

Arbeitspapier

Transparenz bei ÖPP-Verträgen und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Eine Analyse aus ökonomischer und juristischer Perspektive

Autoren:

Prof. Dr. Thorsten Beckers

Prof. Dr. Jürgen Kühling

Andrej Ryndin

*Erstellt im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung
geförderten Forschungsvorhabens*

„Transparenz bei Public-Private-Partnerships (PPP)

im Infrastrukturbereich –

Eine ökonomisch-juristische Analyse“ (P3T)

Mai 2017

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Ökonomische Analyse der Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen hinsichtlich Innovationen und Wettbewerbsstrategien	3
2.1	Technisch-systemische Innovationen	4
2.2	Vertragsdesign-Innovationen	7
2.2.1	VDI auf der Auftragnehmer-Ebene.....	8
2.2.2	VDI auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers.....	10
2.3	Vergütungs- und Finanzdaten.....	12
2.4	Fazit	14
3	Auslegung des § 6 S. 2 IFG	15
3.1	Zentrale Auslegungsfragen.....	15
3.2	Norminterpretation des § 6 S. 2 IFG hinsichtlich einer Abwägung	15
3.3	Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.....	17
3.3.1	Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus § 6 S. 2 IFG im Rahmen von ÖPP-Projekten	17
3.3.2	Auslegung des berechtigten Interesses seitens des Unternehmens.....	18
3.3.2.1	Zwischenergebnis	22
4	Grundsätzliche abstrakte Überlegungen zum Design der institutionellen Technologie	23
4.1	Verortung von Entscheidungskompetenzen.....	23
4.1.1	Klare Regeln (Variante I).....	23
4.1.2	Delegation an eine neutrale Transparenz-Behörde (Variante II)	24
4.1.3	Delegation an betroffene Behörden (Variante III)	25
4.2	Horizontalisierung und Konkretisierung	26
4.3	Interdependenzen zwischen der Verortung von Entscheidungskompetenzen und der Horizontalisierung sowie Konkretisierung	30
5	Handlungsoptionen und Vorschlag für eine neue Regelformulierung des § 6 IFG	31
5.1	Ableiten von Handlungsoptionen auf Basis der generierten Erkenntnisse	32
5.1.1	Handlungsoptionen hinsichtlich der Horizontalisierung des § 6 IFG	32
5.1.2	Handlungsoptionen hinsichtlich der Konkretisierung des § 6 IFG	32
5.2	Vorschlag für eine neue Regelformulierung des § 6 IFG	35
6	Ausblick	36

1 Einleitung¹

Der öffentlichen Hand stehen für die Realisierung von Infrastrukturprojekten grundsätzlich verschiedene Beschaffungsvarianten zur Verfügung. Bei der sog. konventionellen Beschaffungsvariante (KBV) werden die Aufgaben auf den Wertschöpfungsstufen Planung, Bau, Betrieb und Erhaltung einer Infrastruktur in separaten und relativ kurzfristigen Verträgen an verschiedene i. d. R. private Unternehmen übertragen, wobei im Falle von bestimmten Planungsleistungen und geringfügigen Erhaltungsarbeiten sowie des Betriebs diese durchaus auch von der öffentlichen Hand in Eigenerstellung erbracht werden. Dahingegen werden bei sog. Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP) die Wertschöpfungsstufen gebündelt in einem umfangreichen und langfristigen Vertrag (meist für die Dauer von 20 bis 30 Jahren) an ein privates Unternehmen bzw. Konsortium (im Folgenden „Auftragnehmer“ oder „Bieter“) vergeben. In diesem Artikel werden ÖPP-Projekte betrachtet, bei denen im ursprünglichen, d. h. nach Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrag die zentralen Kostenrisiken dem privaten Auftragnehmer zugeordnet sind, um Anreize für eine kosteneffiziente Leistungserstellung zu setzen.²

Beim ÖPP-Ansatz besteht im Vergleich zur KBV ein erhöhtes polit-ökonomisch erklärbares Opportunismuspotential, was dazu führen kann, dass mit diesem Ansatz nicht das eigentliche (Haupt-)Ziel der Kosteneffizienz³ eines Beschaffungsvorgangs verfolgt wird. So ergibt sich aus dem meist umfangreichen Einbezug privaten Kapitals – welcher für die Anwendung des ÖPP-Ansatzes übrigens nicht zwingend erforderlich und so i. d. R. nicht sinnvoll ist – die Möglichkeit, Infrastrukturprojekte durch die Umgehung (der Grundgedanken) von Schuldenbremsen frühzeitiger als mit der KBV realisieren zu können („Vorzieheffekt“), was mit einer sehr starken politischen Attraktivität des ÖPP-Ansatzes einhergeht.⁴ Darüber hinaus weisen ÖPP-Projekte und -Verträge eine deutlich höhere Komplexität

¹ Die Rechte der Autoren zur Veröffentlichung ihrer Forschungsarbeiten in dem vorliegenden Arbeitspapier sind im Rahmen des Forschungsvorhabens „Transparenz bei Public-Private-Partnerships (PPP) im Infrastrukturbereich – Eine ökonomisch-juristische Analyse“ (P3T) nicht (und dabei weder direkt noch indirekt) eingeschränkt gewesen. Deshalb ist in diesem Arbeitspapier keine Kenntlichmachung gemäß Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („Darf eine wissenschaftliche Arbeit, ein Bericht oder ein Gutachten nicht ohne vorherige Einwilligung Dritter veröffentlicht werden, so ist dieser Sachverhalt bei der Veröffentlichung kenntlich zu machen.“) erforderlich. Übrigens können Angaben gemäß Punkt II.7 des Ethikkodexes des Vereins für Socialpolitik („In wissenschaftlichen Arbeiten sind Sachverhalte zu benennen, die auch nur potentiell zu Interessenskonflikten oder Befangenheit des Autors/der Autorin führen könnten. Diese Regel soll nach Möglichkeit auch bei Veröffentlichungen in den Nicht-Fach-Medien angewandt werden.“) den persönlichen Homepageseiten derjenigen entnommen werden, die Mitglied des Vereins für Socialpolitik bzw. als Ökonomen tätig sind und damit einhergehend sich dem Ethikkodex des Vereins für Socialpolitik verpflichtet fühlen (siehe https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiter/prof_dr_thorsten_beckers/, https://www.wip.tu-berlin.de/menue/kontakt_mitarbeiterinnen/andrej_ryndin/).

² Anzumerken ist, dass eine finale Beurteilung der Allokation von (Kosten- und anderen) Risiken auch zu berücksichtigen hat, ob und wie ÖPP-Verträge angepasst werden und die Risikozuordnung im Rahmen von Nachverhandlungen ggf. modifiziert wird. Somit wird hier vereinfachend angenommen, dass die Risikoallokation in ÖPP-Verträgen einen Festpreis impliziert.

³ Im § 7 Bundeshaushaltsordnung sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, für die grundsätzlich auch der Begriff der Kosteneffizienz verwendet werden kann, als (Haupt-)Ziele kodifiziert. Unter Kosteneffizienz wird hier die Minimierung der Kosten für die öffentliche Hand bei einem gegebenen Leistungsumfang bzw. Qualitätsniveau verstanden, wobei diese explizit auch Transaktionskosten für die Vorbereitung, Vergabe und Begleitung der Beschaffung umfassen. Vgl. *Beckers/Klatt*, Kosteneffizienz von Public-Private-Partnership-Modellen – Erwartungen und empirische Erkenntnisse, Wirtschaftsdienst 2009, Heft 3, S. 176-183.

⁴ Vgl. *Mühlenkamp*, in: Ziekow (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? – Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise, 2011, S. 67-

auf, was zusammen mit der Tatsache, dass in diesem Bereich bisher relativ wenig kodifiziertes Wissen bzw. Standards vorhanden sind, tendenziell größere Spielräume (als bei Anwendung der KBV) für opportunistisches Verhalten der Politik und Verwaltung sowie auch der Bieter bzw. privaten Vertragspartner bietet, weil eine effektive Kontrolle durch andere Akteure deutlich erschwert ist.⁵

Im öffentlichen Beschaffungswesen hat Transparenz im Allgemeinen als auch im Speziellen in Bezug auf ÖPP-Verträge eine hohe Bedeutung, wobei in diesem Zusammenhang verschiedene sowohl mit Vor- und Nachteilen einhergehende Effekte von Transparenz zu beachten sind.^{6,7} Ein hinsichtlich der Kosteneffizienz vorteilhafter und sehr relevanter Effekt ist dabei das Potential zur Reduktion von polit-ökonomisch erklärbaren Problemen und Fehlanreizen durch die verbesserte Möglichkeit zur Kontrolle durch Akteure bzw. Stakeholder aus dem politischen und gesellschaftlichen Bereich⁸. Besonders wichtig sind dabei Regeln hinsichtlich der Transparenz, da opportunistische Akteure auf Seiten der öffentlichen Hand ein sinnvolles Transparenz-Niveau von sich aus nicht freiwillig implementieren bzw. diesem letztlich nicht nachkommen werden. Einen weiteren potentiellen Vorteil von Transparenz betrifft das Wissensmanagement im öffentlichen Sektor. Durch Transparenz erfolgt zunächst der Einbezug von gesellschaftlichem Know-how zur Verbesserung der Entscheidungsgrundlage von Verwaltungen. Ferner wird durch Transparenz der Austausch von kodifiziertem Wissen zwischen verschiedenen öffentlichen Entitäten sowie Gebietskörperschaften gefördert. Jedoch geht Transparenz auch mit nachteiligen Effekten einher: So sind beispielsweise negative Auswirkungen bei der Veröffentlichung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen auf das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand denkbar, was bereits in KÜHLING / BECKERS / RYNDIN / BÄUML (2014)⁹ beleuchtet worden ist. Darüber hinaus kann sich Transparenz auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen¹⁰ der privaten ÖPP-Auftragnehmer auswirken, was vor allem in Bezug auf ÖPP-Verträge ein wichtiges Thema ist und den Fokus dieses Artikels darstellt.¹¹ Aus ökonomischer Sicht ist in diesem Kontext vor allem von Relevanz, welche positiven und negativen Effekte hinsichtlich Innovationen (Anreize zur Innovationsgenerierung und -diffusion) und von den jeweiligen Unternehmen verfolgten Wettbewerbsstrategien (Angebots-, Verhandlungs- und Geschäftsstrategien usw.) auftreten können. Sowohl das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand als auch der Schutz von Betriebs- und Ge-

106; Boardman/Vining, The Political Economy Of Public-Private Partnerships And Analysis Of Their Social Value, Annals of Public and Cooperative Economics 2012, Vol. 83, No. 2, S. 117-141.

