

## A. Das Hamburgische Transparenzgesetz – allgemeine Hinweise

### 1. Zweck, Grundbegriffe und –regeln des Gesetzes

Das Hamburgische Transparenzgesetz (HmbTG) dient dem Recht der Bürger auf Information über das Handeln insbesondere der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) und bezweckt die Förderung demokratischer Meinungs- und Willensbildung und die Ermöglichung der Kontrolle staatlichen Handels. Dafür unterwirft es Hamburgische Behörden einer weitgehenden Informationspflicht. Diese ist unterteilt in die Pflicht, den Bürgern auf Antrag Auskünfte zu erteilen (Auskunftspflicht) und eine darüber hinausgehende sog. Veröffentlichungspflicht. Aufgrund der Veröffentlichungspflicht müssen bestimmte Informationen von den veröffentlichungspflichtigen Stellen aktiv in ein kostenfrei und online für jedermann zugängliches Informationsregister eingepflegt werden. Dafür hat die FHH das sog. Transparenzportal eingerichtet, das unter der Webadresse <http://transparenz.hamburg.de> einsehbar ist. Zu den dort zwingend einzustellenden Informationen zählen z.B. die wesentlichen Regelungen erteilter Baugenehmigungen und bestimmte Verträge. Eine weitere wichtige Regelung des Gesetzes besteht darin, dass veröffentlichungspflichtige Verträge mit Hamburgischen Behörden so zu schließen sind, dass sie frühestens einen Monat nach der Veröffentlichung wirksam werden und die Behörden innerhalb dieser „Wartefrist“ vom Vertrag zurücktreten können.

Insbesondere die Regelungen zum Vertragsschluss und zur Veröffentlichungspflicht sollten Personen mit öffentlichen Auftraggebern bekannt sein. Deswegen werden sie im Folgenden dargestellt.

### 2. Veröffentlichungspflicht

Nach Auffassung des Hamburgischen Senats statuiert das HmbTG eine Veröffentlichungspflicht nur für Hamburgische Behörden, die der unmittelbaren Staatsverwaltung angehören. Dies sind z.B. die Fachbehörden und Bezirksämter. Außerdem unterliegen weitere Einrichtungen der Veröffentlichungspflicht, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei der Kontrolle der FHH unterliegen (z.B. Hamburger Hochbahn, SAGA GWG und der Landesbetrieb Schulbau Hamburg).

Das HmbTG sieht vor, dass die veröffentlichungspflichtigen Stellen bestimmte Informationsgegenstände zwingend in das Informationsregister einzustellen haben, während andere Informationen lediglich veröffentlicht werden „sollen“.

#### a. Zwingende Veröffentlichung

Für Mitglieder der Hamburgischen Ingenieurkammer – Bau sind folgende gem. § 3 Abs. 1 HmbTG zwingend zu veröffentlichende Informationsgegenstände besonders relevant:

##### aa. Verträge der Daseinsvorsorge ab 100.000 Euro

Das HmbTG zählt abschließend alle Aufgabenbereiche auf, die Daseinsvorsorge im Sinne des Transparenzgesetzes darstellen. Dies sind insbesondere Wasser-, Abfall- und Energieversorgung, das Verkehrs- und Beförderungswesen, Bildungs- und Kultureinrichtungen und die Wohnungswirtschaft. Nach dem Willen des Hamburgischen Gesetzgebers stellen nicht nur Verträge, die direkt *Leistungen* der Daseinsvorsorge betreffen, sondern u.a. auch Verträge, die die *Schaffung oder Bereitstellung* von Infrastruktur für Zwecke der Daseinsvorsorge zum Gegenstand haben, Verträge der Daseinsvorsorge dar. Ob davon auch Verträge erfasst sind, die *mittelbar* der Schaffung von Infrastruktur dienen, ist dem Gesetzestext nicht eindeutig zu entnehmen. Nach einer weiten Lesart sollen allerdings auch Planerverträge z.B. zum Errichten einer Schule unter diese Kategorie fallen. Dies soll zumindest dann gelten, wenn es sich um konkrete Planungen für ein Infrastrukturbauvorhaben handelt, welches auch tatsächlich gebaut werden soll, nicht nur um Planungen, die die Willensbildung zum Bauvorhaben unterstützen sollen. Zu beachten ist, dass Verträge, die Sanierungs-, Instandhaltung- oder setzungsaufgaben zum Gegenstand haben, dem Wortlaut der Norm nach nicht als Verträge der Daseinsvorsorge zu qualifizieren sind.

