



Abteilung Öffentliches Recht
und Rechtsprüfung

Projekt „Umsetzung des Hamburgischen
Transparenzgesetzes“
- Teilprojekt Recht -

Vermerk zu den Veröffentlichungsgegenständen des § 3 Abs. 1 HmbTG

Hier: Nr. 8 (Gutachten und Studien)

1. Anlass

Der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG wirft in mehrfacher Hinsicht rechtlichen Klärungsbedarf auf. Auslegungsbedürftig sind sowohl die Begriffe „Gutachten“ und „Studien“ als auch die durch den Nebensatz bewirkte Einschränkung des Anwendungsbereichs; zudem sind die Ausnahmenvorschriften zu klären. Der Gesetzestext lautet: „**Gutachten und Studien, soweit sie von Behörden in Auftrag gegeben wurden, in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen.**“

2. Zusammenfassung der Ergebnisse

- Unter **Gutachten** ist zu verstehen jede **Abhandlung einer sachverständigen Person** oder Stelle, in der diese **Erfahrungssätze darstellt und auf einen konkreten Sachverhalt** in der Weise **anwendet**, dass sie aus ihnen und den im Einzelfall festgestellten Befundtatsachen nach Maßgabe ihres Fachwissens **Schlussfolgerungen** zieht und so in begründeter Weise zu einem bestimmten **Ergebnis** zu einer oder mehreren Sachfragen gelangt.
- **Nicht** erfasst sind bloße **gutachterliche Stellungnahmen**.
- **Studien** sind **Ermittlungen, Erforschungen, Dokumentationen oder ähnliche Tätigkeiten**, die, nach **wissenschaftlichen Methoden** durchgeführt, Sachverhalte offen- und darlegen sollen.
- Gutachten und Studien sind zu veröffentlichen, soweit sie von **Behörden** i.S.d. § 2 Abs. 3 HmbTG (also auch durch die dort genannten Personen des Privatrechts [Wirtschaftsunternehmen] in Auftrag gegeben wurden und entweder in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen.
- Ein **Auftrag** i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG liegt vor, wenn von einer Behörde entweder eine **private Stelle** oder eine wie eine private Stelle am Markt der Gutachtendienstleistungen auftretende öffentliche Stelle (z.B. Hochschule) mit der Erstellung des Gutachtens oder der Studie beauftragt worden ist. Soweit eine andere Behörde ihren Sachverstand hingegen im Rahmen der **Amtshilfe** oder zur **gesetzlichen vorgesehenen**

Mitwirkung an einer Entscheidung der federführenden Behörde einbringt, liegt hingegen kein Auftrag vor.

- Als **Ausnahmen und Beschränkungen** zu der Veröffentlichungspflicht sind vor allem zu beachten:
 - **§ 5 Nr. 5 HmbTG** (-> keine Veröffentlichungspflicht hinsichtlich Gutachten, die einen **Rechtsstreit** vorbereiten)
 - **§ 4 HmbTG**: Angaben, die eine Identifikation von dem Gutachten betroffener **natürlicher Personen** ermöglichen, sind unkenntlich zu machen; infolgedessen dürften Gutachten, die ausschließlich eine einzelne natürliche Person betreffen, in der Regel gar nicht zu veröffentlichen sein.
 - **§ 6 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG**: Die Ausnahmegvorschrift für Arbeiten, die der unmittelbaren Vorbereitung einer Behördenentscheidung dienen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG) ist **in der Regel** auf **Gutachten und Studien nicht** anzuwenden.
 - **§ 7 HmbTG**: In Betracht kommen vor allem **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** der oder des **Sachverständigen**, des **beauftragenden Unternehmens** i.S.d. **§ 2 Abs. 3 HmbTG** oder eines in dem Gutachten oder der Studie erwähnten **Dritten**.
 - **§ 9 Abs. 1 HmbTG**: Im Einzelfall kann der Veröffentlichung eines Gutachtens oder einer Studie auch das **Urheberrecht** des Verfassers oder der Verfasserin entgegenstehen. Hierfür bedarf es aber einer **außergewöhnlichen**, individuellen Darstellung, die die **Schöpfungshöhe** eines urheberrechtlich geschützten Werks erreicht. Besondere Vorsicht ist außerdem bei in Gutachten oder Studien enthaltenen **Grafiken oder Lichtbildern** geboten.
 - **Wertgrenze**: Eine Wertuntergrenze der Veröffentlichungspflicht ist gesetzlich **nicht** vorgesehen.
 - **Veröffentlichungsumfang**: Grundsätzlich sind das Gutachten oder die Studie im **Volltext** zu veröffentlichen; eine Veröffentlichung des zugrunde liegenden **Auftrags** (Vertrags) ist allenfalls in **Ausnahmefällen** (gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG) erforderlich.

3. Stellungnahme im Einzelnen

a) Gutachten und Studien

Der **Gesetzesbegründung** sind **keine Anhaltspunkte** zur Auslegung des Begriffspaars „Gutachten und Studien“ zu entnehmen. Beide Begriffe finden sich allerdings in mehreren anderen Rechtsnormen, insbesondere im Bereich des Arzneimittelrechts¹. Einzelnen finden die Begriffe in einer Vielzahl weiterer Rechtsvorschriften Verwendung.² Soweit ersichtlich existieren für beide Begriffe aber keine Legaldefinitionen.

aa) Gutachten

Allerdings lassen sich der **Rechtsprechung** Bemühungen um eine allgemeine Definition des Gutachtenbegriffs entnehmen. So hat das Bundessozialgericht zum Gutachten i.S.d. § 200 SGB VII ausgeführt: *„Dem allgemeinen Sprachverständnis folgend fällt darunter nicht jedwede Äußerung oder Stellungnahme eines medizinischen oder technischen Sachverständigen zu einzelnen Aspekten des Verfahrensgegenstandes, sondern nur die umfassende wissenschaftliche Bearbeitung einer im konkreten Fall relevanten fachlichen Fragestellung durch den Sachverständigen.“*³ Aus Anlass eines äußerungsrechtlichen Rechtsstreits hat das Landgericht Hamburg den Begriff des Gutachtens wie folgt umschrieben: *„Der Begriff des ‚Gutachtens‘ ist nicht eindeutig definiert oder konturiert. Es handelt sich vielmehr um die wertende Bezeichnung einer Arbeit. Der Bewertung einer Arbeit als ‚Gutachten‘ wohnt zwar auch ein tatsächliches Element inne. So erwartet der durchschnittliche Leser, wenn er die Formulierung ‚Gutachten‘ liest, dass es sich um die Arbeit eines Sachverständigen handelt, der in einer begründeten Darstellung von Erfahrungssätzen und in der Ableitung von Schlussfolgerungen ein tatsächliches Geschehen oder einen tatsächlichen Zustand beurteilt.“*⁴

In der rechtswissenschaftlichen **Literatur** wird der Begriff des Gutachtens zumeist vorausgesetzt und nicht näher erläutert.⁵ Definitionsansätze bleiben vereinzelt. So findet sich etwa in einer Kommentierung zur Gewerbeordnung folgende Umschreibung: *„Gutachtliche Tätigkeit lässt sich mithin wie folgt definieren: Feststellung von Tatsachen, begründete Darstellung von Erfahrungssätzen und Ableitung von Schlussfolgerungen tatsächlicher Art zum Zwecke der tatsächlichen Beurteilung eines Geschehensablaufs oder der Bewertung einer Sache in Form*

¹ Vgl. § 42 AMG, § 92 SGB V.

² Vgl. zum Gutachten etwa § 12 Abs. 6 HmbHG; § 411 ZPO, §§ 147 Abs. 3, 244 Abs. 4 StPO, § 34 RVG, §§ 9, 163 FamFG, § 9 JVEG, § 558 a Abs. 2 Nr. 3 BGB, § 58 MarkenG, § 66 Abs. 2 VwVfG, § 18 SGB XI, § 36 Abs. 3 Nr. GewO; § 91 Abs. 1 Nr. HandwO, § 10 Abs. 2 FeV, § 19 Abs. 3 StVZO; § 21 ChemG u.v.m.; zur Studie: § 1 GVO-EG Versicherungen, § 47c Abs. 4 GWB, § 28 RöntgV, § 2 BKRG u.v.m.

³ Vgl. BSGE 100, 25.

⁴ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 29.6.2010, 324 O 241/10.

