

HafenCity Hamburg GmbH | Osakaallee 11 | 20457 Hamburg

Herrn
Peter Schönberger

Hamburg, 30.03.2023

**Ihre Anfrage nach dem Hamburgischen Transparenzgesetz (HmbTG)
Überprüfung nach § 13 Abs. 4 HmbTG**

Sehr geehrter Herr Schönberger,

wir kommen zurück auf Ihre Anfrage vom 25. November 2022 an das Postfach transparenzgesetz@hafencity.com sowie Ihr Schreiben vom 4. März 2023. Hierin beantragen Sie eine Überprüfung unserer Entscheidung vom 23. Februar 2023 gem. § 13 Abs. 4 HmbTG.

Mit Antrag vom 25. November 2022 haben Sie auf Grundlage von § 12 Abs. 1 HmbTG die Übersendung der *"im Vorfeld des Investorenauswahlverfahrens für den Elbtower eingeholten Stellungnahmen und Gutachten zur Gestaltung des Verfahrens im Hinblick auf die Anwendbarkeit von EU-Vergabe- und Beihilferecht"* beantragt. Diesen Antrag haben wir mit Schreiben vom 23. Februar 2023 mit der Begründung abgelehnt, dass Ihrem Ersuchen der Schutz urheberrechtlich geschützter Rechtspositionen des Urhebers entgegenstehen.

Eine Überprüfung dieser Entscheidung kommt zu dem Ergebnis, dass Ihrem Antrag weiterhin nicht entsprochen werden kann. Zwar besteht eine grundsätzliche Auskunftspflicht aus § 12 Abs. 1 des Hamburgischen Transparenzgesetzes (HmbTG), weil es sich bei dem angeforderten Dokument zumindest um amtliche Informationen im Sinne des § 2 Abs. 1 HmbTG handelt (I.). Durch eine Übersendung oder Veröffentlichung des Dokuments würde allerdings das geistige Eigentum des Verfassers verletzt, sodass eine Informationspflicht gem. § 8 Abs. 1 HmbTG entfällt (II.).

Dieser Entscheidung liegt die folgende rechtliche Würdigung zugrunde:

I) **Auskunftsanspruch gem. § 12 Abs. 1 HmbTG**

Gemäß § 1 Abs. 2 HmbTG hat jede Person nach Maßgabe des HmbTG Anspruch auf Zugang zu allen amtlichen Informationen der auskunftspflichtigen Stellen sowie auf Veröffentlichung der in § 3 Abs. 1 HmbTG genannten Informationen. Nach §§ 12 Abs. 1, § 11 HmbTG haben die auskunftspflichtigen Stellen auf Antrag Auskunft zu erteilen (Auskunftspflicht im Sinne des § 2 Abs. 7 HmbTG) bzw. Informationsträger zugänglich zu machen, die die begehrten Informationen enthalten (Veröffentlichungspflicht im Sinne des § 2 Abs. 8 HmbTG).

Die von der Auskunftspflicht umfassten amtlichen Informationen sind gem. § 2 Abs. 1 HmbTG alle amtlichen Zwecken dienenden Aufzeichnungen, unabhängig von der Art ihrer Speicherung. Als solche gelten auch Aufzeichnungen, die zum Zwecke der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 3 gefertigt werden. Darüber hinaus unterliegen die in § 3 Abs. 1 HmbTG genannten Informationen grundsätzlich der Auskunftspflicht. Amtliche Informationen im Sinne des § 2 Abs. 1 HmbTG unterliegen zwar grundsätzlich der Auskunftspflicht, nicht ohne Weiteres aber auch zwingend der Veröffentlichungspflicht.

Unabhängig von der Frage, ob es sich bei dem von Ihnen angeforderten Dokument um ein Gutachten im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG handelt, stellt dieses zumindest eine amtliche Information im Sinne von § 2 Abs. 1 HmbTG dar. Im Ergebnis kann damit dahinstehen, ob das Dokument auch der Veröffentlichungspflicht aus § 2 Abs. 8 HmbTG unterliegt und folglich erst recht auf Antrag zugänglich gemacht werden muss, da sowohl für die Auskunftspflicht als auch für die Veröffentlichungspflicht der Ausnahmetatbestand des § 8 HmbTG gilt und einer Übermittlung insgesamt entgegensteht.