⁵ Vgl. hinsichtlich der Komplexität des ÖPP-Ansatzes Shaoul/Stafford/Stapleton, Accountability and corporate governance of public private partnerships, Critical Perspectives on Accounting 2012, Vol. 23, No. 3, S. 213-229.

⁶ In diesem Artikel liegt der Fokus der Untersuchung auf ÖPP-Projekten und damit einhergehend auf ÖPP-Verträgen. Grundsätzlich können die Überlegungen auch auf die KBV übertragen werden.

⁷ Für eine allgemeine Diskussion der Vor- und Nachteile von Transparenz siehe z. B. Fenster, The Opacity of Transparency, Iowa Law Review 2006, Vol. 91, S. 885-949; Heald, Varieties of Transparency, Proceedings of the British Academy 2006, Vol. 135, S. 25-43.

⁸ Diese Wortgruppe wird im Folgenden mitunter auch aus Gründen der Einfachheit und besseren Lesbarkeit als „Gesellschaft“ bezeichnet.

⁹ Kühling/Beckers/Ryndin/Bäumel, IR 2014, 101.

¹⁰ Der im Artikel verwendete Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bezieht sich dabei auf die dafür übliche rechtswissenschaftliche Bezeichnung und Einordnung.

¹¹ Auch bei der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und möglichen Nachverhandlungen in ÖPP-Projekten können sich Fragen bezüglich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse stellen, die hier nicht weiter betrachtet werden, aber auch Interdependenzen mit der hier untersuchten Thematik der ursprünglichen, d.h. nach Zuschlagserteilung und damit vor etwaigen Nachverhandlungen abgeschlossenen ÖPP-Verträge aufweisen.

schäftsgeheimnissen stellen im Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) Ausnahmetatbestände beim Informationszugang dar. In diesem Artikel stehen die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen des IFG als potentielle Ausschlussgründe für den Informationszugang bei ÖPP-Verträgen im Fokus der Überlegungen, die sich dabei auf die Ebene des Bundes konzentrieren.¹² Dabei spielt die Diskussion um die „Transparenz vs. Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen“ nicht nur in der horizontalen Regelung des IFG eine Rolle, sondern auch in spezifischen Regulierungsbereichen, wie zuletzt beim Auskunftsanspruch der Gemeinde gegenüber dem bisherigen Nutzungsberechtigten gemäß § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG bei Netzübergängen.¹³

Der Artikel ist wie folgt strukturiert: Zunächst erfolgt eine (institutionen-)ökonomische Analyse von Transparenz bei ÖPP-Verträgen im Hinblick auf Innovationen und Wettbewerbsstrategien. Im Anschluss daran wird ausgehend vom IFG aus juristischer Sicht untersucht, inwieweit bei ÖPP-Verträgen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen können und wie ggf. mit diesen umzugehen ist. Im letzten Teil werden grundsätzliche Überlegungen hinsichtlich des Designs einer institutionellen Technologie bei der Ausgestaltung von Transparenzregelungen vorgenommen und auf IFG-Normen bezüglich der Betriebs- und Geschäftsheimnisse angewandt, um daraus schließlich Handlungsempfehlungen abzuleiten.

2 Ökonomische Analyse der Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen hinsichtlich Innovationen und Wettbewerbsstrategien

In diesem Abschnitt erfolgt eine ökonomische Analyse der Auswirkungen von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträge im Infrastrukturbereich auf Anreize zur Innovationsgenerierung und Wettbewerbsstrategien der privaten Unternehmen. Dabei wird die Analyse dahingehend eingegrenzt, dass ausschließlich „neue ÖPP-Verträge“ betrachtet werden.¹⁴ In diesem Kontext beziehen sich die ausgeführten Überlegungen in erster Linie auf ÖPP-Projekte bei den Bundesfernstraßen, können aber vielfach auch grundsätzlich auf andere Sektoren wie beispielsweise den (Bundes-)Hochbau oder Mauterhebungssysteme übertragen werden. Für die weitere Untersuchung ist wichtig, dass in diesem Artikel aus ökonomischer Sicht die Wirkungsbereiche von Transparenz hinsichtlich der ÖPP-Verträge grundsätzlich nach zwei verschiedenen Dimensionen differenziert werden: Zum einen sind dies Effekte auf Innovationen, bei denen wiederum zwischen technisch-systemischen Innovationen (TSI) und Vertragsdesign-Innovationen (VDI) unterschieden wird, und zum anderen sind dies Auswirkungen auf Wettbewerbsstrategien, was insbesondere mit Transparenz bezüglich Vergütungs- und Finanzdaten

¹² Die in diesem Artikel dargelegten Überlegungen können grundsätzlich auch auf die Länder und deren Informationsfreiheitsgesetze übertragen werden.

¹³ BGH, EnZR 11/14, Urt. v. 14.4.2105, Ziff. 22 ff., unter Hinweis auf die notwendige Abwägung zwischen Geheimnisschutz und Auskunftsanspruch.

¹⁴ Die Bezeichnung „neuer ÖPP-Vertrag“ umschreibt den Sachverhalt, dass der Vertrag unter den jeweils aktuell gültigen Transparenzregelungen geschlossen wird bzw. wurde und die Parteien sich bei Vertragsabschluss dieser Transparenzregelungen auch bewusst sind bzw. waren. Somit stellt diese Bezeichnung eine Abgrenzung zu „Bestandsverträgen“ dar, die unter einem alten, zeitlich vor dem aktuell gültigen Transparenzregime vereinbart wurden.

(VFD) in Verbindung steht. Diese Aspekte werden in der genannten Reihenfolge im Folgenden kurz beschrieben und dabei werden jeweils die Auswirkungen von Transparenz ökonomisch analysiert.

2.1 Technisch-systemische Innovationen

PERSPEKTIVE: EIN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER UND EIN EINZELNES PROJEKT

Technisch-systemische Innovationen beziehen sich auf die realwirtschaftliche Leistungserstellung der Infrastruktur und umfassen Veränderungen an der (Produktions-)Technologie, den Prozessen, den Inputs usw., welche zu einer Reduktion der (Produktions-)Kosten bei gleichbleibender Qualität bzw. zu einer Verbesserung der Qualität bei unveränderten Kosten führen, also letztlich die Kosteneffizienz positiv beeinflussen. Im Kontext von Infrastruktur als langlebigem Vermögensgut zielt diese Kosteneffizienz auf die Lebenszykluskosten ab. Als TSI im engeren Sinne können somit vor allem neuartige Produktionsmethoden im Rahmen der Leistungserstellung eingeordnet werden, wie zum Beispiel neue Beläge und Materialkombinationen bei Fahrbahndeckschichten. Im weiteren Sinne beziehen TSI bei Autobahnen zusätzlich auch konzeptionelle Verbesserungen mit ein, beispielsweise im Hinblick auf Betriebsdienst- oder Erhaltungskonzepte.¹⁵ Ein Anreiz für die Entwicklung und Anwendung einer TSI aus Sicht eines Bieters besteht darin, dass er sich im Wettbewerb dadurch relevante Kosten- bzw. Qualitätsvorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen kann, die wiederum höhere Gewinnaufschläge oder Marktanteile ermöglichen¹⁶.

Im Hinblick auf die ökonomische Einordnung von Transparenzeffekten bezüglich einer TSI sind zunächst keine erheblichen Differenzen zwischen ÖPP und KBV festzustellen.¹⁷ Denn im Allgemeinen ist anzunehmen, dass bei Bekanntwerden der TSI dem betroffenen Auftragnehmer ein hoher wirtschaftlicher Schaden entsteht, weil sein auf dieser TSI beruhender Wettbewerbsvorteil in Zukunft nicht mehr vorhanden sein wird. Aus der Perspektive des betroffenen Auftragnehmers stellt die Transparenz hinsichtlich der im ÖPP-Vertrag enthaltenen TSI eine Entwertung seiner mit entsprechendem Ressourceneinsatz entwickelten Innovation dar.^{18,19} In einer dynamischen Sichtweise könnte dies

¹⁵ Grundsätzlich ist der ÖPP-Ansatz insbesondere in solchen Sektoren sehr gut geeignet, in denen das Wissen über Technologien und Inputs kaum verbreitet ist und somit ein höheres Potential für TSI besteht. Allerdings kommt der ÖPP-Ansatz empirisch betrachtet oftmals genau dann zur Anwendung, wenn viel Wissen über Technologien und Inputs vorhanden ist. In diesem Kontext sei darauf hingewiesen, dass bei den ÖPP-Projekten bei den Bundesfernstraßen (den sog. A- und V-Modellen) kaum ernstzunehmende technisch-systemische Innovationen (hinsichtlich der Lebenszykluskosten) möglich bzw. bisher empirisch beobachtbar sind. Vgl. hierzu Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) als Beschaffungsvariante im Bundesfernstraßenbau, 2014, Haushaltsausschussdrucksache 0822, unter https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2014/06/2014-06-04_Bericht_BRH_zu_PPP_an_Haushaltsausschuss.pdf (Stand 02.05.2017).

¹⁶ Vgl. OECD, Oslo Manual – Guidelines for collecting and interpreting innovation data, 2005, 3rd edition, unter http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oslo-manual_9789264013100-en (Stand 02.05.2017).

