



Abteilung Strafrecht,
Öffentliches Recht und Rechts-
prüfung

Projekt „Umsetzung des Hambur-
gischen Transparenzgesetzes“
– Teilprojekt Recht –

Vermerk zur Veröffentlichungspflicht nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz für die mittelbare Staatsverwaltung

Der Vermerk behandelt die Frage, ob die mittelbare Staatsverwaltung der Veröffentlichungspflicht nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz unterfällt. Dazu sind die Fragen zu beantworten, ob es sich bei Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung um veröffentlichungspflichtige Behörden im Sinne des Transparenzgesetzes handelt (I.) und ob § 3 Abs. 2 HmbTG die Veröffentlichungspflicht darüber hinaus auf auskunftspflichtige Stellen erstreckt (II.)

I. Gilt die Veröffentlichungspflicht des Transparenzgesetzes für die mittelbare Staatsverwaltung?

Das HmbTG enthält zwei verschiedene Pflichten. Der Oberbegriff lautet **Informationspflicht** (§ 2 Abs. 9 HmbTG). Die Informationspflicht umfasst die **Auskunftspflicht** (§ 2 Abs. 7 HmbTG) und die **Veröffentlichungspflicht** (§ 2 Abs. 8 HmbTG). **Auskunftspflicht** ist die Pflicht, Informationen auf Antrag nach Maßgabe des HmbTG zugänglich zu machen. **Veröffentlichungspflicht** ist die Pflicht, aktiv Informationen in das bis zum 6.10.2014 zu schaffende Informationsregister einzustellen.

Sowohl die Auskunfts- wie auch die Veröffentlichungspflicht gelten für Behörden und bestimmte öffentliche Unternehmen. Es ist fraglich, ob vom Begriff der Behörde in § 2 Abs. 3 HmbTG auch die Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung erfasst sind. Diese Frage gehört zu den drängendsten Fragen bei der Umsetzung des HmbTG. Von der Beantwortung der Frage hängt ab, welche Stellen an das Informationsregister anzuschließen sind. Dies betrifft unter Umständen den Umfang der zu erstellenden Software und hätte damit Auswirkungen auf eine eventuell erforderliche Ausschreibung.

Die Veröffentlichungspflicht gilt nur für Behörden, die Auskunftspflicht gilt für die auskunftspflichtigen Stellen (also die Behörden und die mittelbare Staatsverwaltung). Das HmbTG unterscheidet klar zwischen Behörden nach § 2 Abs. 3 HmbTG und auskunftspflichtigen Stellen nach § 2 Abs. 5 HmbTG. Behörden sind alle Stellen nach § 1 Abs. 2 HmbVwVfG (und die von

der FHH kontrollierten privaten Unternehmen), auskunftspflichtige Stellen sind gemäß § 2 Abs. 5 HmbTG die in § 2 Abs. 3 HmbTG definierten Behörden sowie die mittelbare Staatsverwaltung. Das „sowie“ muss hier als „und“ verstanden werden. Die mittelbare Staatsverwaltung soll zusätzlich zu den Behörden in die Auskunftspflicht einbezogen werden.

Der Verweis in § 2 Abs. 3 HmbTG auf § 1 Abs. 2 HmbVwVfG könnte aber auch die mittelbare Staatsverwaltung erfassen. Allerdings ist dies nicht eindeutig. § 1 HmbVwVfG lautet:

- (1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden
 1. der Freien und Hansestadt Hamburg,
 2. der der Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit nicht Rechtsvorschriften der Freien und Hansestadt Hamburg inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.
- (2) Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

Soweit in der juristischen Diskussion darauf verwiesen wird, dass § 1 HmbVwVfG auch die mittelbare Staatsverwaltung erfasst, ergibt sich dies bereits aus der ausdrücklichen Nennung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in § 1 Abs. 1 Nr. 2 HmbVwVfG.

Gleiches gilt für den fast identischen § 1 VwVfG des Bundes: § 1 VwVfG des Bundes lautet:

- (1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden
 1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,
 2. der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen,soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.
- ...
- (4) Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

Hierzu wird häufig vermeintlich eindeutige Literatur zitiert, aus der sich ergeben soll, dass § 1 Abs. 4 VwVfG des Bundes auch die mittelbare Staatsverwaltung erfasst.¹ Aber auch hier ergibt sich die Einbeziehung der mittelbaren Staatsverwaltung aus der ausdrücklichen Nennung in § 1 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG auf den sich auch die zitierte Literatur bezieht.² Dass der in § 2 Abs. 3 HmbTG enthaltene Verweis auf § 1 Abs. 2 HmbVwVfG auch die mittelbare Staatsverwaltung erfasst, ist also nicht eindeutig.