## **bb. Gutachten und Studien**

Gutachten und Studien sind in das Informationsregister einzustellen, wenn sie von einer Behörde in Auftrag gegeben worden sind und in die behördliche Entscheidung einfließen. Was genau unter dem Begriffspaar „Gutachten und Studien“ zu verstehen ist, ist nicht abschließend geklärt. Derzeit wird nach Lesart der Behörden unter dem Begriff des Gutachtens eine Abhandlung einer sachverständigen Person oder Stelle gefasst, in der Erfahrungssätze dargestellt und auf einen konkreten Sachverhalt angewendet werden, um nach Maßgabe des gutachterlichen Fachwissens Schlussfolgerungen zu ziehen. Eine Studie umfasst nach Behördenlesart Ermittlungen, Erforschungen, Dokumentationen oder ähnliche Tätigkeiten, die, nach wissenschaftlichen Methoden durchgeführt, Sachverhalte offen- und darlegen. Unter Zugrundelegung dieser Definitionen kann derzeit angenommen werden, dass Pläne, Entwürfe und Zeichnungen nicht als Gutachten oder Studien zu verstehen sind. Diese können den Weg ins Register aber als Anlagen zu Bauverträgen finden.

## **cc. Baugenehmigungen und Bauvorbescheide**

Die wesentlichen Regelungen erteilter Baugenehmigungen und -vorbescheide sind in das Informationsregister einzustellen. Dazu gehören Flurstücknummer und Daten der Baugenehmigungsstatistik.

## **dd. Subventions- und Zuwendungsvergaben**

Subventions- und Zuwendungsvergaben sind gem. § 23 Landeshaushaltsordnung freiwillige Leistungen der FHH an Stellen außerhalb der Verwaltung, die zur Erfüllung bestimmter Zwecke eingesetzt werden. Unter diese Kategorie fallen z.B. Zuschüsse, die bei Vornahme von Energiespar- und Modernisierungsmaßnahmen an Wohngebäuden von der FHH an die Eigentümer gezahlt werden.

## **b. Soll-Veröffentlichung**

Folgende Informationen müssen nicht aber sollen veröffentlicht werden, wenn ein öffentliches Interesse daran besteht:

- sonstige Verträge, soweit dadurch nicht wirtschaftliche Interessen der FHH erheblich beeinträchtigt werden und
- weitere vergleichbare Informationen von öffentlichem Interesse.

Diese Informationskategorie ist sehr weit gefasst und umfasst neben Verträgen einschließlich etwaiger Anlagen auch Informationen, die im Vorfeld eines Vertragsschlusses oder im Zuge der Vertragsabwicklung anfallen. Indikatoren zur Bestimmung eines öffentlichen Interesses seien beispielsweise Unterschriftensammlungen oder Diskussionen in den Medien.

## **c. Einschränkungen der Veröffentlichungspflicht**

Die Veröffentlichungspflicht der Hamburgischen Behörden gilt nicht uneingeschränkt. Das Transparenzgesetz enthält in den §§ 4, 7, 9, 17 HmbTG im Folgenden näher beschriebene Grenzen.

### **aa. Spezialgesetzliche Regelungen und höherrangiges Recht**

Eine Veröffentlichung oder Herausgabe von Informationen erfolgt nicht, soweit spezialgesetzliche Regelungen oder höherrangiges Recht dem entgegenstehen.

Als vorrangig könnte das vergaberechtliche Prinzip des Geheimwettbewerbs anzusehen sein, wonach u.a. die Bieter und Bewerber grundsätzlich vor einer Offenlegung ihrer Geschäftsgeheimnisse in einem laufenden Vergabeverfahren geschützt werden sollen. Das Vergabeverfahren und damit eine die

Informationspflicht nach Transparenzgesetz möglicherweise einschränkende Sperrwirkung des Vergaberechts endet in der Regel erst mit dem Ende des Vergabeverfahrens, also meist mit dem Vertragsabschluss (vgl. z.B. § 11 Abs. 7 VOF).

Auch urheberrechtliche Regelungen erscheinen prinzipiell geeignet, einer Anwendung des Transparenzgesetzes entgegenzustehen. Die Behörden sind deswegen bemüht, sich Veröffentlichungs- bzw. Verwertungsrechte vertraglich übertragen zu lassen. Sollte keine derartige vertragliche Vereinbarung vorliegen, so werden die Behörden voraussichtlich auf die Veröffentlichung urheberrechtlich geschützter Informationen verzichten.