¹⁷ Ein möglicher Unterschied von ÖPP zu KBV kann sein, dass die Innovationsanreize für die Generierung von Lebenszykluskosten-optimierenden TSI für ÖPP-Bieter stärker ausgeprägt sind als für private Auftragnehmer im Rahmen eines KBV-Projektes.

¹⁸ Eine Veröffentlichung der Innovation geht jedoch nicht zwangsläufig mit einer Entwertung einher, da letztendlich die Frage der Nutzungsrechte entscheidend ist. Zum Beispiel werden geschützte Patente veröffentlicht, allerdings dürfen die Konkurrenten das patentierte Wissen erst nach Ablauf des Schutzzeitraums wirtschaftlich verwenden. Im Weiteren wird angenommen, dass bei Transparenz hinsichtlich einer Innovation diese sogleich auch von Wettbewerbern genutzt werden kann und sie dazu technisch sowie vom Wissensstand her auch fähig sind.

dazu führen, dass bei den Unternehmen (Investitions-)Anreize zur Entwicklung von TSI gemindert werden.^{20,21} Diese Reduktion der Innovationsgenerierung ist gesamtwirtschaftlich gesehen als ein deutlich negativer Aspekt einzuordnen, der in Bezug auf TSI gegen Transparenz bei ÖPP-Verträgen spricht. Allerdings hängt die Bedeutung dieses Effekts auch vom Grad der ohnehin zu erwartenden (rechtlich nicht zu unterbindenden) Übernahme der entsprechenden Ideen durch Wettbewerber und somit der späteren Marktdurchdringung²² einer TSI ab. Es ist jedoch auch ein positiver Effekt durch Transparenz und der damit einhergehenden Wissensverbreitung hinsichtlich TSI möglich, da es durch das Bekanntwerden zu einer schnelleren und breiteren Diffusion der Innovation bei den Unternehmen im Markt kommt, was – von den vorgenannten dynamischen Aspekten hier jetzt abstrahierend – aus volkswirtschaftlicher Sicht grundsätzlich als wünschenswert anzusehen ist.²³ Im Kontext von Innovationsfragen sollte jedoch eine dynamische Perspektive gewählt werden, weil vom Grundsatz her erst gar keine Diffusion stattfinden kann, wenn überhaupt keine Innovationen mehr generiert werden. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist von Transparenz bei den TSI von ÖPP-Verträgen zunächst grundsätzlich abzuraten.

Zu beachten ist, dass auch bei Transparenz hinsichtlich TSI in ÖPP-Verträgen Unternehmen nicht in jedem Fall ihre Innovationstätigkeit einstellen würden und stattdessen vielmehr in ihren Angeboten höhere Preise verlangen würden, um für die Veröffentlichung und damit die Entwertung der von ihnen generierten TSI entsprechend monetär kompensiert zu werden.²⁴ Damit einhergehend würden die Unternehmen für ihre Innovationen von der öffentlichen Hand im Rahmen der höheren Preise (mit-)vergütet werden.

Dies ist bei einer zunächst nur auf ein Einzelprojekt eines einzigen öffentlichen Auftraggebers²⁵ auf Bundesebene bezogenen Perspektive hinsichtlich der Ausgabenminimierung ein Argument gegen Transparenz bei den TSI. Dies zeigt bei der Einzelprojekt-Perspektive, dass zwischen der wirtschaftlichen Betroffenheit wegen der Entwertung der Innovation auf Seiten der privaten Auftragnehmer infolge von Transparenzvorgaben und dem dann negativ betroffenen fiskalischen Interesse der öffentlichen Hand im Endeffekt „kommunizierende Röhren“ bestehen.

¹⁹ Es sei darauf hingewiesen, dass die eigentlichen ÖPP-Verträge selbst wohl keine TSI zum Inhalt haben. Diese können stattdessen allerdings im Angebot oder in den technischen (Planungs-)Unterlagen enthalten sein, die einen Teil der Vertragsgrundlagen ausmachen.

²⁰ Vgl. für den Zusammenhang zwischen Transparenz und Innovationsgenerierung *Liebeskind*, Knowledge, Strategy and the Theory of the Firm, Strategic Management Journal 1996, Vol. 17, S. 93-107.

²¹ Dieser Effekt hängt bei einer tieferen Betrachtung von mehreren Einflussfaktoren ab. Unter anderem ist entscheidend, wie schnell Konkurrenten die TSI adaptieren können, weil zunächst während der Adaptionszeit der Wettbewerbsvorteil weiterhin bestehen bleibt.

²² Der Begriff der Marktdurchdringung beschreibt den Grad der Diffusion von Innovationen innerhalb eines Marktes, sodass sich die Diffusion nur auf die in diesem Markt tätigen Unternehmen bezieht.

²³ Für den Zusammenhang zwischen Transparenz und Diffusion von Innovationen sowie in diesem Kontext insbesondere den Konflikt zwischen Innovationsanreizen und -diffusion siehe *Stiglitz*, Economic Foundations of Intellectual Property Rights, Duke Law Journal 2008, Vol. 57, S. 1693-1724; *Posner*, Intellectual Property: The Law and Economic Approach, Journal of Economic Perspectives 2005, Vol. 19, No. 2, S. 57-73.

²⁴ Von möglichen vergaberechtlichen Restriktionen für ein Vorgehen, bei dem möglicherweise zwar ein teureres aber eine technisch-systemische Innovation beinhaltendes Angebot den Zuschlag erhält, wird hier abstrahiert.

²⁵ Die Begriffe öffentlicher Auftraggeber und öffentliche Hand werden im Artikel synonym verwendet.

PERSPEKTIVE: EIN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER MIT MEHREREN PROJEKTEN

Wenn allerdings eine auf mehrere Projekte eines einzigen öffentlichen Auftraggebers auf Bundesebene bezogene Perspektive eingenommen wird, ist auch ein positiver Einfluss auf das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand vorstellbar. Dies kann damit erklärt werden, dass der öffentliche Auftraggeber zwar einmalig für die TSI einen höheren Preis zahlt, diese TSI aber dann für die eigenen Projekte verwenden kann, was bei den Vergaben der weiteren Projekte zu günstigeren Preisen aus Sicht der öffentlichen Hand führen dürfte.²⁶ Wenn die Einsparungen bei diesen Projekten größer ausfallen als die einmalige Zahlung des höheren Preises, ist bei dieser Perspektive das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand aufgrund der Veröffentlichung der TSI nicht negativ betroffen. Anzumerken ist hierbei, dass eine Veröffentlichung und das damit einhergehende „Abkaufen“ und die „Nutzung“ der TSI durch die öffentliche Hand lediglich dann als sinnvoll einzustufen ist, wenn die öffentliche Hand die Qualität der TSI auch angemessen beurteilen kann.

PERSPEKTIVE: MEHRERE ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER UND DEREN PROJEKTE

Eine ähnliche Argumentation gilt auch bei einer Perspektive, die auf mehrere öffentliche Auftraggeber (speziell im Rahmen eines föderalen Mehrebenensystems) und deren Projekte gerichtet ist. In diesem Fall könnte die Veröffentlichung der TSI auch zum Zweck des Wissensmanagements auf Seiten der öffentlichen Hand dienen, denn die öffentlichen Auftraggeber der jeweiligen föderalen Ebene könnten die TSI bei ihren weiteren Projekten – ohne dafür zahlen zu müssen – verwenden. Wenn das fiskalische Interesse auch die Ausgaben für die Projekte aller öffentlichen Auftraggeber im föderalen Mehrebenensystem umfasst, dann kann wegen der potentiell höheren Anzahl an Projekten grundsätzlich angenommen werden, dass im Vergleich zur vorgenannten Perspektive das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand noch stärker positiv beeinflusst wird. Allerdings stellen sich bei der Konstellation mehrerer öffentlicher Auftraggeber (vor allem im Kontext eines föderalen Mehrebenensystems) noch andere insbesondere aus dem Öffentlichen Gut-Charakter der TSI resultierende Fragen. So ist zum Beispiel zu klären, ob die anderen öffentlichen Auftraggeber zu der Finanzierung des TSI-Abkaufs beitragen (Free-Riding-Problematik) und wie das Wissensmanagement hinsichtlich der TSI über die verschiedenen föderalen Ebenen hinweg koordiniert wird (Koordinationsprobleme).²⁷

Bei einem Abweichen von der Einzelprojekt-Perspektive hin zu einer Perspektive auf mehrere Projekte eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber (im föderalen Mehrebenensystem) bestehen somit

²⁶ Der hier betrachtete Aspekt, inwieweit die Veröffentlichung und damit einhergehend das „Abkaufen“ der TSI durch die öffentliche Hand als sinnvoll einzustufen ist, betrifft die grundsätzliche ökonomische Fragestellung des (Un-)Bundling von Innovationsgenerierung und Leistungserstellung. Eine umfangreiche Diskussion dieser Fragestellung wird hier nicht vorgenommen.

²⁷ In diesem Kontext kann das System der Auftragsverwaltung bei den Bundesfernstraßen als ein Fall mit mehreren öffentlichen Auftraggebern auf einer (Bundes-)Ebene eingeordnet werden. Die Finanzierungs- und Koordinationsprobleme dürften hierbei in abgeschwächter Form auftreten, weil im Rahmen der Auftragsverwaltung bei den Bundesfernstraßen bereits Finanzierungs- und Koordinationsregelungen vorhanden sind, die auch bei der hier betrachteten TSI-Thematik sinnvoll zur Anwendung kommen könnten bzw. darauf basierend entsprechend weiterentwickelt werden könnten.