⁵ Vgl. exemplarisch: Musielak-Huber, 9. Aufl. 2012, § 411 ZPO, Rn. 1 ff.; MüKo-Artz, 6. Aufl. 2012, § 558a BGB Rn. 23; KK-Laufhütte, 6. Aufl. 2008, § 147 StPO Rn. 19.

eines objektiven, unparteiischen und allgemein gültigen Urteils.⁶ Zur Erläuterung der VOB heißt es: „Diese gutachterliche Tätigkeit bezweckt nach allgemeinem Verständnis die Mitteilung abstrakter Erfahrungssätze aus dem Fachgebiet des Sachverständigen, die Tatsachenfeststellung auf der Grundlage des besonderen Fachwissens des Sachverständigen, die zu den sog. Befundtatsachen führt und die Beurteilung von Tatsachen (Anknüpfungstatsachen und Befundtatsachen) nach Maßgabe des Fachwissens und der Erfahrungssätze auf dem Fachgebiet des Sachverständigen.“⁷

In **allgemeinsprachlichen Nachschlagewerken** finden sich entsprechende Umschreibungen; Die Internetenzyklopädie Wikipedia formuliert: „Ein Gutachten zu einer Sachfrage ist die begründete Darstellung von Erfahrungssätzen und die Ableitung von Schlussfolgerungen für die tatsächliche Beurteilung eines Geschehens oder Zustands durch einen oder mehrere Sachverständige. Der Sachverständige erstattet in der Regel Befunde, Gutachten oder gutachtliche Stellungnahmen. Ein Gutachten enthält eine allgemein vertrauenswürdige Beurteilung eines Sachverhalts im Hinblick auf eine Fragestellung oder ein vorgegebenes Ziel. Es tritt als verbindliche (z. B. bezeugte oder unterschriebene) mündliche oder schriftliche Aussage eines Sachverständigen oder Gutachters auf. Die allgemeine Vertrauenswürdigkeit wird gegebenenfalls durch Akkreditierung des Gutachters durch ein vertrauenswürdiges Verfahren der Zertifizierung mit der für die Fragestellung oder das Ziel erforderlichen Allgemeingültigkeit erreicht.“⁸ Der behördliche Sprachgebrauch innerhalb der **FHH** wird durch den Leitfaden der FB zur Vergabe von Beratungsaufträgen (**Gutachtenleitfaden [GLF]** Stand November 2011), konkretisiert, wo es heißt: „Gutachten sind fachliche Bewertungen von Sachverhalten auf Grund wissenschaftlicher Erkenntnisse und/oder praktischer Erfahrungen, in denen je nach Auftrag auch Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Unter Gutachten sind auch Organisations-, Wirtschaftlichkeits- und ähnliche Untersuchungen sowie damit in Zusammenhang stehenden Beratungen zu subsumieren.“

Da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG einen speziellen – sei es besonders engen oder besonders weiten – **Gutachtenbegriff** enthält, dürfte sich aus den obigen Ausführungen zusammenfassend ergeben, dass das Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist als

⁶ Vgl. Landmann-Rohmer-Bleutge, GewO, Stand: 61. EL 2012, § 36 Rn. 13; ebenso ders., in: GewArch 2007, 184; ähnlich BeckOK-GewO-Rickert, Stand: Januar 2013, § 36 Rn. 19.

⁷ Vgl. Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 1. Aufl. 2001, § 7 Rn. 11-

⁸ Vgl. www.wikipedia.de (Stand April 2013) zum Stichwort „Gutachten“; knapper Gablers Wirtschaftslexikon (Internet): „Beurteilung durch Sachverständigen“.

Abhandlung einer sachverständigen Person oder Stelle, in der diese Erfahrungssätze⁹ darstellt und auf einen konkreten Sachverhalt in der Weise anwendet, dass sie aus ihnen und den im Einzelfall festgestellten Befundtatsachen nach Maßgabe ihres Fachwissens Schlussfolgerungen zieht und so in begründeter Weise zu einem bestimmten Ergebnis zu einer oder mehreren Sachfragen gelangt.

Aus dem Umstand, dass die Veröffentlichungspflicht sich auf Informationen i.S.d. § 3 Abs. 1 HmbTG bezieht (arg. e § 1 Abs. 2), ergibt sich des Weiteren, dass das **Gutachten selbst in aufgezeichneter Form¹⁰** vorliegen muss. Demnach dürften etwa vorhandene Protokolle bzw. Mitschriften einer Behörde über ein (z.B. während einer Gerichtsverhandlung) nur **mündlich erstattetes Gutachten** nicht unter die Vorschrift fallen; allenfalls kommt in solchen Fällen die Sollvorschrift des § 3 Abs. 2 HmbTG in Betracht.

Zudem dürfte der Informationsgegenstand „Gutachten“ **abzugrenzen** sein von einer bloßen gutachterlichen Äußerung bzw. **gutachterlichen Stellungnahme** (die im Gegensatz zu den „Studien“ gerade nicht in der Vorschrift genannt sind). Hierunter sind Ausführungen zu verstehen, die ohne die in einem Gutachten zu erwartende Aufbereitung der allgemeinen und konkreten Sachlage eine oder mehrere einzelne Fachfragen im Ergebnis beantworten. Es handelt sich also um eine **Rumpfform** des Gutachtens, die nicht alle Elemente der oben genannten Definition aufweist. So kann es **entweder** an der für Gutachten typischen **Schlussfolgerung für einen konkreten Einzelfall fehlen**, weil ausschließlich abstrakte Erfahrungssätze mitgeteilt werden (Bsp.: „Wie ist der Stand der ärztlichen Kunst zu...?“, „Welche statischen Anforderungen sind bei der Installation einer Photovoltaikanlage auf ein Schrägdach zu beachten?“), **oder** es fehlt **umgekehrt** an einer Darstellung des abstrakten Teils, also an **Ausführungen zu den zugrunde gelegten Erfahrungssätzen oder der angewandten Methode**.¹¹ In diesem Fall erschöpft sich die gutachterliche Äußerung in der Mitteilung eines Ergebnisses im konkreten Fall, was insbesondere auch in Ergänzung eines erstellten Gutachtens geschehen kann (z.B.: „Würde sich an der Einschätzung etwas ändern, wenn...?“ „Wie ist...zu verstehen?“). Die gutachterlichen Stellungnahmen unterscheiden sich von den Gutachten also typischerweise durch ihren Umfang, ihre Begründungstiefe sowie durch ihren Konkretisierungsgrad (nur Darstellung von Erfahrungssätzen statt zusätzlicher Anwendung derselben auf den Einzelfall

⁹ Der Begriff „Erfahrungssätze“ ist dabei weit zu verstehen; außerhalb der empirischen Wissenschaften (d.h. etwa in Rechtsgutachten) fallen darunter anerkannte Allgemeinaussagen bzw. Obersätze der jeweiligen Disziplin.

¹⁰ Dabei kommt es auf die Form der Aufzeichnung nicht an, insbesondere nicht darauf, ob es sich um ein klassisches Textdokument oder etwa eine Power-Point-Aufbereitung handelt.

¹¹ So liegt es z.B. regelmäßig bei Stellungnahmen im Rahmen einer sachverständigen Projektbegleitung.

oder umgekehrt)¹². Nicht entscheidend ist demgegenüber die von dem Verfasser oder der Verfasserin bzw. die von der auftraggebenden Stelle gewählte Bezeichnung der Arbeit als solche; sie kann allenfalls indiziellen Charakter für die Einstufung als Gutachten oder als gutachterliche Stellungnahme haben.

Ob gutachterliche Stellungnahmen i.S.d. **§ 3 Abs. 2 mit Gutachten vergleichbar** sind und unter diesem Gesichtspunkt der **Soll-Veröffentlichung** unterfallen; ist im Einzelfall zu prüfen. **Typischerweise dürfte die Vergleichbarkeit zu verneinen sein.** Vergleichbar sind gutachterliche Stellungnahmen allerdings dann, wenn sie einen besonders großen Umfang oder aus inhaltlichen Gründen eine besondere Bedeutung für den behördlichen Entscheidungsprozess haben. Dasselbe dürfte in der Regel dann gelten, wenn einzelne gutachterliche Stellungnahmen zur Ergänzung oder Erläuterung eines vorgelegten – und seinerseits veröffentlichungspflichtigen – Gutachtens abgegeben werden; hier liegt es nahe, auch die Ergänzung zumindest unter dem Gesichtspunkt des Absatzes 2 in das Informationsregister aufzunehmen.

Weitere generelle Ausschlüsse lassen sich dem Gesetz nicht entnehmen. Insbesondere dürften der **Gegenstand und der Zweck** des Gutachtens für die Veröffentlichungspflicht ohne Bedeutung sein. So sind grundsätzlich beispielsweise auch schriftliche Arbeiten von **Ingenieuren** zur Vorbereitung eines konkreten (Bau-)Vorhabens umfasst, soweit sie die bisher genannten Merkmale eines Gutachtens aufweisen.¹³ Auch sieht das Gesetz **kein Erfordernis** eines irgendwie gearteten **öffentlichen Interesses** an dem **Gutachteninhalt** vor. Anders als im Fall des § 3 Abs. 2 HmbTG ist im Rahmen des § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber **grundsätzlich alle Gutachten für veröffentlichungswürdig** gehalten hat, ohne dass es darauf ankäme, ob die darin behandelte Fragestellung einen unmittelbaren Bezug zu den Bürgerinnen und Bürgern aufweist oder als solche nur von verwaltungsinternem Interesse ist. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass unter den Gesichtspunkten des Umgangs mit Steuergeldern und der Kontrolle des Verhältnisses zwischen den Behörden und den Gutachtern schon die Tatsache, dass zu einer bestimmten Fragestellung ein Gutachten eingeholt worden ist, für bedeutsam gehalten wurde.

¹² Vgl. zu dem Begriff „kurze gutachterliche Stellungnahme“ (kostenrechtlich): LG Hamburg, Beschluss vom 4.11.2008, Az.: 603-16/08; bestätigt durch HansOLG, Beschluss vom 2.2.2009, 3 Ws 9/09; beide zit. nach der Internetseite der Architekten- und Ingenieurskammer Schleswig-Holstein (www.aik-sh.de).