#### **bb. Bagatellgrenzen**

Wegen der festgelegten Bagatellgrenzen sind folgende Informationen nicht zu veröffentlichen:

- Verträge mit einem Gegenstandswert unter 100.000 Euro. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen den Vertragspartnern im Laufe der vergangenen 12 Monate wenn überhaupt Verträge über weniger als insgesamt 100.000 Euro abgeschlossen worden sind. Hier ist nach allgemeiner Auffassung jede einzelne Behörde als eigenständige Vertragspartei anzusehen. Dies hat zur Folge, dass die 100.000 Euro-Grenze für jede Behörde gesondert Anwendung findet; eine Addition aller mit der FHH geschlossenen Verträge erfolgt nicht.
- Wesentliche Regelungen erteilter Baugenehmigungen und -vorbescheide, sofern reine Wohnbebauung und maximal fünf Wohneinheiten Gegenstand der Bescheide sind.
- Subventions- und Zuwendungsvergaben unter 1.000 Euro.

Zu beachten ist hier, dass nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 2 HmbTG lediglich die Veröffentlichung ausgeschlossen ist. Eine Auskunftserteilung über die vorbezeichneten Informationsgegenstände aufgrund eines an die Behörde gerichteten Auskunftsantrags bleibt möglich.

#### **cc. Schutz personenbezogener Daten**

Personenbezogene Daten werden grundsätzlich nicht im Informationsregister veröffentlicht, sie sind unkenntlich zu machen. Darunter versteht man Informationen über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse einer Person, so z. B. Name, Adresse, Telefonnummer sowie Beruf und Büroanschrift. Von der Verpflichtung zur Unkenntlichmachung gibt es jedoch Ausnahmen. Insbesondere sind die folgenden personenbezogenen Daten zwingend in das Informationsregister einzutragen:

- Name des Vertragspartners/der Vertragspartnerin,
- Name des Verfassers/der Verfasserin eines Gutachten oder einer Studie,
- Flurstücknummer im Zusammenhang mit Baugenehmigungen und Bauvorbescheiden sowie
- einige Informationen über bestimmte Empfänger von Subventions- und Zuwendungsvergaben.

Zudem ist es möglich, personenbezogene Daten auf Antrag von der Behörde zu erhalten, so z.B. bei Vorliegen eines schutzwürdigen Informationsinteresses, dem keine schutzwürdigen Belange des Betroffenen entgegenstehen. Der Betroffene ist ggf. über die Freigabe von Informationen zu unterrichten. Könnten schutzwürdige Belange des Betroffenen durch eine Veröffentlichung betroffen sein, hat die Behörde ihm vorab die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.

#### **dd. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen**

Informationen und Vertragsbestandteile, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, unterliegen nur einer eingeschränkten Informationspflicht. Soweit das Geheimhaltungsinteresse das Informationsinteresse überwiegt, sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vor einer Veröffentlichung oder Auskunftserteilung von der Behörde unkenntlich zu machen oder abzutrennen.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind gemäß einer transparenzgesetzlichen Definition Tatsachen oder Umstände, die auf ein Unternehmen bezogen sind und nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Inhaber ein berechtigtes Interesse hat. Dem Begriff des Betriebsgeheimnisses soll überwiegend technisches Wissen, dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses hauptsächlich kaufmännisches Wissen unterfallen. Demnach können neben Umsätzen, Geschäftsbüchern, Kundenlisten, Marktstrategien und Bezugsquellen z. B. auch Kalkulationsunterlagen sowie Preise Geschäftsgeheimnisse sein, wenn durch diese die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebes maßgeblich bestimmt werden können.

Das HmbTG sieht es als Aufgabe des Bürgers, Behörden auf das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen hinzuweisen, diese zu kennzeichnen und – soweit möglich – getrennt vorzulegen. Das Geheimhaltungsinteresse ist explizit darzulegen.

