11.2017 – 15 A 690/16, Rn. 101) mit Ausnahme des VG Magdeburg.

Das Unternehmen zeigte sich auch verwundert darüber, dass die HAW sich auf entgegenstehendes Datenschutzrecht der Betroffenen berief.

Es erklärte, dass die Namen der beiden Studentinnen bereits bekannt seien, weitere personenbezogene Daten seien in den Abschlussarbeiten wohl kaum zu erwarten. Auch dies ist zu kurz gedacht (bzw. recherchiert): Der EuGH hatte eindeutig entschieden, dass die Leistungen eines Prüflings personenbezogene Daten des Prüflings sind (EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – Rs. C-434/16). Auch die Anmerkungen eines Prüfers zu den Antworten des Prüflings sind – ebenso wie die Antworten des Prüflings in der Prüfung – Informationen über den betreffenden Prüfling (Rn. 42). Nach Ansicht des EuGH führt die Tatsache, dass die Anmerkungen des Prüfers zu den vom Prüfling in der Prüfung gegebenen Antworten Informationen darstellen, die aufgrund ihres Inhalts, ihres Zwecks und ihrer Auswirkungen mit dem betreffenden Prüfling verknüpft sind, auch nicht dadurch entkräftet, dass diese Anmerkungen zugleich Informationen über den Prüfer darstellen (Rn. 44). Der EuGH hatte dies zwar entschieden, um dem (ehemaligen) Prüfling ein Recht auf Zugang zu seinen Prüfungsunterlagen zu gewähren. Die Entscheidung des EuGH muss aber selbstverständlich auch in der entgegengesetzten Richtung Beachtung finden: Sie gewährt dem Prüfling nicht nur Rechte, sondern schützt ihn auch vor Fremdzugriffen auf „seine“ Daten.

In beider Hinsicht bedeutet dies nicht, dass die Anträge zwangsläufig abzulehnen waren. Es ist alles andere als eindeutig, dass es sich bei den Abschlussarbeiten wirklich um Werke im Sinne des Urheberrechts handelt. Dies wäre als Nächstes vom Gericht zu beurteilen, mit allen dazugehörigen prozessualen Schwierigkeiten (vgl. Kap. 5.4). Und der Personenbezug der begehrten Informationen bedeutet ebenfalls nicht das Ende des Antrags. Die HAW hat nach § 4 Abs. 3 Nr. 4 HmbTG eine – gerichtlich voll überprüfbare – Abwägung vorzunehmen und das Unternehmen kann für sich legitime Geschäftsinteressen an der Kenntnis dieser Inhalte ins Feld führen. Wir konnten durch unserer Hinweise aber die HAW davor zu bewahren, den Anträgen vorschnell stattzugeben. Der Fall liegt nun vor dem VG Hamburg (17 K 1312/19), wo er hingehört. Der Fall ist im Berichtszeitraum noch nicht entschieden worden. Wir werden dazu weiter berichten.

5. Rechtsprechung

In diesem Abschnitt berichten wir über – aus verschiedensten Gründen – wegweisende Entscheidungen der hamburgischen Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Transparenz.

5.1 Das UKE und die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung (OVG HH, Urt. v. 2.7.2018 – 3 Bf 153/15 und BVerwG, Beschl. v. 21.6.2019 – 7 B 24.18)

Ein Fall, der mit einer Eingabe im Jahr 2013 begonnen hatte, fand nun endlich sein (von Anfang an erwartbares) Ende. Rückblick: Das UKE hatte sich geweigert, ein Gutachten an einen Personalrat herauszugeben, das sich mit der Datenschutzkonformität einer SAP-Software beschäftigte. Nachdem das UKE die Zusammenarbeit mit uns verweigerte, rieten wir dem Antragsteller zu einer Klage. Wir gingen fälschlich davon aus, dass das UKE diese Haltung im Gerichtsverfahren aufgeben würde.

Wir hatten uns geirrt und nach fast einem Jahr Verfahrensdauer äußerte sich das VG Hamburg fassungslos darüber, dass das UKE noch immer nicht die Verfahrensakte vorgelegt hatte. Das Gericht erklärte damals, dass man das Verhalten des UKE mit „äußerstem Befremden“ zur Kenntnis nehmen und nicht näher ausgeführt werden müsse, dass dies „mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung unvereinbar“ sei (vgl. TB HmbTG 2014/2015, Kap. 5.2). Vorhersehbar verlor das UKE das Verfahren mit einem sehr deutlichen und lesenswerten Urteil (Urt. v. 17.5.2015 – 17 K 3203/13).

Dass das UKE Berufung einlegte, war nicht überraschend. Die Entscheidung über die Zulassung der Berufung traf das OVG eineinhalb Jahre nach dem erstinstanzlichen Urteil (Beschl. v. 10.11.2016 – 3 Bf 153/15.Z). Geklärt werden sollte im Berufungsverfahren vor allem die Frage, ob § 6 Abs. 2 Satz 1 UKE-G zu Geheimhaltungspflichten der Beschäftigten für Geschäftsgeheimnisse des UKE lediglich die Beschäftigten binde (so zutreffend das VG Hamburg) oder dies als HmbTG-Ausnahme für das gesamte UKE gelten solle (so hingegen das UKE).

Mit Schreiben vom 19.2.2018 hielt das OVG fest, dass es dem UKE immer noch nicht gelungen sei, überhaupt plausibel darzulegen, dass das Gutachten Geschäftsgeheimnisse enthalte. Nachdem die Prozessvertretung des UKE sich in einer mündlichen Verhandlung am 3.5.2018 keine inhaltlich substantiierte Äußerung zu den Inhalten des Gutachtens beibrachte, ordnete das OVG die Vorlage des Gutachtens als Beweismittel an, was den Rechtsstreit sofort beendet hätte. Da der klagende Personalrat – wie alle Prozessbeteiligten – ein unbeschränkbares Recht auf Einsicht in die Gerichtsakten hat, hätte er das Gutachten bekommen und der Fall wäre faktisch erledigt gewesen.

Auf eine Fristverlängerungsbitte des UKE teilte das OVG mit, dass weder dargetan noch sonst ersichtlich sei, welche Prüfungen noch erforderlich seien. Es setzte dennoch eine neue Frist bis zum 6.6.2018 zur Vorlage des Gutachtens. Plötzlich sah sich das UKE zur Betriebsamkeit veranlasst. Man erklärte dem Gericht mit Schreiben vom 6.6.2018, dass man das Gutachten nicht einmal dem Gericht vorzulegen gedenke, und belehrte es auch noch über seine Pflichten. Das OVG antwortete innerhalb von zwei Tagen und erklärte, dass das Gericht und nur das Gericht darüber entscheide, was vorzulegen sei. Wenn das Gutachten nicht innerhalb von zwei Wochen vorliege, werde dies gegen das UKE als Beklagte gewertet. Direkt danach lud das Gericht zu einer erneuten mündlichen Verhandlung und kündigte an, auch ohne das UKE zu verhandeln. Das UKE legte auch innerhalb dieser (Ausschluss-) Frist das streitige Gutachten nicht vor. Es machte mit Schriftsatz vom 26.6.2018 erneut Ausführungen zur Sache und erklärte, was es innerhalb des von ihm beantragten Schriftsatznachlasses vorgetragen hätte. Wenig überraschend verlor das UKE die Berufung durch das Urteil des OVG Hamburg vom 2.7.2018 (3 Bf 153/15).

Das UKE hatte sich darauf berufen, dass für den Kläger als Personalrat die Vorschriften des Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes vorrangig und abschließend seien, die eine Weitergabe des Gutachtens ausschließen. Dies sah das OVG anders. Der Kläger sei auch als Personalrat „jeder“ im Sinne des HmbTG und nicht von dessen Rechten ausgeschlossen.

Zur spezialgesetzlichen Regelung des § 6 Abs. 2 Satz 1 UKE-G erklärte das Gericht, dass die Norm nicht nur allgemeine Loyalitätspflichten der

Beschäftigten regele – wozu auch die Pflicht gehörte, nicht unbefugt Geschäftsgeheimnisse des eigenen Arbeitgebers zu verraten –, sondern eine Auskunft des UKE als solchem entgegenstehen könne. Insofern könne die Norm auch dem HmbTG vorgehen. Vorliegend scheiterte dies allerdings daran, dass das UKE nicht einmal im Ansatz habe darlegen können, worin der Charakter eines inzwischen uralten Gutachtens als Geschäftsgeheimnis bestehen solle. In dogmatischer Hinsicht war es außerdem interessant, unsere Auffassung eindeutig und ausdrücklich bestätigt zu sehen, dass Vertraulichkeitsabreden sich nicht gegen gesetzliche Auskunftsansprüche durchsetzen können. Sie sind nach § 134 BGB nichtig und unanwendbar.

Die folgenden Ausführungen dokumentieren die innere Haltung des Gerichts zum Verhalten des UKE: „Die unzureichende Mitwirkung des Beklagten bei der Aufklärung des Sachverhalts wirkt sich zu seinen Lasten aus... Unabhängig davon muss der Beklagte aber auch gegen sich gelten lassen, dass er diese Möglichkeit einer weiteren Sachaufklärung verhindert hat... Bereits das Verwaltungsgericht hat in den Urteilsgründen auf die Obliegenheit des Beklagten, die Voraussetzungen eines Ausschlussgrundes plausibel darzulegen, verwiesen... Vielmehr boten die äußerst cursorischen Angaben nicht einmal Anknüpfungspunkte für konkrete Nachfragen... Die Weigerung des Beklagten, dem Beweisbeschluss nachzukommen, ist vom Prozessrecht nicht gedeckt... Die danach prozessrechtswidrige Weigerung der Vorlage des angeforderten Gutachtens wirkt sich nach den Kriterien der materiellen Beweislast zu Lasten des Beklagten aus.“ Das OVG stellt damit noch einmal ausdrücklich klar: Wer sich der Mitwirkung in einem Gerichtsverfahren verweigert, kann dieses auch nicht gewinnen.

