



Abteilung Öffentliches Recht
und Rechtsprüfung

Projekt „Umsetzung des Hamburgischen
Transparenzgesetzes“
- Teilprojekt Recht -

Vermerk zu den Ausnahmetatbeständen des HmbTG

Hier: § 7 (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)

1. Anlass/Hintergrund

Zu den Aufgaben des Teilprojekts Recht gehört es, die für die ordnungsgemäße Erfüllung der Veröffentlichungspflicht relevanten Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung zu klären. Neben der Auslegung des Katalogs der Veröffentlichungsgegenstände (§ 3 HmbTG) bedürfen auch die wesentlichen gesetzlichen Ausnahmegesetze (§§ 4 – 7 HmbTG) einer Konkretisierung. Zu diesen zählt die Vorschrift des § 7 HmbTG, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schützt. Der Regelungsgehalt der Vorschrift soll, insbesondere im Hinblick auf die Veröffentlichungspflicht nach dem HmbTG, im Folgenden konkretisiert werden.

2. Stellungnahme

a) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 HmbTG)

Im Gegensatz zum früheren Informationsfreiheitsgesetz, das eine nähere Umschreibung des Begriffs „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ nur im Rahmen der Gesetzesbegründung aufwies,¹ wird in § 7 Abs. 1 HmbTG der Begriff ausdrücklich legal definiert. Damit ergeben sich die wesentlichen Kriterien eines geschützten Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, der seinerseits der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entlehnt ist². Die Vorschrift lautet:

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Ein berechtigtes Interesse liegt vor, wenn das Bekanntwerden einer Tatsache geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Konkurrenten zu fördern oder die Stellung des eigenen Betriebs im Wettbewerb zu schmälern oder wenn es geeignet ist, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen. Dies gilt nicht für Betriebs- und Geschäftsge-

¹ Vgl. die Begründung zu § 10 Abs. 1 HmbIFG (2009), Bürgerschaftsdrucksache 19/1283, S. 13.

² Vgl. BVerfGE 115, 205, 230 f.; 128, 1, 56.

heimnisse im Sinne von § 35 Absatz 4 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch vom 11. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3015), zuletzt geändert am 12. April 2012 (BGBl. I S. 579, 599), in der jeweils geltenden Fassung.

aa) Der Ausnahmetatbestand (§ 7 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HmbTG) besteht somit aus vier Gliedern, nämlich der Unternehmensbezogenheit, der fehlenden Offenkundigkeit, dem Geheimhaltungswillen des Geheimnisträgers und dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse.³ Erst wenn diese vier Glieder kumulativ vorliegen, kann der Schutz des § 7 HmbTG zum Tragen kommen.

(1) Unternehmensbezogenheit

Die fraglichen Informationen müssen aus der Sphäre eines Wirtschaftsunternehmens stammen, also Teil von dessen technischem oder kaufmännischem Wissensbestand sein.⁴ Nicht von § 7 HmbTG geschützt werden daher – selbstverständlich – Daten aus der persönlichen (privaten) Sphäre des Betriebsinhabers⁵ oder Kenntnisse eines nicht unternehmerisch tätigen Dritten.

Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für Informationen, die – vorbehaltlich der weiteren Voraussetzungen – dem Schutzbereich des § 7 HmbTG unterfallen können: „Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte“.⁶

Als Unternehmen dürften jegliche Inhaber eines erwerbswirtschaftlich tätigen Betriebs in Betracht kommen, unabhängig davon, in welcher Rechtsform sie organisiert sind. Insbesondere dürften auch juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Kammern), sofern sie unternehmerisch tätig sind, oder öffentlich beherrschte, d.h. im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand befindliche Privatunternehmen nicht von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 7 HmbTG herausfallen. Sie können sich zwar nicht auf die Grundrechte und somit auch nicht auf den grundrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsheimnisse (Art. 12, 14

³ Vgl. Schoch, IFG-Kommentar, § 6 Rn. 45; ihm folgend auch VG Neustadt (Weinstraße), Urteil vom 06. September 2013 – 4 K 242/13.NW –, juris, Rn. 35.

⁴ Ausweislich der Gesetzesbegründung ordnet § 7 Abs. 1 HmbTG das technische Wissen ggf. dem Begriff „Betriebsgeheimnis“ und das kaufmännische Wissen ggf. dem Begriff „Geschäftsgeheimnis“ zu (vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 19).

⁵ So Schoch, a.a.O., Rn. 48 mit dem zutreffenden Hinweis, dass dann allerdings der Schutz personenbezogener Daten zum Tragen kommen kann.

⁶ Vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 19.