¹³ Dass derartige Gutachten häufig in keine konkrete Handlungsempfehlung münden mögen, sondern nur einzelne Sachfragen in der oben beschriebenen Weise beantworten, erscheint ebenfalls unerheblich, sofern sie nur zur Vorbereitung einer Behördenentscheidung eingeholt worden sind.

bb) Studien

Definitionen des Begriffs „Studien“ sind in noch geringerem Maße nachweisbar als für den soeben erörterten Begriff des Gutachtens. Zu nennen ist insbesondere ein Definitionsversuch von Wiedemann, der zum **Begriff der Studie** ausführt: *„Nach allgemeinem Verständnis wird man in diesem Zusammenhang unter einer Studie eine mehr oder minder ausführliche, jedenfalls wissenschaftlich exakte Auseinandersetzung mit einem problematischen und deshalb erkenntnisbedürftigen Gegenstand verstehen. Studien sind demnach keine allgemeinen Betrachtungen, die nicht aus offen ausgewiesenen und gerechtfertigten Annahmen nach logisch exakten Methoden entwickelt werden.(...) Für die Anerkennung der Studieneigenschaft ist es nicht erforderlich, dass die Untersuchung nach einer bestimmten Methode oder in einem bestimmten Umfang erstellt wird. Allerdings wird man von Studien dann nicht ausgehen können, wenn die kausalen Beziehungen zwischen den Annahmen und Ergebnissen der Untersuchungen nicht in dem Umfang dargelegt werden, der für den Nachvollzug erforderlich ist; das verbietet die Reduzierung der Untersuchungen auf bloße Zusammenstellungen von Thesen.“*¹⁴ Im Wesentlichen übereinstimmend mit diesem Definitionsversuch formuliert der bereits oben (aa) zitierte **Gutachtenleitfaden** der FHH: *„Untersuchungen (Studien) sind Ermittlungen, Erforschungen, Dokumentationen oder ähnliche Tätigkeiten, die, nach wissenschaftlichen Methoden durchgeführt, Sachverhalte¹⁵ offen- und darlegen sollen“*.

Diese Umschreibungen, die dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen dürften, zeigen, dass maßgeblich für die Annahme einer Studie das Moment der wissenschaftlichen Methodik ist, mit der die jeweilige Fragestellung bearbeitet wird. Auch die **Studie** erfordert demnach einen **gewissen Umfang und eine gewisse Darstellungs- und Begründungstiefe**. Als Beispiele für Studien können etwa Evaluationsuntersuchungen, Bestandserhebungen (wie die Bestandserhebung Pakt für Prävention 2009) oder die Dunkelfeldstudie der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg genannt werden.¹⁶ Der **Unterschied zum Gutachten** dürfte darin liegen, dass **weniger die Schlussfolgerung**, d.h. sachverständige Bewertung der Gültigkeit allgemeiner Erfahrungssätze im Einzelfall, **als** vielmehr die **Feststellung eines bestimmten Status** im Vordergrund stehen dürfte. Dass die Übergänge im konkreten Fall fließend sein dürften, ist allerdings unproblematisch, weil sich an die beiden Begriffe keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpfen.

¹⁴ Vgl. Wiedemann, Kartellrecht, 2. Aufl. 2008, § 33 Rn. 54 zu Art. 1 lit. b) der Gruppenfreistellungsverordnung für Versicherungen, wo geregelt ist, dass Versicherer Vereinbarungen über gemeinsame Studien über Schadenshäufigkeiten oder den Ertrag von Anlageformen treffen dürfen.

¹⁵ Dabei dürfte es nicht darauf ankommen, ob es sich um vergangene, gegenwärtige oder sogar zukünftige Sachverhalte handelt. Auch Untersuchungen über wahrscheinliche zukünftige Entwicklungen (Prognosestudien) dürften daher von § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG erfasst sein.

¹⁶ Die Beispiele sind der Bürgerschaftsdrucksache 19/6928 (Antwort des Senats auf SKA des MdHB Böwer) entnommen.

b) Zur Bedeutung des Nebensatzes in § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG¹⁷

aa) Zu beachten ist weiter, dass nicht sämtliche bei einer der Veröffentlichungspflicht unterliegenden Stelle vorhandenen Gutachten oder Studien zu veröffentlichen sind, sondern nur solche, die von Behörden in Auftrag gegeben wurden, in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen. Zur näheren Konkretisierung dieser Einschränkung ist zunächst zu klären, wie deren einzelne Teile („in Auftrag gegeben“, „in die Entscheidung einfließen“, „ihrer Vorbereitung dienen“) sich zueinander verhalten. Nach dem Wortlaut des Nebensatzes („...soweit...“) könnte der Eindruck entstehen, dass es sich um eine Aufzählung alternativer Tatbestandsmerkmale handelt, so dass Gutachten und Studien schon dann erfasst wären, wenn sie entweder von einer Behörde in Auftrag gegeben oder in ihre Entscheidung eingeflossen oder deren Vorbereitung gedient haben. Dieses Verständnis dürfte aber nicht richtig sein. Dagegen spricht zum einen, dass dann auch sämtliche nicht von der Behörde in Auftrag gegebenen Studien (und Gutachten) zu veröffentlichen wären, die an anderer Stelle (etwa in Lehrbüchern oder Zeitschriften) publiziert sind und von einem behördlichen Sachbearbeiter zur Einarbeitung in einen Vorgang oder – bei entsprechend weitem Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Vorbereitung“ – auch nur zur allgemeinen fachlichen Fortbildung herangezogen worden sind. Hierdurch würde nicht nur das Informationsregister mit einer erheblichen Menge Daten belastet werden, deren Veröffentlichung (im Hinblick auf ihre anderweitige öffentliche Zugänglichkeit) zu dem Gesetzeszweck der Kontrolle staatlichen Handelns wenig beizutragen vermag; vielmehr würde auch die behördliche Arbeit stark belastet, müssten nicht nur die in behördlichem Auftrag erstellten, sondern auch die sonst zur Kenntnis genommenen Gutachten zur Einstellung in das Informationsregister aufbereitet werden. Außerdem liefere eine so verstandene Veröffentlichungspflicht häufig leer, weil sie mit entgegenstehenden Urheberrechten des Verfassers oder Verlegers kollidieren würde und im Hinblick auf die Höherrangigkeit des UrhG zurücktreten müsste. Des Weiteren ist gegen die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „in Auftrag gegeben“, „in die Entscheidung der Behörde einfließen“ und „ihrer Vorbereitung dienen“ als alternativ anzuführen, dass jedes von der Behörde in Auftrag gegebene Gutachten ohnehin zumindest auch der Vorbereitung einer behördlichen Entscheidung dienen dürfte¹⁸, so dass das Merkmal „in Auftrag gegeben“ dann eigentlich entbehrlich wäre.

¹⁷ „...soweit sie von Behörden in Auftrag gegeben wurden, in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen“.

¹⁸ Spätestens durch die zweite Alternative („ihrer Vorbereitung dienen“) dürften insbesondere auch sog. „Schubladengutachten“, deren Ergebnis der Auftraggeber nicht billigt und daher nicht zur Grundlage seiner Entscheidung erhebt, von der Veröffentlichungspflicht erfasst sein.

Zwischenergebnis: Der Tatbestand ist daher wie folgt zu lesen: „**Gutachten und Studien, soweit sie von Behörden in Auftrag gegeben wurden und entweder in die Entscheidung der Behörde einfließen oder ihrer Vorbereitung dienen.**“

bb) Fraglich ist weiter, wann ein Gutachten oder eine Studie **von einer Behörde in Auftrag gegeben** worden ist. Der Begriff der **Behörde** wird in **§ 2 Abs. 3 HmbTG definiert**; er umfasst auch die im zweiten Halbsatz der Norm genannten **natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts**. Da es sich hierbei ausweislich der amtlichen Überschrift und der Gesetzes-systematik um eine für das gesamte HmbTG gültige Begriffsbestimmung handelt, ist – mangels irgendwelcher Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise abweichende Begriffsverwendung in § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG – davon auszugehen, dass grundsätzlich auch solche Gutachten zu veröffentlichen sind, die von einem gem. § 2 Abs. 3 HmbTG **veröffentlichungspflichtigen Unternehmen** in Auftrag gegeben worden sind.

Der Wortlaut der Vorschrift dürfte des Weiteren dafür sprechen, jedenfalls zu verlangen, dass der Verfasser oder die Verfasserin des Gutachtens oder der Studie (**Auftragnehmer**) **nicht mit der den Auftrag erteilenden Behörde identisch** ist. Dem entspricht auch die bisherige Verwaltungspraxis insofern, als im Rahmen des verwaltungsinternen Gutachtenregisters¹⁹ nur extern vergebene Gutachtaufträge aufgelistet worden sind.

Eindeutig erfasst sind daher sämtliche im Auftrag einer veröffentlichungspflichtigen Stelle durch einen **privaten Dritten** erstellten Gutachten und Studien, wobei es nicht darauf ankommen dürfte, ob der Sachverständige zur Erstattung verpflichtet ist²⁰ oder den Auftrag auch ablehnen könnte. Nicht veröffentlichungspflichtig nach § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG dürften demgegenüber solche Arbeiten sein, die eine **Behörde für eigene Zwecke selbst** erstellt. Problematischer erscheinen die – zwischen diesen beiden Konstellationen gelagerten – Fälle, in denen Gutachten und Studien von einer **anderen Behörde** erstellt werden als derjenigen, die sie im konkreten Fall zur Entscheidungsfindung verwendet. In diesen Fällen dürfte zu differenzieren sein: Dort, wo behördliche Stellen in gleicher Weise wie private Anbieter die Erstattung von Gutachten oder Studien als **Dienstleistung** anbieten und in dieser Eigenschaft von der federführenden Behörde beauftragt werden (insbesondere Gutachtertätigkeit der Universitäten), ist kein Grund erkennbar, die Ergebnisse anders zu behandeln als Gutachten und Studien, die von privaten Stellen im Behördenauftrag erstattet werden; beide sind also von der Veröffentli-

¹⁹ Abrufbar im FHH-Portal.