Es ist aber auch nicht völlig abwegig. Nach § 1 Abs. 2 HmbVwVfG ist unter „Behörde“ jede Stelle zu verstehen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Grundsätzlich könnte man darunter auch die mittelbare Staatsverwaltung subsumieren. Allerdings existieren

¹ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 1, Rn. 24.

² Vgl. Fn. 1.

zahlreiche Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber die mittelbare Staatsverwaltung zumindest nicht als Behörde im Sinne des Transparenzgesetzes verstanden haben will.

Zum einen wäre ansonsten jede Unterscheidung zwischen Behörden und auskunftspflichtigen Stellen im HmbTG hinfällig. Jede Stelle, die überhaupt vom HmbTG erfasst wäre, unterfiele gleichermaßen der Auskunfts- wie auch der Veröffentlichungspflicht. Jede Norm, die zwischen den beiden Arten von Stellen unterscheidet, wäre überflüssig. Dies betrifft zum Beispiel die § 2 Abs. 3 und Abs. 5 HmbTG, welche „Behörden“ und „auskunftspflichtige Stellen“ definieren.

Sehr viel deutlicher wird es jedoch anhand von § 3 Abs. 4 HmbTG. Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 HmbTG gilt die Veröffentlichungspflicht für Behörden, § 3 Abs. 4 Satz 2 HmbTG ordnet die Geltung der Auskunftspflicht für auskunftspflichtige Stellen an. Die Norm lautet im Wortlaut:

„Die Vorschriften über die Veröffentlichungspflicht gelten für alle Behörden im Sinne von § 2 Absatz 3. Die Vorschriften für die Auskunftspflicht gelten für alle auskunfts-pflichtigen Stellen im Sinne von § 2 Absatz 5.“

§ 3 Abs. 4 HmbTG wäre in seiner Gesamtheit überflüssig, wenn die mittelbare Staatsverwaltung vom Behördenbegriff erfasst wäre und kein Unterschied zwischen den Verpflichteten bei der Pflichten bestünde. Es erscheint ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber versehentlich einen ganzen Absatz eingefügt hat, dessen ausdrücklicher Inhalt seiner Intention widerspricht. Stattdessen ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber der möglichen Bedeutung des Verweises auf § 1 Abs. 2 HmbVwVfG nicht bewusst war.

Auch ein Blick in die Gesetzesbegründung führt zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber die Einbeziehung der mittelbaren Staatsverwaltung in die Veröffentlichungspflicht nicht gewollt hat. Die Gesetzesbegründung führt zur Auskunftspflicht nach § 2 Abs. 5 HmbTG aus:

„Absatz 5 regelt, dass die in Absatz 3 genannten Stellen ebenfalls der Auskunftspflicht nach diesem Gesetz unterliegen. Es wird dabei auch der Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg, also ihre beziehungsweise die unter ihrer Aufsicht stehenden Anstalten, Körperschaften und Stiftungen öffentlichen Rechts, eingeschlossen“.³

Die Gesetzesbegründung macht also deutlich, dass die mittelbare Staatsverwaltung zusätzlich zu den veröffentlichungspflichtigen Stellen einbezogen wird.

Ein weiterer Hinweis findet sich in dem Abschnitt der Begründung, der sich mit Mehrländerbehörden beschäftigt: *„Bei Mehrländerbehörden ist mangels Spezialregelung auf das Sitzland der Mehrländerbehörde abzustellen; Gleiches gilt für (Mehrländer-)Anstalten, Körperschaften und Stiftungen“.⁴*

³ Bürgerschafts-Drucksache 20/4466, S. 14.

⁴ Bürgerschafts-Drucksache 20/4466, S. 14.

Auch hier unterscheidet der Gesetzgeber klar zwischen Behörden und der mittelbaren Staatsverwaltung. Dies deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber die mittelbare Staatsverwaltung ausdrücklich als nicht vom Behördenbegriff des § 1 Abs. 2 HmbVwVfG erfasst angesehen hat.