Dies gilt aber nur für den, der Gerichtsverfahren nicht lediglich dazu nutzt, die Erfüllung von Informationsansprüchen zu verschleppen. Das UKE ging also folgerichtig in die Revision, genauer gesagt: Es legte Beschwerde dagegen ein, dass das OVG die Revision nicht zugelassen hatte.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte die vorgelegten Akten aber wohl gründlich gelesen. Es muss erkannt haben, dass es keinen Grund gab, das UKE für sein Vorgehen auch noch mit einer weiteren Verfah-

rensverschleppung zu belohnen. Am 21.6.2019 wies das BVerwG die Beschwerde des UKE zurück (7 B 24.18). Obwohl das UKE sich auf alle Revisionsgründe berufen hatte, die § 132 Abs. 2 VwGO hergibt, brauchte das BVerwG weniger als zehn Seiten für seine überzeugend begründete Entscheidung.

Damit ist dieser – ursprünglich auf eine Eingabe aus dem Jahr 2013 zurückgehende – Fall nun endlich abgeschlossen. Dem Vernehmen nach soll das UKE sich an das Urteil gehalten und das Gutachten an den Kläger herausgegeben haben. Dieser ist allerdings längst nicht mehr in der Position tätig, für die er das Gutachten ursprünglich benötigte. Das UKE hat damit zumindest erreicht, die Erfüllung des Anspruchs über lange Zeit hinauszuzögern.

5.2 Auskunft über Drittmittelspenden von der Uni Hamburg (VG HH, Urt. v. 21.3.2018 – 17 K 1459/16)

Bereits Ende 2015 wurden wir von einem Petenten kontaktiert, dessen Antrag von der Universität Hamburg abgelehnt worden war. Der Antragsteller hatte am 5.2.2015 Zugang zu einer Liste von Zuwendungen an die Universität Hamburg in den Jahren 2012 bis 2014 beantragt. Um Datenschutzprobleme zu vermeiden, hatte der Petent seinen Antrag beschränkt auf Zuwendungen juristischer Personen. Nach gut zwei Monaten hatte er eine Ablehnung der Universität erhalten, mit der er sich an uns wandte.

Wir legten der Universität innerhalb einer Woche dar, warum wir die Ablehnung nicht für überzeugend hielten, und konnten unsere Ansicht auch mit zahlreichen Verweisen auf die (hamburgische) Rechtsprechung belegen. Es dauerte mehr als sieben Monate, bevor sich die Universität zum ersten Mal zu einer Stellungnahme durchringen konnte. Am 4.11.2015 lehnte die Universität den Antrag rechtsförmlich ab. Sie berief sich dabei auf die Ausnahme zum Schutz der Forschungsfreiheit nach § 5 Nr. 7 HmbTG und den Spendern angeblich erteilte Vertraulichkeitszusagen. Beide Argumente überzeugten uns nicht. Die Tatsache, dass dem Antragsteller im Bescheid auch noch mitgeteilt wurde, er habe die Ablehnung und ihre Begründung vertraulich zu be-

handeln, zeigte nach unserer Auffassung ein an vielen Stellen fehlerhaftes Rechtsverständnis.

Der Antragsteller legte fristgerecht Widerspruch ein, den die Universität Hamburg im März 2016 zurückwies. Über die daraufhin erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht am 21.3.2018 entschieden. Es dauerte also vier Jahre bis der Petent ein erfolgreiches Urteil gegen die Ablehnung seines Antrags erstritten hatte. Dieser Zeitraum ist viel zu lang, man wird wohl kaum noch von effektivem Rechtsschutz sprechen können. Dass die Universität Hamburg auch noch Berufung einlegte, über die selbst Ende 2019 noch nicht entschieden wurde, verbessert die Angelegenheit nicht.

Positiv sind jedoch die Ausführungen des Gerichts in der Angelegenheit (Urt. v. 21.3.2018 – 17 K 1459/16), die in Gänze zu überzeugen vermögen: Der Kläger wollte von der Uni Hamburg eine Übersicht aller in den Jahren 2013 und 2014 von juristischen Personen erhaltenen, den Wert von 1.000 € übersteigenden Sponsoringleistungen, Spenden, Schenkungen und Werbezuwendungen mit dem Namen des jeweiligen Zuwenders, der Höhe der finanziellen Zuwendung, Art und Wert der materiellen Zuwendung sowie gefördertem Projekt oder geförderter Veranstaltung bis zu einer Höhe von 5.000 €. Die Beschränkung der Spenden auf solche von juristischen Personen hatte der Kläger gewählt, um datenschutzrechtliche Probleme zu vermeiden.

Das VG Hamburg erkannte, dass es der Auskunftspflicht nicht entgegenstehe, dass keine Übersicht über erhaltene Zuwendungen im Wert zwischen 1.000,00 EUR und 4.999,99 EUR vorläge. Die Tatsache, dass diese Informationen zusammengesucht werden müssten, steht dem Anspruch danach nicht entgegen. Es handelt sich dabei nicht um eine Erstellung von Informationen, die vom HmbTG nicht mehr erfasst wäre. Ebenfalls ohne Erfolg hat die Uni Hamburg kritisiert, dass der Kläger eine Veröffentlichung der Informationen beabsichtigt. Dies steht ihm nach § 10 Abs. 3 HmbTG und dem Informationsweiterverwendungsgesetz frei. Die Argumentation der Uni liefe darauf hinaus, eine im Gesetz nicht vorgesehene Ausnahme von der Auskunftspflicht zu schaffen und zugleich die grundsätzlich bestehende Freiheit des Klägers zu beschränken, mit erlangten Informationen nach freiem Ermessen zu verfahren, wie das Gericht zutreffend anmerkt.

Die Beschwörung von Geschäftsgeheimnissen vermochte das Gericht ebenfalls nicht zu überzeugen. Es konnte nicht erkennen, inwieweit der Name einer juristischen Person und die damit im Zusammenhang stehenden weiteren Informationen (Art, Form, Wert und Zweck der Zuwendung) Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnisse darstellen könnten. Im Übrigen hat die Uni Hamburg auch nicht vermocht, ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Daten darzulegen. Dem Vortrag der Uni Hamburg, man habe Vertraulichkeit zugesichert, zeugt dann schon von einem bedenklichen Rechtsverständnis. Wäre dies möglich, stünde der Anwendungsbereich des Gesetzes vollends im Belieben der auskunftspflichtigen Stellen. Dass sich gesetzliche Ansprüche nicht durch Verträge mit Dritten beschränken lassen, sollte an sich unmittelbar einleuchten. Im Transparenzbereich bedurfte es dazu mehrerer Gerichtsentscheidungen. Die Versuche der Uni Hamburg, sich auf den Schutz personenbezogener Daten zu berufen, liefen letztlich ins Leere, da lediglich Spenden von juristischen Personen nachgefragt wurden.

Wirklich sinnvoll und hilfreich sind die Ausführungen des Gerichts zur Ausnahme der Forschungsfreiheit nach § 5 Nr. 7 HmbTG: Aus der Wertentscheidung des Grundgesetzes für die vorbehaltlose Gewährleistung der Forschungsfreiheit ergeben sich zweierlei Pflichten des Staates, schützend und fördernd einer Aushöhlung der Wissenschaftsfreiheit vorzubeugen: Der Staat habe zum einen die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern. Zum anderen habe der Staat im Bereich des mit öffentlichen Mitteln eingerichteten und unterhaltenen Wissenschaftsbetriebs dafür zu sorgen, dass das Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung soweit wie möglich unangetastet bleibt.

Ausgehend von diesem „klassischen Verständnis“ der Forschungsfreiheit konnte das Gericht nicht erkennen, dass die begehrten Informationen über Zuwendungen Dritter an die Uni Hamburg den Schutzbereich des Grundrechts berühren. Insbesondere beschränkte die Auskunftspflicht über in der Vergangenheit erfolgte Zuwendungen Dritter nicht die Freiheit der Beklagten, hinsichtlich der Fragestellung, Methodik und praktischen Durchführbarkeit eines Forschungsvorhabens sowie

hinsichtlich der Bewertung der erzielten Forschungsergebnisse und ihrer Verbreitung selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen.

Das Gericht hatte erhebliche Zweifel, ob die Ausnahmegvorschrift des § 5 Nr. 7 HmbTG einen über den Kernbereich hinausgehenden Schutz der Forschungsfreiheit überhaupt bezweckt und eine Ausnahme von der Auskunftspflicht für „wissenschaftsrelevante“ Angelegenheiten vorsehen will. Der Umstand, dass Forschungsprozesse und -ergebnisse laut Gesetzesbegründung lediglich „in Würdigung der Wissenschaftsfreiheit“ geschützt werden sollen und der Gesetzgeber insoweit nicht schlicht auf den Schutz der Wissenschaftsfreiheit verweist, begründet nach Ansicht des Gerichts die Annahme, dass der Gesetzgeber einen engen Ausnahmetatbestand schaffen wollte, der lediglich den Schutz des Kernbereichs der Forschungsfreiheit bezweckt.