²⁰ Vgl. z.B. § 65 HmbVwVfG.

chungspflicht umfasst.²¹ Hiervon abzugrenzen ist die Situation, in der eine über besonderen Sachverstand verfügende Behörde im Wege der **Amtshilfe**²² herangezogen wird. Auf diesem Weg beigesteuerte behördliche Gutachten oder Studien dürften der Veröffentlichungspflicht nicht unterfallen.

Hierfür spricht zum einen der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG („in Auftrag gegeben“). Es entspricht dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch, terminologisch zwischen den Kategorien „Auftrag“²³ einerseits und „Amtshilfe“ mit dem korrespondierenden Begriff „Ersuchen“ andererseits²⁴ zu unterscheiden.²⁵ Hinzu kommt, dass eine im Wege der Amtshilfe geleistete Sachverständigentätigkeit sich auch der Sache nach als staatliche Eigenleistung und nicht als vergebener „Auftrag“ darstellt²⁶ und kein Grund ersichtlich ist, sie rechtlich anders zu behandeln als eine von der federführenden Behörde selbst erstellte Expertise. Dasselbe dürfte für andere Bereiche der interbehördlichen Zusammenarbeit gelten, in denen die sachverständige Behörde unabhängig von dem Ersuchen der federführenden Behörde zur Mitwirkung verpflichtet ist, weil sie hierdurch **eigene Aufgaben** erfüllt²⁷, soweit in diesem Rahmen Zuarbeiten in Betracht kommen, die die o.g. Voraussetzungen eines Gutachtens oder einer Studie entsprechen. Auch hier kann nicht von einem „Auftrag“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG ausgegangen werden und die Veröffentlichungspflicht, die die erstellende Behörde nicht trifft, nicht dadurch entstehen, dass eine andere Behörde deren Mitwirkungstätigkeit zur Grundlage ihrer Entscheidung macht.²⁸

Soweit danach keine Veröffentlichungspflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG besteht, bleibt allerdings – wie stets – im Einzelfall zu prüfen, ob es sich bei dem behördlich erstellten Gutachten oder der Studie um eine vergleichbare Information i.S.d. § 3 Abs. 2 HmbTG handelt.

3. Ausnahmen

Als in Bezug auf § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG voraussichtlich besonders relevante Ausnahmetatbestände sind die folgenden Vorschriften hervorzuheben:

²¹ Insoweit dürfte auch unerheblich sein, ob die Behörde aus haushaltsrechtlichen oder hochschulrechtlichen Gründen verpflichtet ist, einen öffentlichen Gutachter zu beauftragen statt eines privaten Anbieters oder ob sie eine Wahlfreiheit hat.

²² Vgl. §§ 4-8 HmbVwVfG.

²³ Vgl. exemplarisch: Art. 85 Abs. 1 GG; § 88 SGB X; § 195 Satz 2 AO.

²⁴ Vgl. exemplarisch: § 4 Abs. 1 HmbVwVfG; § 3 Abs. 2 Nr. 1 VwVG.

²⁵ Vgl. v. Wulffen-Engelmann, SGB X-Kommentar, 7. Aufl. 2010, § 88 SGB X Rn. 3; Klein-Rüsken, AO-Kommentar, 11. Aufl. 2012, § 195 Rn. 10.

²⁶ Vgl. zur Abgrenzung im Vergaberecht näher Tomerius, LKV 2009, 395 (Besprechungsaufsatz zu EuGH, Rs. C-480/06 betreffend einen Fall der interkommunalen Kooperation).

²⁷ Vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 2 HmbVwVfG.

²⁸ Wie etwa bei mehrstufigen Verwaltungsakten, z.B. gem. § 10 Abs. 5 BImSchG.

- **§ 5 Nr. 5 HmbTG:** Hiernach sind Gutachten und Studien **nicht von der Veröffentlichungspflicht** (und auch nicht von der Auskunftspflicht) **erfasst, soweit sie Prognosen, Bewertungen, Empfehlungen oder Anweisungen im Zusammenhang mit der gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen enthalten.** Dies betrifft insbesondere Rechtsgutachten über die Erfolgsaussichten eines von einer veröffentlichungspflichtigen Stelle eventuell zu führenden Schadensersatzprozesses. Die Vorschrift, die offenbar § 3 Abs. 2 Nr. 6 HmbIFG nachgebildet ist, dürfte als Ausnahmetatbestand eng auszulegen sein²⁹ und daher voraussetzen, dass bereits ein konkretes Rechtsverhältnis besteht, innerhalb dessen Ansprüche gestellt oder abgewehrt werden sollen. Rechtsgutachten, die nur allgemein, ohne Bezug auf einen bestimmten Anspruchsteller bzw. Anspruchsgegner die Rechtslage klären sollen, dürften nicht erfasst sein.³⁰

- **§ 5 Nr. 7 HmbTG:** Nicht unmittelbar einschlägig ist hingegen die Ausnahmegesetzgebung des § 5 Nr. 7 HmbTG, die den Schutz des Grundrechts auf **Wissenschaftsfreiheit** (Art. 5 Abs. 3 GG) sicherstellen soll. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, wonach die Veröffentlichungspflicht gem. § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG „unberührt“ bleibt, und der Gesetzesbegründung, die ausdrücklich hervorhebt, dass nur „jenseits der in § 3 Absatz 1 Nummer 8 genannten Gutachten und Studien“ Forschungsprozesse und -ergebnisse geschützt werden sollen. Dies darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass Gutachten und Studien i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG niemals in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG fielen. Vielmehr dürfte dies regelmäßig der Fall sein, soweit die Gutachten oder Studien inhaltlich als wissenschaftliche Arbeit anzusehen sind.³¹ Denn die Forschungsfreiheit, die auch im Bereich der Auftragsforschung zu beachten ist³², umfasst grundsätzlich auch das Recht des Wissenschaftlers zu entscheiden, wann und in welchem Umfang er seine Forschungsergebnisse publiziert.³³ Sie schützt somit den Inhalt wissenschaftlicher Arbeiten, unabhängig davon, ob diese

²⁹ Vgl. zu den Ausnahmetatbeständen des IFG (mit auch hier einschlägiger Begründung): VG Hamburg, Urt. v. 24.11.2008, 15 K 4014/07, BeckRS 2009, 31054.

³⁰ Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung, die von Unterlagen spricht, welche „für die Bewertung insbesondere des Ablaufs, der Dauer oder der Erfolgsaussichten eines bevorstehenden, bereits anhängigen oder abgeschlossenen Rechtsstreits beziehungsweise die Ausbildung einer Vergleichsbereitschaft oder die Beurteilung eines Anspruchsschreibens von Bedeutung sind oder waren“; vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 17 (gleichlautend die Begründung zum HmbIFG, Bürgerschaftsdrucksache 19/1283, S. 10).

³¹ Vgl. hierzu Hauck, ZUM 2011, 542, 543.

³² Vgl. BAG, NZA 2009, 84, 87.

³³ Vgl. BVerfGE 47, 327 [JURIS Rn. 191]; BGHZ 173, 356 [JURIS Rn. 18]; VG Köln, Urteil vom 6.12.2012, 13 K 2679/11 m.w.N.

zugleich die Voraussetzungen eines urheberrechtlichen Schutzes³⁴ aufweisen. Infolgedessen sollte bei der Vergabe von Aufträgen zu wissenschaftlichen Gutachten oder Studien die Zustimmung des beauftragten Wissenschaftlers oder der beauftragten Wissenschaftlerin zur Veröffentlichung eingeholt werden. Wo dies unterbleibt, ist **im Einzelfall zu prüfen, ob die Veröffentlichung gegen die Forschungsfreiheit des sachverständigen Autors oder der Autorin verstoßen könnte**. Dies dürfte allerdings **zumeist zu verneinen** sein. Denn bei der Erstattung einer wissenschaftlichen Arbeit (Gutachten oder Studie) im Auftrag der öffentlichen Hand gerät ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse des Sachverständigen in einen Widerstreit mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 GG), welches in gewissem Maß die Transparenz staatlichen Handelns gebietet.³⁵ Der Sachverständige, der einem wissenschaftlichen Gutachtenauftrag zur Vorbereitung einer Behördenentscheidung nachkommt, muss sich bewusst sein, dass die legitime Kontrolle staatlichen Handelns auch dessen Grundlagen umfasst³⁶ und er daher (aus freien Stücken) in einem besonderen Transparenzanforderungen unterliegenden Bereich tätig wird. Hieraus dürfte sich ergeben, dass der Schutz der Wissenschaftsfreiheit allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen die Geheimhaltung eines wissenschaftlichen Gutachtens oder einer wissenschaftlichen Studie gebietet. In der Regel dürfte die Veröffentlichungspflicht des § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG hingegen eine gem. Art. 20 GG zulässige und verhältnismäßige Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit darstellen.

- **§ 4 HmbTG:** Hiernach sind **personenbezogene Daten** (mit Ausnahme des Verfassers oder der Verfasserin des Gutachtens oder der Studie) unkenntlich zu machen. Daraus dürfte sich ergeben, dass solche Gutachten, die **ausschließlich eine einzelne natürliche Person** betreffen³⁷ in der Regel **überhaupt nicht zu veröffentlichen** sein werden. Denn der Begriff der personenbezogenen Daten, bezüglich dessen die amtliche Begründung zu § 4 HmbTG auf § 4 Abs. 1 HmbDSG verweist³⁸, ist zu verstehen als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse bestimmter oder bestimmbarer natürlicher Personen“. Zumindest eine *Bestimmbarkeit* der betroffenen Person wird aber durch die in medizinischen oder sonstigen Gutachten über eine ein-

³⁴ Vgl. dazu näher sogleich.