Im Ergebnis spricht dies dafür, dass das Hamburgische Transparenzgesetz einen spezifischen Behördenbegriff verwendet. Dies betrifft zum einen die Einbeziehung privater Unternehmen in § 2 Abs. 3 Hs. 2 HmbTG und zum anderen die Tatsache, dass die mittelbare Staatsverwaltung entgegen dem Verweis auf § 1 Abs. 2 HmbVwVfG nicht einbezogen sein soll.

Diese Ansicht wird auch durch einen Blick in die Historie der Informationsfreiheitsgesetze in Hamburg gestützt. In § 2 Nr. 3 HmbIFG aus dem Jahr 2009 (HmbIFG-2009)⁵ wurden Behörden ebenfalls unter Verweis auf § 1 Abs. 2 HmbVwVfG definiert. Trotzdem erachtete es der Gesetzgeber als notwendig, die mittelbare Staatsverwaltung in § 3 Abs. 1 HmbIFG-2009 ausdrücklich einzubeziehen: „Die Vorschriften über den Zugang zu Informationen gelten für die Behörden der Freien und Hansestadt Hamburg sowie ihre Anstalten, Körperschaften und Stiftungen öffentlichen Rechts...“.

Im HmbIFG aus dem Jahr 2006 (HmbIFG-2006)⁶ wurde das IFG des Bundes nur auf Hamburger Behörden für anwendbar erklärt, vgl. § 1 Abs. 1 HmbIFG-2006. Auch hier unterstellte man anscheinend, dass dies nicht die mittelbare Staatsverwaltung erfasst, denn die Gesetzesbegründung zum HmbIFG-2009 geht davon aus, dass die nun erfolgte Einbeziehung der mittelbaren Staatsverwaltung eine Neuigkeit sei: „§ 3 Absatz 1 schließt nunmehr auch den Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg, also ihrer Anstalten, Körperschaften und Stiftungen öffentlichen Rechts, ein“.⁷ Dem folgt auch der HmbBfDI, wenn er zum HmbIFG-2009 davon ausgeht, dass „nunmehr“ auch die mittelbare Staatsverwaltung erfasst sei.⁸ Die Literatur folgte der Unterscheidung in Behörden und mittelbare Staatsverwaltung nach dem HmbIFG-2009 ebenfalls.⁹ Gleiches gilt für die Rechtsprechung zum HmbIFG-2009.¹⁰

Somit sprechen die überwiegenden Argumente für einen transparenzrechtlichen Behördenbegriff, der nicht die mittelbare Staatsverwaltung erfasst, sondern diese nur Sonderregelungen unterwirft. Die Behördenabfrage im Rahmen des von der Behörde für Justiz und Gleichstellung geleiteten Arbeitskreises zum HmbIFG (AK-IFG) kam ebenfalls zu dieser Einschätzung, wobei der HmbBfDI sich in dieser Frage enthält.

⁵ Gesetz vom 17.2.2009 (HmbGVBl. 2009, S. 29).

⁶ Gesetz vom 1.4.2006 (HmbGVBl. 2006, S. 167).

⁷ Bürgerschafts-Drucksache 19/1283, S. 9.

⁸ Vgl. HmbBfDI, [Tätigkeitsbericht Informationsfreiheit 2010/2011](#), S. 13.

⁹ Vgl. Schomerus/Tolkmitt, NordÖR 2009, 285, 286; Schnabel, DuD 2009, 596.

¹⁰ Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 11 K 1996/10, S. 7 (allerdings im Ergebnis ohne Auswirkung).

Das Ergebnis ist auch sachgerecht. Zum einen wird damit dem offensichtlichen Willen des Gesetzgebers Rechnung getragen, der eine Unterscheidung angestrebt hat, wie dem Gesetzestext klar zu entnehmen ist. Zum anderen wäre die Einbeziehung aller Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung unverhältnismäßig aufwändig. Sie beträfe eine Vielzahl kleiner und kleinster Einheiten wie zum Beispiel das Museum für Völkerkunde, das mit der Einrichtung einer Struktur zur regelmäßigen Veröffentlichung von Informationen und der Anbindung an das Informationsregister personell und sachlich vollkommen überfordert wäre. Im Übrigen bedeutet diese Entscheidung nicht, dass für die mittelbare Staatsverwaltung das Amtsgeheimnis gilt. Sie ist vielmehr wie bisher dem Auskunftsanspruch unterworfen.¹¹

II. Veröffentlichungspflicht gem. § 3 Abs. 2 HmbTG auch für auskunftspflichtige Stellen?

Eine Besonderheit stellt § 3 Abs. 2 HmbTG dar. Nach § 3 Abs. 4 HmbTG gilt die Veröffentlichungspflicht nur für die Behörden im Sinne des § 2 Abs. 3 HmbTG. In § 3 Abs. 1 HmbTG werden dann die veröffentlichungspflichtigen Gegenstände aufgezählt.

