



Abteilung Öffentliches Recht  
und Rechtsprüfung

Projekt „Umsetzung des  
Hamburgischen Transparenzgesetzes“  
- Teilprojekt Recht -

[REDACTED]

[REDACTED]

**Vermerk zu den Veröffentlichungsgegenständen des § 3 HmbTG**

**Hier: Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1 (Verträge)**

**Anlass**

Aufgabe des Teilprojekts Recht ist unter anderem die Auslegung des Katalogs der Veröffentlichungsgegenstände des § 3 HmbTG zur Erleichterung der Gesetzesanwendung in der Verwaltungspraxis. Eine besondere Rolle nimmt dabei der Veröffentlichungsgegenstand „Verträge“ ein, da er in unterschiedlicher Ausprägung – sowohl im Katalog des § 3 Abs. 1 als auch des Abs. 2 – enthalten ist. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG sind Verträge der Daseinsvorsorge zu veröffentlichen, während nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 Verträge veröffentlicht werden sollen, an deren Veröffentlichung ein öffentliches Interesse besteht, soweit dadurch nicht wirtschaftliche Interessen der Freien und Hansestadt Hamburg erheblich beeinträchtigt werden. Das HmbTG enthält zudem weitere Vorschriften, die die Veröffentlichung der Verträge konkreter regeln. Die auf die Verträge bezogenen Vorschriften des HmbTG werfen eine Vielzahl an Fragen zur Rechtsanwendung auf, an deren Klärung eine Unterarbeitsgemeinschaft unter Beteiligung aller Fachbehörden mitgewirkt hat.

Auf Grundlage der Erörterungen und Abstimmungen in der Unterarbeitsgemeinschaft hat das Teilprojekt Recht diesen Auslegungsvermerk erstellt. Aufgrund des Umfangs der Ausführungen soll die nachfolgende Gliederung bei der Arbeit mit diesem Vermerk helfen.

## Gliederung

1 Vertrag im Sinne des HmbTG .....	4
1.1 Öffentlich-rechtliche Verträge.....	4
1.2 Vertragstypen .....	4
1.2.1 Staatsverträge und Verwaltungsabkommen.....	5
1.2.2 Vereinbarungen nach dem Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes .....	6
1.3 Vertragspartner.....	7
2 Verträge der Daseinsvorsorge, § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG .....	9
2.1 Vertragskonstellationen.....	9
2.1.1 Beteiligung an einem Unternehmen .....	10
2.1.2 Leistungen der Daseinsvorsorge.....	10
2.1.2.1 Eigenversorgung der Verwaltung.....	11
2.1.2.2 Inanspruchnahme von Daseinsvorsorgeleistungen durch den Bürger .....	11
2.1.3 Schaffung von Infrastruktur .....	12
2.1.4 Übertragung des Rechts an einer Sache.....	13
2.1.5 Abschließende Aufzählung.....	14
2.2 Bereiche der Daseinsvorsorge.....	14
2.2.1 Wasserversorgung .....	15
2.2.2 Abwasserentsorgung .....	16
2.2.3 Abfallentsorgung .....	16
2.2.4 Energieversorgung .....	17
2.2.5 Verkehrswesen und Beförderungswesen, insbesondere der öffentliche Personennahverkehr.....	17
2.2.6 Wohnungswirtschaft .....	19
2.2.7 Bildungseinrichtungen.....	20
2.2.8 Kultureinrichtungen.....	22
2.2.9 Stationäre Krankenversorgung.....	22
2.2.10 Datenverarbeitung für hoheitliche Tätigkeiten .....	23
2.4 Zwischenergebnis .....	24
3 Verträge nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG.....	24
3.1 Öffentliches Interesse.....	25
3.2 Keine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftliche Interessen.....	27
3.3 Weitere Einschränkungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 .....	29
4 Spezielle Vorschriften des HmbTG zu den Verträgen .....	29
4.1 Transparenzrechtliche Bagatellgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG.....	29

4.1.2 Ermittlung des Gegenstandswerts .....	30
4.1.3 Einbeziehung älterer Verträge .....	31
4.1.4 Vertragspartner im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG .....	33
4.2 Veröffentlichungs- und Rücktrittsklausel, § 10 Abs. 2 HmbTG .....	34
4.2.1 Anwendbarkeit der Norm .....	35
4.2.2 Vereinbarung eines Rücktrittsrechts .....	35
4.2.3 Monatsfrist .....	36
4.2.4 Finanzielle Folgen eines Rücktrittsrechts .....	37
4.2.5 Anwendung auf alle HmbTG-Verträge .....	37
4.2.6 Ausübung des Rücktrittsrechts .....	38
4.2.7 Ausnahmenvorschrift, § 10 Abs. 2 S. 2 HmbTG .....	39
4.2.8 Kein Rücktrittsrecht bei Staatsverträgen .....	39
4.2.9 § 10 Abs. 2 HmbTG als Verbotsgesetz? .....	40
4.3 Verhältnis des HmbTG zum Vergaberecht - Exkurs .....	41
4.3.1 Während des laufenden Vergabeverfahrens .....	42
4.3.2 Während des Nachprüfungsverfahrens .....	43
4.3.3 Nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens .....	44
4.3.4 Übersicht .....	44
4.4 Ausnahmenvorschriften .....	45
4.4.1 Schutz personenbezogener Daten .....	45
4.4.2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse .....	47
4.4.3 Urheberrecht .....	49
4.5 Altverträge, § 17 HmbTG .....	50
4.6 Verhältnis zu anderen Veröffentlichungsgegenständen .....	51
5 Vertragsklauseln .....	51
5.1 Veröffentlichungsklausel .....	51
5.2 Rücktrittsklausel und Aufschub der Wirksamkeit .....	52
5.3 Keine Geheimhaltungsklausel .....	53

## **1 Vertrag im Sinne des HmbTG**

Das HmbTG enthält keine Definition des Begriffs Vertrag, so dass der allgemeine Rechtsbegriff herangezogen wird. Unter einem Vertrag versteht man allgemein ein Rechtsgeschäft, das aus inhaltlich übereinstimmenden, mit Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen (Angebot und Annahme) von mindestens zwei Personen besteht.<sup>1</sup> Mangels Vorgaben im Gesetz ist zunächst zu klären, ob es Einschränkungen hinsichtlich des Rechtsregimes gibt, welche Arten von Verträgen erfasst sind und wer Vertragspartner eines der Veröffentlichungspflicht unterliegenden Vertrages sein kann.

### **1.1 Öffentlich-rechtliche Verträge**

Im Sinne eines umfassenden Informationsrechts (vgl. § 1 Abs. 1 HmbTG) ist davon auszugehen, dass im Informationsregister neben den zivilrechtlichen Verträgen auch öffentlich-rechtliche Verträge veröffentlicht werden müssen. Gegen die Aufnahme von öffentlich-rechtlichen Verträgen spricht dabei nicht, dass eine Veröffentlichung dadurch umgangen werden könnte, dass auf Verwaltungsakte ersetzende öffentlich-rechtliche Verträge (§ 54 Abs. 1 S. 2 HmbVwVfG, § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X) verzichtet wird und die entsprechenden Sachverhalte durch einen nicht der Veröffentlichungspflicht unterfallenden Verwaltungsakt gelöst werden.<sup>2</sup> Verwaltungsakte unterliegen im Gegensatz zu den Verträgen keiner allgemeinen Veröffentlichungspflicht (mit Ausnahme von Subventionen/Zuwendungen bzw. Baugenehmigungen, § 3 Abs. 1 Nr. 13 u. 14 HmbTG).<sup>3</sup>

Eine Beschränkung auf zivilrechtliche Verträge folgt auch nicht aus der nach § 10 Abs. 2 HmbTG zu vereinbarenden Rücktrittsklausel, denn ein Rücktrittsrecht ist auch in öffentlich-rechtlichen Verträgen denkbar. Auf öffentlich-rechtliche Verträge sind grundsätzlich die §§ 346 ff. BGB (Rücktritt vom Vertrag) anzuwenden, wenn ein Rücktrittsrecht im Vertrag vorbehalten wurde oder durch Gesetz zugelassen ist. Ob ein Rücktrittsrecht vereinbart werden kann, ist jedoch eine Frage des Einzelfalls.<sup>4</sup>

### **1.2 Vertragstypen**

Hinsichtlich der Frage, welche Arten von Verträgen, also welche Typen an Vereinbarungen, erfasst werden, enthält das HmbTG keine Vorgaben, so dass im Sinne der Transparenz von

<sup>1</sup> Anstatt vieler: Ellenberger in Palandt, BGB, 72. Auflage 2013, Einf v § 145 Rn. 1.

<sup>2</sup> Zur Frage des Rücktrittsrechts bei öffentlich-rechtlichen Verträgen s. u. 4.2.2.

<sup>3</sup> Sofern die Regelungen des HmbTG tatsächlich zu einem restriktiveren Umgang beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge führen sollten, weil die Behörden von der Befugnis, anstelle eines Verwaltungsaktes einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu schließen, keinen Gebrauch machen würden, wäre dies kein transparenzrechtliches Problem. Die veröffentlichungspflichtigen Informationen würden weiterhin veröffentlicht werden, während die anderen Informationen zumindest der Auskunftspflicht des § 2 Abs. 7 HmbTG unterlägen.

<sup>4</sup> s.u. 4.2

einem weiten Anwendungsbereich ausgegangen werden kann. Nach der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG sind mit Verträgen „auch alle vertragsähnlichen Vereinbarungen, Anlagen sowie nachträglich vereinbarten Ergänzungen gemeint.“<sup>5</sup> Neben dem Vertragstext als solchem sind damit sämtliche Anlagen eines Vertrages zu veröffentlichen. Bestandteile eines Vertrages und somit potentiell veröffentlichungspflichtig im Sinne des HmbTG sind demnach z.B. auch Leistungsbeschreibungen oder auch Allgemeine Geschäftsbedingungen, soweit sie einbezogen worden sind. Vertrag bedeutet darüber hinaus nicht zwingend, dass es sich um ein einzelnes Dokument handelt. Vielmehr kann es regelmäßig vorkommen, dass es mehrere Dokumente gibt, die zusammen den Vertrag ergeben. Regelmäßig wird dies in Zusammenhang mit Vergabeverfahren der Fall sein, bei denen die Leistungsbeschreibung, das Angebot und die Zuschlagserteilung zusammen das Vertragswerk ergeben.

Welche Dokumente mit dem Begriff „vertragsähnliche Vereinbarungen“ erfasst sein sollen, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor. Jedenfalls spricht die Verwendung des Begriffs dafür, einen weiten Rahmen für die der Veröffentlichungspflicht unterfallenden Informationen zu wählen. Da das HmbTG somit keine Einschränkungen hinsichtlich der Vertragsarten enthält, können neben klassischen Austauschverträgen grundsätzlich etwa auch Gesellschaftsverträge zu veröffentlichen sein.

Zu besonderen Vertragskonstellationen:

### **1.2.1 Staatsverträge und Verwaltungsabkommen**

Neben den Verwaltungsverträgen der §§ 54 ff. VwVfG bzw. §§ 53 ff. SGB X dürfte sich die Veröffentlichungspflicht für öffentlich-rechtliche Verträge grundsätzlich auch auf Staatsverträge und Verwaltungsabkommen erstrecken. Verwaltungsabkommen sind zumindest vertragsähnliche Vereinbarungen im Sinne der Gesetzesbegründung. Das HmbTG schließt die Veröffentlichungspflicht für Staatsverträge weder ausdrücklich aus, noch ist die Veröffentlichungspflicht auf verwaltungsbehördliche Tätigkeiten beschränkt. Der Abschluss eines Staatsvertrages ist zwar kein verwaltungsbehördliches Handeln im Sinne des § 1 Abs. 2 HmbVwVfG, sondern Regierungshandeln. Die Informationspflichten des HmbTG erstrecken sich jedoch ausdrücklich auch auf reines Regierungshandeln, wie sich an der Ausnahmenvorschrift des § 6 Abs. 1 HmbTG zeigt, die nur die unmittelbare Willensbildung des Senats von der Informationspflicht ausschließt. Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht zum IFG des Bundes entschieden, dass sich die

---

<sup>5</sup> Bü-Drs. 20/4466, S. 16.

Auskunftsansprüche auch auf Regierungshandeln erstrecken.<sup>6</sup> Der Bundesgesetzgeber ist im Einklang mit der allgemeinen Zielsetzung des IFG ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs davon ausgegangen, dass nicht nur die alltägliche insbesondere der Anwendung der Gesetze dienende Verwaltungstätigkeit, sondern gerade auch der Bereich des Regierungshandelns grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallen sollte.<sup>7</sup> Diese Wertung ist auf das HmbTG übertragbar.

Für eine Veröffentlichungspflicht der Staatsverträge und Verwaltungsabkommen spricht zudem die Regelung des § 16 HmbTG, wonach die Bestimmungen des HmbTG bei Staatsverträgen zu berücksichtigen sind. Die Gesetzesbegründung zu § 16 HmbTG führt weiter aus, dass bei Verhandlungen zu zukünftigen Staatsverträgen darauf hinzuwirken ist, dass diese den Bestimmungen des HmbTG, insbesondere der Veröffentlichungspflicht nach § 10 HmbTG, nicht entgegenstehen.<sup>8</sup>

### **1.2.2 Vereinbarungen nach dem Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes**

Das Hamburgische Personalvertretungsgesetz (HmbPersVG) enthält Regelungen zu den Dienstvereinbarungen nach § 83 HmbPersVG und zu den so genannten 94er-Vereinbarungen nach § 94 HmbPersVG. Die Dienstvereinbarungen nach § 83 HmbPersVG fallen unter die ggf. zu veröffentlichenden zumindest vertragsähnlichen Gegenstände. Nach § 83 Abs. 2 HmbPersVG werden Dienstvereinbarungen durch die Dienststelle und den Personalrat gemeinsam beschlossen, schriftlich niedergelegt, von beiden Seiten unterzeichnet und in der Dienststelle bekannt gegeben. Die möglichen Inhalte solcher Dienstvereinbarungen sind – abgesehen von dem Verbot der Regelung üblicherweise den Tarifvertragsparteien vorbehaltenen Gegenstände – nicht beschränkt, sofern Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Die „Betriebsparteien“ innerhalb der Verwaltung können also die Gegenstände ihrer Vereinbarungen frei bestimmen.

Anders verhält es sich bei den Vereinbarungen der obersten Dienstbehörde mit den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und Berufsverbände. Gegenstände solcher Vereinbarungen nach § 94 HmbPersVG sind allgemeine Regelungen der obersten Dienstbehörde – und auch nur dann, wenn durch sie das Recht der Personalräte auf Mitbestimmung eingeschränkt ist oder eingeschränkt werden soll. Wenn eine Einigung mit den Spitzenorganisationen der Gewerkschaften über eine allgemeine Regelung nicht zu erreichen ist und die Verhandlungen darüber für gescheitert erklärt werden, kann sie

---

<sup>6</sup> BVerwG, Urteil vom 03. November 2011 – 7 C 4/11; Schoch, NVwZ 2012, 254 ff.

<sup>7</sup> BT-Drucksache 15/4493 S. 6.

<sup>8</sup> Bü-Drs. 20/4466, S. 25.

dennoch durch den Senat erlassen werden.<sup>9</sup> Danach dürfte für die Zuordnung zu den Veröffentlichungsgegenständen nach dem HmbTG der Schwerpunkt dieser Vereinbarungen auf dem Inhalt liegen, nämlich der allgemeinen Regelung, nicht hingegen auf der Form, also einer zumindest vertragsähnlichen Vereinbarung zwischen zwei Parteien. Folglich sind § 94er-Vereinbarungen vielmehr dem Veröffentlichungsgegenstand „Verwaltungsvorschriften“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 HmbTG zuzuordnen.

### 1.3 Vertragspartner

Neben der Frage, ob es sich gegenständlich um einen Vertrag im Sinne des HmbTG handelt, ist auch relevant, wer Vertragspartner eines solchen Vertrages sein muss, damit die Veröffentlichungspflicht nach § 3 HmbTG ausgelöst wird. Die Veröffentlichungspflicht des § 3 HmbTG erfasst grundsätzlich nur Informationen der veröffentlichungspflichtigen Stellen.<sup>10</sup> Der Veröffentlichungspflicht unterfallen somit auch nur Verträge, die von einer Behörde im Sinne des HmbTG geschlossen werden. Nicht ausreichend ist demgegenüber das bloße Vorhandensein irgendeines Vertrages bei einer veröffentlichungspflichtigen Stelle, denn dabei könnte es sich um Verträge Dritter handeln, die etwa im Zusammenhang mit einer Aufsichtsfunktion gegenüber Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung oder im Rahmen der Beteiligungsverwaltung bei den veröffentlichungspflichtigen Stellen vorliegen.

Für dieses Verständnis der Veröffentlichungspflicht spricht bezüglich § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG, dass nach § 2 Abs. 10 HmbTG ein Vertrag der Daseinsvorsorge ein Vertrag ist, „den eine Behörde abschließt“. Für die Auslegung des Begriffs Behörde ist der transparenzrechtliche Behördenbegriff des § 2 Abs. 3 HmbTG heranzuziehen. Vertragsschließende Behörden im Sinne des § 2 Abs. 10 HmbTG können somit auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts sein, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen und der Kontrolle der FHH unterliegen.<sup>11</sup> Denkbar ist zudem, dass mehrere Behörden im Sinne des HmbTG als Vertragspartner involviert sind und auch dass ausschließlich dem HmbTG unterfallende Behörden den Vertrag geschlossen haben.<sup>12</sup> Auch die Verträge, die ausschließlich zwischen Behörden geschlossen werden, können grundsätzlich veröffentlichungspflichtig sein. Dies gilt auch für Verträge oder Vereinbarungen zwischen Fachbehörden oder anderen Einheiten der FHH, bei denen auf beiden Seiten dieselbe juristische Person steht. Im Sinne des HmbTG wird man diese zumindest als vertragsähnlich ansehen müssen, so dass sie wie Verträge zu behandeln sind.

<sup>9</sup> HmbOVG, Beschluss vom 01.06.2001, Az 1 Bs 114/01, NordÖR 2001, 372 ff.

<sup>10</sup> Vgl. dazu genauer den Vermerk des Teilprojekts Recht zu § 3 Abs. 1 Nr. 5 HmbTG, abrufbar im Transparenzportal im FHHnet.

<sup>11</sup> Vgl. zur Auslegung der Begriffe „öff. Aufgaben“ nach § 2 Abs. 3 HmbTG und „Kontrolle“ nach § 2 Abs. 4 HmbTG, den Vermerk des Teilprojekts Recht vom 19.12.2012, abrufbar im Transparenzportal im FHHnet.

<sup>12</sup> z.B. ein Vertrag zwischen einer Fachbehörde mit der Hamburger Wasserwerke GmbH.