Dafür spreche auch die Regelungssystematik: Der Gesetzgeber habe keine allgemeine, dem HmbTG vorgelagerte Bereichsausnahme zugunsten der Hochschulen geschaffen, sondern eine Ausnahmegvorschrift in das Gesetz integriert. Es dürfe nicht durch Auslegung eine faktische Bereichsausnahme in diesem Bereich geschaffen werden.

Bei den begehrten Informationen handele es sich ohnehin nicht um „wissenschaftsrelevante“ Angelegenheiten. Denn die Freiheit, über das Ob und Wie von Forschungsvorhaben und der Gewinnung von Forschungsergebnissen zu entscheiden, werde ohnehin nicht berührt. Die Uni kann mit den ihr zur Verfügung stehenden finanziellen und sonstigen materiellen Mitteln weiterhin selbstbestimmt verfahren und frei entscheiden, an welche Forschungsvorhaben sie Mittel in welcher Höhe vergibt.

Auch eine Gefährdung der Finanzierung und Durchführung zukünftiger Forschungsvorhaben, weil Zuwendungsgeber im Hinblick auf die drohende Bekanntgabe ihres Namens von Zuwendungen absehen könnten, konnte das Gericht nicht erkennen. Derartige Bedenken konnte die Uni nicht ansatzweise substantiiert vortragen. Der Verweis allein darauf, dass hiermit gerechnet werde, reichte dem Gericht insofern nicht. Ferner sei nicht einmal klar, ob ein Ausbleiben der Zuwendungen überhaupt zu einem verringerten Budget für Forschung führen würde. Im Übrigen müsste die Uni Hamburg sich dann an den Haushaltsge-

setzgeber wenden und eine Kompensation der durch die Anwendung des HmbTG entstandenen Ausfälle von Drittmittelgebern einfordern.

Diesen umfangreichen, durchdachten und überzeugenden Ausführungen lässt sich jedoch hinzufügen, dass hiermit noch keine Rechtskraft eingetreten ist, da das OVG Hamburg die Berufung zugelassen hat (OVG 5 Bf .Z). Dass über den Antrag des Petenten vom Februar 2015 damit nach rund fünf Jahren (!) immer noch nicht abschließend entschieden wurde, lässt erkennen, wie schwer es häufig für Antragsteller ist, ihr Recht auf Zugang zu an sich öffentlich zugänglichen Informationen durchzusetzen.

5.3 Das Bezirksamt Altona und die Hygieneberichte von Asklepios (VG HH, 17 E 4606/18)

Ein Antragsteller begehrte Einblick in Hygieneberichte der Asklepios Klinik Altona, die im Gesundheitsamt des Bezirksamts vorlagen. Das Bezirksamt wollte die Unterlagen herausgeben. Als Asklepios davon erfuhr, ließ man durch eine Anwältin vortragen, dass man dies für rechtswidrig halte. Zum einen unterlägen die Daten dem Patientendatenschutz, der durch § 203 StGB auch strafrechtlich abgesichert sei. Zum anderen seien es Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, über die selbst der Senat in Schriftlichen Kleinen Anfragen keine Auskunft erteile. Zumindest Letzteres war zutreffend (vgl. Bü.-Drs. 21/13718 zu Ausbrüchen von multiresistenten Erregern).

Das Bezirksamt fragte uns um Rat, den wir gerne gaben. Der Verweis auf den Patientendatenschutz war zwar von vornherein falsch, was auch das AK Altona schnell einsah. Die Daten hatten keinerlei Bezug zu einzelnen Personen. Fragen des Geschäftsgeheimnisschutzes waren da schon schwieriger. Nach § 7 Abs. 1 HmbTG sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Ein berechtigtes Interesse liegt danach vor, wenn das Bekanntwerden einer Tatsache geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Konkurrenten zu fördern oder die Stellung des eigenen Betriebs im Wettbewerb zu schmälern,

oder wenn es geeignet ist, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

Es war nicht auszuschließen, dass die Hygieneberichte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten. Jedenfalls sprach vieles dafür, dass derartige Informationen geeignet sind, die Stellung der Asklepios Klinik im Wettbewerb zu schmälern, wenn sich aus ihnen Defizite hinsichtlich der Hygiene in diesem Krankenhaus ergeben. Gleichzeitig war zu berücksichtigen, dass konkrete „Hygieneverstöße“ der Asklepios Klinik ein rechtswidriges Handeln darstellen könnten. Die Gesetzesbegründung zum HmbTG hält fest, dass kein berechtigtes Interesse vorliegt, wenn das Geheimnis auf einer Praxis beruht, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat erfüllt (Bü-Drs.-20/4466, S. 19).

Sehr viel wichtiger erschien uns die Tatsache, dass nach § 7 Abs. 2 HmbTG auch dann eine Herausgabe angezeigt ist, wenn zwar ein Geschäftsgeheimnis vorliegt, das Informationsinteresse aber das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. An Informationen über die hygienischen Verhältnisse in einem Krankenhaus besteht nach unserer Auffassung ein besonderes öffentliches Interesse. Patienten, die krank oder verletzt sind und sich zur Behandlung in ein Krankenhaus begeben, sind besonders schutzbedürftig und haben ein Interesse daran zu erfahren, ob sie sich dort weiteren Gesundheitsgefahren aussetzen. Dem Schutz der körperlichen Integrität wird von der Verfassung ein besonderer Stellenwert eingeräumt. Das gilt dann auch für Informationen, die es dem Einzelnen ermöglichen, sich über Risiken für seine Rechtsgüter bei der Auswahl eines Krankenhauses und/oder sich anlasslos umfassend zu informieren.

Wir hielten es daher für naheliegend, derartige Informationen auf Grundlage einer Abwägung herauszugeben. Der Verweis der anwaltlichen Vertretung der Klinik auf die Praxis des Senats bei der Beantwortung Schriftlicher Kleiner Anfragen überzeugte uns nicht. Zum einen war schon unklar, ob die Praxis des Senats überhaupt rechtmäßig ist. Zum anderen richtet sich die Frage, was der Senat in einer Schriftlichen Kleinen Anfrage zu beantworten hat, nach anderen Kriterien. Diese sind sehr viel weniger trennscharf ausformuliert als im HmbTG und auch von der Rechtsprechung noch längst nicht hinreichend kon-

turiert. Es kommt immer wieder vor, dass in Schriftlichen kleinen Anfragen Antworten verweigert werden, die nach dem HmbTG hätten erteilt werden müssen. Bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nimmt der Senat praktisch nie eine Abwägung vor, sondern verweigert die Antwort nahezu ausnahmslos (siehe dazu Kap. 4.9).

Das Hauptargument der Asklepios Klinik gegen die Abwägung zugunsten des Antragstellers war – zusammengefasst – die Tatsache, dass die Aufsicht über die Kliniken von qualifiziertem Fachpersonal ausgeübt werde, deren Arbeit über Zweifel erhaben sei. Dabei handelt es sich um einen Klassiker aus der Frühzeit der Informationsfreiheit, als Gerichte und Behörden sich zum ersten Mal mit voraussetzungslosen Informationsansprüchen konfrontiert sahen. Damals lautete die Argumentation in der Tat oft, dass Kontrollen durch Behörden stattzufinden hätten, die ihrerseits den Parlamenten rechenschaftspflichtig seien. Eine Kontrolle durch die Öffentlichkeit sei nicht vorgesehen und mit der Staatsform einer repräsentativen Demokratie nicht zu vereinbaren. Inzwischen hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass sich diese beiden Erscheinungen nicht zwangsläufig ausschließen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies ausdrücklich klargestellt: *„Die parlamentarische Kontrolle der Regierung, die den demokratischen Verantwortlichkeitszusammenhang gegenüber dem Repräsentationsorgan herstellt, schließt deswegen eine Kontrolle durch die öffentliche Meinung, die auf fundierte Informationen angewiesen ist, nicht aus.“* (BVerwG, NVwZ 2012, 252, 253, Rn. 23).

Wir konnten das Bezirksamt Altona so weit überzeugen, dass es sich entschied, die Hygieneberichte herauszugeben. Dies wurde gegenüber der Asklepios Klinik angekündigt, damit diese den Rechtsschutz suchen konnte, der ihr nach Art. 19 Abs. 4 GG zusteht. Asklepios stellte daher vor dem Verwaltungsgericht Hamburg einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO, um dem Bezirksamt vorbeugend die angekündigte Herausgabe zu verbieten.

Leider kam es nicht zu einer inhaltlichen Entscheidung. Dafür legte das VG Hamburg aber seine Rechtsansicht dazu dar, wie in einem solchen Fall formell zu verfahren ist. In einem richterlichen Hinweis vom 2.1.2019 teilte das Gericht mit, dass es den Antrag von Asklepios für

unstatthaft halte. Es verwies auf § 123 Abs. 5 VwGO, der regelt, dass einstweilige Anordnungen nach § 80 Abs. 5 VwGO vorrangig seien. Dabei handelt es sich um Anfechtungsanordnungen, die einen bereits erlassenen Verwaltungsakt voraussetzen.