³⁵ Vgl. Roßnagel, MMR 2007, 16, 17 f.

³⁶ Vgl. zu diesem Gedanken in Bezug auf Auskünfte über vertragliche Beziehungen von Rechtsanwälten mit der öffentlichen Hand im Rahmen einer Kleinen Anfrage: LVerfG M-V Urt. v. 19.12.2002, Az.: LVerfG 5/02 unter Verweis auf SaarLVerfGH, Urteil vom 31.10.2002 – Lv 2/02 – und VerfG Bbg, LVerfGE 4, 179, 188 sowie Lennartz, DÖV 2006, 185.

³⁷ Z.B.: Fahreignungsgutachten nach FeV, medizinische Gutachten zur Dienstfähigkeit eines Beamten etc.

³⁸ Daneben kommt (über § 9 Abs. 1 HmbTG) im Einzelfall auch der Sozialdatenschutz nach § 35 SGB I i.V.m. §§ 67 ff. SGB X in Betracht.

zelne Person enthaltenen individuellen Beschreibungen typischerweise gegeben sein. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Informationsregister für jedermann einsehbar ist, so dass von einer Personenbeziehbarkeit eines darin veröffentlichten Gutachtens schon dann auszugehen wäre, wenn nur irgendein Personenkreis (etwa Bekannte des Betroffenen) in der Lage wäre, die begutachtete Person zu identifizieren. Soweit ein ärztliches Gutachten im Rahmen eines Verfahrens nach dem Sozialgesetzbuch erstellt worden ist, führt der Sozialdatenschutz (§ 76 SGB X) zu demselben Ergebnis.

Nicht unmittelbar unter § 4 HmbTG fallen hingegen in einem Gutachten oder einer Studie enthaltene sensible Daten über **juristische Personen des Privatrechts**. Soweit hier nicht Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse i.S.d. § 7 HmbTG betroffen sind (s.u.), kann hier – wie auch bei sämtlichen übrigen Veröffentlichungsgegenständen – im Einzelfall zu prüfen sein, ob die juristische Person sich unter dem Gesichtspunkt des mit Einschränkungen auch ihr zustehenden Grundrechts auf **informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG)³⁹ auf ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse berufen kann, was aber nur ausnahmsweise in Betracht kommen dürfte.⁴⁰

- **§ 6 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG:** Nicht unproblematisch ist die Bedeutung der Ausnahmevorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG⁴¹ für den Bereich der Gutachten und Studien nach § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG.

Klar erscheint immerhin der **zeitliche Anwendungsbereich** der Norm. Aus dem Wortlaut („...solange durch die vorzeitige Bekanntgabe...“) und dem Zweck der Vorschrift,

³⁹ Vgl. BVerfGE 118, 168, 203 ff.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10.9.2009, 1 BvR 1636/09; OVG Lüneburg, NJW 2009, 2697. Dies gilt allerdings nicht für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, weil Hoheitsträger über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfügen (vgl. BVerfG, NVwZ 2009, 1282 f.). Dies betrifft insbesondere einen Teil der unter § 2 Abs. 3 HmbTG fallenden juristischen Personen des Privatrechts.

⁴⁰ In derartigen Fällen dürfte häufig eine Anhörung der betroffenen Person geboten sein, um das Gewicht des betroffenen Geheimhaltungsinteresses bemessen zu können; eine analoge Anwendung der §§ 7 Abs. 3, 12 Abs. 7 HmbTG liegt nahe.

⁴¹ Die Vorschrift lautet: „Ebenfalls von der Informationspflicht sollen ausgenommen werden Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Informationen der Erfolg der Entscheidungen oder bevorstehender Maßnahmen vereitelt würde. Nicht der unmittelbaren Entscheidungsfindung nach Satz 1 dienen Statistiken, Datensammlungen, Geodaten, regelmäßige Ergebnisse der Beweiserhebung, Auskünfte, Gutachten oder Stellungnahmen Dritter.“

den **behördlichen Entscheidungsprozess** zu schützen⁴², ergibt sich, dass sie nur so lange in Betracht zu ziehen ist, bis die auf das Gutachten oder die Studie gestützte Entscheidung ergangen ist; denn danach ist eine vorzeitige Bekanntgabe i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG nicht mehr denkbar. Ein gem. § 6 Abs. 2 HmbTG zunächst nicht veröffentlichtes Dokument muss also **spätestens nach Abschluss des Verfahrens** durch Erlass der Sachentscheidung in das Informationsregister eingestellt werden.⁴³

Größere Schwierigkeiten bereitet der **sachliche Anwendungsbereich** im Hinblick auf Gutachten und Studien, also die Frage, in welchem Umfang diese überhaupt unter den Ausnahmetatbestand des **§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG** fallen. § 6 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG ordnet – zumal in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG – ein relativ kompliziertes Regel-Ausnahme-Verhältnis an. Während Satz 1 der Vorschrift eine **Ausnahme zu den grundsätzlichen Veröffentlichungspflichten** nach § 3 Abs. 1 und 2 HmbTG in Gestalt eines **bereichsspezifischen temporären Geheimnisschutzes** regelt, stellt der folgende Satz 2 klar, welche Gegenstände nicht unter diesen besonderen Schutz fallen.

Gutachten und Studien, die überhaupt einer Veröffentlichungspflicht unterliegen, können an sich unter Arbeiten zur Vorbereitung von Entscheidungen i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG subsumiert werden, denn § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG umfasst ja von vornherein nur solche Gutachten und Studien, die im Hinblick auf eine behördliche Entscheidung in Auftrag gegeben worden sind. Fraglich ist aber, ob und inwieweit sie auch gerade Arbeiten zur unmittelbaren Vorbereitung der Entscheidung im Sinne der Vorschrift sind. Die Abgrenzung dürfte sich generell danach richten, ob es sich um Arbeiten handelt, die Teil des Entscheidungsbildungsprozesses sind und somit der Verfahrensherrschaft der Behörde unterliegen oder ob ausschließlich von der eigentlichen Entscheidungsbildung abgrenzbare tatsächliche Erkenntnisse betroffen sind.⁴⁴ Diese

⁴² Vgl. die amtliche Überschrift zu § 6: „Schutz öffentlicher Belange“. Ob sich aus dieser Formulierung zugleich ergibt, dass der Entscheidungsprozess von Unternehmen i.S.d. § 2 Abs. 3 HmbTG nur insoweit geschützt ist, als dies gerade im öffentlichen Interesse liegt, soll hier nicht vertieft werden.

⁴³ Vgl. zu § 4 IFG des Bundes Schoch, a.a.O., § 4 Rn. 31; so auch ausdrücklich noch § 9 Abs. 6 HmbIFG (2009): „Informationen, die nach Absatz 1 vorenthalten worden sind, sind spätestens nach Abschluss des jeweiligen Verfahrens zugänglich zu machen.“

⁴⁴ Vgl. erhellend die amtlichen Begründungen zu den sachlich vergleichbaren Vorschriften des IFG des Bundes (BT-Drs. 15/4493, S. 12) sowie zum HmbIFG (2009) (Bürgerschaftsdrucksache 19/1283, S. 12: „Gemeinsam ist diesen Unterlagen, dass sie nur entscheidungserhebliche Tatsachen, Vorgänge und dergleichen betreffen, aber beispielweise nicht Entscheidungsvorschläge und insofern weder Entwürfe von Entscheidungen noch Arbeiten zu deren unmittelbarer Entscheidung darstellen.“; anders Schoch, a.a.O., § 4 Rn. 20 m.w.N., der eher zeitlich abgrenzt und danach fragt, ob die jeweilige Information die Grundlage der Entscheidung bildet oder zeitlich weiter

Differenzierung wird durch § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 HmbTG insofern konkretisiert, als darin ausdrücklich aufgezählt wird, welche Informationen nicht der unmittelbaren Entscheidungsfindung (i.S.d. Satzes 1) dienen. Nach dem Wortlaut der Norm sind dies „Statistiken, Datensammlungen, Geodaten, regelmäßige Ergebnisse der Beweiserhebung, Auskünfte, Gutachten oder Stellungnahmen Dritter“. Hiernach scheint es so, als würden **Gutachten in keinem Fall** von der Ausnahmegvorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG erfasst werden, weil sie niemals der unmittelbaren Entscheidungsfindung dienen können. Allerdings dürfte es sich bei der Formulierung des § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 HmbTG um ein **Redaktionsversehen** handeln. Gemeint war offenbar, dass die nach dem Wort „regelmäßige“ genannten Informationsarten **in der Regel nicht der unmittelbaren Vorbereitung von Entscheidungen dienen**, in Ausnahmefällen aber doch unter Satz 1 fallen können. Hierfür spricht zum einen, dass die Formulierung „regelmäßige Ergebnisse der Beweiserhebung“ wenig Sinn ergibt. Es ist kaum vorstellbar, wie Ergebnisse von Beweiserhebungen regelmäßig anfallen könnten; vielmehr handelt es sich bei Beweiserhebungen gerade um Maßnahmen, die aus konkreten Anlass und mit konkretem Erkenntnisinteresse punktuell durchgeführt werden. Hinzu kommt, dass sich in einer Reihe von Informationsfreiheitsgesetzen § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 HmbTG weitgehend entsprechende Formulierungen finden, die aber im Unterschied zu dieser Norm das Adverb „regelmäßig“ statt des Attributs „regelmäßige“ enthalten, darunter insbesondere § 4 Abs. 1 IFG des Bundes⁴⁵. Auch das HmbIFG sah vor, dass Gutachten unter Umständen durchaus der unmittelbaren Vorbereitung von Entscheidungen dienen können.⁴⁶ Da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der Gesetzgeber mit § 6 HmbTG von der bisherigen und in großen Teilen des übrigen Bundesgebietes weiterhin geltenden Rechtslage abweichen wollte, muss angenommen werden, dass die Norm eigentlich lauten sollte: „Nicht der unmittelbaren Entscheidungsvorbereitung nach Satz 1 dienen Statistiken, Datensammlungen, Geodaten sowie regelmäßig Ergebnisse der Beweiserhebung, Auskünfte, Gutachten oder Stellungnahmen Dritter“. **Danach sind Gutachten i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG in der Regel auch schon während der Dauer des behördlichen Entscheidungsprozesses zu veröffentlichen und auf Antrag zugänglich zu machen.** Nur ausnahmsweise kann bis zum Er-

vorgelagert ist (vgl. aber auch dens., a.a.O., Rn. 34); weitere Auslegungshilfe bieten auch die Kommentierungen zu § 29 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, dessen Wortlaut insoweit mit § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 übereinstimmt.