§ 3 Abs. 2 HmbTG erweitert die Veröffentlichungspflicht um zwei konkret genannte Gegenstände („Verträge an deren Veröffentlichung ein öffentliches Interesse besteht“ und „Dienstweisungen“). Darüber hinaus enthält § 3 Abs. 2 HmbTG am Ende eine Öffnungsklausel, die lautet: „...sowie alle weiteren, den in Absatz 1 und diesem Absatz genannten Gegenständen vergleichbaren Informationen von öffentlichem Interesse.“

Das Besondere an diesem Absatz ist, dass die Veröffentlichungspflicht nach dem Gesetzeswortlaut für die auskunftspflichtigen Stellen gelten soll. Der Wortlaut lautet: „Die auskunftspflichtigen Stellen sollen vorbehaltlich der §§ 4 bis 7 und 9 darüber hinaus veröffentlichen...“.

Der Wortlaut dieser Regelung ist eindeutig. Die sich daraus ergebende Folge steht jedoch in Widerspruch zur gesamten Regelungssystematik des Gesetzes. Die Regelung des § 3 Abs. 2 HmbTG bedeutet nach wörtlicher Auslegung eine teilweise Veröffentlichungspflicht für alle auskunftspflichtigen Stellen. Für die Informationsgegenstände des § 3 Abs. 2 HmbTG wäre auch eine Anbindung der gesamten mittelbaren Staatsverwaltung erforderlich. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die mittelbare Staatsverwaltung zwar an das Informationsregister angeschlossen werden soll (was erheblichen technischen und organisatorischen Aufwand bedeutet), aber nur im Hinblick auf Verträge, Dienstweisungen und die Öffnungsklausel veröffentlichungspflichtig sein sollte. Sämtliche bei Stellen der mittelbaren Staatsverwaltung

¹¹ Zum Auskunftsanspruch nach HmbIFG-2009 gegen das Museum für Völkerkunde als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung (Stiftung öff. Rechts) s. [VG Hamburg, Urt. v. 30.11.2011 – 17 K 361/11](#).

tung vorhandenen Informationen nach § 3 Abs. 1 HmbTG wären höchstens über die Öffnungsklausel des § 3 Abs. 2 a.E. HmbTG erfasst. Die mittelbare Staatsverwaltung müsste daher Dienstanweisungen veröffentlichen, aber keine Verwaltungsvorschriften (die Gesetzesbegründung trennt in dieser Hinsicht streng). Für diese Differenzierung der Veröffentlichungspflicht sind keine sachlichen Gründe erkennbar.

Es könnte sich daher bei § 3 Abs. 2 HmbTG um ein Redaktionsversehen handeln. Ein Redaktionsversehen liegt vor, wenn bei der Gesetzesredaktion versehentlich ein anderer Ausdruck gewählt wurde, als beabsichtigt.¹² Im Ergebnis hat dann der Gesetzgeber irrtümlich einen Wortlaut beschlossen hat, der seinem Willen klar entgegensteht. Derartige Fehler können bei der Auslegung berücksichtigt werden. Der Wortlaut eines Gesetzes stellt dabei keine unüberwindbare Grenze dar.¹³ Allerdings bedarf es gewichtiger Gegenargumente für die Überwindung des eindeutigen Wortlauts einer Norm.¹⁴

Erforderlich ist die offensichtliche Unrichtigkeit des Gesetzesbeschlusses. Eine offensichtliche Unrichtigkeit kann sich jedoch nicht allein aus dem Normtext ergeben. Stattdessen müssen insbesondere der Sinnzusammenhang und die Gesetzgebungsmaterialien berücksichtigt werden.¹⁵ In Einzelfällen haben Gerichte ein Redaktionsversehen angenommen, wenn „kein sachlicher Grund“ für die Regelung ersichtlich war und auch die Gesetzesbegründung die korrigierende Sichtweise stützt.¹⁶

Hier ist zunächst auf den oben dargestellten Widerspruch zu verweisen, der sich bei wörtlicher Anwendung von § 3 Abs. 2 HmbTG ergibt. Weitere Hinweise ergeben sich aus dem Wortlaut der Norm selbst. Dieser besagt, dass die auskunftspflichtigen Stellen „darüber hinaus“ zu veröffentlichen hätten. Dies kann sich nur auf die Veröffentlichungspflicht nach § 3 Abs. 1 HmbTG beziehen. Diese Pflicht gilt aber nicht für auskunftspflichtige Stellen, sondern nur für Behörden im Sinne des Transparenzgesetzes. Auch dies spricht also dafür, dass es sich bei der Formulierung in § 3 Abs. 2 HmbTG um ein Redaktionsversehen handelt, soweit dieser sich auf „auskunftspflichtige Stellen“ bezieht.