GG)⁷ berufen.⁸ Hieraus folgt aber nicht unmittelbar, dass auch der einfachgesetzliche Schutz durch § 7 HmbTG derartigen Unternehmen versagt bleibt. Für eine dahingehende Auslegung des § 7 HmbTG bestehen auch keine hinreichenden Anhaltspunkte.⁹ Vielmehr bezieht der Wortlaut der Vorschrift den Geheimnisschutz ohne jede Einschränkung auf „Unternehmen“, was dafür spricht, dass sämtliche Unternehmen, unabhängig von der rechtlichen Einordnung ihres Trägers erfasst sein sollten.¹⁰ Auch aus dem Umstand, dass in der Gesetzesbegründung wegen der Definition der geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwiesen wird¹¹, lässt sich nicht ableiten, dass Unternehmen nur insoweit geschützt sind, als sie Träger von Grundrechten sind. Denn der Gesetzgeber lehnt sich hier zwar an den inhaltlichen Schutzzumfang der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse an, ohne dass hiermit aber zugleich eine Aussage über den Kreis der Berechtigten getroffen wäre. Es ist schließlich auch kein übergeordneter Sachgrund ersichtlich, den Ausschluss der öffentlich beherrschten Unternehmen vom Grundrechtsschutz auf den einfachgesetzlichen Schutz ihrer Belange auszudehnen.¹² 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.¹³ Eine entsprechende Entgegensetzung erscheint im Gebiet des einfachgesetzlichen Rechts nicht zwingend geboten.¹⁴

⁷ Das BVerfG hat, soweit ersichtlich bislang noch nicht ausdrücklich entschieden, ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse außer durch Art. 12 Abs. 1 GG auch durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind, weil der Schutz jedenfalls nicht weiter gehen würde als der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährte (vgl. ausdrücklich BVerfGE 115, 205, 248).

⁸ Vgl. allg. zur Grundrechtsfähigkeit von hoheitlich beherrschten gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen BVerfG, NVwZ 2009, 1282 f. (dort noch mit der Einschränkung: „soweit sie bestimmungsgemäß öffentliche Aufgaben wahrnehmen und in dieser Funktion von dem angegriffenen Hoheitsakt betroffen sind“; demgegenüber hält BVerfGE 128, 226 [Fraport] sämtliche öffentlich beherrschten Unternehmen für grundrechtsverpflichtet, was im Umkehrschluss die Grundrechtsberechtigung ausschließt, ohne dass es auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ankäme).

⁹ So auch – mit eingehender Begründung – OVG NRW, Urteil vom 19. März 2013 – 8 A 1172/11 –, juris, Rn. 120 ff. zur entsprechenden Ausnahmevorschrift im IFG des Bundes; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. Oktober 2007 - 12 B 11.07 -, juris, Rn. 24 zu § 7 IFG Bln.

¹⁰ Soweit in der Gesetzesbegründung (a.a.O., S. 20) allein auf „private Vertragspartner“ abgestellt wird, folgt hieraus nicht, dass nur solche auch Träger von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sein könnten. Abgesehen davon, dass eine solche Einschränkung des Unternehmensbegriffs eben keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden hat, betrifft die Passage die *Darlegung* des Geheimhaltungsinteresses nach Absatz 3. Die Erwähnung nur der privaten Vertragspartner dürfte hier also damit zu erklären sein, dass es bei Geheimnissen der veröffentlichungspflichtigen Stellen selbst einer solchen Darlegung nicht bedarf; ein weitergehender Aussagegehalt dürfte ihr nicht zu entnehmen sein.

¹¹ Vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 19.

¹² So auch Schoch, a.a.O., § 6 Rn. 47; Bretthauer, NVwZ 2012, 1144, 1147 f. zur entsprechenden Ausnahmevorschrift im IFG des Bundes.

¹³ Vgl. BVerfG, a.a.O.; vgl. auch zur umgekehrten Frage der Grundrechtsbindung von hoheitlich beherrschten Privatunternehmen BVerfGE 128, 226, 244 (Fraport).

¹⁴ Vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 05. Oktober 2011 – 20 F 24/10 –, juris, Rn. 15, wo (zu § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO) den öffentlich-rechtlichen Sparkassen trotz ausdrücklicher Verneinung ihrer Grundrechtsfähigkeit der Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – ohne ausdrückliche normative Anbindung – einfachgesetzlich zugebilligt wird.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Stellen der unmittelbaren Staatsverwaltung (also der FHH selbst) dürften allerdings nur insoweit in Betracht kommen, als sie im Rahmen ihres fiskalischen Handelns – insbesondere durch ihre Landesbetriebe – am Wirtschaftsleben teilnimmt, nicht aber bei hoheitlicher Tätigkeit.¹⁵

(2) fehlende Offenkundigkeit

Ein nach § 7 HmbTG geschütztes Geheimnis liegt des Weiteren nur vor, soweit die fragliche Information nicht offenkundig ist. Bereits der Gesetzeswortlaut umschreibt dieses Kriterium näher, indem er den offenkundigen Informationen diejenigen gegenüberstellt, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind. Entscheidend ist also, wann noch von einem begrenzten Personenkreis gesprochen werden kann und wann der Kreis der Eingeweihten so groß ist, dass die Grenze zur Offenkundigkeit überschritten ist.