#### **ee. Altverträge und sonstige Informationen aus der Vergangenheit**

Nicht in das Informationsregister einzupflegen sind sog. Altverträge, d.h. Verträge, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 6. Oktober 2012 geschlossen worden sind, wenn eine Veröffentlichung in dem jeweiligen Vertrag explizit ausgeschlossen worden ist. Da eine Veröffentlichungspflicht zudem nur für Informationen gilt, die beim Inkrafttreten des Gesetzes in veröffentlichungsfähiger elektronischer Form vorlagen, dürfte eine Veröffentlichung von Altverträgen und sonstigen Informationen aus der Vergangenheit in der Praxis äußerst selten vorkommen. Es werden allerdings z.B. sämtliche Bebauungspläne veröffentlicht. Die Herausgabe von Informationen über Altverträge auf Antrag ist unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben prinzipiell möglich.

### **3. Was ist bei Vertragsabschlüssen mit der FHH zu beachten?**

Bei Vertragsschlüssen mit der FHH sind einige Besonderheiten zu beachten.

#### **a. Wirksamkeit des Vertrags**

Nach dem Transparenzgesetz sind Verträge, die im Informationsregister zu veröffentlichen sind, so zu schließen, dass sie frühestens einen Monat nach ihrer Veröffentlichung wirksam werden. Eine entsprechende Klausel wird von der Behörde in den Vertrag aufgenommen werden. Die Veröffentlichung im Informationsregister soll „bei Vertragsschluss“, d.h. unverzüglich erfolgen. Der Vergütungsanspruch für Leistungen, die während der Wartefrist erbracht werden, ist zumindest in rein rechtlicher Hinsicht durchaus fraglich.

#### **b. Einseitiges Rücktrittsrecht**

Veröffentlichungspflichtige Verträge müssen zudem so geschlossen werden, dass der Behörde bis zum Ende der mindestens einen Monat andauernden Wartefrist ein einseitiges Rücktrittsrecht zusteht. In der Regel wird sich die FHH ein Rücktrittsrecht für den Fall ausbedingen, dass aufgrund der Veröffentlichung nachträglich Umstände bekannt werden, die für die Behörde ein Festhalten am Vertrag unzumutbar machen, was wiederum vom Einzelfall abhängig ist. Offen sind die Folgen eines evtl. ausgeübten Rücktrittsrechts. Ob für den Fall, dass vor Ablauf der Wartefrist Leistungen erbracht wurden und die Behörde vom Vertrag zurücktritt, die Behörde nach Maßgabe des § 346 Abs. 2 Nr. 1

BGB Wertersatz für die von erbrachten Leistungen zu zahlen hat, ist unklar. Sollte ein entsprechender Anspruch bejaht werden, wäre für die Höhe des Wertersatzes das im Vertrag vereinbarte Honorar heranzuziehen (§ 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB). Bei Verträgen, denen eine öffentliche Ausschreibung nach der VOB/A vorangegangen ist, wird eine Wartefrist samt Rücktrittsrecht nicht in den Vertrag aufgenommen, da § 8 VOB/B bereits ein Kündigungsrecht vorsieht.

#### **4. Zuständigkeit bei Problemen**

Erster Ansprechpartner ist stets der zuständige Sachbearbeiter. Zudem bietet das Informationsregister über die Funktion „Rückmeldung“ die Möglichkeit, der veröffentlichenden Behörde über die „Fachliche Leitstelle Transparenzportal“ eine elektronische Mitteilung zu senden. Zudem kann eine Fachaufsichtsbeschwerde an den Vorgesetzten oder die Fachaufsichtsbehörde gerichtet werden. Als Rechtsmittel gegen eine ablehnende Verwaltungsentscheidung in Form eines Verwaltungsakts, z.B. eventuell bei Nichtanerkennung eines Betriebsgeheimnisses oder bei Ablehnung eines Auskunftersuchens, ist ein Widerspruch (§ 68 VwGO) möglich. Außerdem kann jederzeit der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit angerufen werden. Eigene Durchsetzungsbefugnisse hat er nicht. Schließlich besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung – bei besonderer Eilbedürftigkeit im Eilverfahren (§§ 80 V, 123 VwGO). Im Einzelfall sollte rechtliche Beratung eingeholt werden.

## **B. Praktische Hinweise**

Ingenieure sind in drei Punkten von den Regelungen des HmbTG betroffen – zunächst durch die Veröffentlichungspflicht, die auch von ihnen erarbeitete Unterlagen und mit ihnen geschlossene Verträge betreffen kann. Zudem entsteht eine Betroffenheit im Zusammenhang mit Auskunftsanfragen, die von Bürgern an die Behörden gerichtet wurden. Und nicht zuletzt eröffnet das HmbTG die Möglichkeit, von den Informationsrechten Gebrauch zu machen.