⁴⁵ „Der Antrag auf Informationszugang soll abgelehnt werden für Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Informationen der Erfolg der Entscheidung oder bevorstehender behördlicher Maßnahmen vereitelt würde. Nicht der unmittelbaren Entscheidungsvorbereitung nach Satz 1 dienen regelmäßig Ergebnisse der Beweiserhebung und Gutachten oder Stellungnahmen Dritter.“; ähnl. § 8 ThürIFG, § 10 Satz 2 LIFG RP, § 4 Abs. 1 Satz 2 IZG LSA, § 4 Abs. 1 Satz 2 BremIFG.

⁴⁶ Vgl. § 9 Abs. 2 HmbIFG (2009), wonach nur Gutachten, die keine Entscheidungsvorschläge enthielten, zugänglich zu machen waren.

lass der Entscheidung von ihrer Veröffentlichung und Herausgabe abgesehen werden. Eine solche Ausnahme dürfte etwa vorliegen bei Gutachten, die sich nicht in der Klärung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage erschöpfen, sondern (auftragsgemäß) einen **Entscheidungsvorschlag** enthalten.⁴⁷

Eine zusätzliche Komplikation erfährt die Vorschrift des § 6 Abs. 2 HmbTG schließlich daraus, dass sie als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist, was bedeutet, dass auch ihre Rechtsfolge (Nichtveröffentlichung) nicht ohne weiteres, sondern nur im Regelfall eintritt. Dieses Problem dürfte allerdings kaum praktisch werden, denn wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG erfüllt sind, insbesondere ein Gutachten ausnahmsweise der unmittelbaren Entscheidungsfindung dient, ist kaum ein Fall denkbar, in dem die – vorzeitige – Veröffentlichung dennoch ausnahmsweise geboten erscheint.⁴⁸

Die Ausführungen zu den Gutachten dürften ebenso für **Studien** gelten. Diese sind zwar in § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 HmbTG – möglicherweise versehentlich – nicht explizit genannt. Es ist aber kein sachlicher Grund für die Annahme ersichtlich, dass sie in größerem Maß als Gutachten der unmittelbaren Entscheidungsfindung i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 HmbTG dienen und daher in weiterem Umfang als diese von der Informationspflicht ausgenommen sein könnten.

- **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 7):** Diese Ausnahmenvorschrift wird vor allem dann in Betracht zu ziehen sein, wenn ein Gutachten oder eine Studie in Frage steht, die von einem gem. § 2 Abs. 3 HmbTG **veröffentlichungspflichtigen Unternehmer in Auftrag** gegeben worden sind und interne Umstände des Unternehmens selbst betreffen. Soweit es sich um ein Unternehmen handelt, das von der öffentlichen Hand gesellschaftsrechtlich beherrscht wird, an dem die öffentliche Hand also die Mehrheit der Gesellschaftsanteile hält,⁴⁹ ist zwar zu beachten, dass dieses sich nicht auf die Grundrechte und damit auch nicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen⁵⁰ berufen kann.⁵¹ Hiermit ist aber noch nicht be-

⁴⁷ Vgl. die amtliche Begründung zum Entwurf des HmbIFG (2009), a.a.O. (Fn. 38), S. 12; die amtliche Begründung zum Entwurf des IFG des Bundes (a.a.O., Fn. 38) nennt des Weiteren – allerdings ohne nähere Begründung – Gutachten in Verfahren der Forschungs- und Kulturförderung.

⁴⁸ So auch Schoch, a.a.O., Rn. 27 m.w.N. zur entsprechenden Regelungstechnik des § 4 IFG (Bund).

⁴⁹ Vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 1 HmbTG; daneben kommen aber insbesondere solche Unternehmen in Betracht, die – ohne gesellschaftsrechtliche Beherrschung – einem Kontrahierungszwang unterliegen (vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 1 HmbTG).

⁵⁰ Vgl. hierzu Schoch, a.a.O., § 6 Rn. 8 m.w.N.

⁵¹ Vgl. allg. zur Grundrechtsfähigkeit von hoheitlich beherrschten gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen BVerfG, NVwZ 2009, 1282 f.

antwortet, ob auch der einfachgesetzliche Schutz durch § 7 HmbTG derartigen Unternehmen versagt bleibt. Für eine dahingehende Auslegung des § 7 HmbTG dürften keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen. Der Wortlaut des § 7 Abs. 1 HmbTG spricht ohne jede Einschränkung von „Unternehmen“, was dafür spricht, dass sämtliche Unternehmen, unabhängig von der rechtlichen Einordnung ihres Trägers erfasst sein sollten. Auch aus dem Umstand, dass in der Gesetzesbegründung wegen der Definition der geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen wird⁵², lässt sich nicht ableiten, dass Unternehmen nur insoweit geschützt sind, als sie Träger von Grundrechten sind. Denn der Gesetzgeber lehnt sich hier ersichtlich an den inhaltlichen Schutzzumfang der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse an, ohne zugleich eine Aussage über den Kreis der Berechtigten zu treffen. Soweit § 7 Abs. 3 und Abs. 4 HmbTG von einer Unterscheidung zwischen den „Behörden“ bzw. „auskunftspflichtigen Stellen“ einerseits und den Berechtigten andererseits ausgehen, heißt dies nicht, dass nicht im Einzelfall ein Berechtigter zugleich unter den Behördenbegriff des § 2 Abs. 3 HmbTG bzw. unter die Auskunftspflicht fallen kann. Es ist schließlich auch kein übergeordneter Sachgrund ersichtlich, den Ausschluss der öffentlich beherrschten Unternehmen vom Grundrechtsschutz auf den einfachgesetzlichen Schutz ihrer Belange auszudehnen.⁵³ Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen bezieht sich allein auf Art. 19 Abs. 3 GG bzw. allgemein die Bedeutung der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat.⁵⁴ Eine entsprechende Entgegensetzung erscheint im Gebiet des einfachen Rechts nicht zwingend geboten.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der **öffentlichen Hand (also der FHH) selbst** 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.⁵⁵

⁵² Vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 19.

⁵³ So auch Schoch, a.a.O., § 6 Rn. 47; Bretthauer, NVwZ 2012, 1144, 1147 f. zur entsprechenden Ausnahmeschrift im IFG des Bundes.

⁵⁴ Vgl. BVerfG, a.a.O.; vgl. auch zur umgekehrten Frage der Grundrechtsbindung von hoheitlich beherrschten Privatunternehmen BVerfGE 128, 226, 244 (Fraport).

⁵⁵ 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, a.a.O., § 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.

Als weitere Konstellation, in der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gem. § 7 HmbTG einer Veröffentlichung im Informationsregister entgegenstehen können, sind ferner Gutachten oder Studien zu nennen, deren **Untersuchungsgegenstand** ein Unternehmen ist. Nicht völlig ausgeschlossen erscheint schließlich, dass im Einzelfall Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des **Verfassers** oder der Verfasserin des Gutachtens oder der Studie einer Veröffentlichung entgegenstehen könnten, insbesondere wenn das Gutachten oder die Studie eine **individuelle Methodik** des Verfassers offenbart, deren Bekanntwerden die **Wettbewerbsposition** des Sachverständigen schwächen könnte.

- **Geistiges Eigentum:** Gemäß § 9 Abs. 1 HmbTG sind Informationen, deren Weitergabe durch höherrangiges Recht verboten ist, nicht zu veröffentlichen; vielmehr ist nur ihr Gegenstand und Titel darzustellen. Zum höherrangigen Recht gehören insbesondere die bundesrechtlichen Vorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums. In Betracht kommen dürfte vor allem das **Urhebergesetz**.⁵⁶ Gutachten und Studien sind nicht zu veröffentlichen, soweit die Veröffentlichung das Urheberrecht des Verfassers verletzen würde. Hierfür ist zunächst im Einzelfall zu prüfen, ob das Gutachten oder die Studie **überhaupt urheberrechtlichen Schutz genießt**, weil es **Werkcharakter** i.S.d. § 2 UrhG hat, oder ob die hierfür nötige **Schöpfungshöhe** (§ 2 Abs. 2 UrhG) nicht erreicht ist. In Betracht zu ziehen ist insbesondere die Einstufung als Sprachwerk, genauer als wissenschaftliches Schriftwerk i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG.⁵⁷ Dabei ist aber zu beachten, dass es bei wissenschaftlichen anders als bei literarischen Werken nicht auf die Originalität des Inhalts, sondern auf die **Form der Darstellung, also den sprachlichen Stil oder den Aufbau der Gedankenführung**, ankommt; diese muss von einer besonderen Individualität sein, an der es fehlt, wenn die Darstellung und Gestaltung auf der gemeinhin üblichen Verwendung der Fachterminologie oder einem sachlich zwingenden Aufbau beruht.⁵⁸ Maßgebend ist, ob **die Anwendung der Denkgesetze und Fachkenntnisse und die Berücksichtigung von Erfahrungen in der Auswahl, Anordnung, Einteilung und Darstellung des behandelten Stoffs eine individuelle Eigenprägung** erkennen lässt, indem sie sich von einer durchschnittlichen Stoffsammlung und einer bloß ungeordnet aneinandergereihten Materialwiedergabe deutlich ab-

⁵⁶ Weitere gewerbliche Schutzrechte dürften praktisch kaum eine Rolle spielen; insbesondere dürften Gutachten oder Studien allenfalls in seltenen Ausnahmefällen Angaben zu nach § 1 PatG schutzfähigen Erfindungen enthalten.