Der Vollständigkeit halber möchten wir die hierzu von Ihnen vorgebrachten Argumente dennoch nicht unberücksichtigt lassen und führen hierzu wie folgt weiter aus:

Gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 HmbTG unterliegen unter anderem von einer auskunftspflichtigen Stelle in Auftrag gegebene Gutachten und Studien grundsätzlich der Auskunfts- und Veröffentlichungspflicht. Der Begriff des **Gutachtens** umfasst dabei in Einklang mit Definitionen der Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur sowie dem behördlichen Sprachgebrauch in Hamburg

„Abhandlungen 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 des Fachwissens Schlussfolgerungen zieht und so in begründeter Weise zu einem bestimmten Ergebnis zu einer oder mehreren Rechtsfragen gelangt“,

Maatsch/Schnabel, Das Hamburgische Transparenzgesetz, Kommentar, § 3 Rn. 61.

Der Informationsgegenstand des Gutachtens ist abzugrenzen von bloßen gutachterlichen Äußerungen und Stellungnahmen. **Gutachterliche Stellungnahmen** sind

„Ausführungen, die ohne die in einem Gutachten zu erwartende Aufbereitung der allgemeinen und konkreten Sachlage eine oder mehrere einzelne Fachfragen im Ergebnis beantwortet“,

Maatsch/Schnabel, Das Hamburgische Transparenzgesetz, Kommentar, § 3 Rn. 63.

Diese sind anders als Gutachten von § 3 Abs. 1 Nr. 8 HmbTG gerade nicht erfasst und regelmäßig auch nicht mit Gutachten im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 HmbTG vergleichbar.

Vor diesem Hintergrund ist bereits fraglich, ob das von Ihnen angeforderte Dokument einen Informationsgegenstand betrifft, der von der Veröffentlichungspflicht aus § 3 Abs. 1 HmbTG umfasst ist. Bei dem betroffenen Dokument handelt es sich um eine rechtliche Stellungnahme eines Rechtsanwaltes, die weder den Umfang noch die Relevanz eines Gutachtens im o. g. Sinne aufweist. Vielmehr wird darin eine konkrete Rechtsfrage im Zusammenhang mit dem möglichen Vorgehen im Rahmen der Investorenauswahl für den Elbtower beantwortet ohne umfangreiche Aufbereitung der allgemeinen und konkreten Sachlage.

II) Informationsverbot gem. § 8 Abs. 1 HmbTG

Nach § 8 Abs. 1 HmbTG besteht eine Informationspflicht nicht, soweit und solange der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht.

1. Geistiges Eigentum

Der Begriff des geistigen Eigentums umfasst einerseits das Urheberrecht und andererseits einen wesentlichen Teil des gewerblichen Rechtsschutzes und den sich daraus ergebenden Schutz bestimmter absoluter Rechtspositionen, die der berechtigten Person gegen jedermann zustehen.

Das von Ihnen angeforderte Dokument genießt als anwaltliche Stellungnahme Urheberrechtsschutz nach §§ 1, 2 UrhG. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG gehören zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst insbesondere Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme, nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG auch Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art. Voraussetzung ist nach § 2 Abs. 2 UrhG, dass es sich bei den Werken um persönliche geistige Schöpfungen handelt.

Unter diesen urheberrechtlichen Werkschutz fallen insbesondere

„Gutachten und Studien, aber auch Vermerke, fachliche Stellungnahmen [und] Schriftsätze zu behördlichen und gerichtlichen Verfahren“,

Maatsch/Schnabel, Das Hamburgische Transparenzgesetz, Kommentar, § 8 Rn. 14.

Das Bundesverwaltungsgericht ist in seiner Entscheidung vom 26. September 2019 von dem insofern bislang maßgeblichen und strengen Maßstab für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit sprachlicher Darstellungen, die Gebrauchszwecken dienen, jüngst abgewichen. Anknüpfungspunkt für die Schöpfungshöhe war danach nicht der Inhalt (also z. B. Neuheit oder Originalität der in dem jeweiligen Text geäußerten Gedanken), sondern nur die Darstellungsform. Die Auswahl, Zusammenstellung und Darstellung der Inhalte mussten sich erheblich von der üblichen oder gar notwendigen Gestaltung abheben und das Alltägliche, Handwerksmäßige und bloße mechanisch-technische Aneinanderreihen von Material überragen (vgl. BGH, Urt. v. 17. April 1986, I ZR 213/83, GRUR 1986, 739, juris Rn. 12 m.w.N.). Demgegenüber bestimmte sich die urheberrechtliche Schutzfähigkeit nunmehr anhand eines für alle Werkarten **einheitlichen unionsrechtlichen Werkbegriffs**. Danach muss es sich

„bei dem betreffenden Gegenstand um ein Original in dem Sinne handeln, dass er eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt. Zum anderen [ist] die Einstufung als Werk Elementen vorbehalten, die eine solche Schöpfung in einem mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbaren Gegenstand zum Ausdruck bringen. Originalität in diesem Sinne [ist] dann gegeben, wenn der Gegenstand die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegelt, indem er dessen freie kreative Entscheidungen zum Ausdruck bringe“,

Maatsch/Schnabel, Das Hamburgische Transparenzgesetz, Kommentar, § 8 Rn. 14; BVerwG, Urt. v. 26. September 2019 - 7 C 1/18, GRUR 2020, 189, juris Rn. 22.