Maßgeblich hierfür ist nach allgemeiner Auffassung nicht so sehr die Zahl der Personen, die die fragliche Information kennen, als vielmehr die Frage, ob der Geheimnisträger, d.h. das Unternehmen trotz Kenntnis Dritter noch die Kontrolle über sein Geheimnis behält.¹⁶ Demnach führt jedenfalls der behördliche Prüfungsprozess, ob eine Information durch § 7 HmbTG geschützt ist oder nicht, selbst dann nicht zur Annahme der Offenkundigkeit, wenn in ihn mehrere Behördenbereiche eingebunden sind (z.B. Fachabteilung, Rechtsabteilung, Behördenleitung). Umgekehrt bewirkt aber die Tatsache, dass die betreffende Information der allgemeinen Öffentlichkeit bekannt geworden ist, den Verlust des Geheimnisschutzes gem. § 7 HmbTG – unabhängig davon, wie die Information an die Öffentlichkeit gelangt ist.¹⁷

(3) Geheimhaltungswille

Eine nicht allgemein bekannte Tatsache stellt außerdem erst dann ein (schutzwürdiges) Geheimnis dar, wenn der Geheimnisträger nach außen erkennbar gemacht hat, dass er die Tatsache geheim halten will.¹⁸ An diese Manifestation werden allerdings nur geringe Anforderungen gestellt; bei nicht offenkundigen betriebsinternen Tatsachen, Umständen und Vor-

¹⁵ Vgl. VG Hamburg, Urt. v. 24.11.2008, 15 K 4014/07, BeckRS 2009, 31054; VG Frankfurt, Urteil vom 10. Juni 2013 – 7 K 3199/12.F –, juris, Rn. 29, jeweils 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.

¹⁶ Vgl. nur Schoch, a.a.O., § 6 Rn. 49 m.w.N.

¹⁷ Vgl. Schoch, a.a.O., Rn. 50 m.w.N.

¹⁸ Vgl. Schoch, a.a.O., Rn. 52 m.w.N.

gängen soll eine Vermutung für den Geheimhaltungswillen des Berechtigten bestehen.¹⁹ Danach kann der Geheimhaltungswille ohne weiteres angenommen werden, wenn nicht ausnahmsweise besondere Gründe für die gegenteilige Annahme bestehen. Im Anwendungsbereich des HmbTG dürfte es allerdings zumeist gar nicht notwendig sein, auf diese Vermutung zurückzugreifen, weil § 7 Abs. 3 HmbTG vorschreibt, dass Unternehmen bei Angaben gegenüber den Behörden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu kennzeichnen haben, und die veröffentlichungspflichtigen Stellen ihrerseits gehalten sind, vor der Veröffentlichung von Informationen den betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme im Hinblick auf mögliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu geben.²⁰ In aller Regel dürfte dabei zweifelsfrei und vollständig zum Ausdruck kommen, welche Informationen das betroffene Unternehmen geheim halten will und welche nicht.

(4) Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse

Weitaus größere Bedeutung²¹ kommt dem letzten Merkmal der durch § 7 HmbTG geschützten Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses zu. Der subjektive Geheimhaltungswille ist lediglich eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung des Geheimnisschutzes, sondern hinzukommen muss vielmehr ein objektiv berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung. Dessen Prüfung obliegt der informationspflichtigen Stelle, die sich hierbei nicht auf die Bewertung des betroffenen Unternehmens verlassen darf.²² Zwar wird zumeist von den Angaben des betroffenen Unternehmens auszugehen sein, weil es kaum möglich sein wird, von Amts wegen zu entscheiden, welche Tatsachen in Bezug auf ein konkretes Unternehmen geeignet sind, die Wettbewerbsposition eines Konkurrenten zu fördern bzw. die Stellung des eigenen Betriebs im Wettbewerb zu schmälern oder dem Geheimnisträger (in sonstiger Weise) wirtschaftlichen Schaden zuzufügen. Die Angaben dürfen aber nicht ohne weiteres übernommen werden, sondern die informationspflichtige Stelle muss die Rechtsfrage, ob ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse gegeben ist, eigenverantwortlich beantworten, wobei es

¹⁹ Vgl. Schoch, a.a.O. m.w.N.

²⁰ Erst-recht-Schluss aus § 7 Abs. 4 HmbTG, vgl. näher u.