Die Bundesregierung plant im Übrigen eine Reform bei den Bundesfernstraßen, die eine Abschaffung des Systems der Auftragsverwaltung bei den Bundesautobahnen vorsieht und dafür der Bund bzw. eine Bundesautobahn-Gesellschaft als alleiniger zentraler öffentlicher Auftraggeber auftritt. Im Bereich der Bundesstraßen bleibt – sofern die Länder diese nicht an den Bund abgeben – das System der Auftragsverwaltung hingegen bestehen.

infolge von Transparenzvorgaben weiterhin „kommunizierende Röhren“ zwischen der wirtschaftlichen Betroffenheit wegen der Entwertung der Innovation auf Seiten der Unternehmen und dem fiskalischen Interesse der öffentlichen Hand. Allerdings besteht dann durchaus auch die Möglichkeit einer positiven Beeinflussung des fiskalischen Interesses durch Transparenz von TSI in ÖPP-Verträgen, was zumindest bei dieser Sichtweise tendenziell für Transparenz bei TSI spricht.

GESAMTBETRACHTUNG

Bei einer Gesamtbetrachtung ist somit Transparenz bei den TSI im Rahmen von ÖPP-Projekten und -Verträgen differenziert zu beurteilen. Wenn die öffentliche Hand nicht bereit ist oder aufgrund anderer Restriktionen nicht die Möglichkeit hat, die höheren Preise in den Angeboten der Unternehmen infolge der Veröffentlichung der TSI zu zahlen, ist Transparenz wegen der Nachteile hinsichtlich der Innovationsgenerierung und -diffusion kritisch zu sehen. Sollten die Unternehmen für Ihre Innovationen von der öffentlichen Hand über die höheren Preise vergütet werden und daher die Innovationstätigkeit nicht einstellen, spricht bei einer Fokussierung auf die Ausgabenminimierung bei einem Einzelprojekt aufgrund des dann negativ betroffenen fiskalischen Interesses der öffentlichen Hand weiterhin wenig für Transparenz bei TSI. Im Falle einer Perspektive, die auf einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber (speziell im Rahmen eines föderalen Mehrebenensystems) und deren künftigen Projekte gerichtet ist, kann hingegen das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand durchaus positiv beeinflusst werden, sodass dies dann ein Argument für Transparenz bei TSI in ÖPP-Projekten und -Verträgen darstellt. Es erscheint jedoch sinnvoll, dass im IFG keine Vorgaben hinsichtlich des Wissensmanagements bzw. dessen strategische Ausrichtung festgeschrieben werden sollten. Vielmehr sollte das Wissensmanagement und dabei auch der Umgang hinsichtlich der Transparenz bei den TSI dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber überlassen werden. Vor diesem Hintergrund der Nicht-Berücksichtigung der Transparenzvorteile bezüglich des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor spricht dann letztendlich wieder wenig für Transparenz bei TSI. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass das technisch-systemische Innovationspotential im Straßen- und Hochbau als den derzeit wichtigsten Anwendungsbereichen des ÖPP-Ansatzes in Deutschland keinesfalls überschätzt werden sollte.

2.2 Vertragsdesign-Innovationen

Innovationen im Bereich des Vertragsdesigns beziehen sich zunächst auf Vertragsklauseln, welche die Risikoallokation bzw. Haftung, die Sanktionsmechanismen sowie das Nachverhandlungsdesign usw. regeln. Darüber hinaus können auch Innovationen bei der Finanzierung zu den VDI gezählt werden. Wertvolle VDI zeichnen sich insbesondere durch eine Reduktion der Transaktionskosten aus, weil sie die Zusammenarbeit im langfristigen ÖPP-Vertrag zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Auftragnehmer verbessern, wie zum Beispiel sinnvolle Nachverhandlungsregelungen. Des Weiteren können VDI aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers als wertvoll eingestuft werden, wenn damit ein besserer Schutz vor opportunistischem Verhalten des privaten Auftragnehmers erreicht wird. Schließlich kann eine VDI in ÖPP-Verträgen (insbesondere bei der Risikoallokation) auch dazu beitragen, dass eine zielgenauere Anreizsetzung für eine kosteneffiziente Leistungserstellung stattfindet.

Einen wichtigen Aspekt für die weitere Analyse stellt die Unterteilung der VDI nach deren Entwicklungsebene dar. Zum einen können VDI auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers verortet sein,

d.h. sie werden von der öffentlichen Hand und / oder deren privaten Beratern in den ÖPP-Vertrag eingebracht. Zum anderen können VDI auf der Auftragnehmer-Ebene, also seitens der Bieter bzw. von deren Beratern²⁸, entwickelt werden („Bieter-VDI“). Die ökonomische Analyse konzentriert sich dabei im Folgenden zunächst auf die Ebene der Auftragnehmer und im Anschluss wird sich der Auftraggeber-Ebene zugewandt, wobei dann zum Teil auf bereits erfolgte Ausführungen hinsichtlich der Auftragnehmer-Ebene zurückgegriffen wird.

2.2.1 VDI auf der Auftragnehmer-Ebene

Zunächst ist hinsichtlich der von Bietern eingebrachten VDI anzumerken, dass die ÖPP-Vergabeverfahren für Projekte bei den Bundesautobahnen grundsätzlich so ausgestaltet sind, dass es im Regelfall für die Mehrheit der Bieter nicht möglich ist, Kenntnis über die ggf. eingebrachten Bieter-VDI der anderen Wettbewerber zu erlangen. Allerdings können die zwei zum Schluss verbliebenen Bieter, die sog. BAFO-Bieter („best and final offer“), gewisse Rückschlüsse auf die jeweils vom anderen BAFO-Bieter eingebrachten VDI ziehen. Zwar besteht die Unsicherheit, ob die VDI im endverhandelten ÖPP-Vertrag ggf. auch von der öffentlichen Hand stammen, aber entscheidend ist der Umstand, dass zumindest unter den BAFO-Bietern die VDI bekannt werden.²⁹ Bei von Bietern eingebrachten VDI stellt sich allerdings die Frage, inwieweit diese VDI nach Abschluss eines ÖPP-Projektes nicht ohnehin anderen Marktakteuren bekannt werden, weil im Markt viele Beratungsunternehmen involviert sind und bestimmte Sachverhalte weitertragen und somit für eine (rechtlich nicht zu unterbindende) Diffusion der VDI sorgen. Insofern ist die Relevanz der Entscheidung für oder gegen Transparenz bei Bieter-VDI auch vom Grad der späteren Verbreitung der entsprechenden (Vertrags-) Unterlagen bei den Unternehmen abhängig. Wenn – auch ohne Transparenz – eine hohe Verbreitung in Zukunft erreicht wird, dann wird die VDI vielen Akteuren bekannt sein und diesbezüglich fügt Transparenz keinem Bieter wirtschaftlichen Schaden durch das Wegfallen von auf dieser VDI beruhenden Wettbewerbsvorteilen zu. Daher sind in diesem Fall keine weiteren Analysen notwendig. Wenn zukünftig jedoch eine geringe Verbreitung zu erwarten ist, dann stellt sich eine konträre Situation ein und es kann die Position vertreten werden, dass in solchen Fällen Transparenz hinsichtlich der Bieter-VDI tendenziell abzulehnen ist.³⁰ Diese Aussage stellt allerdings selbst für den Fall einer geringeren Verbreitung der entsprechenden Informationen im Markt, von der im Folgenden (zumindest implizit) ausgegangen wird, nur ein Zwischenergebnis dar.

Es könnte argumentiert werden, dass eine Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen und der damit verbundenen Entwertung der darin enthaltenden Bieter-VDI in einer dynamischen Sichtweise zu einer Reduktion der Innovationsgenerierung führt. An dieser Stelle sei jedoch auf die Ausführungen zu den TSI verwiesen, sodass von einer umfangreichen Innovationsreduktion auch in diesem Fall grundsätz-

²⁸ Im Folgenden wird aus Gründen der Lesbarkeit nur der Begriff Bieter bzw. Unternehmen verwendet, was aber auch deren Berater einbezieht.

²⁹ Dies ist der Fall, weil die beiden BAFO-Bieter zunächst jeweils unabhängig voneinander Änderungen am Vertragsentwurf vorschlagen können. Die BAFO-Angebote werden letztendlich jedoch auf Basis eines einheitlichen von der öffentlichen Hand überarbeiteten Vertrags abgegeben, der sowohl Änderungen der BAFO-Bieter als auch der öffentlichen Hand enthalten kann.

³⁰ In diesem Kontext bleibt jedoch die schwierige Frage, inwiefern ex ante, d.h. bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung für oder gegen Transparenz, die spätere Verbreitung bei den Unternehmen abschätzbar ist.

lich nicht auszugehen ist, weil die Unternehmen dies ex ante in ihre Angebote einpreisen und somit für die VDI von der öffentlichen Hand (mit-)vergütet werden. Daher kann je nach Perspektive – wie bereits in Abschnitt 2.1 dargestellt – das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand negativ oder positiv betroffen sein, was dann entsprechend gegen oder für Transparenz spricht. Somit bestehen aufgrund von Transparenz hinsichtlich der (möglichen) Bieter-VDI in ÖPP-Verträgen zwischen der wirtschaftlichen Betroffenheit bei den Unternehmen und dem fiskalischen Interesse der öffentlichen Hand wie bei den TSI ebenfalls „kommunizierende Röhren“.

In diesem Kontext ist jedoch kritisch zu hinterfragen, welche Anreize bei den Unternehmen für die Generierung von VDI vorliegen, die neben dem privaten Auftragnehmer auch aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers als sinnvoll und somit als gesamtwirtschaftlich wertvoll einzuordnen sind. Es ist anzunehmen, dass die Unternehmen dem öffentlichen Auftraggeber neben ausschließlich Transaktionskosten reduzierenden Vertragsdesign-Innovationen auch viele VDI vorschlagen werden, die dem privaten Auftragnehmer im langfristigen Vertragsverhältnis Vorteile zulasten der öffentlichen Hand bieten. Somit dürfte es wohl insgesamt eine geringe Anzahl gesamtwirtschaftlich wertvoller Bieter-VDI geben. Darüber hinaus kann davon ausgegangen werden, dass eine nicht irrelevante Anzahl gesamtwirtschaftlich schädlicher Bieter-VDI³¹ entwickelt werden, bei denen mitunter jedoch nicht die Anzahl ausschlaggebend ist, sondern dass insbesondere einzelne Bieter-VDI sehr starke negative Effekte nach sich ziehen können. Vor diesem Hintergrund ist der Argumentation hinsichtlich einer geringeren Innovationsgenerierung zudem entgegenzuhalten, dass wenn mehrheitlich aus gesamtwirtschaftlicher Sicht schädliche statt wertvolle VDI von Unternehmen entwickelt werden, die reduzierte Innovationsgenerierung dann sogar als Vorteil einzustufen ist.