⁵⁷ Vgl. KG, Beschluss vom 11.5.2011, 24 U 28/11, JURIS Rn. 5; LG Berlin, Urteil vom 3.7.2012, 16 O 309/11, JURIS Rn. 22; LG Hamburg, ZUM-RD 2010, 80, 82; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 117.

⁵⁸ Vgl. BGH, GRUR 1981, 352, 355; Hauck, ZUM 2011, 542, 544.

heben.⁵⁹ Die Urheberrechtsschutzfähigkeit erfordert also eine eigenschöpferische Leistung, die den Bereich des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der nur den Geboten der Zweckmäßigkeit folgenden mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials deutlich überragt.⁶⁰ **Die Texte von Gutachten und Studien werden demgemäß nur ausnahmsweise urheberrechtlichen Schutz genießen.**

Daneben können allerdings **Teile eines Gutachtens oder einer Studie** auch als **Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG** urheberrechtlich geschützt sein, etwa bei grafischer Darstellung der Ergebnisse in **Schaubildern, Karten, Diagrammen oder Zeichnungen**. Auch insoweit ist zu beachten, dass die schöpferische Leistung in der Darstellung selbst liegen muss, sich also aus der **Formgestaltung** und nicht aus dem Inhalt ergeben muss.⁶¹ Eine hinreichende Individualität wird dabei eher anzunehmen sein als bei dem Sprachwerk.⁶² Auch hier ist aber zu beachten, dass **ganz übliche oder sich aus dem Inhalt des Dargestellten notwendig ergebende Darstellungsformen ebenso wie rein handwerkliche oder ganz einfache Abbildungen nicht geschützt sind**.⁶³ Zu beachten ist ferner der Schutz für **Lichtbilder** gem. § 72 UrhG, der im Grundsatz jede Fotografie schützt, ohne dass es auf eine bestimmte Schöpfungshöhe ankäme (also auch „Knipsbilder“ einschließt⁶⁴).

Sind die Voraussetzungen des § 2 (bzw. § 72) UrhG im Einzelfall erfüllt, ist weiter zu prüfen, ob die Weitergabe an Dritte, insbesondere durch Einstellung des Gutachtens oder der Studie in das Informationsregister dem Urheber zustehende **Urheberpersönlichkeitsrechte oder Verwertungsrechte** verletzen würde. In Betracht kommen insbesondere das **Erstveröffentlichungsrecht** gem. § 12 UrhG⁶⁵ und das ausschließliche Recht des Urhebers, sein Werk **in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben** (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG). Ob diese durch die Veröffentlichung verletzt würden, hängt davon ab, ob und inwieweit der Urheber der Veröffentlichung zugestimmt bzw. seine Verwertungsrechte der nach dem HmbTG veröffentlichungspflichtigen Stel-

⁵⁹ Vgl. BGH, NJW 1987, 1332, 1333 – Anwaltsschriftsatz.

⁶⁰ Vgl. KG, a.a.O., JURIS Rn. 7 m.w.N.; großzügiger wohl LG Hamburg, ZUM-RD 2010, 80, 82.

⁶¹ Vgl. Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 2 Rn. 200 m.w.N.

⁶² Vgl. etwa BGH, GRUR 2005, 854, 856 für kartografische Darstellungen.

⁶³ Vgl. im Einzelnen Schricker/Loewenheim, a.a.O., Rn. 205 ff.

⁶⁴ Vgl. Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 72 Rn. 13.

⁶⁵ Der Schutz des § 12 UrhG greift allerdings nur, wenn nicht bereits die Übergabe eines Gutachtens oder einer Studie an die beauftragende Behörde eine Veröffentlichung darstellt, was in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist (vgl. bejahend Raue, JZ 2013, 280, 285 m.w.N.; verneinend VG Berlin, ZUM-RD 2013, 34, 37 f. [hinsichtlich Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, die ein Abgeordneter in Auftrag gegeben hatte]; Schricker/Loewenheim-Katzenberger, a.a.O., § 6 Rn. 13; Schoch, IFG-Kommentar, § 6 Rn. 32).

le **übertragen** hat.⁶⁶ Beides kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen.⁶⁷ Eine stillschweigende Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte (und urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse)⁶⁸ kann sich nach der in § 31 Abs. 5 Satz 2 UrhG normierten **Zweckübertragungslehre** insbesondere aus dem von den Parteien verfolgten **Vertragszweck** ergeben. Nach dem dieser Bestimmung zugrunde liegenden Übertragungszweckgedanken räumt ein Nutzungsberechtigter im Zweifel (nur) in dem Umfang Nutzungsrechte ein, den der Vertragszweck unbedingt erfordert. Dies bedeutet, dass im Allgemeinen diejenigen Nutzungsrechte stillschweigend eingeräumt sind, die für das Erreichen des Vertragszwecks unerlässlich sind.⁶⁹ Hiervon ausgehend ist teilweise zu den IFG (des Bundes und der Länder) vertreten worden, dass eine Weitergabe von behördlich in Auftrag gegebenen Gutachten urheberrechtlich zulässig sei, weil die Überlassung der Unterlagen im Rahmen des IFG zu den vertraglichen Verwendungszwecken gehöre.⁷⁰ Allerdings dürfte dieser Gedanke jedenfalls nicht die Veröffentlichung (im Informationsregister gem. § 10 HmbTG) von Gutachten und Studien erfassen, die auf einem **vor dem Erlass des HmbTG geschlossenen Vertrag** beruhen, denn es kommt auf die Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss an.⁷¹ Auch im Übrigen dürfte die Zweckübertragungsregel zur Begründung einer stillschweigenden Rechtsübertragung hier nur zurückhaltend herangezogen werden können. Insbesondere kann auf einen die spätere Veröffentlichung einschließenden Vertragszweck nicht schon aus der bloßen Existenz der gesetzlichen Verpflichtung der den Gutachtauftrag erteilenden Behörde zur Veröffentlichung geschlossen werden.⁷² Vielmehr muss

⁶⁶ Bei einem bislang unveröffentlichten Werk würde die Einräumung/Übertragung von Nutzungsrechten i.S.d. §§ 15 ff. UrhG nicht genügen, sondern es bedürfte daneben einer auch § 12 UrhG überwindenden Veröffentlichungsbefugnis der Behörde. Auf die dogmatischen Einzelheiten kommt es aber hier nicht an, weil Einigkeit darüber besteht, dass die Wirkung einer Nutzungsrechtsübertragung jedenfalls nicht an der fehlenden Übertragbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts scheitert, vgl. Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, UrhG, 3. Aufl. 2009, vor §§ 31 ff. Rn. 36 f.

⁶⁷ Vgl. Lenski, NordÖR 2006, S. 89, 95.

⁶⁸ Vgl. Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 31 Rn. 83; Wandtke/Bullinger, a.a.O., § 31 Rn. 62.

⁶⁹ Vgl. BGH, GRUR 2010, 623, 624 – Restwertbörse; Hauck, ZUM 2011, 542, 546 ff.; eingehend Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 31 Rn. 64 ff.

⁷⁰ Vgl. Protokoll der 20. Sitzung des Arbeitskreises Informationsfreiheit, abrufbar unter <http://www.Ida.brandenburg.de> (dortige Unterseiten: Akteneinsicht – Entschließungen – Protokolle des AKIF); ebenso – unter zusätzlichen tatsächlichen Voraussetzungen – VG Berlin, Urteil vom 21.10.2010, 2 K 89.09, JURIS Rn. 37 f.; VG Frankfurt/M., Urteil vom 12.3.2008, 7 E 5426/06, JURIS Rn. 56.

⁷¹ Vgl. Schricker/Loewenheim, a.a.O. Rn. 89.