Die Einschränkung, dass es sich um einen von einer Behörde im obigen Sinne geschlossenen Vertrag handeln muss, gilt auch für die weiteren Verträge des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG. Dafür spricht insbesondere auch, dass die wirtschaftlichen Interessen der FHH regelmäßig nur dann durch die Veröffentlichung eines Vertrages beeinträchtigt sein können, wenn es sich um einen von einer (transparenzrechtlichen) Behörde geschlossenen Vertrag handelt. Schließlich deuten auch die weiteren die Verträge betreffenden Vorschriften (z.B. § 10 Abs. 2 HmbTG, „die Behörde“) und auch die Gesetzesbegründung auf dieses Verständnis hin. Bei bereits bestehenden Verträgen, denen eine Behörde im Sinne des HmbTG beiträgt, wird die Behörde mit dem Beitritt Vertragspartner, so dass nichts Abweichendes gilt.

Nicht in den Anwendungsbereich des HmbTG fallen dürften hingegen Verträge, die die FHH nicht im eigenen Namen abschließt. Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 5 HmbTG soll das Gesetz grundsätzlich zwar auch gelten, soweit die FHH Bundesrecht ausführt, was in vielen Bereichen der Verwaltung der Fall ist. Bundesrecht wird auch im Bereich der Bundesauftragsverwaltung ausgeführt, z.B. beim Bundesfernstraßenbau. Dabei unterstehen die Landesbehörden den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden nach Art. 85 Abs. 3 GG. Im Rahmen des Bundesfernstraßenbaus schließt die FHH die Verträge im Namen und für Rechnung des Bundes. Bei diesen Verträgen handelt es sich folglich nicht um Verträge der veröffentlichungspflichtigen Behörden, sie müssen damit nicht im Informationsregister veröffentlicht werden.

Wenn mehrere Behörden im Sinne des § 2 Abs. 3 HmbTG als Vertragspartner an einem Vertragsschluss beteiligt sind, stellt sich die Frage, wer konkret veröffentlichungspflichtig ist. Veröffentlichungspflichtig wären grundsätzlich alle Behörden nach § 2 Abs. 3 HmbTG. Soweit das Kriterium der Federführung nicht ausreicht, ist eine Absprache zwischen den Behörden geboten, um Dopplungen zu vermeiden. Die Frage der Veröffentlichungszuständigkeit sollte bei Vertragsunterzeichnung in solchen Fällen regelhaft entschieden werden. Rechtlich wäre eine doppelte Veröffentlichung im Informationsregister unschädlich. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass Schwärzungen einzelner Angaben aufgrund einer unterschiedlichen Auslegung der Ausnahmenvorschriften der §§ 4-7 HmbTG durch die einzelnen Fachbehörden oder Unternehmen unterschiedlich vorgenommen werden, so dass eine Aufzeichnung in zwei verschiedenen Versionen im Informationsregister zu finden sein könnte. Das sollte vermieden werden.



## 2 Verträge der Daseinsvorsorge, § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG müssen die veröffentlichungspflichtigen Stellen des § 2 Abs. 3 HmbTG die Verträge der Daseinsvorsorge veröffentlichen. Der Terminus Daseinsvorsorge<sup>13</sup> wird in der Verwaltungspraxis häufig verwendet, bleibt dabei jedoch unbestimmt. Trotz gelegentlicher Verwendung in Gesetzen ist „Daseinsvorsorge“ kein klarer Rechtsbegriff des Verwaltungsrechts, aus dem sich unmittelbar Rechtsfolgen ableiten lassen, sondern vielmehr eine bestimmte Art von Staatsaufgaben.<sup>14</sup> Der (auf Forsthoff zurückgehende) Begriff der Daseinsvorsorge ist eher eine „soziologisch grundierte Formel“ zur Beschreibung der öffentlichen Leistungsverwaltung, die sich an den Grundversorgungsbedürfnissen der Bevölkerung (z.B. Verkehr, Energie- und Wasserversorgung, Abfallentsorgung) orientiert, wobei dieser Zuschnitt jedoch nicht pauschal mit der Erfüllung sämtlicher Bedürfnisse der Bevölkerung (z.B. Lebensmittel- und Arzneimittelversorgung) gleichgesetzt werden darf.<sup>15</sup> Die Daseinsvorsorge folgt unmittelbar aus dem Sozialstaatsprinzip und aus grundrechtlichen Schutzpflichten.<sup>16</sup> Weiter lässt sich als Daseinsvorsorge der Bereich staatlicher Wohlfahrtspflege bezeichnen, in dem der Staat unmittelbar für den einzelnen Bürger sorgt, dem die dem jeweiligen Stand der Zivilisation entsprechenden Güter und Dienstleistungen nicht vorenthalten werden sollen.<sup>17</sup>

Für den Anwendungsbereich des HmbTG findet sich in § 2 Abs. 10 HmbTG eine Legaldefinition für die Verträge der Daseinsvorsorge: § 2 Abs. 10 S. 1 HmbTG enthält eine Liste von Vertragskonstellationen, die Verträge der Daseinsvorsorge sein sollen, während Satz 2 die Bereiche öffentlicher Aufgaben aufzählt, die unter die Daseinsvorsorge im Sinne des HmbTG fallen.

### 2.1 Vertragskonstellationen

Nach dem Wortlaut von S. 1 sind folgende vier Fallkonstellationen erfasst. Ein Vertrag der Daseinsvorsorge ist demnach ein Vertrag, den eine Behörde (im Sinne des § 2 Abs. 3 HmbTG) abschließt und

- mit dem die Beteiligung an einem Unternehmen der Daseinsvorsorge übertragen wird,

<sup>13</sup> Der Begriff ist von Ernst Forsthoff eingeführt worden, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

<sup>14</sup> Rübner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 96 Rn. 10.

<sup>15</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 21. März 2013 – 7 LB 173/11 –, juris.

<sup>16</sup> Pielow, Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“, Jus 2006, 692 f.; Rübner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 96 Rn. 2.

<sup>17</sup> Rübner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 96 Rn. 3; Ronellenfisch, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, in: Blümel (Hg.), Ernst Forsthoff: Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff, 2003, S. 53 ff.

- der Leistungen der Daseinsvorsorge zum Gegenstand hat,
- der die Schaffung oder Bereitstellung von Infrastruktur für Zwecke der Daseinsvorsorge beinhaltet
- oder mit dem das Recht an einer Sache zur dauerhaften Einbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge übertragen wird.

### 2.1.1 Beteiligung an einem Unternehmen

Die erste Vertragskonstellation, also die Übertragung einer Beteiligung an einem Unternehmen der Daseinsvorsorge, kann sowohl den Erwerb als auch die Veräußerung durch eine Behörde beinhalten. Die Übertragung ist nicht auf Kaufgeschäfte beschränkt. Auch unentgeltliche Übertragungen oder Tauschverträge können davon umfasst sein. Nach der Gesetzesbegründung zum Bremer Informationsfreiheitsgesetz, an das sich das HmbTG insoweit anlehnt und das gleichlautende Vertragskonstellationen in § 6 a Abs. 2 BremIFG enthält, umfassen die erste Vertragskonstellation (Übertragung von Unternehmensbeteiligungen) und die unten beschriebene vierte Vertragskonstellation (Übertragung von Rechten an einer Sache, s.u. 2.1.4) insbesondere auch alle Arten der vollständigen oder teilweisen Privatisierung von Unternehmen der Daseinsvorsorge, aber auch die Kooperation mit anderen Gebietskörperschaften.<sup>18</sup> Aufgrund des gleichlautenden Wortlautes der Vorschriften ist von einem identischen Begriffsverständnis im HmbTG auszugehen, so dass vor allem der Bereich der Privatisierung erfasst ist. Unter diese Vertragskonstellation sind darüber hinaus auch Verträge aus dem Bereich der Rekommunalisierung zu zählen.

### 2.1.2 Leistungen der Daseinsvorsorge

Die zweite Vertragskonstellation stellt ganz allgemein darauf ab, dass der Vertrag Leistungen der Daseinsvorsorge zum Gegenstand hat. Es muss sich um Leistungen aus den Bereichen des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG handeln. In der Gesetzesbegründung zum gleichlautenden Bremer Informationsfreiheitsgesetz (§ 6 a Abs. 2 BremIFG) heißt es, dass diese Variante deutlich weiter geht als die Privatisierung von Unternehmen und auch die Dienstleistungsverträge erfasst sein sollen, „mit denen die öffentliche Hand Dritte mit Aufgaben der Daseinsvorsorge beauftragt“.<sup>19</sup> Beispiele für diese Dienstleistungsverträge sind etwa Verkehrsverträge.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Vgl. Drs. der Bremischen Bürgerschaft, 17/1672, S. 3.

<sup>19</sup> Drs. der Bremischen Bürgerschaft, 17/1672, S. 3.

<sup>20</sup> Zuletzt etwa Verkehrsvertrag mit der S-Bahn Hamburg GmbH, 2018 bis 2033, siehe Pressekonferenz am 28.06.2013, [www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4032138/2013-06-28-pr-verkehrsvertrag-s-bahn.html](http://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4032138/2013-06-28-pr-verkehrsvertrag-s-bahn.html).

Die zweite Alternative des § 2 Abs. 10 S. 1 HmbTG wirft eine Reihe von Abgrenzungsfragen auf.

#### **2.1.2.1 Eigenversorgung der Verwaltung**

So ist es erforderlich eine Abgrenzung hinsichtlich der „Eigenversorgung“ der veröffentlichungspflichtigen Stellen vorzunehmen. Diese nehmen selbst zahlreiche Leistungen der in § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG aufgeführten Tätigkeitsbereiche in Anspruch. So werden die Gebäude mit Energie und Wasser versorgt, Abfälle entsorgt und auch Verkehrsleistungen in Anspruch genommen. Bei einer weiten Auslegung des Begriffs der Daseinsvorsorge würden sämtliche Verträge, die diesen Dienstleistungen zugrunde liegen, als Verträge der Daseinsvorsorge zu veröffentlichen sein. Gegen eine solche Auslegung sprechen jedoch die ursprüngliche Bedeutung der Daseinsvorsorge und ihr verfassungsrechtlicher Ursprung im Sozialstaatsprinzip und den grundrechtlichen Schutzpflichten (s.o. 2). Der Erbringer der Leistungen der Daseinsvorsorge ist nach dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Daseinsvorsorge grundsätzlich die öffentliche Hand – entweder als tatsächlicher Versorger oder als Regulierungs- oder Aufsichtsbehörde privatrechtlicher Leistungserbringer – während der Empfänger der Leistungen der Bürger ist. Wenn jetzt die öffentliche Hand die Leistungen selbst in Anspruch nimmt, besteht das Verhältnis Staat – Bürger gerade nicht. Die Eigenversorgung ist daher nicht unter die Daseinsvorsorge zu subsumieren, also ist die zweite Vertragskonstellation nicht betroffen. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass derartige Verträge nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG aufgrund des öffentlichen Interesses veröffentlicht werden müssen.

#### **2.1.2.2 Inanspruchnahme von Daseinsvorsorgeleistungen durch den Bürger**

Problematisch ist zudem die Frage, ob tatsächlich jede einzelne Inanspruchnahme einer Leistung der Daseinsvorsorge durch den Bürger ihrerseits selbst ein Vertrag der Daseinsvorsorge im Sinne des HmbTG ist. Bei einer weiten Auslegung des Gesetzes unterfiele auch jeder Besuch einer Theatervorstellung oder jede Busfahrt als Vertrag, der eine Leistung der Daseinsvorsorge zum Gegenstand hat, dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 10 HmbTG. Die Wertgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG würde einen großen Teil dieser Verträge von der Veröffentlichung ausschließen, wie auch alle mündlich geschlossenen Verträge nicht veröffentlicht werden können, gleichwohl wären die Einzelverträge grundsätzlich erfasst. Großkunden, zum Beispiel in energieintensiven Industriebereichen, erreichen diese Wertgrenze ebenso schnell wie die Inhaber von Schwimmbädern. Gegen eine weite Auslegung spricht aber, dass der Staat im Bereich der Daseinsversorgung grundsätzlich eine Gewährleistungsverantwortung hat und nicht

unbedingt eine Erfüllungsverantwortung für die Leistungen.<sup>21</sup> Aufgabe des Staates ist es grundsätzlich dafür zu sorgen, dass diese Leistungen der Daseinsvorsorge dem Bürger angeboten werden, insoweit obliegt ihm die Gewährleistungsverantwortung. Die konkrete Inanspruchnahme der Leistung der Daseinsvorsorge geht jedoch weiter und fällt nicht in seinen Aufgabenbereich, ist auch nicht mehr als Daseinsvorsorge zu bezeichnen. Eine Veröffentlichung dieser Einzelverträge würde auch vom grundsätzlichen Zweck des HmbTG nicht erfasst, das einen transparenten Staat erreichen möchte und nicht den transparenten Bürger, in dessen privaten Bereich die Veröffentlichung derartiger Verträge eingreifen würde. Wenn der Staat – heute eher ausnahmsweise – die Leistungen der Daseinsvorsorge selbst anbietet, kann aber nichts anderes gelten als in dem Fall, in dem ein Privater die Leistung erbringt. Für den Besuch eines privat betriebenen Theaters, das ohne staatliche Zuschüsse auskommt (z.B. ein Musical) gilt das Gleiche wie für den Besuch einer Vorstellung der Staatsoper. In beiden Fällen liegen keine Verträge der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 1 2, Alt. HmbTG vor.

### **2.1.3 Schaffung von Infrastruktur**

Der Wortlaut der dritten Vertragskonstellation, also die Schaffung oder Bereitstellung der Infrastruktur für die Zwecke der Daseinsvorsorge, ist ebenfalls recht weit gefasst. Unter Schaffung ist insbesondere der Neubau von Infrastruktur zu verstehen, während Bereitstellung sich auf bestehende Objekte bezieht (z.B. Bereitstellung mittels Miete). Im Umkehrschluss sind Verträge, die lediglich die Sanierung/ Instandhaltung und die Bewirtschaftung von Infrastruktur zum Zwecke der Erhaltung betreffen, eher nicht umfasst. Fraglich ist, ob Schaffung auch die Planung der Infrastruktur miteinbezieht, also insbesondere die Objektplanung der Architekten oder Ingenieure nach §§ 33 ff. HOAI. Der Wortlaut des § 2 Abs. 10 HmbTG ist insoweit nicht eindeutig. Dafür, dass die Schaffung auch die Planungsleistungen mit einbezieht, spricht zum einen, dass sprachlich unter „schaffen“ auch das schöpferische Gestalten verstanden wird.<sup>22</sup> Zum anderen ist der Zweck des HmbTG nach § 1 Abs. 1 die Schaffung eines umfassenden Informationsrechtes zur Förderung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung. Bei der Schaffung von Infrastruktur ist es daher sinnvoll, wenn das Informationsrecht schon zu einem frühen Zeitpunkt gewährt wird, also schon zur Planung, und nicht erst, wenn konkret gebaut wird und die Einflussmöglichkeiten begrenzt sind. Um die Veröffentlichungspflicht nicht konturenlos werden zu lassen, ist es aber gleichwohl notwendig abzugrenzen, inwieweit der Bereich der Daseinsvorsorge im Einzelfall tatsächlich betroffen ist. So ist die Vertragskonstellation „Schaffung von Infrastruktur“ der eigentlichen Leistung der

<sup>21</sup> Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 1. Auflage 2011, S. 282.

<sup>22</sup> Vgl. Duden, [www.duden.de/rechtschreibung/schaffen](http://www.duden.de/rechtschreibung/schaffen), abgerufen am 16.01.2014.

Daseinsvorsorge gegenüber bereits eher vorgelagert. Verträge, die das Vorfeld der Schaffung der Infrastruktur betreffen, also noch weiter von der Daseinsvorsorgeleistung entfernt sind, dürften jedoch nicht mehr von der Definition des § 2 Abs. 10 HmbTG erfasst sein, z.B. Werbemaßnahmen im Zusammenhang mit der Schaffung von Infrastruktur, vorgelagerte Beschaffungsvorgänge oder die Kampfmittelräumung zum Zwecke der späteren Bebauung eines Grundstücks mit einem der Daseinsvorsorge dienenden Gebäude.

#### 2.1.4 Übertragung des Rechts an einer Sache

Unklar ist, was unter der vierten Vertragskonstellation, der Übertragung des Rechts an einer Sache zur „dauerhaften Einbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge“, zu verstehen ist. Die Einbringung ist ein Begriff aus dem Bereich des Steuerrechts, das in diesem Zusammenhang nicht einschlägig ist.<sup>23</sup> Offensichtlich handelt es sich um ein Redaktionsversehen, das dem Entstehungsprozess des HmbTG geschuldet ist. § 2 Abs. 10 HmbTG wurde in großem Umfang von § 6 a des Bremer Informationsfreiheitsgesetzes übernommen. In der amtlichen Sammlung heißt es dort ebenfalls „Einbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge“.<sup>24</sup> In der Beschlussdrucksache der Bremischen Bürgerschaft findet sich demgegenüber ein Begriff, der rechtlich Sinn ergibt. Dort heißt es „Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge“.<sup>25</sup> Dieser Redaktionsfehler im Bremischen Gesetz ist in das HmbTG übertragen worden. Richtigerweise behandelt die vierte Vertragskonstellation somit die Verträge, mit denen das Recht an einer Sache zur dauerhaften Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge übertragen wird (vgl. auch § 2 Abs. 4 Nr. 1 HmbTG).

Wie oben ausgeführt, umfasst diese Vertragskonstellation insbesondere (Teil-)Privatisierungen (s.o. 2.1.1). Allgemein erfasst werden wohl nicht nur Verfügungsgeschäfte, mit denen das Recht faktisch übertragen wird (vertragliche Übertragung von Eigentum, Besitz, eines Erbbaurechts oder einer Dienstbarkeit), sondern auch die zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfte, die wesentlich aussagekräftiger sind und die entscheidenden Informationen enthalten (z.B. Miet- und Pachtverträge). Im Übrigen sind Verfügungsgeschäfte ggf. nur mündlicher Natur, so dass eine Veröffentlichung nicht in Betracht käme.

Unter die Dienstbarkeiten fallen allgemein die Grunddienstbarkeiten und auch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten wie z.B. Wege- und Leitungsrechte. Erfasst sind Verträge, die

<sup>23</sup> § 20 Umwandlungssteuergesetz (UmwStG): Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft, bzw. § 24 UmwStG: Einbringung in eine Personengesellschaft.

<sup>24</sup> <http://bremen.beck.de>.

<sup>25</sup> Drs. der Bremischen Bürgerschaft, 17/1672, S. 1.

die dauerhafte Erbringung der Leistung der Daseinsvorsorge nach § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG durch den Vertragspartner ermöglichen sollen. Dauerhaft ist die Erbringung, wenn sie nicht nur vorübergehend, sondern auf einen längeren Zeitraum angelegt ist. Es ist fraglich, ob dieses Kriterium eine praktische Bedeutung hat, da die vertragliche Übertragung des Rechts an einer Sache regelmäßig für einen längeren Zeitraum erfolgen soll, z.B. für die Dauer des Konzessionsvertrages. Die Befristung eines Vertrages schließt die Dauerhaftigkeit jedoch nicht von vornherein aus, da die Befristung zum Beispiel bei Konzessionsverträgen<sup>26</sup> gesetzlich vorgesehen ist.