²¹ Vgl. a. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 07. Mai 2013 – 10 S 281/12 –, juris, Rn. 54: „Die entscheidende rechtsnormative Bedeutung ist in der Regel und so auch hier dem vierten Merkmal (‚berechtigtes Geheimhaltungsinteresse‘ aus Gründen der Wettbewerbsrelevanz der betreffenden Information) beizumessen.“

²² Dabei wird allerdings oft nur eine Plausibilitätskontrolle möglich sein, weil es um eine hypothetische Prognose geht, die die Verwaltung nicht mit größerer Sicherheit treffen können als das mit seinem Marktumfeld vertraute Unternehmen (vgl. auch Schoch, a.a.O., Rn. 55, der der Prüfung durch die informationspflichtige Stelle nur die Bedeutung eines „Korrektivs“ zumisst); vgl. ebenso zum Maßstab der gerichtlichen Nachprüfung VG Berlin, Urteil vom 01. Juni 2012 – 2 K 177.11 –, juris, Rn. 31; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06. September 2012 – 8 A 10096/12 –, juris, Rn. 43: „Was den Grad an Überzeugungsgewissheit angeht, den sich das Gericht verschaffen muss, so kann es sich damit begnügen, dass nachteilige Wirkungen im Wettbewerb nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden. Diese Einschätzung ist Ergebnis einer auf die Zukunft bezogenen Beurteilung und damit notwendigerweise mit einem gewissen Maß an Unsicherheit verbunden.“

nicht selten vorkommen wird, dass sie eine restriktivere Auffassung vertritt als das betroffene Unternehmen.²³

Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die fragliche Information Rückschlüsse²⁴ auf die Betriebsführung, auf die Wirtschafts- und Marktstrategie sowie auf die Kosten- bzw. Preiskalkulation, die Entgeltgestaltung und vergleichbare betriebsinterne Umstände zulässt, die die Stellung des Unternehmens im Wettbewerb schwächen (oder dem Unternehmen sonstigen wirtschaftlichen Schaden zufügen) würden.²⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Bekanntwerden der Information es einem Konkurrenzunternehmen ermöglichen würde, in einem künftigen Bieterwettbewerb die Konditionen des betroffenen Unternehmens zu unterbieten (Geschäftsgeheimnis), oder ihm Aufwendungen für eigene Forschungsbemühungen ersparen würde (Betriebsgeheimnis).

Allerdings ist nicht jede Information, die Rückschlüsse auf Interna wie etwa einzelne Elemente der Kalkulation ermöglicht, auch hinreichend wettbewerbsrelevant. Zum einen kann dies aus der geringen Aussagekraft der Information selbst folgen. So wurden von der Rechtsprechung beispielsweise Aspekte der Kostenkalkulation, die nicht zum speziellen Geschäftskonzept des betroffenen Unternehmens gehören, sondern von jedem Anbieter berücksichtigt werden müssten, nicht als geschütztes Geschäftsgeheimnis angesehen,²⁶ ebenso einzelne Kostenfaktoren, die für die Preiskalkulation des betroffenen Unternehmens nur von untergeordneter Bedeutung sind.²⁷

Zum anderen kann es an einem wettbewerbslichen Umfeld bzw. einer wettbewerbslichen Tätigkeit des Unternehmens fehlen. So sind Geheimnisse von Monopolisten nur in Ausnahmefällen schutzwürdig.²⁸ Dasselbe gilt für Geheimnisse eines Unternehmens im Insolvenzverfahren über sein Vermögen, sofern nicht im Hinblick auf Bemühungen um eine Sanierung und Weiterführung des Geschäftsbetriebs eine fortbestehende Wettbewerbsrelevanz anzunehmen ist.²⁹ Auch an Geheimnissen, die aufgrund tatsächlicher Entwicklungen des geschäftlichen Umfelds ihre Wettbewerbsrelevanz verloren haben, besteht kein berechtigtes

²³ Eine andere, eher bei oben (3) (Geheimhaltungswille) zu verortende Frage ist es, welche innergesellschaftliche Position der informationspflichtigen öffentlichen Hand hinsichtlich der Entscheidung, ob eine Information als Unternehmensgeheimnis einzustufen ist, zukommt, wenn sie selbst an dem betroffenen Unternehmen beteiligt ist; sie beantwortet sich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln.

²⁴ Nach der Rechtsprechung des BVerwG wird ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis sogar bereits dann zugänglich gemacht, wenn zwar die Information als solche kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis darstellt, aber Rückschlüsse auf solche Geheimnisse zulässt (vgl. BVerwG 135, 34, zit. nach juris, Rn. 55).

²⁵ So zutreffend Schöch, a.a.O., Rn. 54.

²⁶ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Januar 2012 – 20 F 3/11 –, juris, Rn. 10.

²⁷ Vgl. OVG NRW, Urteil vom 18. Dezember 2013 – 5 A 413/11 –, juris, Rn. 154 ff. zu § 4 PresseG NRW (Mietkosten für die Nutzung von Flächen der öffentlichen Hand für eine private Veranstaltung).

²⁸ Vgl. näher Rossi, DVBl. 2010, 554, 561; Kloepfer/Greve, NVwZ 2011, 577, 583 (zum IFG des Bundes); die Gesetzesbegründung zum HmbTG spricht diese Konstellation allerdings erst bei der Rechtsfolge (vgl. u. b) an (vgl. a.a.O., S. 20).