Im Kontext von Bieter-VDI ist zu beachten, dass es generell noch kein umfangreich konsolidiertes und kodifiziertes Wissen hinsichtlich der Ausgestaltung und Wirkung von Vertragsregeln und Finanzierungsinnovationen sowie ein eher geringes Wissen auf Seiten der öffentlichen Hand bei komplexen ÖPP-Projekten gibt. Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr einer Benachteiligung des öffentlichen Auftraggebers durch den privaten Auftragnehmer im Rahmen von ÖPP-Projekten bzw. -Verträgen, weil für die öffentliche Hand die Beurteilung der möglichen Konsequenzen aus den VDI sehr schwierig ist und etwaige Unklarheiten hinsichtlich neuartiger Vertragsklauseln zu ihren Ungunsten ausgelegt werden kann. Im Kontext von Wissensdefiziten auf Seiten der öffentlichen Hand kommt erschwerend hinzu, dass diese auch die Performance der eigenen Berater, welche die von den Bietern vorgeschlagenen VDI prüfen, nicht adäquat beurteilen kann. In diesem Zusammenhang ermöglicht Transparenz nach Abschluss des ÖPP-Vergabeverfahrens eine ex post Kontrolle durch die Gesellschaft und damit einhergehend werden bereits ex ante Anreize zur vorsichtigeren An- bzw. Verwendung derartiger Vertrags- und Finanzierungsklauseln etabliert, sodass aus dieser Sicht Transparenz eindeutig zu begrüßen ist. Diese Beurteilungsproblematik führt auch dazu, dass die Abgrenzung zwischen den erwähnten gesamtwirtschaftlich wertvollen bzw. schädlichen Bieter-VDI für die öffentliche Hand

³¹ Dabei können gesamtwirtschaftlich schädliche Bieter-VDI dahingehend unterschieden werden, ob sie zu einer bei beiden Vertragsparteien Transaktionskosten erhöhenden Vertragsausgestaltung führen (beispielsweise durch unpassend designte Risikoallokationen und Nachverhandlungsregeln) oder einen Verteilungscharakter aufweisen, also die Bieter die öffentliche Hand mit ihren VDI übervorteilen.

schwierig sein dürfte. Dabei betreffen solche (auch nur scheinbar innovativen) Vertragsklauseln in aller Regel die Wirtschaftlichkeit bzw. Effizienz im öffentlichen Bereich, was grundsätzlich für eine bessere gesellschaftliche Kontrolle ermöglichende Transparenz spricht. Falls doch – von den Abgrenzungsproblemen abstrahierend – gesamtwirtschaftlich wertvolle VDI vorliegen sollten, ist in diesem Fall dem Wissensmanagement im öffentlichen Sektor eine hohe Relevanz beizumessen, was ebenfalls Transparenz vorteilhaft erscheinen lässt.

Schließlich gäbe es, wenn Bieter-VDI intransparent bleiben würden, eine Umgehungsproblematik hinsichtlich der von der öffentlichen Hand (und deren Beratern) entwickelten Vertrags- und Finanzierungsklauseln. Denn diese könnten dann vom öffentlichen Auftraggeber aus opportunistischen Gründen als Bieter-VDI deklariert werden, um deren Veröffentlichung zu verhindern. Auch dieser Aspekt spricht für Transparenz bei Bieter-VDI. Zu dieser Umgehungsproblematik kann außerdem noch die Schwierigkeit der Zuordnung der VDI zum Bieter oder zum öffentlichen Auftraggeber hinzukommen, weil davon auszugehen ist, dass die im ÖPP-Vergabeverfahren von den Bietern eingebrachten VDI oftmals auch unter Mitwirkung der öffentlichen Hand entwickelt werden. Wenn der öffentliche Auftraggeber ohnehin an der Entstehung der VDI beteiligt gewesen ist, könnten die VDI auch der öffentlichen Hand zugeordnet werden. Bei einer Zuordnung zur öffentlichen Hand stellt sich dann die Frage, wie hinsichtlich der Transparenz zu entscheiden ist, was in diesem Artikel im Abschnitt zur Auftraggeber-Ebene behandelt wird.

Bei einer Gesamtbetrachtung der vorgestellten Aspekte gibt es letztendlich auf der einen Seite nur eher schwache Argumente für eine Geheimhaltung und auf deren anderen Seite gewichtige Argumente für Transparenz bei den von Bietern und / oder deren Beratern im Rahmen eines ÖPP-Vergabeverfahrens eingebrachten Vertrags- und Finanzierungsklauseln.

2.2.2 VDI auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers

Auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers geht es um VDI, die von der öffentlichen Hand selbst entwickelt und / oder von deren privaten Beratern eingebracht wurden („ÖH-VDI“). Zunächst soll bei der Analyse der Fokus auf von privaten Beratern der öffentlichen Hand entwickelten VDI liegen („Berater-VDI“).

VON DEN BERATERN DER ÖFFENTLICHEN HAND EINGEBRACHTE VDI

Grundsätzlich würden bei Intransparenz der von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten VDI die allgemeinen Opportunismus-Probleme existieren. So könnten die Berater beispielsweise dem (Fehl-)Anreiz unterliegen, möglichst komplexe und lediglich scheinbar gesamtwirtschaftlich wertvolle VDI einzubringen, damit beispielsweise bei Auslegungsschwierigkeiten von Klauseln o.ä. während der langfristigen Vertragslaufzeit erneut Beratungsbedarf seitens des öffentlichen Auftraggebers entstehen würde. Dadurch wird eine gewisse Abhängigkeit der öffentlichen Hand vom entsprechenden Berater erzeugt. Die Opportunismus-Probleme dürften zwar weniger stark ausgeprägt sein als bei den Bieter-VDI, aber durch das Offenlegen etwaiger Berater-VDI und der damit einhergehenden Möglichkeit zur Kontrolle durch die Gesellschaft kann das Opportunismuspotential (noch weiter) begrenzt werden. Des Weiteren führt das bereits bei den Bieter-VDI dargestellte Expertise-Problem auf Seiten der öffentlichen Hand dazu, dass diese die Qualität und die (Aus-)Wirkungen der von den Beratern entwickelten Vertrags- und Finanzierungsklauseln nur schwer beurteilen kann. Bei einer Veröffentli-

chung der Berater-VDI nach Abschluss des Vergabeverfahrens kann die ex post Kontrolle durch Akteure bzw. Stakeholder aus dem gesellschaftlichen und politischen Bereich auch bereits ex ante Anreizeffekte hinsichtlich der Güte der Beratertätigkeiten entfalten. Bei Transparenz im Vorfeld des Vertragsabschlusses kann die Kontrolle durch die Gesellschaft sogar noch stärker wirken und die Qualität der Verträge bzw. der Berater-VDI auch direkt beeinflussen. Darüber hinaus gilt auch das bereits im Kontext der Bieter-VDI vorgebrachte Argument, dass die von Beratern des öffentlichen Auftraggebers eingebrachten VDI oftmals unter aktiver Mitwirkung der öffentlichen Hand entstehen, wodurch eine exakte Feststellung des Entwicklers einer solchen Innovation kaum möglich ist. Dies dürfte bei Berater-VDI sogar noch deutlich häufiger der Fall sein als bei Bieter-VDI. Der im Zuge der Bieter-VDI erwähnte Aspekt einer Verbesserung des Wissensmanagements innerhalb des öffentlichen Sektors behält auch im Rahmen der Berater-VDI weiterhin seine Gültigkeit und die Rationalität für ein entsprechendes Wissensmanagement nimmt vergleichsweise sogar noch zu, da die Berater-VDI letztendlich im öffentlichen Bereich bzw. im Auftrag der öffentlichen Hand generiert worden sind.³² Alle vorgenannten Punkte sprechen im Endeffekt mehr oder weniger stark für Transparenz hinsichtlich der von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten VDI.

Es ist wie bei TSI und Bieter-VDI vorstellbar, dass Transparenz auch bezüglich der Berater-VDI zu einer geringeren Innovationsgenerierung bzw. -dynamik im Bereich der für die öffentliche Hand tätigen Beratungsunternehmen führen könnte. Im Vergleich zu den Bieter-VDI ist dieses Argument hier etwas höher zu gewichten, weil davon auszugehen ist, dass der Anteil der gesamtwirtschaftlich wertvollen VDI höher ausfällt. Allerdings dürfte es zu keiner nennenswerten Innovationsreduktion kommen, denn die potentiellen privaten Berater der öffentlichen Hand werden die Veröffentlichung ihrer möglicherweise generierten VDI ex ante in ihre Angebote einpreisen. Somit werden die VDI über die höheren Honorarforderungen von der öffentlichen Hand (mit-)vergütet, weshalb die privaten Beratungsunternehmen ihre Innovationstätigkeit nicht einstellen werden. Je nach Perspektive kann – wie bereits in Abschnitt 2.1 dargestellt – das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand vor- oder nachteilhaft betroffen sein, was dann entweder für oder gegen Transparenz spricht. Jedenfalls wird somit das im Kontext der TSI und der Bieter-VDI beschriebene Phänomen der „kommunizierenden Röhren“ grundsätzlich ebenfalls im Bereich der Berater-VDI existieren.