¹² Siehe dazu nur *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, 384 m.w.N.

¹³ *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Einleitung, Rn. 7 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG.

¹⁴ BVerfGE 87, 48, 60.

¹⁵ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl. 2004, Rn. 67c a.E.

¹⁶ So SG Mannheim, Beschl. v. 22.9.2008 – S 11 R 526/08 KE, Rn. 13 zur Frage des Anfallens einer Terminsgebühr bei Abschluss eines schriftlichen Vergleichs unter Verweis auf SG Ulm, Beschl. v. 6.9.2006 – S 11 SB 3004/06 KO-A und SG Mannheim, Beschl. v. 7.5.2008 – S 10 SB 134/08 KE. Der BGH (Beschl. v. 27.11.2002 – XII ZR 205/02) kommt in einem Beschluss mit lediglich zwei Sätzen zu dem entscheidungserheblichen Ergebnis, dass ein Redaktionsversehen vorliegt.

Weitere Hinweise sind der Gesetzesbegründung¹⁷ zu entnehmen. Im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG erklärt die Gesetzesbegründung, dass sich dies auf „alle jenseits der Daseinsvorsorge von einer Behörde abgeschlossenen Verträge“ beziehe.¹⁸ Bei der mittelbaren Staatsverwaltung handelt es sich aber nicht um Behörden im Sinne des Transparenzgesetzes. Folglich verfügt die mittelbare Staatsverwaltung gar nicht über diese Art von Verträgen, die laut Gesetzesbegründung von der Veröffentlichungspflicht des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG erfasst sein sollen.

Ferner ist der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 HmbTG kein einziger Hinweis darauf zu entnehmen, dass die Veröffentlichungspflicht bewusst auf die auskunftspflichtigen Stellen erstreckt werden sollte. Die Gesetzesbegründung behandelt ausschließlich die Informationsgegenstände.¹⁹ Es ist daher davon auszugehen, dass die Erstreckung der Veröffentlichungspflicht dem Gesetzgeber nicht bewusst und von ihm auch nicht gewollt war.

In diesem Zusammenhang ist auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu verweisen: Das Gesetz wurde von einer Volksinitiative mittels eines Wikis²⁰ erstellt, woran unterschiedlichste Personen teilgenommen haben. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vermag so einige Fragen im Hinblick auf Widersprüche und Merkwürdigkeiten im Gesetz zu erklären.²¹

Bei der Nennung der „auskunftspflichtigen Stellen“ in § 3 Abs. 2 HmbTG handelt es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Dies ist so auszulegen, dass die Veröffentlichungspflicht – wie bei § 3 Abs. 1 HmbTG – nur für veröffentlichungspflichtige Stellen des HmbTG gilt.

III. Ergebnis

Die Veröffentlichungspflicht gilt für die Kernverwaltung und private Unternehmen unter der Kontrolle der FHH. Die mittelbare Staatsverwaltung (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts) unterliegt nicht der Veröffentlichungspflicht, sondern lediglich der Auskunftspflicht. Bei der Erstreckung der Veröffentlichungspflicht auf auskunftspflichtige Stellen in § 3 Abs. 2 HmbTG handelt es sich um ein Redaktionsversehen, weshalb die Auslegung in dieser Hinsicht kein anderes Ergebnis ergibt als bei der allgemeinen Veröffentlichungspflicht.

¹⁷ Bürgerschafts-Drucksache 20/4466.

¹⁸ Bürgerschafts-Drucksache 20/4466, S. 15.

¹⁹ Bürgerschafts-Drucksache 20/4466, S. 15 f.

²⁰ Unter einem Wiki versteht man ein Hypertext-System für Webseiten. Ein Wiki erlaubt das Lesen und die gleichzeitige Bearbeitung von Inhalten, vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Wiki>.

²¹ Siehe dazu auch *Schnabel*, NordÖR 2012, 431, 435.