### **2.1.5 Abschließende Aufzählung**

Dieser Katalog der vier Vertragskonstellationen ist für den transparenzrechtlichen Anwendungsbereich als abschließend zu betrachten. Dafür spricht die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 10 HmbTG, wonach diese Vorschrift „im Interesse der Normenklarheit einem abschließenden Katalog derjenigen Aufgaben“ enthält, die dem Bereich der Daseinsvorsorge im Sinne dieses Gesetzes unterfallen. Zwar bezieht sich dieser Satz der Begründung dem Wortlaut nach zunächst nur auf § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG. Die vom Gesetzgeber gewollte Normenklarheit ist aber auch für die Vertragskonstellationen als notwendig zu erachten.

### **2.2 Bereiche der Daseinsvorsorge**

Neben dem Vorliegen einer Vertragskonstellation im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 1 HmbTG ist zusätzlich erforderlich, dass ein Aufgabenbereich nach Satz 2 einschlägig ist. Satz 2 enthält einen Katalog von Aufgabenbereichen der Daseinsvorsorge, der nach der Gesetzesbegründung (ebenfalls) abschließend sein soll. Andere Aufgaben, die von Rechtsprechung oder Literatur ebenfalls der Daseinsvorsorge zugerechnet werden, werden vom HmbTG nicht erfasst (z.B. Post- und Telekommunikationsdienste<sup>27</sup>, Friedhöfe<sup>28</sup>, aber auch Heime für alte und pflegebedürftige Menschen<sup>29</sup>). Nach § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG zählen zur Daseinsvorsorge lediglich die Verträge, die

- *die Wasserversorgung,*
- *die Abwasserentsorgung,*
- *die Abfallentsorgung,*

---

<sup>26</sup> Beispiel: Konzessionsvertrag mit Energieunternehmen über die Bereitstellung eines Netzes und die Nutzung, nach § 46 Abs. 2 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) Befristung auf maximal 20 Jahre Laufzeit.

<sup>27</sup> Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 98, Rn. 50.

<sup>28</sup> VGH Kassel, Urteil vom 18. 6. 2009 - 8 C 2265/08, NVwZ-RR 2009, 852.

<sup>29</sup> Rübner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 96 Rn. 7.

- die Energieversorgung,
- das Verkehrswesen und Beförderungswesen, insbesondere den öffentlichen Personennahverkehr,
- die Wohnungswirtschaft,
- die Bildungseinrichtungen und Kultureinrichtungen,
- die stationäre Krankenversorgung oder
- die Datenverarbeitung für hoheitliche Tätigkeiten

zum Gegenstand haben. Für eine sichere Rechtsanwendung des HmbTG bedürfen die einzelnen Begriffe einer Auslegung. Dabei wird versucht, auf eingeführte Begriffsverwendungen in anderen gesetzlichen Zusammenhängen zurückzugreifen. Aus diesem Grund sind die zuständigen Fachbehörden bei der Auslegung einbezogen worden. Die Darstellung kann aber letztlich nur Anhaltspunkte für die konkrete Prüfung in den Behörden enthalten.

### **2.2.1 Wasserversorgung**

Der Vorschrift des § 50 Abs. 1 des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (WHG) lässt sich entnehmen, dass die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung (öffentliche Wasserversorgung) eine Aufgabe der Daseinsvorsorge ist. Dabei geht es um die Versorgung mit Trinkwasser zur Befriedigung der menschlichen Grundbedürfnisse, während Maßnahmen zur Bereitstellung von Betriebswasser davon nicht erfasst werden. Eine Definition des Begriffs der Trinkwasserversorgung findet sich in der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB. Da keine Anhaltspunkte für ein abweichendes Begriffsverständnis im HmbTG bestehen, ist diese Definition auch für die Wasserversorgung im Sinne des HmbTG zugrunde zu legen. Die Trinkwasserversorgung ist demnach das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser sowie die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser. Der Staat hat dabei eine weitgehende Erfüllungsverantwortung. So regelt das Gesetz zur Sicherstellung der Wasserversorgung in öffentlicher Hand<sup>30</sup> in seinem einzigen Paragraphen: „Die öffentliche Wasserversorgung obliegt der Freien und Hansestadt Hamburg als staatliche Aufgabe. Wird die Aufgabe durch Dritte durchgeführt, sind deren Anteile vollständig im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg zu halten.“

Diese Aufgabe der Daseinsvorsorge erfasst insbesondere Verträge, mit denen eine Behörde die Aufgabe (öffentlich-rechtlich) auf einen Dritten überträgt, (zivilrechtliche) Betriebsführungs- oder Betreibermodelle sowie Konzessions- bzw. Gestattungsverträge (die

---

<sup>30</sup> HmbGVBl. 2006, S. 505

insbesondere die Grundlage für die Schaffung oder Bereitstellung von Infrastruktur beinhalten, da hiermit das Recht verbunden ist, den öffentlichen Weg für das Leitungsnetz zu nutzen).

### **2.2.2 Abwasserentsorgung**

Die Abwasserentsorgung ist ebenfalls im WHG geregelt. Nach § 54 Abs. 1 WHG ist Abwasser das durch häuslichen, gewerblichen, landwirtschaftlichen oder sonstigen Gebrauch in seinen Eigenschaften veränderte Wasser und das bei Trockenwetter damit zusammen abfließende Wasser (Schmutzwasser) sowie das von Niederschlägen aus dem Bereich von bebauten oder befestigten Flächen gesammelt abfließende Wasser (Niederschlagswasser). Als Schmutzwasser gelten auch die aus Anlagen zum Behandeln, Lagern und Ablagern von Abfällen austretenden und gesammelten Flüssigkeiten. Die Abwasserbeseitigung, was als Synonym für die Abwasserentsorgung verwendet wird, umfasst nach § 54 Abs. 2 WHG das Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser sowie das Entwässern von Klärschlamm in Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung. Zur Abwasserbeseitigung gehört nach § 54 Abs. 2 WHG auch die Beseitigung des in Kleinkläranlagen anfallenden Schlammes. Da keine Anhaltspunkte für ein abweichendes Begriffsverständnis im HmbTG bestehen, kann diese Definition auch für die Auslegung der Abwasserentsorgung im Sinne des HmbTG zugrunde gelegt werden.

Aus § 56 WHG ergibt sich, dass das „Abwasser von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu beseitigen ist, die nach Landesrecht dazu verpflichtet sind (Abwasserbeseitigungspflicht). Nach § 2 HmbAbwG ist die Aufgabe der Abwasserbeseitigung in Hamburg auf die Stadtentwässerung übertragen worden. Auch bei der Abwasserentsorgung dürften hinsichtlich der Veröffentlichungspflicht insbesondere Verträge betroffen sein, mit denen eine Behörde die Aufgabe (öffentlich-rechtlich) auf einen Dritten überträgt sowie (zivilrechtliche) Betriebsführungs- oder Betreibermodelle und Konzessions- bzw. Gestattungsverträge.

### **2.2.3 Abfallentsorgung**

Die Abfallentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge i.S.v. § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG umfasst alle Tätigkeiten zur Erfüllung der durch § 2 Abs. 1 Stadtreinigungsgesetz (SRG) i. V. m. § 20 Abs. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) definierten hoheitlichen Aufgaben der Abfallentsorgung durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Hierzu gehören die Sammlung und der Transport sowie die Vorbereitung zur Wiederverwendung, die Verwertung oder Beseitigung der im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg



angefallenen und dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassenen Haushaltsabfälle und Abfälle zur Beseitigung aus sonstigen Herkunftsbereichen sowie die Planung, die Errichtung und der Betrieb der für die Abfallentsorgung erforderlichen Einrichtungen. Da keine Anhaltspunkte für ein abweichendes Begriffsverständnis im HmbTG bestehen, ist diese Definition auch für die Auslegung des HmbTG zugrunde zu legen.

#### **2.2.4 Energieversorgung**

Die „Energie“-Versorgung erfasst klassischerweise die Versorgung der Allgemeinheit (Haushalte, Industrie, Gewerbe) mit Strom und Gas und beinhaltet im Einzelnen Erzeugung, Transport, Verteilung und Handel/Verkauf. Im weiteren Sinne gehört zur Energieversorgung die Versorgung mit Wärme. Der Bereich der Versorgung mit Strom und Gas, der für die Versorgung der Allgemeinheit elementar ist, ist durch diverse bundesgesetzliche Bestimmungen engmaschig geregelt.<sup>31</sup>

Der Schwerpunkt der staatlichen Aufgaben liegt heute in der verstärkten staatlichen Förderung der Verwendung erneuerbarer Energien bei der Erzeugung, der Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs, der Sicherung des zuverlässigen Betriebs der Netze als natürlicher Monopole durch eine enge Regulierung und der diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung von Verkehrswegen für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen.

#### **2.2.5 Verkehrswesen und Beförderungswesen, insbesondere der öffentliche Personennahverkehr**

Dem Verkehrs- und Beförderungswesen im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG unterfallen alle Arten des Personen- und Güterverkehrs auf Straßen, Schienen und Wasserstraßen sowie der Luftverkehr. Die Begriffe beziehen sich gleichermaßen auf die Erbringung von Verkehrsdiensten wie auf die Infrastruktur für den Individual- und den öffentlichen Verkehr. Es besteht ein öffentliches Interesse an einer gleichmäßig-flächendeckenden Versorgung mit Verkehrsnetzen und -dienstleistungen zu sozial verträglichen Bedingungen und Preisen. Die entsprechende Infrastruktur zu gewährleisten ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge.<sup>32</sup>

Verträge aus diesem Bereich der Daseinsvorsorge entsprechen nach Ansicht der für den Verkehrsbereich fachlich zuständigen BWVI wie folgt den Vertragskonstellationen des § 2 Abs. 10 S. 1 HmbTG:

---

<sup>31</sup> u.a. Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG): Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich; Energiewirtschaftsgesetz (EnWG): Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung; Energieeinsparungsgesetz (EnEG): Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden.

<sup>32</sup> Uerpmann-Witzack, Verkehr, in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 89, Rn. 1.

- Verträge, mit denen die Beteiligung an einem Unternehmen der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 1, 1. Alt. HmbTG übertragen wird, bilden im Verkehrsbereich gegenüber den anderen Bereichen der Daseinsvorsorge keine Besonderheiten. Soweit die Stadt an Unternehmen beteiligt ist, die im Bereich des Verkehrs- und Beförderungswesens Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, unterfallen vertragliche Veränderungen der Beteiligung der Veröffentlichungspflicht.
- Verträge, die Leistungen der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 1, 2. Alt. HmbTG zum Gegenstand haben, sind im Verkehrsbereich solche, die Regelungen über die Erbringung von öffentlichen Verkehrsdiensten, die Nutzung oder die Nutzungskonditionen der öffentlichen Verkehrseinrichtungen, etwa Verträge über öffentliche Dienstleistungsaufträge im Personenverkehr oder Tarife für die Benutzung des ÖPNV, zum Gegenstand haben.
- Verträge, die die Schaffung oder Bereitstellung von Infrastruktur für Zwecke der Daseinsvorsorge zum Inhalt haben (§ 2 Abs. 10 S. 1, 3. Alt. HmbTG), sind im Verkehrsbereich solche, die die rechtliche Grundlage für die Schaffung oder Bereitstellung der öffentlichen Infrastruktur darstellen. Dazu zählen beispielsweise Verträge, mit denen die Vertragspartner zum Bau und Betrieb öffentlicher Verkehrswege berechtigt oder verpflichtet werden, wie z.B. verkehrliche Erschließungs- und Wegebauverträge oder Bau- und Finanzierungsverträge, die bestimmte Maßnahmen zur Schaffung oder Bereitstellung der Infrastruktur für den öffentlichen Verkehr zum Gegenstand haben. Nicht unter die Veröffentlichungspflicht dürfte dagegen die Eigenversorgung der Stadt bzw. der durch die Stadt auf Grund der oben genannten Verträge beauftragten Partner mit Dienstleistungen Dritter, derer sich der jeweilige Auftraggeber statt eigenen Personals oder Materials bedient (reine Beschaffungen von Planungs- und Ausführungsleistungen), fallen.<sup>33</sup> Maßgeblich ist hierbei, dass die Aufgabenverantwortung gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern bei der Stadt selbst oder den von ihr Beauftragten verbleibt. Wird hingegen die Verantwortung für die Schaffung oder die Bereitstellung von Infrastruktur für Zwecke der Daseinsvorsorge vertraglich auf Dritte übertragen, handelt es sich bei dieser Übertragung um einen Vertrag zur Daseinsvorsorge im Sinne von § 2 Abs. 10 S. 1, 3. Alt. HmbTG.
- Verträge, mit denen das Recht an einer Sache zur dauerhaften Erbringung von Leistungen übertragen wird (§ 2 Abs. 10 S. 1, 4. Alt. HmbTG), sind auch im

<sup>33</sup> Der HmbBfDI hält eine weniger enge Auslegung für die Schaffung von Infrastruktur für geboten.

Verkehrsbereich insbesondere solche, mit denen Konzessionen vergeben werden (z.B. zur Nutzung öffentlicher Verkehrsinfrastruktur durch einen ausschließlich berechtigten Vertragspartner).

Aufgrund des Bürgerbezugs ist der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) in § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG besonders hervorgehoben. Nach § 1 S. 1 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (RegG)<sup>34</sup> ist die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Das RegG enthält in § 2 RegG eine Legaldefinition des ÖPNV: öffentlicher Personennahverkehr im Sinne des RegG ist die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen.

Besondere Fälle des Beförderungswesens im Sinne des HmbTG sind darüber hinaus der Krankentransport und die Notfallrettung.<sup>35</sup> Gegenstand des Krankentransportes nach § 3 Abs. 2 Hamburgisches Rettungsdienstgesetz (HmbRDG) ist es, „Patienten, die keine Notfallpatienten sind, sofern erforderlich, Hilfe zu leisten und sie unter fachgerechter Betreuung zu befördern“. Hierbei steht die Beförderungsleistung in einem speziell hergerichteten Fahrzeug im Vordergrund, während die medizinische Hilfe nur im Bedarfsfall zu leisten ist. Für die Aufnahme dieser Verträge in den Anwendungsbereich des HmbTG spricht auch eine systematische Auslegung von § 2 Abs. 10 Satz 2 HmbTG, der in seiner Aufzählung auch die „stationäre Krankenversorgung“ nennt und daher die Versorgung der Bevölkerung mit medizinischen Leistungen als Teil der Daseinsvorsorge ansieht. Bei der Notfallrettung steht zwar die medizinische Versorgung gegenüber der Transportleistung im Vordergrund (vgl. § 3 Abs. 1 HmbRDG), es handelt sich aber dennoch um eine Beförderungsleistung, die aufgrund ihrer dringlichen Durchführung besondere Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung hat. Die Notfallrettung ist ein Teil der staatlichen Grundversorgung der Bevölkerung zur Hilfe in Notfällen. Nach § 7 HmbRDG ist es ausdrücklich Aufgabe der zuständigen Behörde einen jederzeit erreichbaren öffentlichen Rettungsdienst einzurichten, zu betreiben und schnellstmögliche Hilfe zu gewähren.

### **2.2.6 Wohnungswirtschaft**

Der allgemeine Begriff der Wohnungswirtschaft als Teil des Wirtschaftslebens ist sehr weitgehend, insbesondere jenseits staatlicher Aufgaben. Die Wohnungswirtschaft als

---

<sup>34</sup> Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27. Dezember 1993.

<sup>35</sup> Aus dem Zuständigkeitsbereich der BIS.

Bestandteil der Daseinsvorsorge ist daher unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips etwas enger zu fassen. Unter den Begriff Wohnungswirtschaft als Aufgabe der Daseinsvorsorge fallen jedenfalls die Bereiche der Wohnraumförderung und der Wohnungsfürsorge. Im Rahmen der Wohnraumförderung werden Maßnahmen zur Unterstützung von Haushalten bei der Versorgung mit angemessenem Wohnraum gefördert (§ 1 Satz 1 HmbWoFG). Dies geschieht mittels des Einsatzes von Fördermitteln im Sinne des § 3 HmbWoFG. Im Schwerpunkt richten sich die Leistungen an diejenigen Haushalte, die sich am Markt nicht angemessen mit Wohnraum versorgen können (§ 2 Absatz 1 HmbWoFG). Im Rahmen der Wohnungsfürsorge werden benachteiligten Bürgern oder sozial schwachen Bevölkerungsgruppen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen, Unterkünfte zur Verfügung gestellt. Instrumente sind u. a. die Vergabe von Wohnberechtigungsscheinen, die Vermittlung von Sozialwohnungen oder die Obdachlosenunterbringung. Diese fachrechtliche Definition kann auf den Anwendungsbereich des HmbTG übertragen werden. Offen ist, ob ggf. weitere Konstellationen aus dem Bereich der Wohnungswirtschaft erfasst sind.<sup>36</sup>

### 2.2.7 Bildungseinrichtungen

Eine Legaldefinition für den Begriff Bildungseinrichtung gibt es nicht, auch wenn der Begriff regelmäßig in den Landesbildungsgesetzen (ob zur schulischen oder Hochschulbildung) verwendet wird. Aussagen zum Bildungsbegriff macht aber die Kultusministerkonferenz in ihrem aktuellen nationalen Dossier zum Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland 2011/2012 (erschienen 2013).<sup>37</sup> Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland gliedert sich demnach in

- den Elementarbereich
- den Primarbereich
- den Sekundarbereich
- den tertiären Bereich
- den Bereich der Weiterbildung

Als Elementarbereich bezeichnet man die frühkindliche Bildung in den Kindertageseinrichtungen. In § 1 Abs. 1 des Hamburger Kinderbetreuungsgesetzes (KibeG) heißt es: „Tageseinrichtungen dienen der Betreuung, Bildung und Erziehung von Kindern.“

---

<sup>36</sup> Nach Auffassung der für die Wohnungswirtschaft fachlich zuständigen BSU sind keine weiteren Bereiche der Wohnungswirtschaft als Daseinsvorsorge ersichtlich.

<sup>37</sup> Das Bildungswesen in der Bundesrepublik Deutschland 2011/2012, Darstellung der Kompetenzen, Strukturen und bildungspolitischen Entwicklungen für den Informationsaustausch in Europa, [www.kmk.org/dokumentation/das-bildungswesen-in-der-bundesrepublik-deutschland/dossier-deutsch/publikation-zum-download.html](http://www.kmk.org/dokumentation/das-bildungswesen-in-der-bundesrepublik-deutschland/dossier-deutsch/publikation-zum-download.html).

Zum Primarbereich gehören die Grundschulen, während der Sekundarbereich während der Sekundarbereich in der Freien und Hansestadt Hamburg alle allgemein- und berufsbildenden Bildungsgänge der Gymnasien, Stadtteilschulen, beruflichen Schulen und Sonderschulen sowie des Hansa Kollegs und das Studienkolleg umfasst. Der tertiäre Bildungsbereich umfasst die verschiedenen Hochschularten (Universitäten, Technische Hochschulen/Technische Universitäten, Pädagogische Hochschulen, Theologische Hochschulen, Kunst- und Musikhochschulen, Fachhochschulen) sowie Berufsakademien (Hamburgische Berufsakademie). Ein weiterer Bildungsbereich ist die allgemeine und berufliche Erwachsenenweiterbildung. Institutionen der Erwachsenenbildung sind z. B. die Volkshochschulen, Abendschulen (u.a. Gymnasien/Hansa Kolleg), aber auch die Landeszentrale für politische Bildung. Ebenso ist die staatliche Jugendmusikschule eine Bildungseinrichtung im Sinne des HmbTG.