In einer Gesamtbetrachtung lässt sich festhalten, dass hinsichtlich der von den Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten VDI sehr viel und im Vergleich zu den Bieter-VDI noch mehr für Transparenz spricht. Daraus lässt sich eine Regel für eine Transparenzvorschrift ableiten, die eine vollständige Veröffentlichung von Berater-VDI vorsieht. In diesem Zusammenhang sollte sich die öffentliche Hand stets die uneingeschränkten Veröffentlichungsrechte der im Rahmen des Beratervertrags für den öffentlichen Auftraggeber entwickelten VDI bzw. des gesamten Vertragsentwurfs zusichern, um etwaige potentielle Komplikationen bei Veröffentlichung vorab zu vermeiden.

³² Im Kontext des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor kann sich u.a. die Frage der Kostentragung stellen. Dies betrifft insbesondere die Frage, wer die Generierung von VDI als öffentliche (Wissens-)Güter, die andere öffentliche Auftraggeber ebenfalls nutzen können, finanziert bzw. finanzieren sollte.

VON DER ÖFFENTLICHEN HAND EIGENSTÄNDIG ENTWICKELTE VDI

Schließlich kann auch die öffentliche Hand selbst innovative Vertrags- und Finanzierungsklauseln entwickeln („ÖH-VDI“). Dies kann direkt durch den jeweiligen öffentlichen Auftraggeber geschehen oder auch durch eine öffentliche Wissensmanagement-Organisation erfolgen. Dabei kann Transparenz von ÖPP-Verträgen und den darin enthaltenen von der öffentlichen Hand (und auch deren Beratern) entwickelten VDI die Entstehung von vertraglichen Standards im ÖPP-Markt positiv beeinflussen.³³

Vom Prinzip her gelten für die ÖH-VDI die gleichen Argumente wie bei den Berater-VDI, allerdings wiegen die Argumente für Transparenz noch schwerer. Das kann damit begründet werden, dass die Ausarbeitung der ÖH-VDI vollständig im öffentlichen Bereich stattfindet, sodass im Rahmen des Entstehungsprozesses solcher Innovationen keine wirtschaftlichen Interessen von Bietern oder Beratungsunternehmen im Sinne einer Entwertung tangiert werden.³⁴ Es kommt hinzu, dass grundsätzlich fraglich ist, inwieweit die öffentliche Hand durch das Bekanntwerden der ÖH-VDI einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden erfahren kann. Dies wäre eigentlich nur vorstellbar, wenn der öffentliche Auftraggeber mit dem in die ÖH-VDI eingeflossenen Wissen selbst am Beratungsmarkt aktiv ist. In diesem Kontext wäre beispielsweise denkbar, dass die öffentliche Hand ihre bei ÖPP-Vorhaben generierten innovativen Vertrags- und Finanzierungsklauseln im Rahmen von Beratungstätigkeiten an andere Gebietskörperschaften gegen eine Vergütung zur Verfügung stellt. Dies wäre nicht mehr möglich, wenn die ÖH-VDI veröffentlicht und allgemein zugänglich sind. Es würde folglich ein wirtschaftlicher Schaden für die jeweilige öffentliche Entität entstehen. Allerdings ist es als recht unwahrscheinlich einzustufen, dass die öffentliche Hand in diesem Bereich des Beratungsmarktes als gewinnorientierter Akteur tätig wird.³⁵

Vor diesem Hintergrund gibt es gewichtige Argumente für Transparenz in Bezug auf die von der öffentlichen Hand eigenständig entwickelten VDI. Es erscheint also eine Regel hinsichtlich der Transparenzvorgaben sinnvoll, die eine Veröffentlichung der ÖH-VDI stets vorschreibt.

2.3 Vergütungs- und Finanzdaten

Der letzte hier betrachtete Aspekt betrifft die Vergütungs- und Finanzdaten (VFD), welche insbesondere diejenigen Zahlen im ÖPP-Vertrag und in den weiteren Vertragsgrundlagen wie beispielsweise dem Angebot des siegreichen Bieters umfassen, die einen deutlichen Bezug zu Vergütungsstruktur,

³³ Dieser Aspekt der positiven Beeinflussung bei der Entstehung von Standards gilt auch für Bieter-VDI. Die Erwähnung erfolgt erstmals an dieser Stelle, weil es hinsichtlich des Wissensmanagements im öffentlichen Sektor besser zur Ebene der öffentlichen Auftraggeber passt.

³⁴ An dieser Stelle sei angemerkt, dass bei Transparenz aufgrund der Kontrolle durch die Gesellschaft die Entwicklung von VDI, deren (Aus-)Wirkungen noch nicht erprobt sind, verhindert werden kann, weil die Verantwortlichen der öffentlichen Hand befürchten, für mögliche negative Konsequenzen der VDI öffentlich sanktioniert zu werden. Dieser Effekt dürfte bei solchen ÖH-VDI nicht auftreten, die ausschließlich positive (Aus-)Wirkungen für die öffentliche Hand haben werden. Vgl. Hood, What Happens when Transparency Meets Blame-Avoidance?, Public Management Review 2007, Vol. 9, No. 2, S. 191-210.

³⁵ Selbst für den Fall, dass die öffentliche Hand in diesem Bereich als gewinnorientierter Akteur tätig ist, ist der Abwägung des schutzwürdigen Interesses bei den ÖH-VDI mit dem allgemeinen Transparenzinteresse eine hohe Bedeutung beizumessen.

Vergütungszahlungen, Vertragsstrafen, Bonus-Malus-Mechanismen, Preis- und Kostenkalkulationen, Finanzierungskonditionen usw. aufweisen.

Denkbar ist in diesem Kontext, dass ein Bekanntwerden von Vergütungs- und Finanzdaten einen negativen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Bieter haben könnte. So können VFD durchaus Teile der Angebots-, Verhandlungs- und Geschäftsstrategie des jeweils siegreichen Bieters reflektieren und damit durch eine Offenlegung den Konkurrenten wertvolle Informationen liefern.³⁶ Aus Bietersicht sind somit schutzwürdige VFD durch eine Offenlegung betroffen, was zu einer Veränderung des Bieterverhaltens beitragen kann. So könnten potentielle Bieter, wohlwissend dass bei einer erfolgreichen Bezuschlagung ihres finalen Angebots Teile ihrer Wettbewerbsstrategie veröffentlicht werden, dies bereits vorab preiserhöhend einkalkulieren, was im Endeffekt auch zu einer negativen Beeinflussung des fiskalischen Interesses der öffentlichen Hand führen kann. Dies zeigt wiederum den Fall der „kommunizierenden Röhren“, weil ausgehend vom aus Bietersicht nicht gewährten Schutz ihrer VFD mittelbar auch das fiskalische Interesse der öffentlichen Hand betroffen ist. Weiterhin ist in Bezug auf das Wettbewerbsverhalten der Bieter vorstellbar, dass eine Veröffentlichung von VFD auf Dauer explizite und implizite Kollusion unter Bietern unterstützen kann, was eine Reduktion der Wettbewerbsintensität in den ÖPP-Vergabeverfahren und damit einhergehend ungünstigere Ausschreibungsergebnisse zur Folge hätte.³⁷ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die Veröffentlichung von ÖPP-Verträgen inkl. Vertragsgrundlagen und der darin enthaltenen Vergütungs- und Finanzdaten die Verhandlungsposition des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen von zukünftigen ähnlichen Beschaffungsvorgängen gegenüber den potentiellen Bietern verschlechtert.

Jedoch können durch Transparenz in Bezug auf Vergütungs- und Finanzdaten auch als positiv einzustufende Effekte auftreten. Letztendlich betreffen jene Daten die Wirtschaftlichkeit bzw. Effizienz im öffentlichen Sektor und damit einen Bereich, in dem die Rationalität für eine umfassende Kontrolle durch die Öffentlichkeit bzw. die Bürger und Steuerzahler besonders ausgeprägt ist. In erster Linie dürfte dies die in ÖPP-Verträgen fixierte Vergütungsstruktur betreffen.^{38,39} Dies ist von besonders hoher Relevanz, weil mit den Informationen zur Vergütungsstruktur die Höhe des privaten Kapitalanteils ermittelt werden kann, welche maßgeblich die Wirkungskraft des Fehlanreizes zur Schuldenbremsumgehung im Rahmen von ÖPP-Projekten bestimmt. Wenn diese Informationen öffentlich

³⁶ An dieser Stelle sei angemerkt, dass im Gegensatz zu klassischen Ausschreibungen im KBV-Bereich beim im Rahmen der ÖPP-Vergabe verwendeten Verhandlungsfahren (mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb) eine Angebotseröffnung, an der die Bieter teilnehmen können, nicht gestattet ist.

³⁷ Vgl. für grundsätzliche Ausführungen zu Kollusion und vor allem Kartellen im Kontext von öffentlichen Ausschreibungen *Weishaar*, *Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*, 1st edition 2013, S. 36ff. Hier sei insbesondere auf die Gefahr eines Kalkulationskartells oder Kalkulationsmethoden-Kartells hingewiesen, weil Bieter sich besser auf eine einheitliche Kalkulationsmethode verständigen bzw. die entsprechende Einhaltung kontrollieren können.

³⁸ Vgl. hierzu *World Bank Institute*, *Disclosure of Project and Contract Information in Public-Private Partnerships*, 2013, unter <http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/Disclosure%20of%20Project%20PPP.pdf> (Stand 02.05.2017). Besonders auf die Risiken für den Haushalt abzielend *Hood/Fraser/McGarvey*, *Transparency of Risk and Reward in U.K. Public-Private Partnerships, Public Budgeting & Finance 2006*, Vol. 26, No. 4, S. 40-58.

³⁹ Hierbei kann kritisch hinterfragt werden, inwieweit solche Informationen zu späteren Zeitpunkten nicht ohnehin öffentlich werden.

zugänglich sind, kann eine gesellschaftliche Kontrolle diesem opportunistischen Verhalten der öffentlichen Hand besser entgegenwirken.