Eine besondere Gestaltungshöhe im Sinne eines Überragens des Alltäglichen, Handwerksmäßigen und bloßen mechanisch-technischen Aneinanderreihen von Material wird danach gerade nicht mehr gefordert.

Auch das OVG Hamburg hat eine urheberrechtliche Schutzfähigkeit in seinem Urteil vom 20. September 2021 in Bezug auf anwaltliche Schriftsätze bejaht und dazu ausgeführt, dass

"der Urheberrechtsschutz eines anwaltlichen Schriftsatzes [...] nicht (mehr) voraus[setzt], dass er nach dem Gesamteindruck der konkreten Gestaltung bei einer Gegenüberstellung mit der durchschnittlichen Gestaltertätigkeit das Alltägliche, Handwerksmäßige, bloße mechanisch-technische Aneinanderreihen von Material deutlich überragt“,

OVG Hamburg, Urteil vom 20.09.2021 – 3 Bf 87/18.

Unter Berücksichtigung der nach dem Vorstehenden zu stellenden Anforderungen genießt die von Ihnen angeforderte Stellungnahme Urheberrechtsschutz im Sinne der §§ 1, 2 UrhG. Eine ausreichende Schöpfungshöhe im oben genannten Sinne ergibt sich zum einen daraus, dass die Stellungnahme immerhin elf Seiten umfasst und zum anderen aus dem Umstand, dass der Text individuell und damit in origineller Weise gegliedert ist. Diese Gliederung ist Ausdruck der freien kreativen Entscheidung des Urhebers und orientiert sich nicht allein an einem für rechtswissenschaftliche Stellungnahmen und Schriftsätze üblichen funktionalen oder an einem aus Sachgründen zwingend vorgegebenen konkreten Schema (wie z. B. bei Mahnschreiben oder

presserechtlichen Warnschreiben). Vielmehr folgt der Aufbau der Stellungnahme individuellen Ordnungs- und Gestaltungsprinzipien und lässt erkennen, dass die Verfasser das Material, dem seinerseits eine nicht zwangsläufig vorgegebene Stoffauswahl zugrunde liegt, individuell in das Einzel- und Gesamtgeschehen eingeordnet hat (vgl. BGH, Urt. v. 17.4.1986, a.a.O. Rn. 16). Dass der Sprachstil und Ausdruck womöglich in dem üblichen, nüchternen, funktionalen, juristischen Duktus gehalten ist, steht seiner Schutzfähigkeit nicht entgegen.

2. Erstveröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG

Dem Urheber einer anwaltlichen Stellungnahme steht das sogenannte Erstveröffentlichungsrecht nach § 12 des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) zu. Danach hat der Urheber das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist (Abs. 1) und ihm ist es vorbehalten, den Inhalt seines Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, solange weder das Werk noch der wesentliche Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht ist (Abs. 2). Ein Werk ist nach § 6 Abs. 1 UrhG veröffentlicht, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Unter dem Begriff der Öffentlichkeit im Sinne von § 6 Abs. 1 UrhG ist ein nicht von vornherein bestimmt abgegrenzter Personenkreis möglicher Rezipienten des Werks zu verstehen, mit dem keine persönliche Verbundenheit des Urhebers oder Nutzungsberechtigten besteht und dem das Werk sinnlich wahrnehmbar gemacht wird (OVG Münster, Urt. v. 24.11.2017, 15 A 690/16, juris Rn. 94 ff. m.w.N.).

Das OVG Hamburg stellt in seiner zuvor zitierten Entscheidung in Bezug auf anwaltliche Schriftsätze fest, dass

„Das Erstveröffentlichungsrecht als einmaliges Recht [...] in Bezug auf den streitgegenständlichen Anwaltsschriftsatz noch nicht verbraucht [ist]. Mit der Einreichung bei der Behörde ist der Schriftsatz noch nicht im Rechtssinne veröffentlicht worden; damit ist auch keine (konkludente) Zustimmung zu einer späteren Veröffentlichung verbunden (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.9.2019, 7 C 1/18, GRUR 2020, 189, juris Rn. 25)“,

OVG Hamburg, Urteil vom 20.09.2021 – 3 Bf 87/18; ebenso: Maatsch/Schnabel, Das Hamburgische Transparenzgesetz, Kommentar, § 8 Rn. 30.