²⁹ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. April 2013 – 20 F 6/12 –, juris, Rn. 12.

Geheimhaltungsinteresse mehr. Dies gilt etwa für ursprünglich schutzwürdige Vertragsgestaltungen zur legalen Steuerersparnis, wenn die Finanzbehörden das Modell ohnehin nicht mehr steuerlich anerkennen.³⁰

Ebenso wenig ist ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung dort anzuerkennen, wenn die Information durch das Unternehmen entweder rechtswidrig erlangt worden ist oder ein Verhalten betrifft, das seinerseits den Tatbestand einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit erfüllt.³¹ Dies ist zwar im Allgemeinen nicht unumstritten,³² wird aber bezüglich § 7 HmbTG durch die Gesetzesbegründung eindeutig klargestellt.³³ Des Weiteren dürften auch gesetzliche Publizitätspflichten, die sich auf bestimmte Unternehmensdaten beziehen, selbst wenn sie unerfüllt geblieben sind, der Annahme eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses an den betreffenden Informationen entgegenstehen.³⁴ Dasselbe wird auch dann anzunehmen sein, wo bereichsspezifisch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gesetzlich ausgeschlossen ist;³⁵ derartige gesetzgeberische Wertungen werden sich regelmäßig auf das allgemeine Informationsfreiheitsrecht, hier also § 7 HmbTG übertragen lassen.³⁶

bb) Sozialdatenschutz (§ 7 Abs. 1 Satz 3 HmbTG)

§ 7 Abs. 1 Satz 3 HmbTG enthält eine spezielle Regelung zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Sinne von § 35 Abs. 4 SGB I.³⁷ Deren Bedeutung ist allerdings nicht ganz klar. Nach dem Wortlaut und der Stellung der Norm scheint es sich um eine Ausnahme zu dem vorhergehenden Satz oder zu den beiden vorhergehenden Sätzen zu handeln („Dies gilt nicht...“). Ein solches Verständnis erscheint aber bei näherem Hinsehen nicht sinnvoll. Denn auch im Bereich des Sozialrechts werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse so definiert, dass der dortige Begriff mit den in § 7 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 HmbTG wiedergegebenen

³⁰ Vgl. BVerwG, DVBl. 2011, 501, zit. nach juris, dort Rn. 17 f. (zu Cross-Border-Leasing-Verträgen); allgemein zurückhaltend bezüglich länger zurückliegender Vorgänge bezüglich einer ggf. „abgeschlossenen Geschäftspolitik“ BVerwG, Beschluss vom 05. Oktober 2011 – 20 F 24/10 –, juris, Rn. 12.

³¹ Im Stadium eines diesbezüglich laufenden Gerichts- oder Ermittlungsverfahrens kann allerdings § 6 Abs. 3 Nr. 2 HmbTG in Betracht kommen.

³² Vgl. Schoch, a.a.O., Rn. 56 m.w.N.

³³ Vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 19.

³⁴ Z.B. dürfte kein Geheimhaltungsinteresse an dem Inhalt einer Gewinn- und Verlustrechnung, die nach §§ 242, 325 HGB offenzulegen ist, anzuerkennen sein, auch wenn die Veröffentlichung im Bundesanzeiger noch unterblieben ist.

³⁵ Vgl. z.B. § 17a Abs. 2 GenTG: „Nicht unter das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis im Sinne des Absatzes 1 fallen: ...“.

³⁶ Vgl. auch Kloepfer/Greve, NVwZ 2011, 577, 583 f. mit weiteren Beispielen für gesetzliche Schutzausnahmen.

³⁷ Z.B. Angaben zu Betreuungskosten freier Sozialleistungsträger, jedenfalls dann, wenn es nur einen begrenzten Markt von Anbietern gibt und die Offenlegung dazu führen könnte, dass der bisherige Preis von Träger-Konkurrenten unterboten wird; Angaben zu der Anzahl der zu betreuenden Kinder nebst Betreuungsumfang in einer Kita, weil hier i.V.m. dem „Landesrahmenvertrag Kindertagesbetreuung in Kindertageseinrichtungen“ Rückschlüsse auf die erzielten Umsätze gezogen werden könnten.