Insgesamt dürfte eine recht hohe Unsicherheit über den „Saldo“ der Nach- und Vorteile bei Transparenz hinsichtlich der Vergütungs- und Finanzdaten in ÖPP-Verträgen vorherrschen. Aus ökonomischer Sicht sollten daher sowohl die negativen als auch positiven Transparenzeffekte im Rahmen einer Abwägung bei der Entscheidung hinsichtlich der Veröffentlichung von in ÖPP-Verträgen enthaltenen VFD adäquat berücksichtigt werden. Insbesondere bei der als einen speziellen Teil der Vergütungs- und Finanzdaten einzuordnenden Vergütungsstruktur sollten die gewichtigen Argumente, die für Transparenz sprechen, Berücksichtigung finden.

2.4 Fazit

Als Fazit der ökonomischen Analyse kann zunächst übergeordnet festgehalten werden, dass die Wirkungsbereiche von Transparenz bezüglich ÖPP-Verträgen nach technisch-systemischen Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten differenziert werden können. Aus ökonomischer Sicht sprechen bei technisch-systemischen Innovationen überwiegend Argumente gegen Transparenz. Dies ist hauptsächlich aufgrund der negativen Auswirkungen auf die Anreize zur Innovationsgenerierung der Fall, wobei in den derzeit wichtigsten Anwendungsbereichen des ÖPP-Ansatzes in Deutschland, dem Hoch- und Straßenbau, das diesbezügliche Potential keinesfalls überschätzt werden sollte. Allerdings dürften die Unternehmen die Innovationstätigkeit auch bei Transparenz keineswegs vollständig einstellen, da sie über höhere Preise in den Angeboten dafür (mit-)vergütet werden. Grundsätzlich wäre weiterhin auch noch der spezielle Aspekt zu beachten, dass Transparenz bei den technisch-systemischen Innovationen zum Zweck des Wissensmanagements auf Seiten der öffentlichen Hand dienen kann.

Bei den Vertragsdesign-Innovationen kann zwischen der Auftragnehmer- und Auftraggeber-Ebene unterschieden werden. Bei den auf der Auftragnehmer-Ebene (also von den Bietern bzw. deren Beratern) entwickelten Vertragsdesign-Innovationen gibt es bei einer ökonomischen Gesamtbetrachtung kaum Bedenken gegen Transparenz, weil durch deren Veröffentlichung die Reduktion von Opportunismuspotentialen erreicht wird und eventuell auftretende negative Auswirkungen auf die Anreize zur Innovationsgenerierung in diesem Bereich als nicht kritisch einzustufen sind. Bei von den Beratern des öffentlichen Auftraggebers eingebrachten Vertragsdesign-Innovationen spricht sogar noch mehr für Transparenz. In diesem Zusammenhang ist, eine die vollständige Veröffentlichung für die von den Beratern der öffentlichen Hand entwickelten Vertrags- und Finanzierungsklauseln regelnde Transparenzvorgabe als sinnvoll einzuordnen, wobei die entsprechenden Veröffentlichungsrechte zur Vermeidung potentieller Komplikationen stets bei der öffentlichen Hand verortet sein sollten. Bei vom öffentlichen Auftraggeber eigenständig entwickelten Vertragsdesign-Innovationen ist die Rationalität für Transparenz nochmals stärker ausgeprägt, weil es aus ökonomischer Perspektive keinerlei stichhaltigen Argumente gegen die Veröffentlichung dieser Art von Vertragsdesign-Innovationen gibt.

Im Bereich der Vergütungs- und Finanzdaten ist wegen der großen Unsicherheit über das Ausmaß der potentiellen negativen und positiven Effekte infolge von Transparenz hingegen keine eindeutige Aussage für oder gegen Transparenz möglich. Hinsichtlich der Vergütungsstruktur als einem speziellen Teil der Vergütungs- und Finanzdaten spricht einiges für Transparenz. Abschließend ist auf den

wichtigen Aspekt der „kommunizierenden Röhren“ hinzuweisen, der den Zusammenhang beschreibt, dass Transparenz hinsichtlich der von Bietern und Beratern entwickelten Innovationen sowie der Vergütungs- und Finanzdaten im Endeffekt auch zu einer Beeinflussung des fiskalischen Interesses der öffentlichen Hand führen kann.

3 Auslegung des § 6 S. 2 IFG⁴⁰

3.1 Zentrale Auslegungsfragen

Vor dem Hintergrund dieser ökonomischen Analyse stellen sich zentrale Fragestellungen mit Blick auf § 6 S. 2 IFG⁴¹:

1. So ist zu prüfen, inwieweit § 6 S. 2 IFG eine Abwägung hinsichtlich der Rechtsfolgen eröffnet. Ist bei Vorliegen eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses der Geheimnisschutz absolut, oder eröffnet die Norm eine Güterabwägung in Bezug auf das Transparenzinteresse des Informations-Zugangspetenten?
2. Daran schließt sich die Frage an, ob angesichts des gefundenen Auslegungsergebnisses zur ersten Frage eine Interpretation der Tatbestandsmerkmale der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse derart geboten ist, dass diese einen engen Anwendungsbereich erfahren. Muss für die Beurteilung, ob ein Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnis vorliegt, auf die bereits durch die Rechtsprechung geprägte Auslegung zurückgegriffen werden, oder ist es geboten im Hinblick auf das Transparenzinteresse einen eigenen Maßstab anzusetzen?

3.2 Norminterpretation des § 6 S. 2 IFG hinsichtlich einer Abwägung

Zur Beantwortung der ersten Frage, wie § 6 S. 2 IFG de lege lata ausgelegt werden muss, ist auf die klassischen Auslegungsregeln⁴² zurückzugreifen. Ausgangspunkt ist dabei, dass die Ausnahmen grundsätzlich eng zu interpretieren sind, um dem Ziel des IFG Raum zu geben, eine weit reichende Transparenz zu gewährleisten⁴³.

WORTLAUT UND GENESIS

Aus dem *Wortlaut* der Norm, der nicht ausdrücklich eine Abwägung auf der Rechtsfolgenseite anführt, könnte geschlossen werden, dass eine solche gerade nicht stattfinden soll.⁴⁴ Allerdings folgt aus dieser Formulierung letztlich nur, dass eine Abwägung weder ausdrücklich angeordnet, noch aus-

⁴⁰ Für wertvolle Vorarbeiten zu diesem Abschnitt sei Sabrina Piemesberger, vormals Lehrstuhl Kühling, gedankt.

⁴¹ § 6 S. 2 IFG lautet: „Zugang zu Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen darf nur gewährt werden, soweit der Betroffene eingewilligt hat.“ Eine vergleichbare Regelung enthalten § 7 S. 1 IFG Berlin, § 5 I Nr. 3 AIG (Brandenburg), § 6 S. 2 BremIFG, § 7 Abs. II HmbTG, § 8 IFG M-V, § 8 S. 1 IFG NRW, § 11 S. 2 LIFG (Rheinland-Pfalz), § 10 Nr. 2 IZG-SH, § 6 S. 2 IZG LSA und § 9 Abs. I ThürIFG. Im Saarland (§ 1 SIFG) wird auf das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes verwiesen.

⁴² Vgl. hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 133 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 38 ff.

⁴³ Dazu bereits ausführlicher *Kühling/Beckers/Ryndin/Bäumli*, IR 2014, 101.

⁴⁴ So nunmehr auch ausdrücklich *Partsch*, in: *Berger/Partsch/Roth/Scheel* (Hrsg.), IFG Kommentar, 2013, § 6 Rn. 15.

drücklich ausgeschlossen ist. Damit verbleibt das Ergebnis nach der grammatischen Auslegung weiterhin offen. Auch die *Gesetzesbegründung* bezieht hierzu nicht eindeutig Stellung und lässt das Auslegungsergebnis weiterhin offen.⁴⁵

SYSTEMATIK

Daher ist anhand der *systematischen* Stellung des § 6 S. 2 IFG im Gesetz und innerhalb der Rechtsordnung danach zu fragen, inwiefern sich hieraus schließen lässt, ob eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen ist. Gegen eine Abwägung spricht der unmittelbare normative Kontext von § 6 S. 2 IFG, da in § 5 Abs. 1 IFG, der dem Schutz personenbezogener Daten dient, ein Abwägungserfordernis ausdrücklich im Wortlaut Niederschlag gefunden hat. Zwar vermag es verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen, dass der Gesetzgeber dem Inhaber von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eine Vetoposition durch seine Verweigerung zur Einwilligung einräumt⁴⁶, jedoch kann diese Tatsache nicht darüber hinwegtäuschen, dass die nicht ausdrückliche Kodifizierung in § 6 S. 2 IFG gegen ein Abwägungserfordernis spricht. Auch ein Vergleich mit den Vorschriften zum IFG der Länder zeigt, dass dort ein Abwägungserfordernis zum größten Teil ausdrücklich normiert wurde.⁴⁷ Diese beiden systematischen Aspekte sprechen dafür, dass sowohl dem Landes- als auch dem Bundesgesetzgeber die Problematik des absoluten Geheimnisschutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sehr wohl bewusst war und der Bundesgesetzgeber, hätte er bei § 6 S. 2 IFG eine Interessenabwägung gewollt, diese ausdrücklich in den Normtext aufgenommen hätte.

TELOS

Auf ein anderes Ergebnis deutet allerdings die *teleologische* Auslegung hin. Dem Bestreben des Informationsfreiheitsgesetzes, Transparenz zu schaffen und damit eine effektive Wahrnehmung der Bürgerrechte zu eröffnen,⁴⁸ würde es gerade widersprechen, wenn das Vorliegen von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen den Anspruch ohne jegliche Abwägung ausschließt. Daher spricht die *ratio legis* des § 6 S. 2 IFG für das Erfordernis einer Interessenabwägung. Allerdings kann hiergegen vorgebracht werden, dass es sich vorliegend um einen multipolaren Grundrechtskonflikt handelt. Relevant sind deshalb nicht nur die Interessen des Bürgers an einer Transparenz und einem Informationszugang und diejenigen der Behörde, sondern auch die Belange des betroffenen Unternehmens. Diese können vom Gesetzgeber höher gewichtet werden, ohne sich in Widerspruch mit seinen Gesetzeszielen zu setzen.