⁷² Die oben zur Wissenschaftsfreiheit zitierte Argumentation, wonach die oder der Sachverständige einen Einbezug seiner Ausführungen in die öffentliche Diskussion hinnehmen muss, dürfte auf die Problematik des Urheberrechts nicht ohne weiteres übertragbar sein, denn zum einen geht es hier anders als bei der Wissenschaftsfreiheit nicht um die Frage, inwieweit ein Geheimhaltungsinteresse (des Wissenschaftlers) hinsichtlich des Inhalts der Forschungsergebnisse rechtlichen Schutz genießt, sondern um die Verfügungsmacht über die persönliche Schöpfung (deren die Öffentlichkeit nicht unbedingt bedarf, um das Handeln der veröffentlichungspflichtigen Stelle zu beurteilen); zudem steht hier anders als in der oben erörterten Fallkonstellation nicht die Gewichtung

die **Veröffentlichung zweifelsfrei von dem gemeinsamen Vertragszweck von Behörde und Sachverständigem umfasst** sein. Dies setzt zum einen voraus, dass dem Sachverständigen die Veröffentlichungspflicht seiner Auftraggeberin überhaupt bekannt war; zum anderen erscheint die Rechtsauffassung, wonach aus dem Bestehen einer gesetzlichen Veröffentlichungspflicht folgt, dass die öffentliche Zugänglichmachung zu den gemeinsamen Vertragszwecken gehört, jedenfalls nicht als zwingend. Es ließe sich auch vertreten, dass die Veröffentlichung nur eine Folge der Erstellung des Gutachtens ist, aber keineswegs einer der Zwecke derselben.⁷³ Wie sich die Gerichte hierzu verhalten werden, ist derzeit nicht absehbar.

In neu zu schließende Verträge über Gutachten oder Studien sollte daher eine Klausel aufgenommen werden, die diese Fragen vorsorglich regelt.⁷⁴ Im Hinblick auf deren Reichweite ist allerdings zu berücksichtigen, dass es nicht reichen dürfte, wenn sich der Auftraggeber (die FHH) das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von dem Urheber und die Befugnis zur Erstveröffentlichung einräumen lässt. Vielmehr verlangt **§ 10 Abs. 3 Satz 1 HmbTG**, dass die **Nutzung, Weiterverwendung und Verbreitung veröffentlichter Informationen für jedermann frei** sein müssen. § 10 Abs. 3 Satz 3 HmbTG ordnet weiter an, dass „Nutzungsrechte nach Satz 2 bei der Beschaffung der Information abzubedingen“ sind. Diese Formulierung erscheint zwar wenig geglückt, weil in dem in Bezug genommenen Satz 2 keine Nutzungsrechte geregelt sind. Zudem dürften Nutzungsrechte Dritter⁷⁵ in den wenigsten Fällen des Satzes 2 problematisch sein, wohingegen die zumeist erforderliche Übertragung von Nutzungsrechten durch den Urheber an die veröffentlichungspflichtige Stelle unerwähnt bleibt. Da allerdings kein Grund für die Annahme erkennbar ist, der Gesetzgeber habe die veröffentlichungspflichtigen Stellen nur verpflichten wollen, die Rechte Dritter vertraglich abbedingen zu lassen, der freien Nutzung entgegenstehende Verwertungsrechte des Urhebers selbst ggf. aber bestehen lassen wollen, dürfte § 10 Abs. 3 HmbTG dahingehend auszulegen sein, dass die Öffentlichkeit **sämtliche Nutzungsbefugnisse**⁷⁶ an den veröffentlichten Informationen erlangen soll. Die bei den in Satz 2 genannten Doku-

kollidierender Rechtspositionen in Frage, sondern es geht um die Auslegung eines Verhaltens als Willenserklärung.

⁷³ Vgl. krit. zur Annahme einer konkludenten Rechtsübertragung auch Lenski, a.a.O., S. 94, 95 f.

⁷⁴ Ein Formulierungsvorschlag soll in späteren Vermerk mitgeteilt werden.

⁷⁵ Nach der Terminologie des UrhG sind unter Nutzungsrechten die aufgrund einer Rechteübertragung einem anderen als dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte zu verstehen, vgl. Schricker/Loewenheim, a.a.O., Vor § 28 Rn. 48.

⁷⁶ Die Aufzählung in § 10 Abs. 3 Satz 1 HmbTG dürfte klarstellend zu verstehen sein; der Sache nach handelt es sich auch bei der Verbreitung, jedenfalls aber bei der Weiterverwendung um eine Form der Nutzung (vgl. § 2 Nr. 3 IWG, wo Weiterverwendung als „jede Nutzung von Informationen, die über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hinausgeht und in der Regel auf die Erzielung von Entgelt gerichtet ist“ legal definiert wird).

mentarten privaten Ursprungs hierfür erforderliche Rechtekette muss daher an beiden Gliedern (vom Urheber zur veröffentlichungspflichtigen Stelle und sodann zu den Nutzern des Informationsregisters) den entsprechenden Umfang haben.

Solange es an einer wirksamen vertraglichen Vereinbarung über die Veröffentlichung des Gutachtens oder der Studie fehlt, sind die urheberrechtlichen Grenzen als höher-rangiges Recht i.S.d. § 10 Abs. 3 Satz 1 2. Hs. (und § 9 Abs. 1) HmbTG zu beachten.⁷⁷

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich allerdings, dass **häufig zumindest die Veröffentlichung von Teilen des Textes urheberrechtlich unbedenklich** sein wird. Wo ein Gutachten (ausnahmsweise) die für ein urheberrechtlich geschütztes Werk erforderliche Schöpfungshöhe insgesamt erreicht, bleibt zu prüfen, ob es deswegen auch in Gänze von der Veröffentlichungspflicht ausgenommen ist. Außer dem in § 9 Abs. 1 HmbTG vorgesehenen Verfahren, lediglich den Gegenstand und Titel zu benennen, kann im Einzelfall auch die **Veröffentlichung eines Gutachtenergebnisses** in Betracht kommen, sofern zwar die Hinführung darauf eine besondere Originalität aufweist (etwa: ungewöhnlich anschauliches Ordnungsprinzip bei der Einteilung des Untersuchungsmaterials), die zusammenfassende Darstellung des Ergebnisses aber gänzlich konventionell erscheint. Demgegenüber wäre eine Aufbereitung im Sinne einer eigenen Zusammenfassung des Gutachten- oder Studieninhalts durch die Behörde zum Zweck der Veröffentlichung zwar rechtlich zulässig, würde aber dem vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannten Ziel der Ressourcenschonung zuwiderlaufen und ist daher jedenfalls nicht geboten.

4. Weitere Einzelfragen

a) Wertgrenze

Im bisher behördenöffentlich geführten Gutachtenregister der FHH sind nur solche Gutachten enthalten, die einen Auftragswert von mindestens 25.000 € haben. **Eine solche Wertgrenze kann dem HmbTG jedoch nicht entnommen werden.** Insbesondere betrifft § 9 Abs. 2 Nr. 1

⁷⁷ Demgegenüber dürfte die Veröffentlichung urheberrechtlich geschützter Dokumente im Informationsregister nicht durch § 45 UrhG zu rechtfertigen sein; wollte man nämlich das informationsfreiheitsrechtliche Zugänglich-machen von Dokumenten (insbesondere nach § 10 HmbTG) als nach § 45 UrhG privilegiertes Verwaltungsverfahren einstufen, so hieße das im Ergebnis, dass es dem Landesgesetzgeber freistünde, jegliche Urheberrechte an bei der Verwaltung vorliegenden Dokumenten durch Einbezug derselben in sein Informationsfreiheitsgesetz auszuhebeln (vgl. VG Braunschweig, ZUM 2008, 254, 257; Lenski, a.a.O., S. 95, je m.w.N.; a.A. Raue, a.a.O., S. 287; Schnabel, K&R 2012, 141 ff., 144).

HmbTG nach seinem eindeutigen Wortlaut nur Verträge⁷⁸, nicht Gutachten oder Studien, selbst wenn diese in Erfüllung eines seinerseits unter die Veröffentlichungspflicht fallenden Vertrages erstellt werden.

b) Umfang der Veröffentlichungspflicht

Zu veröffentlichen sind grundsätzlich das **Gutachten oder die Studie selbst im Volltext**, § 10 Abs. 1 HmbTG. Der dem Gutachten oder der Studie zugrunde liegende **Vertrag** zwischen der Behörde und dem Verfasser oder der Verfasserin fällt hingegen nicht unter § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG. Ob er seinerseits zu veröffentlichen ist, beantwortet sich nach den allgemein für Verträge geltenden Vorschriften. Dabei dürfte allerdings nur **§ 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG** in Betracht kommen, denn das Gutachten oder die Studie selbst ist keine Leistung der Daseinsvorsorge i.S.d. § 2 Abs. 10 HmbTG, so dass der zugrunde liegende Auftrag nicht unter § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG fällt. Ein **öffentliches Interesse i.S.d. § 3 Abs. 2 HmbTG** dürfte an dem Vertrag über die Erstellung des Gutachtens oder der Studie jedoch nur in **Ausnahmefällen** bestehen; zumeist dürfte die Veröffentlichung des Gutachtens oder der Studie selbst das öffentliche Informationsinteresse hinreichend befriedigen, so dass es damit sein Bewenden hat. Soweit zu dem Zweck, Nachfragen (Auskunftsanträge) und den hierdurch entstehenden Zusatzaufwand zu vermeiden, darüber hinaus freiwillig die im Gutachten oder der Studie zumeist nicht enthaltene Angabe veröffentlicht werden soll, welche Behörde den zugrunde liegenden Auftrag erteilt hat, bestehen hiergegen keine rechtlichen Bedenken. Zurückhaltung ist demgegenüber hinsichtlich einer freiwilligen Veröffentlichung sonstiger Angaben aus dem dem Gutachten oder der Studie zugrunde liegenden Rechtsverhältnis geboten. Sofern personenbezogene Daten betroffen sind oder die Veröffentlichung in sonstiger Weise in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen würde, ist stets zu prüfen, auf welcher Grundlage der trotz fehlender Anordnung der Veröffentlichungspflicht im HmbTG erfolgende Eingriff gerechtfertigt werden kann.

⁷⁸ Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4, § 3 Abs. 2 HmbTG.