Das Gericht führte dazu aus: *„Auszugehen ist davon, dass die von der Antragsgegnerin [Bezirksamt Altona] offenbar beabsichtigte Stattgabe des Informationsbegehrens jedenfalls deshalb den Erlass eines (feststellenden) Verwaltungsakts erfordert, weil ihm eine Entscheidung über das von der Antragstellerin geltend gemachte (überwiegende) Geheimhaltungsinteresse zugrunde liegt. Das Transparenzgesetz ordnet zwar gemäß § 13 Abs. 2 HmbTG lediglich für den Fall einer Ablehnung des Informationsbegehrens die Entscheidung durch Verwaltungsakt an. Das erlaubt jedoch keineswegs den Rückschluss, dass der Stattgabe zwingend die Verwaltungsaktqualität abgeht. Allenfalls kann der zitierten Regelung entnommen werden, dass sie durch Realakt ergehen kann. Die Stattgabe erfordert jedoch dogmatisch zwingend einen Verwaltungsakt, wenn sie nach der in § 7 Abs. 4 HmbTG verbindlich vorgesehenen Beteiligung des betroffenen Dritten (vorliegend der Antragstellerin) erfolgt. Spätestens hierdurch ist ein Verwaltungsverfahren, § 9 HmbVwVfG, unter Beteiligung der Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens, § 13 Abs. 1 Nr. 4 HmbVwVfG, eingeleitet worden, das durch den Erlass eines Verwaltungsakts, § 35 HmbVwVfG, abgeschlossen wird. Dieser Verwaltungsakt ist nicht nur dem Informationsantragsteller, sondern gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HmbVwVfG zudem der Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens als Betroffener bekanntzugeben. Legt die Antragstellerin gegen einen solchen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, § 80a VwGO, Widerspruch ein, entfaltet dieser gemäß § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO aufschiebende Wirkung. Erst wenn die Antragsgegnerin auf Antrag des Informationsbegehrenden die sofortige Vollziehung gemäß § 80a Abs. 1 Nr. 1 VwGO anordnen sollte, wäre für die Antragstellerin der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO eröffnet. Der hier skizzierten Rechtslage entspricht die selbstverständliche Verpflichtung der Antragsgegnerin, den streitgegenständlichen Informationszugang nicht etwa zugleich mit dem Erlass des Verwaltungsakts zu gewähren. Ein derartiges Verhalten wäre ein flagranter Verstoß gegen das im 8. Abschnitt der Verwaltungsgerichtsordnung angelegte Rechtsschutzsystem.“*

Diese Rechtsansichten des Gerichts haben weitreichende Konsequenzen für sämtliche Fälle mit Drittbetroffenen, in denen sich die informationspflichtige Stelle für eine Auskunftsgewährung oder Veröffentlichung entscheidet. Sie muss dann stets einen (feststellenden) Verwaltungsakt erlassen, der auch dem Drittbetroffenen bekanntzugeben ist.

Diese rechtliche Auslegung muss man nicht unbedingt teilen. Es handelt sich um das System, das auf Bundesebene in § 8 IFG geregelt ist. Diese Regelung war dem hamburgischen Gesetzgeber bekannt, als er sich dazu entschied, sie nicht in das Transparenzgesetz aufzunehmen. Für die Ansicht des Verwaltungsgerichts sprechen aber zwei gewichtige Punkte: Zum einen soll im Rahmen der Reform eine entsprechende Regelung in das HmbTG aufgenommen werden (vgl. Kap. 2 § 13). Zum anderen hat die gerichtliche Festlegung der Verwaltung die erforderliche Rechtssicherheit gegeben. Behörden neigen sehr viel weniger dazu, sich wegen zu viel Transparenz verklagen zu lassen, wenn nicht einmal die verfahrensrechtlichen Vorgaben eindeutig sind und ein Verfahren abgesehen von den materiell-rechtlichen Unsicherheiten auch noch auf formaler Ebene verloren werden kann. Schon deswegen halten wir dieses Verfahren für berichterstattungswürdig, auch wenn es ohne Entscheidung in der Sache endete.

Die Beteiligten haben sich entschlossen, den vom Gericht aufgezeigten Verfahrensweg zu verfolgen. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Wir werden weiter berichten.

5.4 Das Bezirksamt Altona und anwaltliche Schriftsätze (VG HH, Urt. v. 29.11.2017 – 17 K 7287/16)

In diesem Fall haben wir das Bezirksamt Altona intensiv beraten. Wir sind erfreut darüber, dass das Bezirksamt unserem Rat gefolgt ist. Dies gilt nicht für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, die aber vielleicht noch nicht das Ende der Geschichte ist.

Das Bezirksamt hatte einem Unternehmen der Tabakindustrie bestimmte werbliche Angaben auf Zigarettenpackungen untersagt. Das Unternehmen hatte dazu im Verwaltungsverfahren durch seine Rechtsanwälte mit einem neunseitigen Schreiben Stellung genommen. Unter Berufung

auf das HmbTG beantragte ein „Nichtraucher-Lobbyist“ am 17.2.2016 beim Bezirksamt Zugang zu diesem Schriftsatz. Das Bezirksamt befragte das Tabakunternehmen, ob dieses rechtliche Einwände gegen eine Herausgabe des Schriftsatzes an den Antragsteller habe. Das Tabakunternehmen widersprach einer Herausgabe und berief sich dabei auf eigene Urheberrechte sowie Urheberrechte seiner Anwälte.

Das Bezirksamt wandte sich an uns und fragte nach dem weiteren Vorgehen. Uns lag der anwaltliche Schriftsatz vor. Wir kamen aber nicht zu dem Ergebnis, dass er urheberrechtlich geschützt ist. Um dem Urheberrecht zu unterfallen, müssen Werke eine gewisse Schöpfungshöhe erreichen. Hierfür ist regelmäßig, vor allem bei wissenschaftlichen Werken, nicht auf den Inhalt abzustellen. Entscheidend ist vielmehr, *„ob die Auswahl, Zusammenstellung und Darstellung der inhaltlichen Elemente (Fakten und Erkenntnisse) sich so weit von der üblichen oder gar notwendigen Gestaltung abhebt, sich also als besonders originelle Eigenleistung des Verfassers oder der Verfasserin darstellt und dadurch die Schöpfungshöhe eines urheberrechtlich schutzfähigen Werks erlangt“* (Loewenheim, in: Schricker/ders., Urheberrecht, § 2, Rn. 117 m.w.N.)“.

Für eine solche originelle Eigenleistung konnten wir dem durchschnittlich aufgebauten, vom Umfang her übersichtlichen Schriftsatz keinerlei Hinweise entnehmen. Auch die Anwälte bezogen sich in ihrer Begründung immer wieder auf die Inhalte des Schriftsatzes. So trugen sie vor, der relevante rechtliche Hintergrund sei durchdrungen, die Rechtsprechung des BGH aufgearbeitet und der Vorrang des europäischen Rechts herausgearbeitet worden. In Bezug auf die Schöpfungshöhe des Textes sind diese Erwägungen aber irrelevant. Der BGH hatte in einer Entscheidung zur Urheberrechtsfähigkeit eines anwaltlichen Schriftsatzes ausdrücklich „ein deutliches Übertreten des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials“ verlangt (so BGH, Urt. v. 17.04.1986 – I ZR 213/83, Rn. 12). Davon konnte nach Studium des Schriftsatzes in diesem Fall keine Rede sein. Dies ist keine Kritik an der Arbeit der Anwälte. Die Entscheidung des BGH zur Urheberrechts**fähigkeit** eines anwaltlichen Schriftsatzes wird aber leider zu häufig von Anwälten so interpretiert, dass alle ihre Schriftsätze urheberrechtlich geschützt seien. Ein in der Praxis immer wieder anzutreffendes Fehlverständnis.

Wir haben dem Bezirksamt daher geraten, die Unterlagen herauszugeben. Das Bezirksamt ist unserer Empfehlung gefolgt und hat am 23.5.2016 gegenüber dem Antragsteller einen entsprechenden Verwaltungsakt erlassen, der auch dem Tabakunternehmen bekanntgegeben wurde und nach Bestandskraft vollstreckt werden sollte. Das Tabakunternehmen und seine Rechtsanwälte legten hiergegen Widersprüche ein, die mit Bescheiden vom 26.10.2016 zurückgewiesen wurden. Das Bezirksamt führte darin aus, der Schriftsatz könne nicht als wissenschaftliches Werk qualifiziert werden und bilde nach Art der Darstellung und Durchdringung der Materie keine besondere eigenschöpferische Leistung. Er entspreche den üblichen juristisch-handwerklichen Maßstäben und sei insofern nicht originell. Inhaltliche Aspekte – wie die Herausarbeitung des Verhältnisses zwischen europäischem und nationalem Tabakwerberecht – seien insoweit irrelevant.

Hiergegen erhoben sowohl das Tabakunternehmen als auch seine Rechtsanwälte am 29.11.2016 Klage. Zu unserer Überraschung gab das Verwaltungsgericht der Klage statt (Urt. v. 29.11.2017 – 17 K 7287/16).