Nicht als Bildungseinrichtung im Sinne der Daseinsvorsorge dürften die rein verwaltungsinternen Einrichtungen wie das Zentrum für Aus- und Fortbildung (ZAF), die Feuerwehrakademie und die Akademie der Polizei zu erfassen sein. Das ZAF dient als Verwaltungsschule und auch im Rahmen der Fortbildungsseminare ausschließlich der internen Verwaltung. Ein für die Daseinsvorsorge grundsätzlich notwendiger Bürgerbezug besteht nicht. Demgegenüber ist das von der BASFI organisierte „Sozialpädagogische Fortbildungszentrum (SPFZ)“ als Bildungseinrichtung im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG zu qualifizieren, da dort Fortbildungen für sozialpädagogische Fach- und Führungskräfte angeboten werden.

Ferner nicht unter den Begriff Bildungseinrichtungen fallen Einrichtungen, die lediglich einen indirekten Bildungsauftrag haben, wie Museen, Bibliotheken oder Dokumentationszentren. Ob ein Bildungsauftrag vorliegt, hängt ggf. auch vom Selbstverständnis der jeweiligen Einrichtungen ab. So kann auch eine Ausstellung von Kunstobjekten der Bildung dienen; eine solche Interpretation dürfte aber zu weitgehend sein, zumal auch die „Kultureinrichtungen“ unter einem anderen Begriff von § 2 Abs. 10 HmbTG erfasst werden. Keine Bildungseinrichtungen sind zudem Einrichtungen, die ausschließlich der Forschung dienen.

Diese fachliche Definition des Begriffs Bildungseinrichtungen kann für den Anwendungsbereich des HmbTG übernommen werden.

### **2.2.8 Kultureinrichtungen**

Als Kultureinrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 10 Satz 2 HmbTG dürften öffentliche Einrichtungen zu verstehen sein, die der Bewahrung, Vermittlung, Aufführung und Ausstellung künstlerischer, unterhaltender oder historischer Inhalte oder Werke dienen, soweit sie der Öffentlichkeit zugänglich sind (wie etwa Theater und Museen). Im Unterschied zu privaten Einrichtungen kann von Kultureinrichtungen als Bestandteil der Daseinsvorsorge insbesondere dann ausgegangen werden, wenn die Einrichtungen ganz überwiegend von der FHH im Rahmen der institutionellen Förderung dauerhaft finanziert werden.

### **2.2.9 Stationäre Krankenversorgung**

§ 2 Abs. 10 HmbTG bezieht sich nicht auf das gesamte Gesundheitswesen, sondern allein auf die „stationäre“ Krankenversorgung, die ausschließlich in Krankenhäusern stattfindet. Die ambulante Krankenversorgung ist dagegen nicht erfasst. Die Sicherstellung der stationären Krankenversorgung ist zwar eine Aufgabe der staatlichen Daseinsvorsorge. Nach Mitteilung der BGV schließt die FHH hierzu jedoch keine Verträge. Die stationäre Krankenversorgung erfolgt vielmehr durch Krankenhäuser, die nach § 108 SGB V zur Krankenhausbehandlung gesetzlich Versicherter zugelassen sind. Ein Weg der Zulassung ist die Aufnahme in den Krankenhausplan der FHH. Diese erfolgt jedoch nicht durch Vertrag, sondern durch Bescheid der zuständigen Behörde. Verträge zur stationären Krankenversorgung bestehen allein in Form von Pflegesatzvereinbarungen nach § 18 Krankenhausfinanzierungsgesetz zwischen den Krankenkassen bzw. ihren Verbänden und den Krankenhäusern, so dass keine nach dem HmbTG veröffentlichungspflichtige Stellen beteiligt sind.

Ein Vertrag im Bereich der stationären Krankenversorgung könnte grundsätzlich auch ein Vertrag sein, mit dem eine Behörde den psychiatrischen Maßregelvollzug nach den §§ 63, 64 StGB oder die Unterbringung psychisch Kranker nach dem Hamburgischen Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Erkrankungen (HmbPsychKG) auf einen privaten oder freigemeinnützigen Träger überträgt. Da die Daseinsvorsorge als öffentliche Leistungsverwaltung im Bereich der Grundversorgungsbedürfnisse definiert wird, ist aber eher fraglich, ob Beleihungsverträge nach dem Hamburgischen Maßregelvollzugsgesetz oder HmbPsychKG zur Daseinsvorsorge gehören. Denn diese Verträge übertragen nicht die Aufgabe der stationären Krankenversorgung, sondern die hoheitlichen Befugnisse für eine zwangsweise Unterbringung der Patientinnen und Patienten. Diese Verträge sind deshalb nicht der Leistungs-, sondern der Eingriffsverwaltung zuzuordnen.

### 2.2.10 Datenverarbeitung für hoheitliche Tätigkeiten

Der letzte genannte Aufgabenbereich in § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG, die „Datenverarbeitung für hoheitliche Tätigkeiten“, gehört nicht zu den klassischen Feldern der Daseinsvorsorge und ist von dem Bereich der staatlichen Wohlfahrtspflege<sup>38</sup> mit einem engen Bürgerbezug recht weit entfernt. In der Gesetzesbegründung zum Bremer Informationsfreiheitsgesetz, das die Datenverarbeitung in § 6a Abs. 2 BremIFG ebenfalls als Daseinsvorsorge erfasst und offensichtlich als Grundlage für die Vorschrift im HmbTG diene, heißt es zu der Aufnahme dieses Aufgabenbereiches lediglich, dass ein sehr weiter Begriff der Daseinsvorsorge gewählt worden sei und die Datenverarbeitung, die umfassend in der Verwaltung eingesetzt werde, hinzutrete.<sup>39</sup> Aufgrund der Nennung dieses Begriffs in § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG lässt sich darauf schließen, dass auch der Hamburgische Gesetzgeber insoweit einen weiten Begriff der Daseinsvorsorge gewählt hat, indem er die Datenverarbeitung mit eingeschlossen hat.

Mit der Aufnahme der Datenverarbeitung in den Katalog der Daseinsvorsorgebereiche ist jedoch nicht verbunden, dass damit jegliche Datenverarbeitung der Behörden nach § 2 Abs. 3 HmbTG als Daseinsvorsorge einzuordnen ist. Der Zusatz für „hoheitliche Tätigkeiten“ kann nicht bedeuten, dass damit die komplette Datenverarbeitung der Behörden erfasst sein soll. Diese Auslegung wäre zu weitgehend, da sie öffentliche Aufgaben erfassen würde, die in keinem Sachzusammenhang mit der Daseinsvorsorge stehen. Der Begriff „hoheitlich“ verdeutlicht vielmehr, dass die fiskalischen Tätigkeiten der Behörden im Sinne des § 3 Abs. 2 HmbTG nicht erfasst sind. Da es sich um Datenverarbeitung im Sinne der Daseinsvorsorge handelt, können zudem die Tätigkeiten der Eingriffsverwaltung nicht erfasst sein, sondern gemeint ist lediglich der klassische Bereich der Leistungsverwaltung.<sup>40</sup> Um die Datenverarbeitung mit dem staatsrechtlichen Begriff<sup>41</sup> der Daseinsvorsorge in Einklang zu bringen, ist es schließlich erforderlich, eine Verbindung zu den anderen Bereichen staatlicher Aufgaben in § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG herzustellen.

Datenverarbeitung bezeichnet allgemein den organisierten Umgang mit Datenmengen mit dem Ziel, Informationen über diese Datenmengen zu gewinnen oder diese Datenmengen zu verändern.<sup>42</sup> Im Hinblick auf personenbezogene Daten enthält § 4 Abs. 2 S. 1 HmbDSG eine

<sup>38</sup> Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 96 Rn. 3; Ronellenfitch, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, in: Blümel (Hg.), Ernst Forstthoff, 2003, S. 53 ff.

<sup>39</sup> Drs. der Bremischen Bürgerschaft, 17/1672, S. 3.

<sup>40</sup> So zum Verständnis des Begriffs der Daseinsvorsorge, OVG Lüneburg, Urteil vom 21. März 2013 – 7 LB 173/11 –, juris.

<sup>41</sup> Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 96 Rn. 10.

<sup>42</sup> Definition aus Wikipedia, Abruf am 26.08.2013.

Legaldefinition, wonach Datenverarbeitung das Erheben, Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren, Löschen und Nutzen personenbezogener Daten ist. Von dem Aufgabenbereich erfasst werden nach dem oben Genannten solche Datenverarbeitungsvorgänge, die der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG dienen, auch wenn sie nicht selbst die Daseinsvorsorgeleistung darstellen. Datenverarbeitung im Sinne des HmbTG liegt vor, wenn der jeweilige Vertrag zumindest mit die Voraussetzungen für die Leistung von Daseinsvorsorge i.S. der Bereiche des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG durch Datenverarbeitung schafft oder die Datenverarbeitung die Daseinsvorsorge selbst darstellt. Diese Definition des Tatbestandmerkmals der Datenverarbeitung verwischt zwar zum Teil die Grenze zwischen den Fallkonstellationen Schaffung von Infrastruktur und Leistungen der Daseinsvorsorge, dies wird aber dem Umstand gerecht, dass es der Datenverarbeitung immanent ist, dass sie nur sehr selten selbst die Daseinsvorsorgeleistung als solche darstellt, sondern praktisch fast immer die Schaffung von Infrastruktur beinhaltet und damit ein Sonderfall ist.

Die Schaffung und Bereitstellung von Infrastruktur (vgl. § 2 Abs. 10 S. 1 3. Alt HmbTG) bedeutet für den Bereich der Dateiverarbeitung die Anschaffung von Hard- und Software sowie die Beauftragung zu Erstellung von Software, sofern diese vornehmlich der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG dienen. Keine Schaffung von Infrastruktur ist hingegen die Pflege der Software im laufenden Betrieb.

#### **2.4 Zwischenergebnis**

Ein Vertrag der Daseinsvorsorge, der nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG im Informationsregister veröffentlicht werden muss, liegt somit vor, wenn einer der in § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG erfassten Bereiche öffentlicher Aufgaben betroffen ist und zugleich eine der in § 2 Abs. 10 S. 1 HmbTG erfassten Vertragskonstellationen einschlägig ist. Andere Vertragskonstellationen und Verträge aus anderen Aufgabenbereichen der Verwaltung unterliegen nicht der Veröffentlichungspflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG. Eine Veröffentlichung kann aber gleichwohl unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG geboten sein.

### **3 Verträge nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG**

Neben den Verträgen zur Daseinsvorsorge **sollen** nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG auch alle weiteren Verträge veröffentlicht werden, an deren Veröffentlichung ein öffentliches Interesse besteht, soweit dadurch nicht wirtschaftliche Interessen der FHH erheblich beeinträchtigt werden. Im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 HmbTG ist die Veröffentlichung der in Abs. 2 genannten Gegenstände somit nicht in gleicher Weise zwingend. Durch die Formulierung



„sollen“ wird aber deutlich, dass die Verwaltung auch diesbezüglich in der Regel zur Veröffentlichung verpflichtet ist und nur in Ausnahmefällen, in atypischen Fällen<sup>43</sup>, davon absehen kann.

### 3.1 Öffentliches Interesse

Das Merkmal „öffentliches Interesse“ ist als unbestimmter Rechtsbegriff zu qualifizieren. Nach der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG soll durch diese Norm ermöglicht werden, Verträge zu veröffentlichen, an denen ein „allgemeines öffentliches Interesse“ besteht.<sup>44</sup> Gedacht sei zum Beispiel an große Infrastruktur- und Bauvorhaben, sofern diese nicht ohnehin unter die Verträge der Daseinsvorsorge fallen.<sup>45</sup> Das Merkmal „öffentliches Interesse“ wird neben den Verträgen nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG auch für die Veröffentlichung der vergleichbaren Informationen im Sinne des § 3 Abs. 2 am Ende verlangt. In der Gesetzesbegründung zu dieser „Öffnungsklausel“ werden einige Anhaltspunkte benannt, durch die sich ein öffentliches Interesse zu einem bestimmten Informationstypus manifestieren kann. Ein abschließender Katalog zur Identifizierung des Vorliegens des öffentlichen Interesses kann jedoch weder dem Gesetzestext noch der Begründung entnommen werden. Vielmehr ist auf die einzelne Information abzustellen. Aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG, die von dem „allgemeinen öffentlichen Interesse“ spricht, wird deutlich; dass ein Individualinteresse für die Veröffentlichung nicht ausreicht, sondern es eine Bedeutung über den Einzelfall hinaus geben muss. Nicht ausreichend ist, dass der betreffende Vorgang aus Steuermitteln finanziert worden ist. Denn da die öffentliche Hand immer mit Mitteln der Allgemeinheit agiert, würde das Merkmal des öffentlichen Interesses sonst seine begrenzende Wirkung weitgehend verlieren.

Anhand der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 HmbTG ergeben sich somit folgende Kriterien, die wie folgt bewertet werden können:

Kriterium in der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 (Öffnungsklausel)	Bewertung
Große Infrastruktur- oder Bauvorhaben	Sofern diese Vorhaben nicht als Schaffung von Infrastruktur ohnehin unter die Verträge der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 HmbTG fallen, dürfte

<sup>43</sup> Vgl. Maurer, § 7 Rn. 11.

<sup>44</sup> Bü-Drs. 20/4466, S. 15.

<sup>45</sup> Die Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG nennt als Beispiel für große Infrastruktur- und öffentliche Bauvorhaben die Elbphilharmonie. Da es sich bei der Elbphilharmonie um eine Kultureinrichtung im Sinne des § 2 Abs. 10 S. 2 HmbTG handelt, sind die entsprechenden Verträge solche der Daseinsvorsorge im Sinne des § 2 Abs. 10 und somit nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG zu veröffentlichen.

	„groß“ insbesondere für Projekte mit einem hohen Auftragswert gelten. In der Gesetzesbegründung wird die Elbphilharmonie als Beispiel genannt, so dass als Maßstab für einen hohen Auftragswert ein höherer Millionenbetrag angesehen werden kann. <sup>46</sup>
Vermehrte Anträge auf Informationszugang zu einem Vertrag	Da ein Individualinteresse nicht ausreicht, müsste es Anträge von mehreren Personen geben. <sup>47</sup>
Medienberichterstattung	Die Berichterstattung muss sich auf den Vertrag bzw. den Vertragsabschluss beziehen. Eine überregionale Berichterstattung deutet auf ein öffentliches Interesse hin; bei einer einzelnen, rein lokalen Berichterstattung braucht es eine Abwägung im Einzelfall.
Unterschriftensammlungen	Der Begriff ist sehr unpräzise. Ein formales Quorum, wie etwa im Bereich von Bürgerbegehren <sup>48</sup> vorgesehen, ist jedenfalls nicht erforderlich. Es muss deutlich werden, dass es um ein allgemeines Interesse geht und nicht nur ein Privatinteresse weniger. <sup>49</sup>
Petitionen an die Bürgerschaft	Da ein Individualinteresse nicht ausreicht, müsste es Petitionen von mehreren Personen geben. Bei Volkspetitionen nach Art. 29 HVerf ist davon auf jeden Fall auszugehen (mind. 10.000 Unterstützer).

<sup>46</sup> Mangels konkreter Vorgaben im Gesetzestext und der Gesetzesbegründung ist es nicht möglich, starre Wertgrenzen anzugeben. Aufgrund der Heterogenität der Verwaltungsbereiche, in denen hohe Vertragswerte auch standardmäßig vorkommen können, ist eine Einzelfallbetrachtung unabdingbar.

<sup>47</sup> Auch hinsichtlich der Anträge kann es keine starren Grenzen geben. Vielmehr steht im Vordergrund, dass es nicht nur um ein reines Partikularinteresse geht.

<sup>48</sup> § 32 Bezirksverwaltungsgesetz (BezVG).

<sup>49</sup> Im Einzelfall ist daher zu prüfen, ob sich aus der Zusammensetzung der Unterzeichner ein allgemeines Interesse ergibt oder ob sie alle einer homogenen Gruppe angehören (z.B. einem Verein), die nur kollektiv ein Partikularinteresse vertritt, nicht aber die Allgemeinheit repräsentiert. Eine Festlegung auf eine Mindestanzahl von Unterzeichnern ist mangels Angaben nicht möglich (vgl. FN 45).

Weder das HmbTG selbst noch die Gesetzesbegründung enthalten zu den genannten Kriterien irgendwelche Mengenvorgaben. Diese Kriterien sind daher als Anhaltspunkte zu verstehen. Eine – auch nur ansatzweise verbindliche - Festlegung von präzisen Zahlenangaben für diese Kriterien ist mit der notwendigen Einzelfallbetrachtung aufgrund der Heterogenität der staatlichen Informationen nicht vereinbar und kann daher nicht Gegenstand dieses Vermerks sein.

Neben den in der Gesetzesbegründung genannten Kriterien dürften auch folgende Anhaltspunkte relevant sein, die ebenfalls ein öffentliches Interesse vermuten lassen:

- Beteiligung der Bürgerschaft an einem Vorgang, sowohl im Rahmen der parlamentarischen Kontrollrechte (Anfragen, Untersuchungsausschuss, Aktenvorlage), also auch bei der direkten Beteiligung der Bürgerschaft, z.B. im Rahmen von Mitteilungen oder notwendigen Abstimmungen,
- politische Aktivitäten außerhalb der Bürgerschaft, z.B. Demonstrationen mit vielen Teilnehmern, sowie
- ein (sehr) hoher Gegenstandswert. Wann ein hinreichend hoher Gegenstandswert vorliegt, kann aufgrund der Heterogenität der Verwaltung nicht pauschal festgestellt werden, sondern ist notwendigerweise Gegenstand einer Einzelfallprüfung. Ein Anhaltspunkt ist dann gegeben, wenn der Vertrag von üblichen Vertragswerten des Fachbereiches abweicht.

### **3.2 Keine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftliche Interessen**

Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG erfordert als weitere Voraussetzung zur Veröffentlichung eine Negativprüfung: die wirtschaftlichen Interessen der FHH dürfen nicht erheblich beeinträchtigt sein.

Nach dem alten § 8 Nr. 4 HmbIFG war ein Antrag auf Information abzulehnen, soweit und solange das Bekanntwerden der Informationen geeignet wäre, fiskalische Interessen der FHH im Wirtschaftsverkehr zu beeinträchtigen. Nunmehr wird auf die wirtschaftlichen Interessen der FHH abgestellt. Allerdings sind die fiskalischen Interessen im Wirtschaftsverkehr von den wirtschaftlichen Interessen umfasst, so dass die Änderung des Wortlauts keine Einengung gegenüber der früheren Rechtslage bewirkt.