Kriterien übereinstimmt.³⁸ Insbesondere wird auch dort ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers verlangt.³⁹ Angesichts dessen dürfte der Aussagegehalt des § 7 Abs. 1 Satz 3 HmbTG in einem – rein deklaratorischen – Hinweis auf die Vorschriften über den Sozialdatenschutz bestehen. Sofern diese Vorschriften Rechtsfolgen vorsehen, mit denen die Informationspflicht nach dem HmbTG nicht vereinbar ist, gehen sie als bundesgesetzliche und damit höherrangige Vorschriften dem HmbTG vor.⁴⁰

Eine solche Abweichung der bundesrechtlichen Vorschriften von denen des HmbTG besteht darin, dass eine Verarbeitung und Nutzung von Sozialdaten und ihnen gleichstehenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ohne Einwilligung des Betroffenen ausschließlich insoweit zulässig ist, als sie im Sozialgesetzbuch erlaubt oder angeordnet ist (§ 67b Abs. 1 Satz 1 SGB X). Da es an einer sozialrechtlichen Erlaubnis oder Anordnung hinsichtlich der Veröffentlichung von Sozialdaten im Informationsregister aber fehlt, sind die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die unter den Sozialdatenschutz fallen, absolut geschützt, also in jedem Fall unkenntlich zu machen, ohne dass es auf eine Abwägung gem. § 7 Abs. 2 HmbTG⁴¹ ankäme.⁴² Liegt allerdings eine Einwilligung vor, die den Anforderungen aus § 67b Abs. 2 SGB X genügt, können auch sozialrechtlich geschützte Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden.⁴³

b) Rechtsfolge (§ 7 Abs. 2 HmbTG)

Zu beachten ist, dass die Rechtsfolge der Ausnahmegvorschrift des § 7 HmbTG anders ausgestaltet ist als die der anderen Ausnahmen der §§ 4 bis 7 HmbTG. Sowohl bezüglich der Veröffentlichungs- als auch bezüglich der Auskunftspflicht gilt, dass das Vorliegen eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses nicht ohne weiteres dazu führt, dass die betreffende Information nicht zugänglich zu machen ist. Vielmehr ist, wenn nach dem oben unter a) Ausgeführten ein geschütztes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt, abzuwägen zwischen dem Interesse des Unternehmens an dem Geheimnisschutz einerseits und dem (öffentlichen) Informationsinteresse andererseits. Das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis unterliegt der

³⁸ Vgl. § 67 Abs. 1 Satz 2 SGB X.

³⁹ Vgl. von Wulffen/Schütze-Bieresborn, SGB X-Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 67 Rn. 14; Beck-OK (Stand: 1.9.2013) SozR-Gutzler, § 35 Rn. 52, je m.w.N.

⁴⁰ Vgl. auch § 9 Abs. 1 HmbTG.

⁴¹ Vgl. näher dazu sogleich (u. b).

⁴² § 7 Abs. 1 Satz 3 wäre daher systematisch eher als § 7 Abs. 2 Satz 2 HmbTG zu verorten gewesen.

⁴³ Demnach kann es in Einzelfällen, etwa wenn eine Offenlegung aus politischen Gründen gewollt ist, geboten sein, das betroffene Unternehmen zu fragen, ob eine Einwilligung erteilt wird; § 67b Abs. 2 SGB X ist dabei zu beachten. Die Verpflichtung, regelmäßig

Informationspflicht, soweit⁴⁴ das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt.⁴⁵ Dieses Überwiegen muss im Wege der Abwägung festgestellt werden. Das Abwägungsergebnis richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; allgemeine Maßstäbe lassen sich nur in begrenztem Umfang angeben:

- Der Abwägungsvorgang besteht grundsätzlich aus drei Schritten, nämlich der Gewichtung jedes der beiden gegenläufigen Interessen (jeweils für sich genommen) und anschließend der Verhältnisbestimmung beider.
 - o Dabei können auf Seiten des **Geheimhaltungsinteresses** u.a. folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein:
 - Wie sensibel ist die fragliche Information, also welche konkrete Bedeutung kommt ihr für die wirtschaftliche Stellung des Unternehmens zu?⁴⁶
 - Ist das Geheimnis nur einfachgesetzlich oder darüber hinaus auch grundrechtlich (durch Art. 12, 14 GG) geschützt,⁴⁷ weil der Geheimnisträger ein privates, nicht hoheitlich beherrschtes Unternehmen ist?⁴⁸
 - Geht es um ein rechtmäßiges Verhalten oder um einen Verstoß gegen die Rechtsordnung?⁴⁹
 - o Auf Seiten des Informationsinteresses sind u.a. folgende Aspekte hervorzuheben:
 - In die Gewichtung können im Prinzip sowohl Belange der Allgemeinheit als auch bloß private Interessen Einzelner einbezogen werden.⁵⁰ Allerdings werden jedenfalls bei der Erfüllung der Veröffentlichungs-

⁴⁴ Aus der gesetzlichen Formulierung „soweit“ folgt, dass ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis auch teilweise offenzulegen sein kann, wenn nämlich das Informationsinteresse nur wegen eines Teilaspekts der fraglichen Information überwiegt.

⁴⁵ Das berechnete Geheimhaltungsinteresse, das bereits vom Tatbestand vorausgesetzt wird (s.o., a) aa) (4)) ist hier also abermals zu prüfen; während es für den Tatbestand aber nur festzustellen ist, muss es nun gewichtet und ins Verhältnis zu dem widerstreitenden Informationsinteresse gesetzt werden.