### **1. Veröffentlichungspflicht**

Sollten Sie eine bevorstehende Veröffentlichung von Informationen nicht wünschen, können Sie zunächst prüfen, ob die jeweilige Behörde zu den veröffentlichungspflichtigen Stellen und die Information zu den zwingend zu veröffentlichenden Gegenständen gehören. Sofern es sich lediglich um einen Informationsgegenstand handelt, der der Sollveröffentlichung unterfällt, kann von Ihnen das Bestehen des erforderlichen öffentlichen Interesses an einer Veröffentlichung in Frage gestellt werden. Bei Verträgen, die nicht der Daseinsvorsorge zuzurechnen sind, könnte zudem eine mögliche erhebliche Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen der FHH durch die Veröffentlichung entgegenstehen. Weiter könnten Sie gegenüber der Behörde einwenden, dass in Ihrer Angelegenheit eine der im HmbTG geregelten Ausnahmen von der Veröffentlichungspflicht eingreife. Nach erfolgter Veröffentlichung der Information empfiehlt es sich, Einsicht in das Informationsregister zu nehmen und zu überprüfen, ob tatsächlich alle personenbezogenen Daten und/oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unkenntlich gemacht worden sind.

Es kann auch für Sie hilfreich sein, selbst im Informationsregister nach Informationen zu suchen. So lassen sich dort z.B. auch das Baumkataster, Geodaten und Bauleit- und Landschaftspläne finden.

### **2. Auskunftspflicht**

Sofern den Behörden ein Auskunftersuchen vorliegt, welches Sie in Ihren Interessen betreffen könnte, wird die jeweilige Stelle Kontakt zu Ihnen aufnehmen. Beinhaltet ein Auskunftsantrag die Herausgabe personenbezogener Daten, sind Sie darüber in aller Regel zu informieren. Sollten schutzwürdige Belange durch die Auskunftserteilung betroffen sein, ist Ihnen vorab Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Gleiche gilt stets bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Im Rahmen dieser Anhörung sollten Sie darlegen und begründen, warum Sie in diesem konkreten Fall eine Herausgabe der

personenbezogenen Daten bzw. der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht wünschen und so Einfluss nehmen auf die von der auskunftspflichtigen Stelle vorzunehmende Abwägung zwischen dem Geheimhaltungs- und dem Informationsinteresse.

Werden Auskünfte über Altverträge begehrt und stehen Vertragsbestimmungen der Herausgabe entgegen, nimmt die jeweilige Stelle Nachverhandlungen mit Ihnen auf, um Ihr Einverständnis mit der Herausgabe der Information zu erwirken. Kann innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten keine Einigung erzielt werden, ist die auskunftspflichtige Stelle verpflichtet, die Informationen herauszugeben, soweit das Informations- das Geheimhaltungsinteresse erheblich überwiegt. Im Zuge der Nachverhandlungen sollten Sie folglich argumentativ darlegen, worin Ihr Geheimhaltungsinteresse besteht.

### **3. Auskunftsanträge**

Das Transparenzgesetz bietet Ingenieuren die Möglichkeit, Anträge auf Zugänglichmachung von Informationen zu stellen. Der Antrag sollte schriftlich erfolgen und ist unter Bezeichnung der begehrten Information an die Stelle zu richten, bei der die gewünschte Information vermutet wird. Ggf. ergeht ein Hinweis, bei welcher anderen Stelle die Information vorliegen könnte. In Betracht kommt dann z.B. die Einsichtnahme in den Räumlichkeiten der Behörde, die Übersendung von Kopien oder eine elektronische Übermittlung. Die auskunftspflichtigen Stellen sind grundsätzlich verpflichtet, die Information spätestens innerhalb eines Monats in der gewünschten Form zugänglich zu machen. Lehnt die Behörde den Auskunftsantrag ab, da z.B. der Schutz personenbezogener Daten das Informationsinteresse überwiegt, ergeht bei schriftlich gestellten Anfragen ein entsprechender Bescheid mit einer Rechtsmittelbelehrung. Für die Bearbeitung von Auskunftsanträgen können abhängig von dem Prüfungs- und Bearbeitungsumfang Kosten entstehen, über die die auskunftspflichtige Stelle informiert.

Katharina Kramer (Referendarin) und Sinah Marx