Zunächst wies es eine Reihe von Argumenten der Kläger zurück: Das Argument, verfahrensleitende Anwaltschriftsätze dürften generell Dritten nicht zugänglich gemacht werden, weil andernfalls die rechtsstaatlich gebotene Wahrung und Verteidigung von Rechten auf nicht hinnehmbare Weise beeinträchtigt werde, überzeugte das Gericht nicht. Zwar sei die ungehinderte und unbeeinträchtigte Möglichkeit zur Rechtswahrung und Verfahrensbeeinflussung durch anwaltliche Schriftsätze zu gewährleisten. Doch war für das Gericht nicht zu erkennen, dass diese durch die nach dem HmbTG grundsätzlich bestehende und im Einzelfall auch Anwaltschriftsätze umfassende Informationspflicht auf nicht hinnehmbare Weise beeinträchtigt würde. Vielmehr ist zur Überzeugung des Gerichts insoweit durch die Vorschriften, die das Akteneinsichtsrecht in gerichtlichen und behördlichen Verfahren explizit regeln und zudem durch die Bestimmungen des HmbTG, die das Zugangsrecht beschränken und modifizieren, ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet. Das strafrechtliche Verbot der Informationsweitergabe nach § 353d StGB sei nicht einschlägig, weil es nicht um Informationen aus einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenver-

fahren ging. Die Einschränkungen, denen das Recht auf Akteneinsicht nach § 29 HmbVwVfG unterliegt, könnten ebenfalls keine Wirkung entfalten, weil das Verwaltungsverfahren abgeschlossen sei. Weiter sei auch ein Geschäftsgeheimnis nicht erkennbar. Das Tabakunternehmen hatte sich darauf zwar berufen, konnte aber nicht substantiiert vortragen, inwiefern das Bekanntwerden des Schriftsatzes geeignet sein sollte, die Wettbewerbsposition eines Konkurrenten zu fördern oder die Stellung des eigenen Betriebs im Wettbewerb zu schmälern oder dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

Allerdings sprach das Gericht dem Schriftsatz die erforderliche Schöpfungshöhe zu. Diese sei gegeben, wenn in einem Schriftsatz gleichsam juristisches Neuland betreten werde und mit einer kreativen Gedankenführung bislang unbekannte Argumente oder Argumentationsmuster in origineller Weise rechtlich erschlossen, strukturiert und zur juristischen Begründung des gewünschten Ergebnisses fruchtbar gemacht würden. Dass die Entfaltung rechtlicher Argumente einer spezifisch juristischen Methodik und Dogmatik verhaftet bliebe, stehe dem nicht entgegen. Dies liege in der Natur der Sache, da die Rechtswissenschaft auf ein solches wissenschaftliches Grundgerüst verpflichtet sei.

Das Gericht stand vor dem Problem, dass es (anders als das Tabakunternehmen, die Rechtsanwälte, das Bezirksamt Altona und auch wir) den Schriftsatz nicht kannte. Hätte es sich den Schriftsatz vorlegen lassen, hätte es ihn zu den Verfahrensakten nehmen müssen. In diese Akten haben nach § 100 VwGO alle Verfahrensbeteiligten, zu denen nach § 63 Nr. 2 VwGO auch der Beigeladene gehört, ein uneinschränkbares Akteneinsichtsrecht. Im vorliegenden Fall war der Antragsteller im Gerichtsverfahren beigeladen. Er hätte den anwaltlichen Schriftsatz also einfach durch Einblick in die Gerichtsakte bekommen können, obwohl im Gerichtsverfahren gerade darum gestritten wird, ob ihm das Dokument zugänglich gemacht werden soll. Dieses Problem lässt sich rechtlich nicht auflösen und führte dazu, dass das Gericht abschließend über die Schutzfähigkeit des Schriftsatzes entscheiden musste, obwohl es ihn als Einziger nicht kannte. Es ließ sich deshalb davon leiten, dass das Bezirksamt den Behauptungen der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten sei (obwohl die Beweislast bei den Klägern liegt).

Ein besonderes Problem stellt die folgende Aussage des Gerichts im Urteil dar: *„Im Übrigen hat sich die Kammer durch Einsichtnahme in den fraglichen Schriftsatz in der mündlichen Verhandlung hinlänglich Eindruck davon verschafft, dass er insoweit die Voraussetzungen für eine urheberrechtsfähige persönliche geistige Schöpfung erfüllt.“* Entweder hat das Gericht den Schriftsatz zur Kenntnis genommen – und müsste ihn dann zur Akte nehmen – oder nicht. Der vom Gericht gewählte Zwischenweg ist zwar nachvollziehbar, aber rechtlich problematisch.

So sehr es uns gefreut hat, dass das Bezirksamt Altona unserer Rechtsauffassung gefolgt ist, so sehr bedauern wir, dass unser Rat vor Gericht keinen Bestand hatte. Zum Glück ist dieser Rechtsstreit noch nicht zu Ende. Auf unser Anraten hin hat das Bezirksamt Altona die Zulassung der Berufung beantragt und das Obergerverwaltungsgericht hat diesem Antrag stattgegeben (3 Bf 87/18.Z). Wir hoffen, dass das OVG Hamburg die Entscheidung des Verwaltungsgerichts korrigieren und die Klage abweisen wird.

Unabhängig vom Ausgang des Gerichtsverfahrens halten wir es für ein starkes Signal, dass eine hamburgische Behörde sich so sehr für die Transparenz einsetzt, dass sie sich durch zwei Instanzen verklagen lässt, um einen Auskunftsanspruch erfüllen zu dürfen. Dies ist alles andere als selbstverständlich. Das Bezirksamt Altona ist aber insoweit sogar schon ein „Wiederholungstäter“ (vgl. Kap. 5.3). Dies zeigt deutlich, dass der Geist der Transparenz vielleicht noch nicht überall angekommen ist, aber auch längst nicht mehr überall abgelehnt wird. Wir hoffen, dass dieses Beispiel Schule macht und das Bezirksamt Altona über das erforderliche Durchhaltevermögen verfügt.

5.5 Klassiker: Veröffentlichungspflicht der mittelbaren Staatsverwaltung (OVG HH, Beschl. v. 16.4.2018 – 3 Bf 271/17.Z)

Die Frage, ob die mittelbare Staatsverwaltung der Veröffentlichungspflicht des HmbTG unterliegt oder lediglich zur Erteilung von Auskünften auf Antrag verpflichtet ist, gehört zu den spannendsten und umstrittensten des Transparenzgesetzes. Im letzten Berichtszeitraum hatte das VG Hamburg entschieden, dass die Auskunftspflicht

für Kernverwaltung, öffentliche Unternehmen und mittelbare Staatsverwaltung einheitlich gelte, die Veröffentlichungspflicht hingegen die mittelbare Staatsverwaltung ausnehme (Urt. v. 18.9.2017 – 17 K 273/15; TB HmbTG 2016/2017, Kap. 5.7; zuvor bereits TB HmbTG 2012/2013, Kap. 3.2; TB HmbTG 2014/2015, Kap. 2.3.5). Das Urteil war juristisch richtig, aber ausgesprochen kurz begründet. Nicht zuletzt deshalb vermochte es wohl nicht die nötige Überzeugungskraft zu entfalten. So zog die unterlegene Partei vor das OVG Hamburg und beantragte die Zulassung der Berufung. Diesen Antrag hat das OVG Hamburg abgelehnt und sich in der Sache den Erwägungen des VG Hamburg angeschlossen (Beschl. v. 16.4.2018 – 3 Bf 271/17.Z). Die Begründung ist ausführlicher als die des Verwaltungsgerichts und nicht nur deshalb überzeugender.

Das Verwaltungsgericht hatte seine Entscheidung im Wesentlichen mit einem einzigen Absatz begründet:

„Die Vorschrift [des § 2 Abs. 5 Satz 1 HmbTG] bestimmt, wer auskunftspflichtige Stelle ist. Sie benennt zunächst ‚die in Absatz 3 bezeichneten Behörden der Freien und Hansestadt Hamburg‘, dann ‚die der Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts‘. Danach steht fest, dass § 2 Abs. 3 HmbTG nur Behörden der Freien und Hansestadt Hamburg betrifft.“

Das OVG Hamburg nennt dies „systematische und geschichtshistorische Erwägungen“ und hält diese für vollends überzeugend. Soweit die Kläger vortragen, dass das Ergebnis von der Volksinitiative nicht gewollt gewesen sei und deren Gesetzesentwurf keine derartige Unterscheidung enthalte, verweist das Gericht auf § 3 Abs. 4 HmbTG, der eine Unterscheidung zwischen veröffentlichungs- und auskunftspflichtigen Stellen ausdrücklich kenne. Insoweit habe der Gesetzgeber also ein vom Gesetzesentwurf der Volksinitiative abweichendes Regelungskonzept verfolgt. Dass die Begründung der Entscheidung des VG so ausgesprochen kurz ausfalle, beruhe darauf, dass das Verwaltungsgericht zu einer auf systematischen Erwägungen beruhenden eindeutigen Auffassung gelangt sei. Entscheidungen müssten länger und ausführlicher begründet werden, je mehr Zweifel das Gericht an seiner eigenen Entscheidung habe.

Die Kläger rügen auch, dass das Gericht in seiner Entscheidung auf den Großteil der vorgebrachten Argumente gar nicht eingegangen sei. Dies bringt das OVG nicht zum Zweifeln: *„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist grundsätzlich – und so auch hier – davon auszugehen, dass die Gerichte das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. Die Gerichte brauchen sich dabei nicht mit jedem Vorbringen in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich auseinanderzusetzen. Aus einem Schweigen der Urteilsgründe zu Einzelheiten des Prozessstoffs allein kann noch nicht der Schluss gezogen werden, das Gericht habe diese nicht zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen.“*

Das OVG Hamburg hält damit die Entscheidung des VG im vollen Umfang aufrecht. Die Rechtsfrage ist damit abschließend geklärt: Das HmbTG-2012 enthält keine Veröffentlichungspflicht für Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung. Bald dürfte dies aber nur noch Rechtshistoriker interessieren. Mit der Reform ist eine Änderung der Rechtslage beabsichtigt (vgl. Kap. 2.2 § 2).