⁴⁶ Hierbei kann auch bedeutsam sein, ob das betroffene Unternehmen aktuell in einem Wettbewerb steht oder ob es derzeit eine Monopolstellung genießt und ein wirtschaftlicher Schaden erst unter der Voraussetzung entstehender Konkurrenz droht (vgl. in diesem Sinn auch die Gesetzesbegründung, Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 20).

⁴⁷ Auch soweit grundrechtlicher Schutz besteht, kommt dem Geheimhaltungsinteresse kein absoluter Vorrang zu, denn die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG sind nicht schrankenlos gewährleistet, so dass es darauf ankommt, ob sich § 7 Abs. 2 HmbTG im Einzelfall als verhältnismäßige

⁴⁸ Die Gesetzesbegründung geht insoweit davon aus, dass „bei Verträgen zwischen Behörden beziehungsweise auskunftspflichtigen Stellen (...) grundsätzlich das öffentliche Interesse überwiegt“ (vgl. Bürgerschaftsdrucksache 20/4466, S. 20; Hervorhebung nur hier), was in dieser Allgemeinheit aber fragwürdig erscheint.

⁴⁹ Wie oben ausgeführt, genießt ein strafbares oder ordnungswidriges Verhalten schon nicht den Schutz des § 7 HmbTG, so dass für die Abwägung nur noch der Gesichtspunkt eines rechtswidrigen Verhaltens, das keinen Straftatbestand erfüllt und keine Ordnungswidrigkeit darstellt, übrig bleibt.

⁵⁰ So auch Schoch, a.a.O., § 5 Rn. 31 ff.

pflicht individuelle Interessen kaum je erkennbar sein, weil bei der Entscheidung, ob eine Information im Informationsregister zu veröffentlichen ist, nicht ein einzelner Antragsteller im Fokus steht, sondern die Allgemeinheit. Im Übrigen wird ein rein individueller Belang, insbesondere ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Antragstellers in aller Regel das Interesse des betroffenen Unternehmens nicht überwiegen.⁵¹

- Besonders gewichtig ist das Informationsinteresse hingegen, soweit es um die Verwendung erheblicher öffentlicher Mittel geht; dabei kann neben dem Investitionsvolumen auch die lange Dauer der Laufzeit einer vertraglichen Bindung, die die öffentliche Hand eingeht, von Bedeutung sein.⁵²
- Der Vergleich der je für sich bewerteten widerstreitenden Interessen muss so- dann ein Überwiegen des Informationsinteresses ergeben.
 - Das heißt, dass sowohl im Fall der Gleichrangigkeit beider Interessen als auch bei Zweifeln über das Verhältnis beider Interessen sich der Geheimnisschutz durchsetzt und das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen ist.
 - Nach der Gesetzesbegründung⁵³ überwiegt bei Verträgen zwischen Behörden bzw. sonstigen auskunftspflichtigen Stellen grundsätzlich das öffentliche Informationsinteresse. Hiermit dürfte gemeint sein, dass bei Verträgen, die beiderseits von auskunftspflichtigen Stellen (Kernverwaltung, informationspflichtige Personen des Privatrechts oder mittelbare Staatsverwaltung) geschlossen worden sind, in der Regel das Informationsinteresse besonders gewichtig und gleichzeitig das Geheimhaltungsinteresse besonders gering ist und sich das erstere daher durchsetzt. Diese Erwägung dürfte aber nur die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der auskunftspflichtigen Stellen selbst erfassen,⁵⁴ nicht hingegen für in den Verträgen eventuell enthaltene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter gelten.

⁵¹ Im Übrigen können individuelle Interessen ohnehin allenfalls im Auskunftsverfahren ermessen werden, während bei der Entscheidung, ob eine Information im Informationsregister zu veröffentlichen ist, in aller Regel nur das abstrakte öffentliche Interesse berücksichtigt werden kann.

⁵² Vgl. BVerwG, Beschluss vom 08. Februar 2011 – 20 F 13/10 –, juris Rn. 22.

⁵³ Vgl. a.a.O., S. 20.

⁵⁴ Soweit sie überhaupt geschützt sind (vgl. oben, a) aa) a.E.).