Nach der zu § 8 Nr. 4 HmbIFG ergangenen Rechtsprechung galt der Schutz der fiskalischen Interessen nicht nur für die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung, sondern auch

für Bedarfsdeckungsgeschäfte.<sup>50</sup> Nach der Gesetzesbegründung zu der vergleichbaren Vorschrift des § 3 Abs. 6 Alt. 1 IFG Bund ist das fiskalische Interesse dadurch gekennzeichnet, dass der Staat wie ein Dritter als Marktteilnehmer am Wirtschaftsleben teilnimmt und seine wirtschaftlichen Informationen ebenso schutzwürdig wie die Privater sind.<sup>51</sup> Da sich Käufer und Verkäufer auf der Ebene der Gleichordnung gegenüberstünden, sei eine Pflicht zur Offenbarung von Informationen nicht gerechtfertigt.<sup>52</sup> Nach der Gesetzesbegründung zu § 8 Nr. 4 HmbIFG stellte diese Vorschrift eine Entsprechung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen Privater dar, da auch der Staat über Geschäftsgeheimnisse oder geistiges Eigentum verfüge, das vor der Ausforschung durch Mitbewerber geschützt werden müsse.<sup>53</sup> Aufgrund der gleichgelagerten Regelung des § 8 Nr. 4 HmbIFG lassen sich die Aussagen der Rechtsprechung auch auf die neue Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG übertragen.

Fraglich ist, wie konkret eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen sein muss. Nach der alten Rechtslage war Voraussetzung für das Eingreifen des Ablehnungsgrundes nach § 8 Nr. 4 HmbIFG nicht die Beeinträchtigung fiskalischer Interessen durch die Bekanntgabe der Informationen, sondern lediglich deren Eignung zur Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen, die hinreichend dargelegt werden musste. In der Regelung im HmbTG wird nicht mehr auf eine mögliche Beeinträchtigung abgestellt, sondern auf eine konkrete Beeinträchtigung. Die bloße Möglichkeit reicht demnach nicht mehr aus, sondern die Gefahr einer Beeinträchtigung muss sich schon manifestieren. Auch diese Gefahr muss nunmehr hinreichend dokumentiert sein und dargelegt werden.

Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG verlangt zudem eine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen. Dies stellt ebenfalls eine Steigerung gegenüber der Rechtslage nach dem HmbIFG dar. Da sich weder aus dem Gesetztext noch aus der Gesetzesbegründung ergibt, nach welchen Kriterien die Erheblichkeit festzustellen ist, kann nur allgemein festgehalten werden, dass nicht jegliche Beeinträchtigung erfasst ist, sondern zumindest ein gewisser Umfang erreicht sein muss. Letztlich wird dies eine Frage des Einzelfalls sein.

Fraglich ist, ob die wirtschaftlichen Interessen der FHH nicht auch bei der Veröffentlichung der Verträge der Daseinsvorsorge zu beachten sind. Da § 3 Abs. 1 HmbTG bis auf die allgemeinen Ausnahmeregelungen der §§ 4 – 7 und 9 HmbTG keine Einschränkungen des

---

<sup>50</sup> VG Hamburg, Urteil vom 24.01.2012, 11 K 1996/10.

<sup>51</sup> BT-Drs. 15/4493, S. 11.

<sup>52</sup> BT-Drs. 15/4493, S. 11.

<sup>53</sup> Bü-Drs. 19/1283, S. 12.

Tatbestandes enthält und zudem nach der Rechtsprechung<sup>54</sup> und nach der Gesetzesbegründung<sup>55</sup> zum IFG des Bundes Ausnahmeregelungen restriktiv anzuwenden sind, lässt das HmbTG keinen Raum für die Ausweitung des negativen Tatbestandsmerkmals.

### **3.3 Weitere Einschränkungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1**

Vor dem Hintergrund, dass die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG als Sollregelung konstruiert ist, ist fraglich, ob überhaupt noch Raum für Ausnahmen von der Veröffentlichungspflicht bleibt, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt und wirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen. Aufgrund des intendierten Ermessens der Vorschrift bedarf es einer einzelfallbezogenen Begründung zur Annahme einer Ausnahme. Eine solche Ausnahme könnte z.B. gegeben sein, wenn der Vertragspartner auf völliges Stillschweigen besteht (z.B. bei Schenkungen an die FHH).

## **4 Spezielle Vorschriften des HmbTG zu den Verträgen**

Das HmbTG enthält einige Vorschriften, die die Veröffentlichung von Verträgen im Speziellen regeln. Diese Vorschriften gelten für die Verträge der Daseinsvorsorge und die weiteren Verträge gleichermaßen.

### **4.1 Transparenzrechtliche Bagatellgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG**

§ 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG enthält eine Einschränkung der Veröffentlichungspflicht für beide Arten der veröffentlichungspflichtigen Verträge. Von der Veröffentlichungspflicht sind demnach Verträge ausgenommen, deren Gegenstandswert 100.000 € unterschreitet, wenn zwischen den Vertragspartnern im Laufe der vergangenen zwölf Monate Verträge über weniger als insgesamt 100.000 € abgeschlossen worden sind. Diese Vorschrift ist ihrerseits wiederum auslegungsbedürftig.

#### **4.1.1 Umsatzsteuer**

Das HmbTG sowie die Gesetzesbegründung enthalten keine Anhaltspunkte dafür, ob bei der Berechnung des Gegenstandswertes auf den Brutto- oder Nettobetrag abzustellen ist, ob also ggf. zu entrichtende Umsatzsteuer berücksichtigt werden muss oder nicht. Die als juristische Personen des Privatrechts aufgestellten städtischen Unternehmen sind grundsätzlich vorsteuerabzugsberechtigt nach § 15 UStG, so dass für sie im Geschäftsverkehr grundsätzlich die Nettobeträge relevant sind. Für die FHH als Körperschaft

<sup>54</sup> U.a. BVerwG, NVwZ 2011, 235; VG Frankfurt, NVwZ 2008, 1384.

<sup>55</sup> vgl. BT-Dr 15/4493, S. 9.

des öffentlichen Rechts gilt § 15 UStG hingegen nicht. Für die FHH und die Unternehmen sollte hinsichtlich der Vertragswerte dennoch eine einheitliche Handhabung sichergestellt werden. Daher bietet sich für die Berechnung der transparenzrechtlichen Bagatellgrenze ein Rückgriff auf die Praxis bei der Ermittlung der vergaberechtlichen Schwellenwerte an. Entsprechend der Vorgabe in Art. 7 Satz 1 der Richtlinie 2004/18/EG bestimmt § 1 Vergabeverordnung (VgV), dass es sich bei den in § 2 VgV geregelten Schwellenwerten jeweils um Beträge ohne Umsatzsteuer, also um Nettobeträge handelt. Für das Informationsregister sollte daher auch auf die **Nettobeträge** zurückgegriffen werden.

#### 4.1.2 Ermittlung des Gegenstandswerts

Fraglich ist, wie der Gegenstandswert eines Vertrages allgemein ermittelt werden kann. Bei (einmaligen) Austauschverträgen ist dies unproblematisch der Wert der Gegenleistung. Bei anderen Vertragskonstellationen ist die Ermittlung jedoch schwieriger.

Eine in der Beschaffung der Verwaltung durchaus häufig vorkommende Vertragsart sind die so genannten Rahmenverträge. Die FHH schließt für Gegenstände und Leistungen, die viele oder alle Bereiche der Verwaltung verbrauchen oder in Anspruch nehmen, entsprechende Rahmenverträge für die maximale Dauer von vier Jahren ab, aus denen die Verwaltungseinheiten dann jeweils Einzelleistungen abrufen können. Rahmenverträge dürften grundsätzlich schon dann in das Informationsregister aufgenommen werden, wenn der vereinbarte Rahmen ein Erreichen bzw. eine Überschreitung der Bagatellgrenze in Höhe von 100.000 € ermöglicht, da der Gegenstandswert bereits bei Vertragsabschluss die transparenzrechtliche Bagatellgrenze überschreitet.

Wenn die FHH bzw. die Behörden nach § 2 Abs. 3 HmbTG Gesellschaftsverträge abschließen, dürfte grundsätzlich auf das Stamm- bzw. Grundkapital abzustellen sein (sofern vorhanden), wenn sich nicht aus dem Vertrag selbst ein anderer und insbesondere höherer Gegenstandswert ermitteln lässt.

Bei der Ermittlung des Gegenstandswertes für Dauerschuldverhältnissen ohne feste Laufzeit ist mit Blick auf die transparenzrechtliche Bagatellgrenze zu bestimmen, welcher Zeitraum für den transparenzrechtlichen Gegenstandswert zugrunde zu legen ist. Das HmbTG selbst enthält diesbezüglich keine unmittelbaren Vorgaben. Das Problem, dass das Gesamtvolumen eines Vertrages nicht feststeht, besteht auch in anderen rechtlichen Konstellationen, z.B. im Rahmen von Gerichtsverfahren in Mietsachen. In diversen Rechtsvorschriften wird zur Ermittlung eines greifbaren Wertes häufig auf einen Zwölfmonatszeitraum abgestellt (vgl. § 3 Abs. 3 Vergabeverordnung (VgV); § 41 Abs. 1

GKG). Auch für die Berechnung des transparenzrechtlichen Gegenstandswertes erscheint es sinnvoll, auf einen Zeitraum von zwölf Monaten abzustellen. Für diesen Berechnungszeitraum spricht zudem § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG, der für die einzurechnenden Verträge ebenfalls einen Zeitraum von zwölf Monaten zugrunde legt. Die transparenzrechtliche Bagatellgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG wird somit bei Dauerschuldverhältnissen ohne feste Laufzeit erreicht, wenn die Leistungen des Vertrages in einem Zeitraum von zwölf Monaten den Betrag von 100.000 € überschreiten.

Die transparenzrechtliche Bagatellgrenze dürfte allerdings von vornherein nur auf solche Verträge anwendbar sein, bei denen der Austausch von vermögensrechtlich messbaren Leistungen den Schwerpunkt darstellt. Für Verträge, die eher einen politischen Charakter haben und bei denen der Gegenstandswert nicht beziffert werden kann bzw. vermögensrelevante Fragen gar nicht oder nur am Rande geregelt werden, gilt die transparenzrechtliche Bagatellgrenze dagegen nicht. Dies kann beispielsweise bei Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen der Fall sein, aber auch bei städtebaulichen Verträgen. Der Sinn und Zweck der Bagatellgrenze, „weniger wichtige“ Verträge von der Veröffentlichungspflicht auszunehmen, trägt hier eher nicht, zumal das öffentliche Interesse bei diesen Verträgen unabhängig von einem hohen oder niedrigen Gegenstandswert bestehen dürfte. Derartige Verträge sind daher – sofern sie die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 4 oder § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG erfüllen – immer zu veröffentlichen.

#### **4.1.3 Einbeziehung älterer Verträge**

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG ist ein Vertrag von der Veröffentlichungspflicht ausgenommen, wenn der Gegenstandswert weniger als 100.000 € beträgt und wenn in den vergangenen zwölf Monaten Verträge über weniger als 100.000 € geschlossen wurden. Die Bagatellgrenze greift also dann nicht mehr, wenn die transparenzrechtliche Bagatellgrenze von 100.000 € durch die Summe der Gegenstandswerte der älteren und des neuen Vertrages überschritten wird. Die Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG dürfte so zu verstehen sein, dass der Betrag von 100.000 € **inklusive des „neuen“ Vertrages** erreicht werden muss. Der Gesetzestext beschreibt den Bemessungszeitraum nicht als Kalenderjahr, sondern nennt ausdrücklich den Zwölfmonatszeitraum. Bei der Prüfung, ob die Bagatellgrenze erreicht worden ist, ist die Rückschau von dem Zeitpunkt an entscheidend, in dem (durch die Summe mehrerer Verträge) die Wertgrenze von 100.000 € überschritten wird. Es muss also bei Vertragsschluss zwölf Monate zurückgerechnet werden.

Die Vorschrift enthält keine Einschränkungen hinsichtlich der Art der Verträge, die zusammengezählt werden müssen. Der Wortlaut schränkt die Verträge insbesondere nicht

auf nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 oder Abs. 2 Nr. 1 HmbTG zu veröffentlichende Verträge ein, sondern stellt lediglich auf denselben Vertragspartner ab. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass bei der Prüfung, ob die Bagatellgrenze erreicht wird, **sämtliche Verträge** der jeweiligen Behörde mit einem Vertragspartner zusammengezählt werden müssen. Auch eine Aufteilung nach identischen oder ähnlichen Vertragsgegenständen, die sehr fehleranfällig sein könnte, hat nicht zu erfolgen.

Bei der Berechnung der Bagatellgrenze sind nicht nur die Verträge zu berücksichtigen, in denen die transparenzrechtlichen Behörden Leistungsempfänger sind, sondern auch die umgekehrten Fälle. So müssen beispielsweise Grundstücksankäufe ebenso wie Grundstücksverkäufe an denselben Vertragspartner einbezogen werden.

Wenn die Bagatellgrenze durch die Addition der Vertragswerte überschritten wird, ist der neue Vertrag zu veröffentlichen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift bleibt offen, ob zu diesem Zeitpunkt auch die älteren Verträge „nachträglich“ veröffentlicht werden müssen, die bisher aufgrund des Unterschreitens der 100.000 € - Grenze nicht im Informationsregister veröffentlicht worden waren. Die Auslegung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG spricht jedoch eindeutig für die Verpflichtung, **auch die älteren Verträge** unverzüglich (vgl. § 10 Abs. 1 HmbTG) zu veröffentlichen, soweit sie ihrerseits unter § 3 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1 HmbTG fallen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG soll diese Regelung verhindern, dass Verträge mit einem Gegenstandswert von 100.000 € willkürlich in Teilvereinbarungen, die jeweils unter diesem Wert liegen, gestückelt und damit der Veröffentlichungspflicht entzogen werden.<sup>56</sup> Auch das Ziel eines umfassenden Informationsrechts (§ 1 Abs. 1 HmbTG) wäre eingeschränkt, wenn nur der jeweils letzte Vertrag veröffentlicht werden müsste. Dies zeigt sich insbesondere bei folgenden Beispielen:

- eine Behörde schließt in einer Woche einen Vertrag der Daseinsvorsorge mit einem Gegenstandswert von 99.000 € mit einem Vertragspartner, mit dem in den zwölf Monate davor keine weiteren Verträge abgeschlossen worden waren. Dieser Vertrag bleibt unter der transparenzrechtlichen Bagatellgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG und müsste nicht veröffentlicht werden. Wenn kurze Zeit später ein neuer Vertrag der Daseinsvorsorge mit einem Wert von 1.000 € abgeschlossen wird, wird die Bagatellgrenze überschritten und der neue Vertrag, muss veröffentlicht werden.
- eine Behörde schließt monatlich einen Vertrag mit einem Vertragsgegenstand von 9.000 €, der nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG wegen des öffentlichen Interesses eigentlich zu veröffentlichen wäre, jedoch unterhalb der Bagatellgrenze liegt. Der

---

<sup>56</sup> Bü-Drs. 20/4466, S. 20.



zwölfte Vertrag führt nun zu einem Überschreiten der Bagatellgrenze, so dass der zwölfte veröffentlicht werden muss. .

In beiden Fällen würde eine Beschränkung auf den neuesten Vertrag wenig sinnvoll sein und eine Einschränkung der Informationsrechte bedeuten. Gegen eine einschränkende Auslegung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG auf die Veröffentlichung des jeweils letzten Vertrages spricht auch die Rechtsprechung zum IFG, die nur eine enge Auslegung der die Informationspflichten eingrenzenden Ausnahmegesetze für zulässig erachtet.<sup>57</sup> Wenn die Bagatellgrenze durch einen neuen Vertrag überschritten wird, müssen somit sämtliche veröffentlichungspflichtigen Verträge aus den vergangenen zwölf Monaten veröffentlicht werden.

#### 4.1.4 Vertragspartner im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG

Aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG lässt sich allerdings nicht entnehmen, wer als Vertragspartner bei den Verträgen angesehen wird. Vertragspartner ist kein feststehender Rechtsbegriff, insbesondere findet er sich nicht im BGB. Die für den Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung wird von den jeweils bevollmächtigten Vertretern der Behörden für die jeweilige Verwaltungseinheit abgegeben. Dabei ist zu beachten, dass die Freie und Hansestadt Hamburg als Gebietskörperschaft nur eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 HVerf).<sup>58</sup> Die jeweiligen Fachbehörden, aber auch die diesen zugeordneten Landesbetriebe nach der Landeshaushaltsordnung wie auch die Bezirksamter, vertreten bei den Vertragsschlüssen jeweils die FHH.<sup>59</sup> Anders ist es bei den nach § 2 Abs. 3 HmbTG ebenfalls dem HmbTG unterfallenden natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts. Diese sind jeweils rechtlich selbständig.

Auch wenn damit ein Vertrag regelmäßig mit der FHH zustande kommt, bedeutet dies nicht, dass die FHH als Gebietskörperschaft stets als Vertragspartner im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG zu verstehen ist. Vielmehr dürfte im Sinne eines transparenzspezifischen Vertragspartnerbegriffs jeweils auf den **konkreten Vertragspartner** abzustellen sein, also die im Vertrag konkret benannte Fachbehörde (§ 4 VerwBehG), das Senatsamt (§1 VerwBehG), der Landesbetrieb (§ 106 Abs. 1 LHO), das Bezirksamt (§ 2 BezVG) oder weitere selbständige (Verwaltungs-) Einheiten der FHH.<sup>60</sup> Diese Einrichtungen sind landesgesetzlich verankert und verfügen dadurch über eine gewisse Eigenständigkeit.

<sup>57</sup> Vgl. zu § 10 IFG des Bundes, VG Hamburg: Urteil vom 24.11.2008 - 15 K 4014/07.

<sup>58</sup> In der FHH werden staatliche und gemeindliche Tätigkeit nicht getrennt. Insbesondere sind die Bezirke keine eigenständigen kommunalen Gebietskörperschaften.

<sup>59</sup> Wenn beispielsweise die Behörde für Justiz und Gleichstellung einen Vertrag schließt, dann tut sie dies in Vertretung für die Gebietskörperschaft FHH.

<sup>60</sup> z.B. der HmbBfDI, der Rechnungshof oder Sondervermögen (§ 106 Abs. 2 LHO).

Dieser transparenzspezifische Vertragspartnerbegriff ergibt sich aus einer Gesamtschau der auf die Verträge bezogenen Vorschriften im HmbTG. So ist in § 2 Abs. 10 S. 1 HmbTG ein Vertrag der Daseinsvorsorge ein Vertrag „den eine Behörde abschließt“. Und auch in § 10 Abs. 2 HmbTG wird auf die Behörde abgestellt, die zurücktreten kann, während § 17 Abs. 2 HmbTG sogar die „vertragsschließende Behörde“ ausdrücklich benennt.

Sinn der Bagatellgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG ist es, **willkürliche** Stückelungen zur Umgehung der Veröffentlichungspflicht zu vermeiden. Wenn jedoch völlig verschiedene Verwaltungseinheiten zufällig einen Vertrag beim selben externen Vertragspartner abschließen, ist eine willkürliche Stückelung fernliegend. Daher sollte für die Bestimmung des Vertragspartners die Definition des transparenzrechtlichen Behördenbegriffs in § 2 Abs. 3 HmbTG herangezogen werden.