5.6 Das Verwaltungsgericht und die pragmatische Form der Klageerledigung (VG HH, Urt. v. 13.2.2018 – 17 K 143/18)

Der folgende Fall hat uns so sehr beeindruckt, dass wir davon berichten wollen, obwohl wir nicht direkt daran beteiligt waren. Ein Antragsteller befand sich im geschlossenen Vollzug in einer JVA in Baden-Württemberg. Von dort aus erhob er mit Schreiben vom 5.9.2017 Dienstaufsichtsbeschwerden gegen zwei Richter des Amtsgerichts Hamburg. Außerdem beantragte er unter Berufung auf das Transparenzgesetz Zugang zum Geschäftsverteilungsplan des Amtsgerichts Hamburg, der im Internet frei verfügbar war. Der Präsident des Amtsgerichts Hamburg entschied, den Geschäftsverteilungsplan nicht einfach zu übersenden, sondern lehnte den Antrag ab und verwies den Strafgefangenen auf die freie Zugänglichkeit im Internet. Hiergegen erhob der Antragsteller Klage vor dem VG.

Zwar ist es nach § 12 Abs. 6 HmbTG möglich, „auf eine über öffentliche Kommunikationsnetze zugängliche Veröffentlichung [zu] verwei-

sen“. Allerdings kommt nach der Gesetzesbegründung der Verweis auf das Internet nur in Betracht, wenn dies dem Antragsteller aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse zuzumuten ist (so Bü.-Drs. 20/4466, S. 22). Diese Ausnahme soll nach der Literatur insbesondere für Insassen von Strafvollzugseinrichtungen keine Anwendung finden können (*Maatsch/Schnabel*, HmbTG, 2015, § 12, Rn. 12).

An sich hätte das Verwaltungsgericht nun die beiden Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung laden müssen, wofür der Kläger auf Staatskosten unter strengen Sicherheitsvorkehrungen aus Baden-Württemberg hätte eingeflogen werden müssen. Dann hätte das Gericht die offene Tatsachenfrage zu entscheiden gehabt, ob der Kläger als Strafgefangener auf eine Online-Veröffentlichung verwiesen werden darf und ob der Geschäftsverteilungsplan eines Gerichts als Maßnahme der richterlichen Selbstverwaltung unter die Ausnahme des § 5 Nr. 1 HmbTG fällt. Diese Vorgehensweise wäre der Bedeutung des Einzelfalls wohl kaum angemessen gewesen.

Stattdessen wählte das Gericht einen beeindruckend pragmatischen Weg: Es druckte den frei verfügbaren Geschäftsverteilungsplan des AG Hamburg einfach aus und übersandte ihn dem Kläger. Durch den Einsatz von gesundem Menschenverstand und ein paar Euro für Druck- und Portokosten konnte ein vollkommen unnötiger Prozess fast ganz verhindert werden. Fast ganz? In der Folge ließ es sich der Kläger nicht nehmen, seinen Klageantrag umzustellen, und wollte vom Gericht festgestellt haben, dass die vorherige Weigerung des Amtsgerichts Hamburg rechtswidrig war. Dies zeigt wohl, dass es von vornherein weniger um das Ziel als um den Streit selbst ging. Jedenfalls erkannte das VG, dass es dafür an einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse fehlte und entschied die Angelegenheit nicht mehr inhaltlich.

6. Ausblick

Leider sind viele Anmerkungen und Änderungsvorschläge, die wir in die Reform des HmbTG eingebracht haben, unberücksichtigt geblieben (s. Kap. 2). Wir hoffen sehr, dass die nun mit Änderung des HmbTG eingetretene Rechtslage nicht in Stein gemeißelt ist. Mit dem HmbTG hat sich die Freie und Hansestadt Hamburg eine Vorreiterrolle auf dem Gebiet der Informationsfreiheit erfochten. Der Erlass des Gesetzes hatte Ausstrahlungswirkung in zahlreiche andere Bundesländer, die sich hieran orientiert und den Zugang zu Informationen der Verwaltung offener gestaltet haben. Insofern gilt es, hier nicht stehen zu bleiben, sondern die bestehenden Regelungen fortzuschreiben, Zugangsbeschränkungen auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfen, aber auch Missstände beim Vollzug des Gesetzes zu analysieren und zu beheben.

6.1 Einbeziehung des Landesamts für Verfassungsschutz

Wir bedauern sehr, dass wir uns mit der Forderung nicht durchsetzen konnten, die Bereichsausnahme für das Landesamt für Verfassungsschutz abzuschaffen. Zweifellos sind die dem Landesamt für Verfassungsschutz vorliegenden Unterlagen, die seine nachrichtendienstliche Tätigkeit betreffen, schützenswert. Wir stehen jedoch nach wie vor auf dem Standpunkt, dass ein angemessener Schutz gerade dieser Informationen durch die bestehenden Ausnahmetatbestände gewährleistet ist. Es ist daher nicht gerechtfertigt, das Landesamt für Verfassungsschutz pauschal vom Informationszugang auszunehmen. Dies ist mit einem modernen Verständnis von Informationsfreiheit unvereinbar. Das Landesamt für Verfassungsschutz verfügt über zahlreiche Informationen, die für die Öffentlichkeit relevant sind und durch deren Kenntnis die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht beeinträchtigt würden, wie zum Beispiel datenschutzrechtliche Löschkonzepte oder ähnliches. Gerade ein Amt, das seine Tätigkeit weitgehend im Verborgenen entfaltet, muss sich im zulässigen Rahmen dem öffentlichen Interesse stellen. Die Rechtslage in anderen Bundesländern zeigt, dass die Arbeit von Nachrichtendiensten auch ohne entsprechende Ausnahmen funktioniert.

Trotz vergeblicher Bemühungen in den vergangenen Berichtszeiträumen (TB HmbTG 2016/2017 Kap. 6.1.; TB HmbTG 2014/2015, Kap. 2.3.3; TB HmbTG 2012/2013, Kap. 5.2.1) werden wir uns daher auch weiterhin für eine Abschaffung dieser Bereichsausnahme einsetzen.

6.2 Löschpflichten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten im Transparenzregister

Leider konnten wir uns in dem Gesetzgebungsprozess auch nicht mit unserer Forderung durchsetzen, hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten im Transparenzregister Löschfristen zu normieren. So sind die Informationen im Transparenzregister nach § 10 Abs. 1 HmbTG mindestens zehn Jahre nach ihrer letzten Änderung vorzuhalten. Dies mag für den Großteil der veröffentlichungspflichtigen Gegenstände des HmbTG unproblematisch sein. Im Falle einer Veröffentlichung personenbezogener Daten im Transparenzregister ist eine nach § 10 Abs. 6 HmbTG möglicherweise sogar zeitlich unbegrenzte Veröffentlichung personenbezogener Daten mit den Vorgaben des Datenschutzrechts und der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG jedoch nicht vereinbar. So hat der EuGH etwa eine sekundärrechtliche europäische Regelung zur Agrarsubvention vor dem Hintergrund des in der Grundrechte-Charta garantierten Rechts auf Datenschutz (Art. 8 Grundrechte-Charta) für nichtig erklärt, die keinerlei Beschränkung der Veröffentlichung der vergebenen Subventionen vorsah (EuGH, Urt. v. 9.10.2010 - C-92/09). Auch das BVerfG hat eine Regelung zur Veröffentlichung der Überschreitung von Grenzwerten in Lebens- und Futtermittelproben vor dem Hintergrund fehlender Regelungen zur zeitlichen Begrenzung der Veröffentlichung für verfassungswidrig erklärt (BVerfG Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13). Wir halten deshalb die Aufnahme differenzierter Löschfristen in das HmbTG für erforderlich.

6.3 Regelungen zum NDR im Staatsvertrag

Zu einem „Klassiker“ in unseren Tätigkeitsberichten entwickelt sich leider auch die Problematik der Informationsfreiheit beim NDR, die bereits Gegenstand der letzten drei Tätigkeitsberichte war (TB HmbTG

2011/2012 Kap. 5.2.2; TB HmbTG 2014/2015, Kap. 2.3.4; TB HmbTG 2016/2017, Kap. 2.3.2). Zwar war es wohl Absicht des Gesetzgebers, den NDR in den Anwendungsbereich des HmbTG mit einzubeziehen. So wurde hierfür insbesondere ein spezieller Ausnahmetatbestand für journalistisch-redaktionelle Informationen bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geschaffen. Aufgrund seines Charakters als Mehrländer-Anstalt bestehen jedoch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Anwendung des HmbTG auf den NDR: Zwar hat der NDR seinen Sitz in der Freien und Hansestadt Hamburg. Da sich seine Tätigkeit jedoch nicht auf das Landesgebiet der Freien und Hansestadt Hamburg beschränkt und die Gesetzgebungsbefugnis des Hamburgischen Gesetzgebers grundsätzlich an seinen Landesgrenzen endet, scheidet eine Anwendung des HmbTG auf den NDR nach unserer Auffassung aus. Vielmehr bedarf es der Aufnahme einer informationsfreiheitsrechtlichen Regelung in den NDR Staatsvertrag.