c) Verfahren

Gemäß § 7 Abs. 3 HmbTG haben Dritte, die aus irgendeinem Grund Angaben gegenüber Behörden machen, aus denen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hervorgehen, diese zu kennzeichnen und getrennt vorzulegen; bei der Veröffentlichung sind die geheimhaltungsbedürftigen Teile⁵⁵ unkenntlich zu machen oder abzutrennen. Gemäß § 7 Abs. 4 HmbTG hat die auskunftspflichtige Stelle in Fällen, in denen auf Antrag Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewährt werden soll, der oder dem Betroffenen vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Eine Rechtspflicht zur Anhörung des oder der Betroffenen regelt das Gesetz somit ausdrücklich nur für den Fall, dass ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis auf Antrag offengelegt werden soll. Nicht ausdrücklich vorgesehen ist sie hingegen für den Fall der Veröffentlichung eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses im Informationsregister, obwohl es sich hierbei sogar um den schwerer wiegenden Eingriff in die Interessen des Betroffenen handelt. Unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine ungewollte Regelungslücke im Gesetz handelt oder nicht, wird in der Praxis allerdings in sämtlichen Konstellationen, in denen nach dem HmbTG Dritten Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bzw. zu Tatsachen gewährt werden soll, die zumindest das betroffene Unternehmen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einstuft,⁵⁶ diesem vorab Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben sein.⁵⁷ Dies liegt im Übrigen auch im Interesse der informationspflichtigen Stelle, die hierdurch das Risiko, infolge einer unzulässigen Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu sein, verringern kann.

Hinzuweisen ist auch auf § 7 Abs. 3 Satz 4 HmbTG, wonach der Umfang der abgetrennten oder unkenntlich gemachten Teile unter Hinweis auf das Vorliegen eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses zu vermerken ist. Nach außen – im Informationsregister – wird diese Vorgabe allerdings durch die vorgenommenen Schwärzungen regelmäßig ausreichend erfüllt sein; nach innen sollte allerdings der Grund der Schwärzungen oder Auslassungen vermerkt werden, damit diese dauerhaft nachvollziehbar bleiben.

⁵⁵ Gemeint sind offensichtlich diejenigen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, bezüglich deren das Informationsinteresse nicht das Geheimhaltungsinteresse überwiegt, die also im Ergebnis der Abwägung nach § 7 Abs. 2 HmbTG nicht offen zu legen sind.

⁵⁶ D.h. neben der in § 7 Abs. 4 geregelten Konstellation der Offenlegung auf Antrag auch bei der Veröffentlichung im Informationsregister, weil die Einstufung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis für rechtlich unzutreffend gehalten oder aber das öffentliche Informationsinteresse als überwiegend angesehen wird.

⁵⁷ Geht man nicht von einer Regelungslücke im HmbTG aus, die durch eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 4 HmbTG auf das Veröffentlichungsverfahren zu schließen wäre, dürfte sich eine entsprechende Rechtspflicht zumindest aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz ergeben, wonach rechtliches Gehör zu gewähren ist, wenn eine beabsichtigte Verwaltungsmaßnahme wie ein VA unmittelbar in Grundrechtspositionen eines Rechtssubjekts einzugreifen droht und vergleichbare Wirkungen hätte (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs-Kallerhoff, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 28 Rn. 25).

d) Anderweitiger Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass sich ein ggf. weiter reichender Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergeben kann. Insbesondere sind in Konstellationen, in denen es um Geheimnisse eines Unternehmens geht, an dem die Freie und Hansestadt Hamburg beteiligt ist, die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachten. So gilt etwa für die Aufsichtsratsmitglieder und Beschäftigte der Beteiligungsverwaltungen in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beteiligungsunternehmen die Verschwiegenheitspflicht aus §§ 116 i.V.m. § 394 Satz 2 bzw. § 395 AktG. Da diese Vorschriften als Teil des höherrangigen Bundesrechts den Regelungen des HmbTG vorgehen (§ 9 Abs. 1 HmbTG), dürfte in ihrem Anwendungsbereich – soweit sie absolute Verschwiegenheitspflichten vorsehen – die Abwägungsklausel des § 7 Abs. 2 HmbTG nicht heranzuziehen, sondern ohne weiteres von einer Offenlegung abzusehen sein.

3. Ergebniszusammenfassung

- Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind nicht offenkundige Informationen, die sich auf ein Unternehmen beziehen, die der Unternehmensträger geheim halten will und an deren Geheimhaltung er auch objektiv ein berechtigtes Interesse hat.
 - Das Vorliegen eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses hat die informationspflichtige Stelle in eigener Verantwortung nach rechtlichen Maßstäben zu prüfen; an die Rechtsauffassung der oder des Betroffenen ist sie dabei nicht gebunden.
 - Enthält ein der Veröffentlichungs- oder der Auskunftspflicht unterliegendes Dokument Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, so sind diese nicht ohne weiteres unkenntlich zu machen (oder abzutrennen), sondern es ist zu prüfen, ob das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt (Abwägung). Soweit das der Fall ist, muss die betreffende Information (nach Rücksprache, s.u.) veröffentlicht bzw. zugänglich gemacht werden. Überwiegt hingegen das Geheimhaltungsinteresse oder wiegen beide Interessen gleich schwer, ist die Information unkenntlich zu machen (oder abzutrennen).
 - Vor der Veröffentlichung oder Zugänglichmachung von Informationen, die der Betroffene für geheimhaltungsbedürftig hält, ist diesem in jedem Fall Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- 