Für diese Auslegung des Begriffs Vertragspartner spricht auch, dass eine Zusammenfassung sämtlicher Verträge, die die FHH schließt, erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten begegnen würde und kaum praktikabel wäre. Sofern nämlich die FHH im Sinne des HmbTG als Vertragspartner bei sämtlichen Verträgen angesehen würde, müssten die Vertragswerte sämtlicher Verträge mit einem externen Vertragspartner zusammengerechnet werden. Es gibt jedoch keinerlei zentrale Erfassung sämtlicher Verträge. Um eine Zusammenrechnung zu ermöglichen, müsste ein zentrales Vertragsregister für sämtliche Verwaltungsstellen der FHH geschaffen werden, in das sämtliche Verträge eingetragen würden. Derzeit werden selbst Verträge in den einzelnen Fachbehörden nicht durchgehend zentral erfasst. Die Schaffung eines zentralen Vertragsregisters würde einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Mehraufwand verursachen, der im Rahmen des HmbTG und der ressourcenschonenden Umsetzung des Gesetzes<sup>61</sup> widersprechen würde.

#### **4.2 Veröffentlichungs- und Rücktrittsklausel, § 10 Abs. 2 HmbTG**

Eine besondere Vorschrift, die sich ausschließlich auf die Veröffentlichung von Verträgen bezieht, enthält § 10 Abs. 2 HmbTG. Wörtlich lautet die Norm: *Verträge, die nach Maßgabe dieses Gesetzes bei Vertragsabschluss zu veröffentlichen sind, sind so zu schließen, dass sie frühestens einen Monat nach Veröffentlichung wirksam werden und die Behörde innerhalb dieser Frist vom Vertrag zurücktreten kann.*

Diese Regelung wirft eine Vielzahl rechtlicher und praktischer Fragen auf, da es eine vergleichbare Vorschrift bisher in keinem deutschen Informationsfreiheitsgesetz gibt.

---

<sup>61</sup> Vgl. Bü-Drs. 20/4466, S. 13.

#### **4.2.1 Anwendbarkeit der Norm**

§ 10 Abs. 2 HmbTG enthält, wie der gesamte § 10, eine konkrete Vorgabe für die Ausgestaltung der Veröffentlichungspflicht. Grundsätzlich gilt auch die Veröffentlichungspflicht nach § 2 Abs. 8 HmbTG seit dem Inkrafttreten des Gesetzes. Veröffentlichungspflicht bedeutet danach aber das aktive Einpflegen von Informationen in das Informationsregister. Solange das Informationsregister noch nicht eingerichtet ist, wofür der Gesetzgeber nach § 18 Abs. 2 HmbTG einen Zeitraum von höchstens zwei Jahren eingeräumt hat, kann der Veröffentlichungspflicht jedoch nicht nachgekommen werden. Damit sind auch die konkreten Regelungen für die Veröffentlichung in § 10 HmbTG erst ab dem Zeitpunkt relevant, ab dem das Informationsregister steht. Bis zu diesem Zeitpunkt ist damit auch die Vorschrift des § 10 Abs. 2 HmbTG nicht anzuwenden. Die Regelung wird daher voraussichtlich erst ab Oktober 2014 relevant werden.

#### **4.2.2 Vereinbarung eines Rücktrittsrechts**

§ 10 Abs. 2 HmbTG verpflichtet die Behörden nach § 2 Abs. 3 HmbTG bei Abschluss eines Vertrages zur Vereinbarung eines vertraglichen Rücktrittsrechts, je nach Rechtsregime nach zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Regeln. Die Vorschrift enthält dabei kein gesetzliches Rücktrittsrecht, was mit Blick auf die Gesetzeskompetenz des Bundes zur Regelung des bürgerlichen Rechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zumindest für die zivilrechtlichen Verträge auch zu verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten geführt hätte. Zur konkreten Ausgestaltung der Vertragsbeendigung enthält das HmbTG keine Vorgaben, so dass für die Vereinbarung des Rücktrittsrechts die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften heranzuziehen sind. Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ist nach § 346 Abs. 1 BGB grundsätzlich möglich.

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge im VwVfG enthält zwar keine ausdrückliche Regelung eines Rücktrittsrechts. Über die Verweisung des § 62 S. 2 HmbVwVfG sind jedoch auch die Vorschriften des BGB auf die öffentlich-rechtlichen Verträge entsprechend anwendbar, so dass die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts in öffentlich-rechtlichen Verträgen grundsätzlich denkbar ist. Im Gegensatz zu zivilrechtlichen Verträgen gibt es jedoch Fallkonstellationen, in denen ein Rücktrittsrecht praktisch sinnlos ist. So kommt ein Rücktrittsrecht z.B. nicht in Betracht, wenn anstelle eines Verwaltungsaktes ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen wird, mit einem rechtsgebundenen Leistungsgegenstand (vgl. § 56 Abs. 2 HmbVwVfG, § 52 Abs. 2 SGB X). In den Fällen, in denen ein Rechtsanspruch besteht, hätte die Ausübung eines Rücktrittsrechts lediglich zur Konsequenz, dass anstelle des Vertrages ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen werden müsste.

Ein Rücktrittsrecht in öffentlich-rechtlichen Verträgen ist zwecklos, wenn die Behörde einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegt. Im Anwendungsbereich des SGB sind Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsvereinbarungen zu schließen, mit denen u.a. die Preise für gesetzliche Leistungen der Sozialversicherungen vereinbart werden (vgl. u.a. §§ 78 a ff. SGB VIII, §§ 72 ff SGB XI, §§ 75 ff. SGB XII). Die Behörde muss in diesen Fällen aufgrund der bundesgesetzlichen Vorgaben die entsprechenden Verträge abschließen. Ein Rücktritt ist damit „faktisch“ ausgeschlossen, da es einen Vertrag geben muss. Die Vorgaben des § 10 Abs. 2 HmbTG sind mit diesen Regelungen des SGB nicht vereinbar, so dass in diesen Fällen das HmbTG hinter dem Bundesrecht zurücktritt.

*Hinweis:*

*Das Teilprojekt Recht hat gemeinsam mit den für das Vergaberecht federführenden Behörden BSU und FB eine Musterklausel entworfen, die sowohl dem Vergaberecht als auch den gesetzlichen Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspricht. Die Musterklausel sowie weitere Vertragsklauseln finden sich unter 5. Zudem hat das Teilprojekt Recht einen Musterklauselvermerk erstellt, der weitere Ausführungen zur Rücktrittsklausel und auch zur Urheberrechtsklausel enthält.<sup>62</sup>*

#### **4.2.3 Monatsfrist**

Die Monatsfrist des Rücktrittsrechts beginnt mit der Veröffentlichung des geschlossenen Vertrages im Informationsregister. Der Vertrag sollte daher möglichst umgehend nach Vertragsschluss veröffentlicht werden, um die Monatsfrist zu starten. Beim Vergabeverfahren kommt der Vertrag mit dem Zuschlag zustande. Der Auftraggeber ist jedoch verpflichtet, die Bieter zunächst über das Wertungsergebnis zu informieren und darf den Zuschlag erst nach Ablauf der in § 101a GWB geregelten Wartefristen erteilen. Da die Veröffentlichungspflicht des § 10 Abs. 2 HmbTG an den Vertragsschluss und damit an die Zuschlagserteilung anknüpft, ist also zunächst die Wartefrist des § 101a GWB (sowie ggf. der rechtskräftige Abschluss eines Nachprüfungsverfahrens) abzuwarten. Erst nach Ablauf der Wartefrist liegt somit der Vertragsschluss vor und erst dann ist eine Veröffentlichung im Informationsregister möglich. Die Wartefrist des § 101a GWB kann also nicht auf die Monatsfrist des Rücktrittsrechts „angerechnet“ werden.

---

<sup>62</sup> Abrufbar über das Themenportal zum HmbTG, „Vermerk zu Musterklauseln“, <http://fhhportal.stadt.hamburg.de/websites/1021/Recht/Seiten/Rechtliche-Auslegungshilfen.aspx>

#### **4.2.4 Finanzielle Folgen eines Rücktrittsrechts**

Es ist nicht auszuschließen, dass die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bzw. dessen Ausübung finanzielle Folgen für die FHH nach sich zieht. Das HmbTG enthält diesbezüglich keine Vorgaben. Nur in der Gesetzesbegründung heißt es, dass das Rücktrittsrecht möglichst ohne finanzielle Belastungen vereinbart werden soll. Wie die finanziellen Belastungen vermieden werden sollen, dazu enthalten weder das HmbTG noch die Gesetzesbegründung Angaben. Schwer vorstellbar scheint es derzeit, dass die Ausübung des Rücktrittsrechts Schadensersatzforderungen gegen die Behörde nach sich zieht. Der Rücktritt vom Vertrag ist keine pflichtverletzende Handlung, wenn der Rücktritt vertraglich wirksam vereinbart worden ist. Ein Austausch der Leistungen des Vertrages dürfte regelmäßig noch nicht stattgefunden haben, da der Vertrag erst nach Ablauf der Monatsfrist wirksam wird.

#### **4.2.5 Anwendung auf alle HmbTG-Verträge**

Nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 HmbTG bezieht sich diese Regelung auf alle Verträge, die nach dem HmbTG zu veröffentlichen sind. Die Verträge der Daseinsvorsorge nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 2 Abs. 10 HmbTG unterfallen dieser Regelung damit unzweifelhaft. Doch auch bezüglich der weiteren Verträge, die nach § 3 Abs. 2 HmbTG veröffentlicht werden sollen, ist grundsätzlich von einer Veröffentlichungspflicht auszugehen. Aufgrund der Formulierung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 als Soll-Vorschrift kann von einer Veröffentlichung der Verträge nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG nur in begründeten Ausnahmefällen abgesehen werden, so dass ein Rücktrittsrecht nach § 10 Abs. 2 HmbTG auch für diese Verträge vereinbart werden muss. Im Übrigen unterscheidet auch die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 2 HmbTG nicht zwischen den Verträgen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG, sondern stellt lediglich klar, dass Verträge, die wegen der Unterschreitung der Bagatellgrenze nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG nicht veröffentlicht werden müssen, nicht mit einem Rücktrittsrecht vereinbart werden müssen.

§ 10 Abs. 2 HmbTG bezieht sich allerdings nur auf Verträge, die bei Vertragsabschluss zu veröffentlichen sind. Das nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG für sonstige Verträge für eine Veröffentlichungspflicht erforderliche öffentliche Interesse kann sich hingegen auch erst zu einem späteren Zeitpunkt, also nach Vertragsschluss ergeben. Für diese Verträge ist § 10 Abs. 2 HmbTG dann unbeachtlich. Die grundsätzliche Veröffentlichungspflicht des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG bleibt davon unberührt.

#### 4.2.6 Ausübung des Rücktrittsrechts

Wer das nach § 10 Abs. 2 S. 1 HmbTG zu vereinbarendes Rücktrittsrecht der Behörde konkret ausüben darf, ist im HmbTG zwar nicht geregelt. Eine frühzeitige Befassung der Nutzer des Informationsregisters mit einem vorveröffentlichten, noch nicht wirksamen Vertrag kann unter Umständen Reaktionen in der Öffentlichkeit auslösen. Doch selbst wenn es eine kritische Berichterstattung, Diskussionen im Internet und andere öffentliche Missbilligungsäußerungen geben sollte, steht das Recht zur Ausübung des Rücktrittsrechts ausschließlich dem hierzu vertraglich berechtigten Vertragspartner zu und wird nicht auf die Bürger/Nutzer des Informationsregisters übertragen. Wer über den Rücktritt innerhalb der Behörde entscheidet, ist im HmbTG nicht geregelt. Bei der Entscheidung zum Rücktritt handelt es sich letztlich um eine politische Entscheidung, nicht um eine verwaltungsrechtliche, so dass es sich nicht um eine Ermessensausübung im verwahrungsverfahrensrechtlichen Sinne handelt.

Das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht wird der Behörde ohne Vorbehalte gewährt, so dass zur Ausübung des Rücktritts eine Rücktrittserklärung genügt.<sup>63</sup> Nach den §§ 346 BGB begründet die Rücktrittserklärung ein Rückgewährschuldverhältnis. Die empfangenen Leistungen und gezogenen Nutzungen sind herauszugeben, soweit ein Austausch schon stattgefunden hat. Über § 62 S. 2 HmbVwVfG greifen die Regelungen der §§ 346 BGB ff. auch für öffentlich-rechtliche Verträge.

Sofern eine Behörde von einem Vertrag zurücktritt, muss dieser gleichwohl weiterhin im Informationsregister veröffentlicht bleiben. Der Vertrag war ursprünglich veröffentlichungspflichtig, da er bereits geschlossen wurde, es handelte sich nicht mehr um einen Entwurf. Nach § 10 Abs. 6 HmbTG müssen Informationen im Informationsregister für mindestens zehn Jahre vorgehalten werden. Dies gilt auch für den Vertrag, von dem zurückgetreten wurde und der dadurch zu einem Rückgewährschuldverhältnis geworden ist. Es erscheint sinnvoll, im Fall eines Rücktritts einen entsprechenden Hinweis im Informationsregister bei diesem Vertrag zu geben.

Sofern von einem Vertrag zurückgetreten wurde, der aufgrund eines erfolgreich durchgeführten Vergabeverfahrens abgeschlossen wurde, bedeutet der Rücktritt von diesem Vertrag, dass das Vergabeverfahren neu durchgeführt werden muss. Ein Rückgriff auf den zweitplatzierten Anbieter würde gegen vergaberechtliche Regeln verstoßen, da dann die Auswahl des Vertragspartners von Erwägungen außerhalb des Vergaberechts abhängig wäre.

---

<sup>63</sup> Jauch, DVBl 2013, S. 23.

#### **4.2.7 Ausnahmegesetz, § 10 Abs. 2 S. 2 HmbTG**

Nach § 10 Abs. 2 S. 2 HmbTG kann bei Gefahr im Verzug oder drohendem schweren Schaden von der Verpflichtung des § 10 Abs. 2 S. 1 HmbTG abgewichen werden. Das bedeutet, dass ein Vertrag so geschlossen werden kann, dass er sofort wirksam wird, kein Rücktrittsrecht enthält und eine vorherige Veröffentlichung entfällt. Eine Veröffentlichung muss dann aber gleichwohl nachträglich erfolgen, wenn es sich um einen veröffentlichungspflichtigen Vertrag handelt.

Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiel für „Gefahr im Verzug“ den Katastrophenfall. Eine Katastrophe ist nach § 1 Abs. 1 Hamburgisches Katastrophenschutzgesetz eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, zu deren Bekämpfung die Verstärkung der für den täglichen Einsatz bestimmten Kräfte und Mittel sowie die einheitliche Lenkung der Abwehrmaßnahmen mehrerer Behörden erforderlich sind (z.B. Sturmfluten, Flug- oder Bahnunfälle). Eine Gefahr im Verzug ist aber auch dann anzunehmen, wenn die ordnungsgemäße Durchführung einer gesetzlichen Aufgabe bei Einhaltung des § 10 Abs. 2 HmbTG gefährdet wäre.

Wann ein „schwerer Schaden“ droht, ist durch eine Abwägung im Einzelfall zu entscheiden. Ein schwerer Schaden dürfte etwa dann vorliegen, wenn es für die Behörde unmöglich ist, einen wichtigen Vertrag unter der Maßgabe des § 10 Abs. 2 HmbTG abzuschließen. So ist eine Konstellation denkbar, in der es nur einen oder wenige potentielle Vertragspartner gibt, die eine für die FHH notwendige Dienstleistung oder Sache liefern können, und alle potentiellen Vertragspartner die Unterzeichnung einer entsprechenden Rücktrittsklausel verweigern. Die FHH muss jedenfalls sämtliche möglichen Anstrengungen unternehmen, um der gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen und einen Vertragspartner zu finden, der die Klausel nach § 10 Abs. 2 HmbTG akzeptiert. Ein schwerer Schaden könnte ausnahmsweise wohl auch dann anzunehmen sein, wenn die FHH wichtige Dienstleistungen oder Waren nur zu einem erheblichen höheren Preis beziehen kann. Wann diese erhebliche Verteuerung vorliegt, ist eine Frage der Abwägung im Einzelfall. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jede Verteuerung diesen Ausnahmefall auslösen kann, da Zweck des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 HmbTG u.a. die Ermöglichung der Kontrolle des staatlichen Handelns durch ein umfassendes Informationsrecht ist. Dieser Zweck wäre erheblich eingeschränkt, wenn jede Verteuerung den Ausnahmetatbestand des § 10 Abs. 2 S. 2 HmbTG erfüllen würde.

#### **4.2.8 Kein Rücktrittsrecht bei Staatsverträgen**

Auch wenn Staatsverträge grundsätzlich unter das HmbTG fallen (vgl. 1.2.1), dürfte die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts und einer Geltungsaufschiebung nach § 10 Abs. 2

HmbTG für diese Verträge aufgrund der verfassungsrechtlich unterlegten besonderen Formen des Vertragsschlusses nicht erforderlich sein. Der Verzicht auf ein Rücktrittsrecht im Staatsvertrag dürfte auch mit § 16 HmbTG vereinbar sein, da nach dieser Vorschrift die Bestimmungen des HmbTG lediglich zu berücksichtigen sind. Dem Vertragsschluss gehen die – politischen – Verhandlungen mit den anderen Vertragsländern, in einigen Fällen sogar mit allen Bundesländern, voraus. Der Senat ratifiziert die Staatsverträge nach Art. 43 S. 2 HVerf, d.h. er übernimmt den rechtsverbindlichen Abschluss. Nach Art. 43 S. 3 HVerf bedürfen Staatsverträge, die Gegenstände der Gesetzgebung betreffen oder Aufwendungen erfordern, für die Haushaltsmittel nicht vorgesehen sind, der Zustimmung der Bürgerschaft. Ohne die Zustimmung der Bürgerschaft darf der Senat die Staatsverträge nicht endgültig abschließen.<sup>64</sup> Diese verfassungsrechtlichen Verfahrensvorgaben würden durch eine Verpflichtung zur Vereinbarung eines Rücktrittsrechts aufgrund des HmbTG einfachgesetzlich relativiert, was verfassungsrechtlich zumindest als zweifelhaft zu betrachten wäre.