Trotz entsprechender Initiativen aus Schleswig-Holstein zur Aufnahme einer gesetzlichen Regelung in den NDR Staatsvertrag (TB HmbTG 2015/2015, Kap. 2.3.4), gemeinsamer Entschlüsse der NDR-Trägerländer Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Niedersachsen (TB HmbTG 2016/2017, Anhang 4) und der Unterbreitung eines Formulierungsvorschlags zur Aufnahme einer Regelung zur Transparenz in den NDR-Staatsvertrag durch die Aufsichtsbehörden der Trägerländer im Jahr 2018 hat sich in dieser Problematik leider nach wie vor nichts getan. So wurde insbesondere die Anpassung des NDR-Staatsvertrags an die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung hierfür nicht genutzt.

Dass die vom NDR selbst praktizierte Informationsfreiheit (TB HmbTG 2016/2017, Kap. 2.3.2) nicht geeignet ist, das Informationsinteresse der Öffentlichkeit angemessen zu befriedigen, zeigen nicht zuletzt auch die uns erreichenden Anrufungen durch Petenten, die der Auffassung sind, dass der NDR ihren Informationszugangsansträgen nicht hinreichend Rechnung getragen hat: So entfiel eine ganz deutliche Mehrheit unserer Anrufungen, die die mittelbare Staatsverwaltung betrafen auf den NDR (s. hierzu Kap. 3.1). In allen Fällen mussten wir die Petenten auf unsere Unzuständigkeit verweisen.

6.4 Die Pflicht zur Parallelveröffentlichung des § 10 Abs. 8 HmbTG

Der Gesetzgeber hatte bei Erlass des HmbTG die Vorstellung, das Transparenzportal zu einer einheitlichen Anlaufstelle für alle Informationssuchenden zu machen. Hierzu normierte er in § 10 Abs. 8 HmbTG die Vorgabe, dass das Transparenzportal auch solche Informationen zu enthalten hat, für die aufgrund anderer Rechtsvorschriften eine Veröffentlichungspflicht der Freien und Hansestadt Hamburg besteht. Da der HmbBfDI nach § 14 Abs. 2 HmbTG die Einhaltung der Vorschriften des HmbTG überwacht, gehört es auch zu unserer Aufgabe, zu prüfen, inwieweit dieser Pflicht zur Parallelveröffentlichung durch die veröffentlichungspflichtigen Stellen nachgekommen wird.

Bereits für den vergangenen Berichtszeitraum hatten wir festgestellt, dass dieser Pflicht zur Parallelveröffentlichung nur unzureichend nachgekommen worden war (TB HmbTG 2016/2017, Kap. 2.5.2). Dies gilt insbesondere für die Veröffentlichungspflicht des § 77 Abs. 8 HmbHochschulG. Danach unterrichtet das Präsidium die Öffentlichkeit in geeigneter Form über Forschungsvorhaben mit Mitteln Dritter, insbesondere über Gegenstände, den Umfang der Mittel Dritter sowie über die Person des jeweiligen Dritten.

Die BWFG als Aufsichtsbehörde über die Hochschulen hatte dem HmbBfDI hierzu mitgeteilt, dass es sich bei § 77 Abs. 8 HmbHochschulG nicht um eine Veröffentlichungspflicht der Freien und Hansestadt Hamburg handele, sondern lediglich um eine „Unterrichtungspflicht“ der genannten staatlichen Stellen (TB HmbTG 2016/2017, Kap. 2.5.2). Diese Argumentation hielten wir bereits damals nicht für überzeugend, da einer Unterrichtung der Öffentlichkeit gerade nur durch eine Veröffentlichung nachgekommen werden kann. Auch geht die Gesetzesbegründung zu § 77 Abs. 8 HmbHochschulG selbst davon aus, dass es sich um eine Veröffentlichungspflicht handelt und nimmt hierbei Bezug auf das HmbTG (Bü-Drs. 20/10491, S. 64).

Im Unterausschuss „Datenschutz und Informationsfreiheit“, in dem der vergangene Tätigkeitsbericht diskutiert wurde, verwiesen die Senatsvertreterinnen und -vertreter auf § 5 Nr. 7 HmbTG, der die Grund-

lagenforschung und anwendungsbezogene Forschung von der Informationspflicht des HmbTG ausnimmt, und vertraten die Auffassung, dass es sich hierbei um eine spezielle Vorschrift handele. Da vom Tatbestand auch die Drittmittelforschung erfasst sei, scheidet eine Veröffentlichung im Transparenzregister aus, weshalb für diesen Bereich § 77 Abs. 8 HmbHochschulG geschaffen worden sei. Diese Auffassung konnten wir nicht teilen. Der Umstand, dass § 5 Nr. 7 HmbTG die Forschung von der Informationspflicht ausnimmt, kann nämlich nicht dazu führen, dass nicht über für die Forschung eingesetzte Mittel informiert werden muss. Die Senatsvertreterinnen und -vertreter gaben nachträglich zu Protokoll, dass die Universität Hamburg ausgewählte Drittmittelvorhaben über verschiedene Publikationsformen veröffentlicht habe, wozu insbesondere die Jahresberichte der Universität Hamburg und Pressemitteilungen zählten. Es sei zudem eine systematische Veröffentlichung von Informationen über die an der Universität Hamburg mit Mitteln Dritter durchgeführten Vorhaben durch eine Erweiterung des 2018 gestarteten Forschungs- und Informationssystems (FIS) der Universität Hamburg geplant. Eine Rückfrage bei der Universität Hamburg zum aktuellen Tätigkeitsbericht ergab jedoch, dass eine solche systematische Information durch die Universität Hamburg nach wie vor nicht erfolgt.

6.5 Befugnisse des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit

Bereits in Kap. 2 haben wir zu § 14 HmbTG dargestellt, dass wir die Einräumung von weitergehenden Befugnissen für erforderlich halten. Die Regelungen in § 10 Abs. 8 (s. Kap. 6.4), nach der auch Veröffentlichungen aus anderen Vorschriften im Transparenzportal zu erfolgen haben, ist dafür ein gutes Beispiel: Es bestehen staatliche Pflichten, denen aber kein subjektives Recht gegenübersteht. In mehreren Bereichen erfolgt keine Verpflichtung, es gibt keinerlei Möglichkeit, dies gerichtlich überprüfen zu lassen. Diesen Pflichten wird daher nur nachlässig nachgekommen, wenn überhaupt. Wir haben dies im Unterausschuss thematisiert. Eine grundlegende Änderung der Situation konnten wir nicht beobachten. Es bedarf daher dringend der Schaffung einer gerichtlichen Klagemöglichkeit für unsere Behörde, vor-

zugsweise in Form eines gesetzlich geregelten Feststellungsinteresses gem. § 43 Abs. 1 VwGO (s. dazu schon TB HmbTG 2016/2017 Kap. 6.7). Angesichts der im vorliegenden Tätigkeitsbericht gezeigten hohen Bereitschaft zur gerichtlichen Streitbeilegung auf dem Gebiet des Transparenzgesetzes gilt es dann jedoch auch, die personelle Ausstattung der Behörde zu verstärken.

6.6 Abwägungsklausel für die Forschungsfreiheit

Wir sind der Ansicht, dass in der in § 5 Nr. 7 HmbTG geregelten Ausnahme für den Forschungsbereich eine Abwägungsklausel vorzusehen ist. Zwar kommt dem Grundrecht der Forschungsfreiheit ein vorbehaltlos zu gewährleistender Grundrechtsschutz zu. Spätestens durch die Entscheidung BVerfGE 145, 365 ff. ist jedoch klargestellt, dass – soweit nicht bestimmte Bereiche oder Informationen schon als solche vom Zugangsanspruch ausgenommen sind, sondern Einschränkungen erst in Abhängigkeit vom Einzelfall wirksam werden – das Grundrecht der Informationsfreiheit Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 GG Anwendung findet. Die Ausnahme zum Schutz der Forschungsfreiheit in § 5 Nr. 7 könnte daher einem Abwägungsvorbehalt unterstellt werden. Dies sollte unbedingt auch geschehen, da nur so einzelfallgerechte Lösungen entstehen können. Absolute Lösungen – sowohl zugunsten als auch gegen einen Informationszugang – führen immer wieder zu Ergebnissen, die im Einzelfall nicht wünschenswert sind. Eine Abwägung kann hier stets ausgleichend wirken. Sofern dies möglich ist, sollte es vorgesehen werden.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass zum Beispiel die Umweltinformationsfreiheit keine Ausnahme ohne Abwägungsvorbehalt kennt. Wir haben dies bereits früher schon gefordert (vgl. TB HmbTG 2016/2017 Kap. 6.6) und konnten unsere Forderung auch im Rahmen der Reform leider nicht durchsetzen. Es kommt in diesem Bereich immer wieder zu ablehnenden Gerichtsentscheidungen (VG Braunschweig, ZD 2014, 318 ff.; OVG NRW, NVwZ 2016, 1025 ff.; VG Mainz, Urt. v. 11.5.2016 – 3 K 636/15.MZ; LVerfGH R-P, DVBI 2018, 51 ff.), die das große praktische Bedürfnis für eine solche Regelung zeigen. Wir werden daher an unserer Forderung festhalten und haben auch hier die Hoffnung auf ein Umdenken noch nicht aufgegeben.

Anhang 1 Entschliefungen und Positionspapiere der Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten

Entschlieung vom 16.10.2018: Soziale Teilhabe braucht konsequente Veroffentlichung von Verwaltungsvorschriften!