Die Übermittlung der von Ihnen angeforderten Stellungnahme an die HafenCity Hamburg GmbH (HCH) stellt vor dem Hintergrund dieser Ausführungen noch keine Veröffentlichung im vorgenannten Sinne dar. Eine solche Stellungnahme richtet sich gerade nicht an die Öffentlichkeit als unbestimmten, nicht von vornherein abgrenzbaren Personenkreis, sondern ist vielmehr ausschließlich an den Mandanten adressiert. Mit der Übersendung an den Mandanten willigt der Urheber nur ein, dass der jeweilige Adressat und dessen Mitarbeiter von der Stellungnahme Kenntnis erlangen. Die Zustimmung, dass hiermit zugleich der Öffentlichkeit – also potenziell jedermann – der Zugang zu dem Dokument eröffnet werden soll, wird hiermit weder ausdrücklich noch konkludent erteilt. Insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass eine Erstveröffentlichung in dem vom OVG Hamburg entschiedenen Fall schon nicht bei Übersendung eines anwaltlichen Schriftsatzes an die zuständige Behörde angenommen wurde, kann von einer solchen in dem

vorliegenden Fall, in dem die Stellungnahme keinem außerhalb des Mandatsverhältnis stehenden Dritten zugänglich gemacht wurde, erst recht nicht angenommen werden.

Eine Übersendung der von Ihnen angeforderten Stellungnahme ist in der Folge nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Urhebers möglich. Diesem wurde durch die HCH gem. § 8 Abs. 2 S. 1 HmbTG Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. Einwilligung in die Übersendung gegeben. Im Rahmen dieser Stellungnahme verwies der Urheber auf den Urheberrechtsschutz und widersprach der Herausgabe der von ihm erstellten Stellungnahme.

Mit der Gewährung des Informationszugangs würde deshalb in das Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers nach § 12 UrhG eingegriffen.

3. Ausschließliches Nutzungsrecht der HafenCity Hamburg GmbH

Eine Übersendung des Dokuments kann auch nicht mit dem Hinweis auf die zusätzlichen Vertragsbedingungen zur Hamburgischen Vergaberichtlinie (HmbVgRL) und ein sich daraus ergebendes ausschließliches Nutzungsrecht der HCH an der anwaltlichen Stellungnahme begründet werden. Denn bei den von dem Urheber erbrachten Leistungen, dessen Ergebnis die von Ihnen angeforderte juristische Stellungnahme war, handelt es sich grundsätzlich um freiberufliche Beratungsleistungen im Sinne der Ziff. II. 6. HmbVgRL und § 50 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO). Die hier konkret in Rede stehende Beauftragung der juristischen Stellungnahme erfolgte allerdings vor Juli 2017 und damit zu einem Zeitpunkt, in dem anwaltliche Beratungsleistungen noch nicht dem Vergaberecht unterlagen. Der § 1 Abs. 2 des Hamburgischen Vergabegesetzes (HmbVgG) a.F. lautete seinerzeit wie folgt:

„(2) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig erschöpfend beschrieben werden kann.“

§ 1 Abs. 2 HmbVgG a.F. wurde mit Gesetz vom 18. Juli 2017 abgeschafft. Nunmehr regelt § 2a HmbVgG, dass auf die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen (generell) die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) Anwendung findet. Diese sieht in § 50 UVgO vor, dass auch freiberufliche Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind, wobei *„so viel Wettbewerb zu schaffen [sei], wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“* Da die Beauftragung der anwaltlichen Beratungsleistungen vorliegend vor Juli 2017 erfolgte, findet § 50 UVgO jedenfalls auf die hier erbrachten Beratungsleistungen keine Anwendung. Unabhängig davon sei zusätzlich grundsätzlich angemerkt – auch wenn es in diesem Fall darauf schon gar nicht ankommt: Bei der Beschaffung freiberuflicher Leistungen sind die Vertragsbedingungen grundsätzlich auftragsbezogen individuell zu vereinbaren. Die VOL/B und der von Ihnen genannte *„Vergabevordruck Nr. 07 Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB)“* sind regelmäßig nicht in den Vertrag einzubeziehen und somit für die Beurteilung des konkreten Nutzungsrechts vorliegend nicht relevant.

Für diese Entscheidung werden keine Kosten erhoben (§ 13 Abs. 4, Abs. 6 HmbTG).

Mit freundlichen Grüßen



Rechtsreferentin