#### **4.2.9 § 10 Abs. 2 HmbTG als Verbotsgesetz?**

Fraglich ist, welche Folgen das rechtsirrig Unterlassen der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts und der Vorveröffentlichung haben. Sofern man unterstellte, dass § 10 Abs. 2 HmbTG ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist, würde eine versehentlich oder auch absichtlich unterlassene Veröffentlichung die Vertragsnichtigkeit zur Folge haben. Diese Annahme ist jedoch abzulehnen. Zwar braucht das Verbot in einem Gesetz nach § 134 BGB nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, sondern es kann sich aus dem Zusammenhang des Gesetzes ergeben.<sup>65</sup> Der Wortlaut des Gesetzes allein ist dabei nicht ausschlaggebend.<sup>66</sup> Zur Auslegung eines Verbotsgesetzes ist vielmehr auf den Sinn und Zweck des Gesetzes abzustellen.<sup>67</sup> Das HmbTG verfolgt nicht den Zweck, Vertragsabschlüsse zu verhindern, sondern soll nach § 1 Abs. 1 HmbTG ein umfassendes Informationsrecht bezüglich behördlicher Informationen schaffen. Die Vorgabe des § 10 Abs. 2 HmbTG für veröffentlichungspflichtige Stellen, bei Vertragsabschlüssen ein Rücktrittsrecht zu vereinbaren und eine vorzeitige Veröffentlichung sicherzustellen, ist eine konkrete Ausgestaltung der Veröffentlichungspflicht. Die Regelung des § 10 Abs. 2 HmbTG entspricht damit eher einer Ordnungsvorschrift und nicht einem Verbotsgesetz. Der Verstoß gegen

---

<sup>64</sup> David, Verfassung der FHH, 2. Auflage 2004, Art. 43 Rn. 30.

<sup>65</sup> Heinrichs in Palandt, BGB, 72. Auflage 2013, § 134 Rn. 2.

<sup>66</sup> Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB, 72. Auflage 2013, § 134, Rn. 45.

<sup>67</sup> Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB, 72. Auflage 2013, § 134, Rn. 41.



bloße Ordnungsvorschriften lässt die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes unberührt.<sup>68</sup> Verträge sind somit auch dann wirksam, wenn § 10 Abs. 2 HmbTG nicht beachtet wurde.

#### **4.3 Verhältnis des HmbTG zum Vergaberecht - Exkurs<sup>69</sup>**

Ein großer Teil der von der FHH geschlossenen Verträge unterliegt dem Vergaberecht. Die Regelungen des HmbTG erfassen grundsätzlich auch die Verträge, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens geschlossen werden. Dies gilt insbesondere auch für die „Vorveröffentlichung“ und die Rücktrittsklausel nach § 10 Abs. 2 HmbTG. Die vergaberechtlichen Vorschriften können jedoch die Weitergabe von Informationen verbieten, sie sind unter Umständen als höherrangiges Recht oder als spezialgesetzliche Regelungen im Sinne des § 9 Abs. 1 HmbTG zu verstehen. Auch die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 2 HmbTG führt aus, dass höherrangige vergaberechtliche Bestimmungen von der Regelung des § 10 Abs. 2 unberührt bleiben. Die Grundsätze des Vergaberechts werden daher durch das HmbTG nicht berührt. Die Informationspflicht hat insbesondere keine Auswirkung auf das Wirtschaftlichkeitsgebot, also die Zuschlagserteilung an das günstigste Angebot. Auch das nach § 10 Abs. 2 HmbTG zu vereinbarende Rücktrittsrecht muss im Einklang mit dem Vergaberecht vereinbart werden.<sup>70</sup>

Die Veröffentlichungspflicht des § 3 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1 HmbTG bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaut lediglich auf die Verträge und ihre Anlagen, nicht jedoch auf weitere Unterlagen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren. Die Verträge liegen jedoch rechtlich erst mit erfolgtem Vertragsschluss vor, also mit dem vergaberechtlichen Zuschlag. Alle anderen mit dem Vergabeverfahren zusammenhängenden Informationen (Vertragsentwürfe, Vermerke, Dokumentationen, Leistungsbeschreibungen, Kommunikation mit Bietern und anderen Stellen etc.) sind von dieser Vorschrift zwar nicht erfasst, sofern nicht in den Verträgen hierauf Bezug genommen wird. Jedoch handelt es sich hierbei gem. § 3 Abs. 3 HmbTG um andere Informationen, die grundsätzlich der Auskunftspflicht unterliegen, denn Informationen sind gem. § 2 Abs. 1 HmbTG alle Informationen unabhängig von der Art ihrer Speicherung.

Veröffentlichungs- und Auskunftspflicht und die damit korrespondierenden Ansprüche finden ihre Grenzen in den Normen der VOL/A (bzw. VOB/B) und des HmbTG, wobei eine nach

---

<sup>68</sup> BGH, NJW 1968, 2286; Heinrichs in Palandt, BGB, 72. Auflage 2013, § 134 Rn. 8; Armbrüster in Münchner Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 134, Rn. 42.

<sup>69</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich nicht auf die Veröffentlichungspflicht nach dem HmbTG, sondern enthalten auch Hinweise auf die Auskunftspflicht unter Berücksichtigung des Vergaberechts.

<sup>70</sup> siehe dazu oben 4.2.2.

Verfahrensstadien differenzierende Betrachtung zu erfolgen hat und die teilweise begrenzte Reichweite der jeweiligen Normen zu beachten ist.

#### **4.3.1 Während des laufenden Vergabeverfahrens**

Während des laufenden Vergabeverfahrens liegt (noch) kein Vertrag vor, so dass eine Veröffentlichungspflicht noch nicht bestehen kann. Lediglich eine grundsätzliche Auskunftspflicht hinsichtlich anderer Informationen i. S. d. § 3 Abs. 3 HmbTG könnte bestehen. Diese ist jedoch eingeschränkt durch § 14 Abs. 3 VOL/A bzw. § 14 Abs. 8 VOB/A i. V. m. § 2a HmbVgG, der für den unerschwelligen Bereich als Spezialvorschrift bzw. für den erschwelligen Bereich durch § 17 Abs. 3 EG VOL/A bzw. § 14 Abs. 8 EG VOB/A i. V. m. § 4 Abs. 2 Vergabeverordnung als höherrangiges Recht anzusehen ist. Diese Normen regeln, dass die Angebote und ihre Anlagen sowie die Dokumentation über die Angebotsöffnung auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln sind. Nur insoweit, also bezogen auf diese explizit genannten Dokumente/Informationen, wird man diese Vorschriften als Spezialregelung bzw. höherrangiges Recht verstehen können.

Gegen das grundsätzliche Bestehen einer Auskunftspflicht spricht auch nicht das vergaberechtliche Geheimhaltungsprinzip. Für die Zeit während des Vergabeverfahrens wird teilweise vertreten, es gelte zum Nutzen des Wettbewerbs und Interesse der konkurrierenden Bieter ein solches allgemeines Geheimhaltungsprinzip, welches nicht durch Informationsfreiheitsgesetze umgangen werden dürfe. Zudem ergebe sich aus dem Umkehrschluss aus § 111 Abs. 1 GWB, der regelt, dass Informationsansprüche nur im Vergabenausschreibungsverfahren zu gewähren seien, dass dies nicht für die Zeit während des laufenden Vergabeverfahrens gelte.<sup>71</sup> Zum Grundsatz des Geheimwettbewerbs ist jedoch zu sagen, dass dieser keine ausdrückliche Erwähnung im GWB oder in VOL findet und sich ableitet aus § 97 GWB sowie § 2 VOL/A, VOB/A und §§ 13 Abs. 2, 14 Abs. 3 bzw. §§ 16 Abs. 2, 17 Abs., 23 Abs. 1 EG VOL/A sowie §§ 14 Abs. 8, 13 Abs. 1 Nr. 2 jeweils VOB/A und EG VOB/A. Aufgrund des Umstandes, dass der Geheimwettbewerb seine Ableitung in der Gesamtschau unterschiedlicher Vorschriften i. S. e. allgemeinen Rechtsgedankens findet, gehen die für das Vergaberecht federführenden FB und BSU davon aus, dass die Figur des Geheimwettbewerbs in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung keine spezialgesetzliche oder höherrangige „Regelung“ i.S.v. § 9 Abs. 1 HmbTG ist. Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur dann, wenn man auch allgemeine Rechtssätze wie den „Geheimwettbewerb“ als höherrangiges Recht i. S. d. § 9 Abs. 1 HmbTG einstuft, was von FB und BSU nicht geteilt wird. Daher wird davon ausgegangen, dass die Reichweite der genannten vergaberechtlichen Vorschriften genau anhand des Wortlautes zu bestimmen ist

---

<sup>71</sup> Just/Sailer, DVBl. 2010, 418, 419.

und dabei entstehende Lücken nicht unter Rückgriff auf ein allgemeines Prinzip geschlossen werden können.<sup>72</sup>

Hinsichtlich der Informationen, die mit dem Vergabevorgang zusammenhängen, ist somit grundsätzlich ein Auskunftsanspruch gegeben, sofern nicht die vergaberechtlichen Vorschriften einzelne Dokumente explizit als vertraulich bezeichnen, insbesondere die Angebote und ihre Anlagen (vgl. z.B. § 14 Abs. 3 VOL/A). Einschränkungen erfährt die Auskunftspflicht durch die weiteren Ausnahmevorschriften des HmbTG. Relevant ist dabei insbesondere der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 7 HmbTG (s.u. 4.5). Besonders zu beachten ist das Trennungsgebot des § 7 Abs. 3 HmbTG. Die dort normierte Kennzeichnung und Trennung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von den übrigen Unterlagen hat unmittelbare Auswirkungen auf das Vergabeverfahren. Die Unternehmen sind in der Aufforderung zur Angebotsabgabe dazu aufzufordern, ihre Angebote unter Beachtung dieses Prinzips entsprechend gestaltet zu übersenden.<sup>73</sup>

Der Anwendungsbereich der Auskunftspflicht des HmbTG nach §§ 11 ff. HmbTG ist somit dann eröffnet, wenn die beantragten Informationen nicht die Bieter oder deren konkrete Angaben betreffen. Neben der Leistungsbeschreibung unterliegen daher auch allgemeine Angaben zu den bei der Ausschreibung verwendeten Auswahlkriterien einem Informationszugang.<sup>74</sup>

#### **4.3.2 Während des Nachprüfungsverfahrens**

Für Vergabeverfahren im überschwelligen Bereich ist ein Nachprüfungsverfahren nach § 102 GWB verankert. Für die unterschwelligen Vergabeverfahren gibt es hingegen kein gesetzliches Verfahren. Während des Nachprüfungsverfahrens nach § 102 GWB ist zunächst festzuhalten, dass die Informationspflicht gemäß § 5 Nr. 1 HmbTG nicht für die Vergabekammern gilt. Hinsichtlich der Frage, wie die rechtliche Lage zu beurteilen ist, wenn sich ein Bieter an die die Ausschreibung durchführende Stelle mit einem Auskunftsersuchen wendet, ist auf § 111 GWB zu verweisen. Diese Vorschrift regelt ein Akteneinsichtsrecht der Beteiligten bei der Vergabekammer und ist für das gesamte Nachprüfungsverfahren als Spezialgesetz i. S. v. § 9 Abs. 1 HmbTG anzusehen. Dieser Anspruch ist nämlich nur gegeben, wenn der Bieter seiner in § 107 Abs. 3 GWB normierten Rügeobliegenheit genügt hat. Diese spezielle Präklusionsregelung würde man unterlaufen, wenn man parallel einen

---

<sup>72</sup> Das VG Stuttgart hat in seiner Entscheidung vom 17.05.2011 (13 K 3505 / 09) maßgeblich auf den Wortlaut der den Geheimnisschutz betreffenden VOL/A-Vorschriften abgestellt, eine generelle Sperrwirkung dieser Vorschriften gegenüber Informationsansprüchen aber nicht angenommen.

<sup>73</sup> Insoweit sind die Vergabehandbücher entsprechend anzupassen.

<sup>74</sup> So zum IFG SH, Polenz, NVwZ 2009, 883.

Anspruch nach dem HmbTG gewähren würde<sup>75</sup>, so dass im Ergebnis das HmbTG im Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar ist. Dies muss auch hinsichtlich von Auskunftersuchen gelten, die sich direkt an die ausschreibende Stelle richten, weil ansonsten die Regelung des § 111 GWB unterlaufen werden könnte.

Im Ergebnis besteht daher während des Nachprüfungsverfahrens, bevor also der Vertrag wirksam geschlossen wurde, weder eine Veröffentlichungspflicht, noch eine Auskunftspflicht, die über die allgemeinen Angaben zu den bei der Ausschreibung verwendeten Auswahlkriterien hinausgeht.

#### **4.3.3 Nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens**

Nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens und also mit Vertragsschluss unterliegen die Verträge den allgemeinen Regelungen zur Veröffentlichungspflicht. Bezüglich der weiteren Informationen gilt Ähnliches wie in der Phase des noch laufenden Vergabeverfahrens.

§ 14 Abs. 3 VOL/A, § 17 EG Abs. 3 VOL/A sowie § 14 Abs. 8 VOB/A bzw. EG VOB/A regeln, dass Angebote und ihre Anlagen sowie die Dokumentation über die Angebotsöffnung auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln sind. Die Normen der VOL/A bzw. VOB/A werden über diesen Weg aber lediglich hinsichtlich der dort genannten Gegenstände zu einer spezialgesetzlichen (unterschwellig) bzw. höherrangigen Regelung (oberschwellig) i. S. d. § 9 Abs.1 HmbTG.<sup>76</sup>

Im Ergebnis besteht in diesem Stadium somit grundsätzlich eine umfassende Veröffentlichungs- und Auskunftspflicht. Die Unterlagen der Bieter sind durch die Geheimhaltungsvorschriften der VOL/A bzw. VOB/A und der allgemeinen Ausnahmenvorschriften des HmbTG im dort geregelten Umfang geschützt.<sup>77</sup>

#### **4.3.4 Übersicht**

Nachfolgende Übersicht stellt die unterschiedlichen Phasen des Vergaberechts und die jeweilige Rechtslage dar:

---

<sup>75</sup> Vgl. Polenz für die Rechtslage auf Bundesebene, NVwZ 2009, 883, 884.

<sup>76</sup> Im Schrifttum wird vertreten, nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens könne das Prinzip des Geheimwettbewerbs nicht mehr verletzt werden, sodass sowohl gegenüber ehemaligen Bietern wie Dritten eine Auskunftspflicht nach dem HmbTG bestehe (vgl. zum IFG: Just/Sailer, DVBl. 2010, 418, 423). Dem ist jedoch nicht zu folgen, weil einer streng normenbezogenen Betrachtung der Vorzug gegenüber einer pauschal auf Prinzipien beruhenden Argumentation zu geben ist. Vgl. auch VG Stuttgart, Entscheidung vom 17.05.2011 (13 K 3505 / 09).

<sup>77</sup> § 110a GWB, der die Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen bei der Vergabekammer regelt, richtet sich lediglich an die Vergabekammer, die überdies durch § 5 HmbTG geschützt ist (vgl. oben) und kann daher im Verhältnis zwischen ausschreibender Stelle und Dritten keine Wirkung entfalten.

Der Schwellenwert beträgt 200.000 € (VOL) bzw. 5 Mio. € (VOB)	oberschwelliger Bereich	unterschwelliger Bereich
während des Vergabeverfahrens	keine Veröffentlichungspflicht für Verträge (Arg.: noch kein geschlossener Vertrag vorhanden),  im Übrigen bezüglich anderer Informationen zwar grds. Auskunftspflicht, welche regelmäßig ihre Grenzen in der VOL/A, der VOB/A und im HmbTG (§§ 4-7, 9 HmbTG) findet.	
während des Nachprüfungsverfahrens	keine Veröffentlichungs- und Auskunftspflicht nach HmbTG (Arg.: § 111 GWB ist lex speciales)  Schutz der Vergabekammer durch § 5 Nr. 1 HmbTG	kein Nachprüfungsverfahren
nach Abschluss des Vergabeverfahrens	Veröffentlichungspflicht für Verträge der Daseinsvorsorge und bei öffentlichem Interesse an der Veröffentlichung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 1 HmbTG)  Auskunftspflicht in den Grenzen der VOL/A,VOB/A und des HmbTG	

#### 4.4 Ausnahmenvorschriften

Die Ausnahmenvorschriften des HmbTG finden auch auf die Verträge Anwendung.

##### 4.4.1 Schutz personenbezogener Daten

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 HmbTG sind personenbezogene Daten grundsätzlich bei der Veröffentlichung im Informationsregister unkenntlich zu machen. Unter personenbezogenen Daten versteht man nach § 4 Abs. 1 HmbDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Juristische Personen sind davon nicht umfasst.

Ausgenommen von dieser Pflicht zur Unkenntlichmachung sind nach § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbTG bei Verträgen die Namen der Vertragspartner. Verträge sind also mit den Namen der Vertragspartner zu veröffentlichen, unabhängig davon, ob es sich bei den Vertragspartnern um natürliche oder juristische Personen handelt. Im Übrigen sind alle weiteren personenbezogenen Daten bei der Veröffentlichung zu schwärzen, also z.B. die Unterschriften, Kontaktdaten und oder auch Kontodaten. Zu schwärzen sind auch die Namen der Unterzeichner des Vertrages, die regelmäßig nicht selbst Vertragspartner sein werden, sondern als unterzeichnender Vertreter eines Unternehmens oder einer Behörde. In der praktischen Umsetzung bedeutet dies, dass auch elektronisch vorliegende Versionen eines Vertrages veröffentlicht werden können und nicht in jedem Fall der unterschriebene Vertrag mit Schwärzungen im Informationsregister eingestellt werden muss.

Für die personenbezogenen Daten der Beschäftigten und ehemaligen Beschäftigten und auch der Bewerberinnen und Bewerber enthält § 4 Abs. 4 HmbTG eine Sondervorschrift. Diese unterliegen grundsätzlich nicht der Informationspflicht, also weder der Auskunftspflicht, noch der Veröffentlichungspflicht. Nach der Gesetzesbegründung zu dieser Norm sollen von dieser Ausnahmegvorschrift sämtliche „Arbeitsverträge“ erfasst sein sowie weitere personenbezogenen Daten, die zum Beispiel gemäß § 86 Abs. 2 S. 3 HmbBG (gemeint ist wohl § 85 HmbBG) nicht Bestandteil der Personalakte werden. Diese Verträge unterfallen somit nicht den Informationspflichten des HmbTG. Da der Begriff „Arbeitsverträge“ in Anführungszeichen gesetzt wurde, ist davon auszugehen, dass der Begriff nicht nur klassische Arbeitsverträge erfasst, sondern auch Arbeitsverträgen vergleichbare Vereinbarungen bzw. entsprechende Informationen für verbeamtete Beschäftigte. Keine Arbeitsverträge im Sinne des § 4 Abs. 4 HmbTG dürften hingegen Honorar- oder Werkverträge sein. Grundsätzlich erfasst sein von § 4 Abs. 4 HmbTG dürften aber Verträge mit leitenden Mitarbeitern oder Geschäftsführern. Hervorzuheben ist jedoch, dass nach § 4 Abs. 4 S. 2 HmbTG die Vorschriften des § 4 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG unberührt bleiben sollen. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 15 HmbTG sollen neben den wesentlichen Unternehmensdaten städtischer Beteiligungen auch die jährlichen Vergütungen und Nebenleistungen für die Leitungsebene der städtischen Unternehmen veröffentlicht werden. Für die Leitungsebene gilt § 4 Abs. 4 HmbTG daher insoweit nur eingeschränkt, da zumindest diese Angaben veröffentlicht werden müssen.