Eine offene und transparente Verwaltungskultur ist eine Voraussetzung dafur, dass sich Burgerinnen und Burger und Staat auf Augenhoehe begegnen. Die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland fordert die Sozialleistungstraeger auf, Verwaltungsvorschriften antragsunabhaengig, zeitnah und benutzerfreundlich zu veroffentlichen, soweit sie dazu nicht bereits gesetzlich verpflichtet sind.¹

Soziale Teilhabe aller Menschen in unserer Gesellschaft folgt aus dem im Grundgesetz verankerten Sozialstaatsprinzip. Ausdruck dieses Prinzips ist ein soziales Sicherungssystem, das durch Sozialleistungen auf Grundlage der Sozialgesetzbuecher einen Grundstandard an sozialer Sicherheit gewaehrleisten soll. Nur informierte Burgerinnen und Burger koennen sie betreffende Entscheidungen von Sozialleistungstraegern verstehen, Ansprueche geltend machen, aber auch Pflichten wahrnehmen.

Alle Sozialleistungstraeger bedienen sich Verwaltungsvorschriften, um innerhalb ihrer Behoerde eine einheitliche Bearbeitungs- bzw. Entscheidungspraxis sicherzustellen. Verwaltungsvorschriften sind interne Weisungen, die regeln, wie Gesetze auszulegen und anzuwenden sind. Zwar binden Verwaltungsvorschriften unmittelbar nur die Verwaltung selbst; die auf ihrer Grundlage getroffenen Entscheidungen wirken aber nach auen. Verwaltungsvorschriften sind daher bekannt zu geben, damit „*der Betroffene (...) sich des Inhalts der durch sie fuer ihn begruendeten Rechte und Pflichten vergewissern*“² kann. So agieren in diesem Bereich etwa die Bundesagentur fuer Arbeit sowie die Deutsche Rentenversicherung, die aktuelle Weisungen veroffentlichen. Viele andere Sozialleistungstraeger geben die Informationen hingegen allenfalls auf Antrag heraus.

- 1) Gesetzliche Verpflichtungen bestehen derzeit in: Hamburg, Bremen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein (ab 1.1.2020).
- 2) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.11.2004, Az. 5 CN 1.03.

Entschließung vom 12.6.2019: Transparenz im Rahmen politischer Entscheidungsprozesse – Verpflichtendes Lobbyregister einführen

Die parlamentarische Demokratie lebt von der offenen und deshalb öffentlichen Diskussion verschiedener, oftmals unterschiedlicher Interessen, die im Rahmen der Gesetzgebung von den Parlamentsmitgliedern gegeneinander abgewogen werden müssen. Angesichts der Komplexität der sozialen und wirtschaftlichen Realität und der Regelungsmaterien kann es im demokratischen Willensbildungsprozess oftmals hilfreich sein, auf die Expertise von unterschiedlichen Personen, Gruppierungen und Beteiligten aus Gesellschaft und Wirtschaft zurückgreifen zu können. Die Art und Weise einer solchen Einflussnahme muss jedoch transparent sein. Die Bürgerinnen und Bürger sollen wissen, wer im Laufe des Entstehungsprozesses an der Formulierung eines Gesetzentwurfs beteiligt war und wer in wessen Auftrag und mit welchen Mitteln auf politische Entscheidungen einzuwirken versucht. Verflechtungen insbesondere zwischen Politik und Wirtschaft sind erkennbar zu machen, damit verdeckte Einflussnahmen erschwert sowie eine öffentliche Kontrolle ermöglicht wird.

Deshalb bestehen bereits in einigen Staaten Regelungen zur Führung von Lobbyregistern. Aus Sicht der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland ist es für ein demokratisches Gemeinwesen geboten, verpflichtend Register einzuführen, in die Informationen über Interessenvertretungen und deren Aktivitäten einzutragen sind. Darin sind mindestens die Namen der natürlichen und juristischen Personen unter Angabe ihrer Organisationsform, der Schwerpunkt der inhaltlichen oder beruflichen Tätigkeit und zumindest die wesentlichen Inhalte des Beitrags zum jeweiligen Gesetzgebungsverfahren zu veröffentlichen. Die damit hergestellte Transparenz stärkt das Vertrauen der Menschen in die Politik, ermöglicht demokratische Kontrolle und erhöht

die Akzeptanz politischer – insbesondere gesetzgeberischer – Entscheidungen.

Die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten fordert den Bundes- und die Landesgesetzgeber deshalb dazu auf, etwa in Anlehnung an das Thüringer Beteiligentransparenzdokumentationsgesetz vom 7. Februar 2019 gesetzliche Rahmenbedingungen zur Einführung eines verpflichtenden Lobbyregisters zu verabschieden.

Positionspapier vom 12.6.2019: Informationszugang in den Behörden erleichtern durch „Informationsfreiheit by Design“

Der digitale Wandel ist eine der großen Herausforderungen, vor denen die öffentliche Verwaltung heute steht. Gegenwärtig müssen E-Government-Gesetze sowie die Regelungen im Onlinezugangsgesetz umgesetzt werden. Parallel ist ein gestiegenes Interesse an der Transparenz des Verwaltungshandelns festzustellen, das die Gesetzgeber zunehmend aufgreifen. Die öffentliche Verwaltung ist in der Pflicht, das Recht auf Informationszugangsfreiheit umzusetzen. Das Vertrauen in die staatliche Aufgabenerfüllung wird gefestigt, indem Auskunftsersuchen schnell und effizient bearbeitet werden.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland (IFK) den öffentlichen Stellen des Bundes und der Länder, die Anforderungen an die Informationsfreiheit bereits von Anfang an in die Gestaltung ihrer IT-Systeme und organisatorischen Prozesse einfließen zu lassen: „Informationsfreiheit by Design“. Die Gesetzgeber werden aufgerufen, die gesetzlichen Grundlagen zu schaffen und notwendige Ressourcen zur Verfügung zu stellen.

Definition

Zu „Informationsfreiheit by Design“ zählt die Gesamtheit technischer und organisatorischer Instrumente unter Berücksichtigung des Stands der Technik, die der Wahrnehmung und Erfüllung der Rechte nach den Informationsfreiheits- und Informationszugangsgesetzen, Umweltinformationsgesetzen und Transparenzgesetzen des Bundes und der Länder dienen. Damit unterstützt „Informationsfreiheit by Design“

einerseits informationspflichtige Stellen bei der Erfüllung eines beantragten Informationszugangs sowie bei der Umsetzung von Veröffentlichungspflichten, andererseits wird für Antragstellende der Informationszugang erleichtert.

Rahmenbedingungen

Für den Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten hat der europäische Verordnungsgeber das Prinzip des Datenschutzes durch Technikgestaltung – also „Datenschutz by Design“ – normiert. Auf dem Gebiet der Informationsfreiheit bestehen ebenfalls Regelungen, aus denen für informationspflichtige Stellen technische und organisatorische Verpflichtungen resultieren. Hierzu zählen je nach Regelungs-inhalt der landes- und bundesrechtlichen Bestimmungen etwa

- proaktive Veröffentlichungspflichten,
- das Hinwirken auf eine Speicherung von Informationen in elektronischen Datenbanken,
- die Benennung von Ansprechpartnern oder anderen informationspflichtigen Stellen,
- die Bereitstellung von Verzeichnissen über verfügbare Informationen,
- die Einrichtung von öffentlich zugänglichen Informationsnetzen und –portalen,
- die Berücksichtigung der Kennzeichnung von Informationen durch Dritte als „schutzbedürftig“ und
- die Ermöglichung eines beschränkten Informationszugangs bei nur teilweise entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Interessen.

Weiterhin soll die Beachtung der Grundsätze der ordnungsgemäßen Aktenführung dazu dienen, den zeitlichen Bereitstellungsaufwand zu begrenzen und die Kosten des Informationszugangs zu verringern.

Maßnahmen

Maßnahmen zu „Informationsfreiheit by Design“ können bei der Erfüllung dieser technischen und organisatorischen Verpflichtungen eine Hilfestellung bieten. So sollte die Auffindbarkeit von Informationen

bei den informationspflichtigen Stellen z. B. durch effiziente Akten-systematik und elektronische Suchfunktionen gewährleistet sein. In Aktensystemen könnte bei Aufnahme neuer Informationen eine Kennzeichnung sensibler Abschnitte oder Aktenteile erfolgen, die eine gesonderte Prüfung auf geheimhaltungsbedürftige Teile erleichtert. Informationen sollten nach Möglichkeit in den Aktensystemen kategorisiert werden, was in bestimmten Verwaltungsbereichen etwa durch die Führung von Teilakten denkbar ist, die Teil einer Hauptakte sind. Veröffentlichungsfähige Informationen sollten durch die informationspflichtige Stelle proaktiv, etwa über ein Informationsportal, für die Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden.

Mit dem Ansatz „Informationsfreiheit by Design“ können standardisierte Lösungen für wiederkehrende Fragestellungen entwickelt werden, wodurch der Aufwand auf Verwaltungsseite reduziert wird. Diese Systemgestaltung obliegt dabei nicht nur den Verantwortlichen der öffentlichen Verwaltung, sondern auch den Entwicklerinnen und Entwicklern von Software-Lösungen für öffentliche Verwaltungen, bei denen Anforderungen der Informationsfreiheit von Anfang an in die Konzepte und Implementierungen aufgenommen werden sollten.

Herausgeber:

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Ludwig-Erhard-Straße 22

20459 Hamburg

Tel.: 040/42854-4040 (Geschäftsstelle)

Fax: 040/42854-4000

Web: datenschutz-hamburg.de

E-Mail: mailbox@datenschutz.hamburg.de

**Der Hamburgische Beauftragte für
Datenschutz und Informationsfreiheit**



Hamburg