§ 4 Abs. 2 HmbTG regelt für die Beschäftigten der Behörden, dass der Name, Titel, Berufs- und Funktionsbezeichnung sowie die Büroanschrift und die Telekommunikationsnummer nicht der Veröffentlichungspflicht unterfallen. Diese Daten sind auf Antrag zugänglich zu machen, soweit sie Ausdruck und Folge der amtlichen Tätigkeit sind und kein

Ausnahmetatbestand oder Sicherheitsgründe entgegenstehen. Zum Schutz der Beschäftigtendaten müsste deren Nennung ausdrücklich beantragt werden und dürfen nicht dem Antragsteller regelhaft mitgeteilt werden.<sup>78</sup>

#### 4.4.2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 7 HmbTG gilt auch für die Veröffentlichung von Verträgen. Es ist denkbar, dass die Verträge der veröffentlichungspflichtigen Stellen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter (der Vertragspartner oder auch weiterer Personen) enthalten. Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind in § 7 Abs. 1 S. 1 HmbTG legal definiert. Sie sind danach 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 nach § 7 Abs. 1 S. 2 HmbTG 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. Diese Definition geht zurück auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>79</sup> Die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 HmbTG enthält noch weitergehende Erklärungen zur Unterscheidung der beiden Geheimnisarten.<sup>80</sup> Betriebsgeheimnisse umfassen danach technisches Wissen im weitesten Sinne, während Geschäftsgeheimnisse in erster Linie kaufmännisches Wissen betreffen. Als Beispiele werden erwähnt: Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebes maßgeblich bestimmt werden können. Soweit diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, sollen nach der Gesetzesbegründung Preise und Kalkulationen nicht schutzwürdig sein. Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob Preise und Kalkulationen Geheimnisse im Sinne des § 7 Abs. 1 HmbTG sind. Die Ausnahmegesetzgebung des § 7 Abs. 1 HmbTG ist eng auszulegen.<sup>81</sup> Ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis kann nur dann vorliegen, wenn ein objektiv berechtigtes Interesse auf Geheimhaltung vorliegt.<sup>82</sup> Es

<sup>78</sup> Die personenbezogenen Daten in den Verträgen und entsprechenden Anlagen sind im Gegensatz zu den Informationen des § 3 Abs. 1 Nr. 5 HmbTG (u.a. Organisations- und Geschäftsverteilungspläne) nicht für die Kommunikation nach außen bestimmt.

<sup>79</sup> BVerfGE 115, S. 205, 230.

<sup>80</sup> Bü-Drs. 20/4466, S. 19.

<sup>81</sup> Vgl. zur Regelung in § 10 IFG des Bundes, VG Hamburg: Urteil vom 24.11.2008 - 15 K 4014/07.

<sup>82</sup> Kloepfer/Greve: Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577.

liegt nicht vor, wenn das Geheimnis auf einer Praxis beruht, welche den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit oder einer Straftat erfüllt.

Nach § 7 Abs. 2 HmbTG unterliegen Informationen und Vertragsbestandteile, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, der Informationspflicht nur, soweit das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 2 HmbTG zählt einige Fallgestaltungen auf, bei denen das öffentliche Informationsinteresse überwiegen soll. Erforderlich ist aber auch bei diesen Verträgen in jedem Fall eine Abwägung des Informationsinteresses mit dem Geheimhaltungsinteresse. Als erste Fallgruppe werden in der Gesetzesbegründung Verträge zwischen Behörden genannt, also der Vertragsschluss zwischen zwei Behörden im Sinne des § 2 Abs. 3 HmbTG. Da nach § 2 Abs. 3 HmbTG auch juristische und natürliche Personen des Privatrechts Behörden im Sinne des HmbTG sein können, unterfallen auch die Verträge zwischen Fachbehörden und städtischen Unternehmen dieser gesetzgeberischen Voreinschätzung. Die Gesetzesbegründung erweitert diese Konstellation auf die auskunftspflichtigen Stellen, also die Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung. Als weitere Konstellationen sind in der Gesetzesbegründung die Fallbeispiele „hohe Vertragswerte“ und „unvorhergesehene Kostensteigerungen“ sowie die „Monopolstellung des Vertragspartners“ genannt, bei denen ebenfalls das Informationsinteresse grundsätzlich vorgehen soll. Bei diesen drei Konstellationen sind jedoch die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Vertragspartner der Behörden zu beachten. Allein die Tatsache, dass ein hoher Vertragswert vorliegt, kann allenfalls ein Element der Abwägung von Informationsinteresse und Geheimhaltungsinteresse sein, jedoch nicht dazu führen, dass die auch grundrechtlich geschützten Positionen der Vertragspartner immer zurücktreten müssen.

Es erscheint zudem empfehlenswert, den Vertragspartner vor einer Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu informieren und Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. § 7 Abs. 4 HmbTG regelt genau diese Möglichkeit zur Stellungnahme für den Informationszugang auf Antrag. Auch wenn bei Verträgen die Vertragspartner zukünftig von einer Veröffentlichung der Verträge ausgehen müssen und entsprechende Veröffentlichungsklauseln in den Verträgen sinnvoll erscheinen, ist die sinngemäße Anwendung des § 7 Abs. 4 HmbTG auf die Veröffentlichung von Verträgen im Wege des Erst-Recht-Schlusses geboten. So würde nicht nur im Einzelfall eines Auskunftsantrags die Möglichkeit zur Stellungnahme bestehen, sondern auch bei der wesentlich weitergehenden Veröffentlichung im allgemein zugänglichen Informationsregister.



Gemäß § 7 Abs. 3 HmbTG sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse generell durch die privaten Vertragspartner zu kennzeichnen und den Behörden getrennt vorzulegen. Nach der Gesetzesbegründung soll das Vorliegen von Geheimnissen von den privaten Vertragspartnern begründet werden. Den Behörden obliegt sodann die Prüfung, ob es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt. Vor der Veröffentlichung müssen die Behörden gemäß der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 3 HmbTG die entsprechenden Passagen dann entweder entfernen und an dieser Stelle einen entsprechenden Vermerk einfügen oder die Passagen schwärzen. Um das Verwaltungshandeln nachvollziehbar zu machen, sollte die Entscheidung, Teile der zu veröffentlichenden Informationen zu schwärzen, für die Akte im Rahmen eines Vermerkes festgehalten werden oder sich zumindest aus weiteren Dokumenten aus der Akte nachvollziehbar ergeben. Dies ist insbesondere auch deshalb erforderlich, um im Falle einer gerichtlichen Überprüfung der Schwärzung oder im Fall der Anrufung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit nach § 14 Abs. 1 HmbTG die Gründe für die Einschränkung der Informationspflicht darlegen zu können. .

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse können auch auf Seiten der Behörden relevant werden. Die juristischen Personen des Privatrechts, die gemäß § 2 Abs. 3 HmbTG als Behörden gelten, können sich grundsätzlich nicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen<sup>83</sup> berufen. Da sie jedoch regelmäßig als Unternehmen im Wettbewerb stehen, erstreckt sich auf sie der einfachgesetzliche Schutz des § 7 HmbTG.<sup>84</sup> Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der öffentlichen Hand selbst (also der „klassischen“ Behörden) dürften hingegen allenfalls in engen Grenzen in Betracht kommen, insbesondere nur insoweit, als sie im Rahmen ihres fiskalischen Handelns – insbesondere durch ihre Landesbetriebe – am Wirtschaftsleben teilnimmt, nicht aber bei hoheitlicher Tätigkeit.<sup>85</sup>

#### 4.4.3 Urheberrecht

Die im Informationsregister veröffentlichten Informationen sollen nach § 10 Abs. 3 S. 1 HmbTG zur freien Nutzung, Weiterverwendung und Verbreitung der Informationen zur Verfügung stehen, sofern nicht höherrangiges Recht oder spezialgesetzliche Regelungen etwas anderes bestimmen. Die Geltendmachung eines Urheberrechts könnte bei besonders

<sup>83</sup> Vgl. hierzu Schoch, IFG, § 6 Rn. 8 m.w.N.

<sup>84</sup> Vgl. Vermerk des Teilprojektes Recht zu dem Veröffentlichungsgegenstand § 3 Abs. 1 Nr. 8 (Gutachten und Studien) vom 18.03.2013.

<sup>85</sup> Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 24.11.2008, 15 K 4014/07, BeckRS 2009, 31054 zu § 6 Satz 2 IFG (Bund); ebenso zum IFG SH wohl OVG Schleswig, NordÖR 2005, 208 (JURIS Rn. 50); zum IFG des Bundes Schoch, IFG, § 6 Rn. 47. Ein Grund, von dieser zum IFG vertretenen Restriktion im Geltungsbereich des § 7 HmbTG abzuweichen, ist nicht ersichtlich, zumal der dort ausdrücklich verwendete Begriff „Unternehmen“ sich jedenfalls mit hoheitlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht verträgt.

umfangreichen oder sehr spezifischen Verträgen in Betracht kommen, bei denen durch die Vertragsgestaltung eine gewisse Schöpfungshöhe vom Vertragspartner erreicht worden ist. Das Vertragsobjekt selbst, z.B. eine Planungsleistung oder ähnliches, ist von der Veröffentlichungspflicht bezüglich des Vertrages hingegen regelmäßig nicht erfasst. Sofern jedoch an dem Vertrag oder Vertragsbestandteilen Urheberrechte bestehen, ist die freie Verwendung nach § 10 Abs. 3 S. 1 HmbTG insoweit eingeschränkt. Ein Abbedingen der Nutzungsrechte im Sinne des § 10 Abs. 3 S. 3 HmbTG ist nicht notwendig, da dies nur für die in § 10 Abs. 3 S. 2 HmbTG genannten Informationen zu erfolgen hat, wo Verträge jedoch nicht genannt sind. Verträge dürften regelmäßig auch keine „anderen Dokumente“ sein, „die in die Entscheidungen der Behörden einfließen“, sondern ein Vertragsschluss ist zumeist das Ergebnis einer Entscheidung. Im Übrigen wird auf den Auslegungsvermerk zu § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG verwiesen, der ausführlich das Urheberrecht in Zusammenhang mit Gutachten und Studien behandelt.<sup>86</sup>

#### **4.5 Altverträge, § 17 HmbTG**

§ 17 HmbTG enthält eine Sonderregelung für Altverträge, d.h. für Verträge, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, also vor dem 6. Oktober 2012 abgeschlossen worden sind. Soweit in den Altverträgen die Veröffentlichung ausgeschlossen worden ist, unterliegen sie nach § 17 Abs. 1 HmbTG nicht der Veröffentlichungspflicht. Die Veröffentlichung wird in den meisten dieser Verträgen regelmäßig nicht explizit ausgeschlossen sein, sondern vielmehr werden diese Altverträge so genannte Geheimhaltungsklauseln beinhalten. Für Altverträge, die eine solche Klausel nicht enthalten, gilt die Veröffentlichungspflicht im Rahmen der Übergangsregelungen des § 18 Abs. 1 HmbTG. Die Verträge sind demnach zu veröffentlichen, soweit sie in veröffentlichungsfähiger elektronischer Form vorliegen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 18 Abs. 1 HmbTG ist damit gemeint, dass sie nur veröffentlicht werden müssen, wenn sie in elektronischer Form vorliegen und vor einer Veröffentlichung keine Überarbeitung etwa aufgrund der Vorschriften der §§ 4 bis 7 HmbTG notwendig wäre, insbesondere also keine Schwärzungen mehr vorgenommen werden müssen.

*Hinweis:* Davon unberührt ist die Auskunftspflicht hinsichtlich der Altverträge. Altverträge können grundsätzlich Gegenstand von Anträgen auf Informationszugang sein. Für Altverträge mit Geheimhaltungsklauseln schreibt § 17 Abs. 2 HmbTG vor, dass bei Vorliegen eines Antrags zunächst die Vertragspartner zu Nachverhandlungen aufgefordert werden müssen, um ihr Einverständnis für die Freigabe der Informationen zu erklären. Sofern es binnen sechs Monaten nicht zu einer diesbezüglichen Einigung zwischen den

---

<sup>86</sup> Abrufbar über das Transparenzportal im FHHnet, Vermerk vom 18.03.2013.

Vertragspartnern kommt, muss die auskunftspflichtige Stelle eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse auf Herausgabe und dem Geheimhaltungsinteresse treffen. Nach der Gesetzesbegründung soll ein erhebliches Überwiegen des Informationsinteresses dann vorliegen, wenn vertragliche Zusagen, z.B. bei Kosten, nicht eingehalten werden oder nach den Umständen des Einzelfalls ein deutlich gesteigertes Interesse der Allgemeinheit an der Offenlegung besteht.

Sofern Altverträge nach Inkrafttreten des HmbTG geändert oder ergänzt werden, stellt § 17 Abs. 3 HmbTG klar, dass insoweit die Bestimmungen des HmbTG gelten, also insbesondere die Veröffentlichungspflicht und auch die besonderen Regelungen des § 10 HmbTG.

#### **4.6 Verhältnis zu anderen Veröffentlichungsgegenständen**

Einzelne behördliche Informationen lassen sich nicht nur einem Veröffentlichungsgegenstand des Katalogs des § 3 HmbTG zuordnen. So ist es durchaus möglich, dass eine Subvention in Form eines Vertrages vergeben wird, mit der Folge, dass dieser Vertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 14 HmbTG zu veröffentlichen ist. Sofern der Vertrag zudem die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 4 (Daseinsvorsorge) oder Abs. 2 Nr. 1 HmbTG (öffentliches Interesse) erfüllt, folgt eine Veröffentlichungspflicht zusätzlich aus diesen Nummern des Katalogs. Für die Subventionsvergaben gilt dann die Wertgrenze des § 9 Abs. 2 Nr. 2 HmbTG, also der Schwellenwert von 1.000 €, ab dem die Subventions- und Zuwendungsvergaben veröffentlicht werden müssen, da dies die speziellere und damit vorrangige Regelung ist. Eine durch Vertrag gewährte Subvention ist z.B. eine Realförderung in Gestalt eines besonders günstigen Preises bei einer Grundstücksveräußerung. Weiterhin ist es vorstellbar, dass die Verträge zur Erstellung von Gutachten und Studien die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG erfüllen und neben den Gutachten und Studien selbst ebenfalls veröffentlicht werden müssen.

### **5 Vertragsklauseln**

Wie sich aus vorstehenden Überlegungen ergibt, sind die Vorschriften des HmbTG auf eine Vielzahl von Verträgen der FHH anzuwenden. Damit die Gesetzesanwendung möglichst einheitlich erfolgt, erscheint es grundsätzlich sinnvoll, für die besonderen Regelungen bei der Veröffentlichung von Verträgen Musterklauseln anzubieten.

#### **5.1 Veröffentlichungsklausel**

Um deutlich zu machen, dass mit der Veröffentlichung des Vertrages nach Vertragsschluss gerechnet werden muss, sollten die Vertragspartner der veröffentlichungspflichtigen Stellen

rechtzeitig und auch frühzeitig auf die mögliche Veröffentlichung hingewiesen werden. Dies ermöglicht den Vertragspartnern den Vertrag so zu gestalten, dass möglichen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Rechnung getragen werden kann. Im Sinne des § 7 Abs. 3 HmbTG könnten die Vertragspartner die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse abgetrennt vorlegen. Um eine möglichst breite Verwendung einer Transparenzvertragsklausel zu ermöglichen, sollte diese möglichst allgemein gehalten sein. Vorgeschlagen wird daher folgender Text:

*„Dieser Vertrag unterliegt dem Hamburgischen Transparenzgesetz (HmbTG). Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen wird er nach Maßgabe der Vorschriften des HmbTG im Informationsregister veröffentlicht. Unabhängig von einer möglichen Veröffentlichung kann der Vertrag Gegenstand von Auskunftsanträgen nach dem HmbTG sein.“*

Sofern bei Vertragsschluss schon feststeht, dass der Vertrag auf jeden Fall im Informationsregister veröffentlicht werden muss, weil es sich etwa um einen Vertrag der Daseinsvorsorge handelt, kann die Klausel auch konkreter lauten:

*„Dieser Vertrag unterliegt dem Hamburgischen Transparenzgesetz (HmbTG) und wird nach Maßgabe der Vorschriften des HmbTG im Informationsregister veröffentlicht werden. Zudem kann er Gegenstand von Auskunftsanträgen nach dem HmbTG sein.“*

## **5.2 Rücktrittsklausel und Aufschub der Wirksamkeit**

Das Teilprojekt Recht hat mit den für das Vergaberecht federführenden Behörden BSU und FB eine Rücktrittsklausel erstellt, die sowohl dem Vergaberecht als auch den gesetzlichen Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspricht. Nähere Ausführungen dazu finden sich in einem Musterklauselvermerk.<sup>87</sup>

Vorgeschlagen wird folgende Rücktrittsklausel für alle veröffentlichungspflichtigen Verträge, die nicht der VOB unterfallen:

*„Im Hinblick auf § 10 Abs. 2 HmbTG vereinbaren die Parteien:*

*Dieser Vertrag wird erst einen Monat nach seiner Veröffentlichung im Informationsregister wirksam.*

*Die Freie und Hansestadt Hamburg kann binnen dieses Monats nach Veröffentlichung des Vertrags im Informationsregister vom Vertrag zurücktreten, wenn der Freien und Hansestadt Hamburg nach der Veröffentlichung des Vertrages von ihr nicht zu vertretende Tatsachen*

---

<sup>87</sup> Abrufbar über das Themenportal zum HmbTG, „Vermerk zu Musterklauseln“, <http://fhhportal.stadt.hamburg.de/websites/1021/Recht/Seiten/Rechtliche-Auslegungshilfen.aspx>

*bekannt werden, die sie, wären sie schon zuvor bekannt gewesen, dazu veranlasst hätten, einen solchen Vertrag nicht zu schließen, und ein Festhalten am Vertrag für die Freie und Hansestadt Hamburg unzumutbar ist.“*

### **5.3 Keine Geheimhaltungsklausel**

Der Veröffentlichungspflicht kann nicht dadurch entgangen werden, dass in einem Vertrag eine Geheimhaltungsklausel vereinbart wird. Eine solche Klausel in einem Vertrag nach dem 6. Oktober 2012 würde die transparenzgesetzliche Veröffentlichungspflicht konterkarieren und insoweit gegen das HmbTG verstoßen. Zudem wäre eine privatrechtliche Geheimhaltungsklausel nach § 134 BGB nichtig, da es grundsätzlich rechtlich nicht möglich ist, den Anwendungsbereich des HmbTG und ein sich daraus ergebendes Informationszugangsrecht über die Ausnahmenvorschriften des HmbTG hinaus durch vertragliche Vereinbarung zu beschränken.<sup>88</sup> Um einen möglichen Konflikt zwischen den Parteien aufgrund einer zivilrechtlichen Geheimhaltungspflicht und einer öffentlich-rechtlichen Veröffentlichungspflicht zu vermeiden, sollten derartige Geheimhaltungs- oder Veröffentlichungsverhinderungsklausel nicht mehr verwendet werden.

---

<sup>88</sup> So für das IFG des Bundes: VG Stuttgart, Urt. v. 17.5.2011 – 13 K 3505/09, Rn. 70; vgl. Berger/Roth/Scheel, IFG Kommentar zu § 1 Rn. 83).