SCHLUSSFOLGERUNG

Da sowohl der Wortlaut der Norm, als auch die Gesetzesbegründung wenig aufschlussreich sind, die Systematik aber klar gegen eine Abwägung spricht, kann abschließend festgehalten werden, dass

⁴⁵ Vgl. hierzu BT-Drs. 15/4493, S. 14.

⁴⁶ *Schoch*, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 113; *Kugelmann*, NJW 2005, 3609, 3612; *Kloepfer/Greve*, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577, 584; siehe dazu auch sogleich die verfassungskonforme Auslegung unter 2.b.

⁴⁷ Vgl. § 7 S. 1 IFG Berlin, § 5 Abs. II Nr. 3 AIG (Brandenburg), § 6 S. 2 BremIFG, § 7 Abs. II HmbTG, § 8 S. 3 IFG NRW, § 9 Abs. I Nr. 5 ThürIFG.

⁴⁸ BT-Drs. 15/4493, S. 1.

eine Abwägung widerstreitender Interessen nicht stattfinden soll. Auch das Ziel des IFG, Transparenz zu schaffen, kann kein gegenteiliges Ergebnis erzwingen, da dieses nicht absolut greift.

3.3 Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Um die zweite Frage beantworten zu können, ob eine eigenständige Auslegung hinsichtlich eines Merkmals der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angesetzt werden muss, müssen zunächst die Tatbestandsmerkmale im Kontext mit ÖPP-Projekten dargestellt werden. In einem zweiten Schritt kann dann die Frage beantwortet werden, ob eine am Transparenzinteresse orientierte Auslegung geboten erscheint.

3.3.1 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus § 6 S. 2 IFG im Rahmen von ÖPP-Projekten

Die Interessen des Bürgers an Transparenz finden ihre Grenze in den Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen derjenigen Unternehmen, die an einem ÖPP-Projekt beteiligt sind. In der Phase der Projektabwicklung rücken die Interessen des Unternehmens in den Vordergrund, sodass ein multipolarer Grundrechtskonflikt entsteht. Grundrechtlichen Schutz erfahren Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse auf nationaler Ebene aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 I GG⁴⁹ und auch der EuGH erkennt deren Schutz nach den allgemeinen Grundsätzen an⁵⁰. Angesichts der Bedeutung der konfligierenden Interessen und weil den Unternehmen in Bezug auf die Veröffentlichung der Informationen ein absolutes Vetorecht eingeräumt wird, muss umso genauer beleuchtet werden, wann Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen.

Vorweg ist hervorzuheben, dass der Ausschluss von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht pauschal aus der Tatsache folgt, dass es sich bei ÖPP-Projekten um Verträge mit einer öffentlichen Stelle handelt, der wegen des öffentlichen Partners per se keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten könne. Vielmehr muss eine Einzelfallbetrachtung erfolgen, wann das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bejaht werden kann.⁵¹

Hierbei ist festzustellen, dass § 6 S. 2 IFG auf eine Legaldefinition verzichtet. Konkretisiert werden die Begriffe der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vielmehr durch die Rechtsprechung. Dabei handelt es sich um alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge (1), die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind (2) und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein erkennbares (3) und berechtigtes Interesse (4) hat.⁵² Hieraus ergibt sich somit eine viergliedrige Prüfung⁵³, um das Vorliegen des absoluten Geheimnisschutzes bejahen zu können. Eine trennscharfe Unterscheidung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist nicht

⁴⁹ BVerfG, 1 BVR 2087/03 vom 14.03.2006 Rn. 81 ff.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 24.06.1986, C-53/85 – AKZO Chemie vs. Kommission, Rn. 29.

⁵¹ BfDI, Informationsfreiheitsgesetz des Bundes - Text und Erläuterungen, 5. Aufl. 2016, S. 55.

⁵² Vgl. hierzu BT-Drs. 15/4493, S. 14, der ausdrücklich auf BGH, NJW 1995, 2301 verweist, sowie BVerfG, NVwZ 2006, 1041, 1042; BVerwG, ZUR 2009, 490, 491; OVG Koblenz, NVwZ 2007, 351, 353; VG Frankfurt am Main, Urteil vom 10.06.2013 – 7 K 3199/12.F; VGH München, Beschluss vom 22.12.2009 – G 09.3.

⁵³ Rossi, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 66; Schoch, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 78.

immer möglich, aber auch entbehrlich,⁵⁴ weil für den Geheimnisschutz ausreichend ist, dass eine Alternative,⁵⁵ also entweder Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, kumulativ diese vier Voraussetzungen erfüllen.

Im Zusammenhang mit ÖPP-Projekten und damit einer Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und einem Unternehmen bedeutet dies, dass nach der ersten Voraussetzung (1) die in Betracht kommende Tatsache direkten Unternehmensbezug aufweisen muss. Dieser fehlt etwa bei Tatsachen, die dem persönlichen Bereich des Geschäftsinhabers zuzuordnen sind oder als neutral gewertet werden müssen.⁵⁶ Weiterhin darf die Tatsache nach dem zweiten Erfordernis (2) nicht offenkundig sein. Um in den Schutzbereich von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu fallen, muss das Unternehmen die „Wissenden“ unter seiner Kontrolle halten.⁵⁷ Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass ein Unternehmen durch eine restriktive Informationshandhabung in gewissem Umfang selbst den Schutz steuern kann. Für den Geheimhaltungswillen nach der dritten Voraussetzung (3) greift eine Vermutung zugunsten des Unternehmens.⁵⁸ Dieser muss daher nicht ausdrücklich nach außen kundgetan werden, sondern kann auch konkludent erfolgen oder aus der Natur der Sache geschlossen werden⁵⁹. Schließlich muss ein berechtigtes Interesse seitens des Unternehmens vorliegen (4). Dieses bildet somit ein objektives Korrektiv zum subjektiven Geheimhaltungswillen, der durch das Unternehmen gesteuert werden kann. Daher fallen unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nur solche Tatsachen, die wettbewerbsrechtliche Relevanz aufweisen, und somit den eigenen Vorsprung gegenüber einem Konkurrenten durch exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen stärken.⁶⁰ Innerhalb eines ÖPP-Projekts können sich Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse zum einen aus Vertragsdesign-Innovationen oder aus technisch-systemischen Innovationen ergeben, die je nach Sektor-, Markt- oder Projektcharakteristika erheblich schwanken können. Zum anderen können auch Tatsachen, die Rückschlüsse auf die Unternehmensführung oder Marktstrategien zulassen, unter diesen Begriff fallen.⁶¹

3.3.2 Auslegung des berechtigten Interesses seitens des Unternehmens

WORTLAUT, GENESIS, SYSTEMATIK UND TELOS

Hieran schließt sich die Frage an, ob das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach diesen allgemeinen Voraussetzungen beurteilt werden muss, oder ob es geboten ist, die Auslegung den Besonderheiten des Informationsfreiheitsgesetzes anzupassen. In Betracht käme hierbei, das

⁵⁴ Rossi, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 64.

⁵⁵ Vgl. den Wortlaut des § 6 S. 2 IFG nachdem Betriebs- „oder“ Geschäftsgeheimnisse den Zugang ausschließen; vgl. auch Fischer, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), IFG/UIG/VIG/IWG, 34. EL 2016, § 6 Rn. 42; Rossi, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 65.

⁵⁶ Jastrow/Schlatmann, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 42; Mecklenburg/Pöppelmann, IFG, 2007, § 6 Rn. 41; Rossi, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 68; Schoch, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 81.

⁵⁷ Schoch, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 82.

⁵⁸ Schoch, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 89.

⁵⁹ BGH, NJW 1995, 2301, 2301.

⁶⁰ Fischer, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), IFG/UIG/VIG/IWG, 34. EL 2016, § 6 Rn. 57; Rossi, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 75.

⁶¹ Partsch, in: Berger/Partsch/Roth/Scheel (Hrsg.), IFG Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 6 Rn. 13e; Rossi, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 75; BVerfG, NVwZ 2006, 1041, 1042.

Vorliegen eines berechtigten Interesses im Hinblick auf das Informationsrecht zu modifizieren. Diese Voraussetzung dient dazu, den Kreis der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auf ein berechtigtes objektives Maß zu beschränken und eröffnet somit einen Interpretationsspielraum. Daher könnte das Merkmal der wettbewerbsrechtlichen Relevanz einer Abwägung derart zugänglich sein, dass sich das berechnete Geheimhaltungsinteresse mit dem Interesse der Informations-Zugangspetenten messen lassen muss.⁶² Das heißt, ein berechtigtes Interesse könnte zu verneinen sein, wenn das Interesse an der Geheimhaltung hinter dem Publizitätsinteresse zurücktreten muss. Zur Beantwortung dieser Frage müssen erneut die allgemeinen Auslegungsregeln herangezogen werden.⁶³

Der Wortlaut des § 6 S. 2 IFG ist wenig ergiebig. Dieser spricht nur von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, ohne auf eine Definition oder nähere Anwendungsvorgaben für die Tatbestandsmerkmale hinzuweisen. Einerseits könnte damit auf die, durch die Rechtsprechung bereits konkretisierten Voraussetzungen verwiesen sein. Andererseits muss der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, der in verschiedenen Gesetzen gebraucht wird⁶⁴ nach der „Relativität der Rechtsbegriffe“⁶⁵ nicht immer identisch ausgelegt werden. Daher ist dem Wortlaut letztlich nicht zu entnehmen, ob das Merkmal des berechtigten Interesses aufgrund entgegenstehender Belange der Informations-Zugangspetenten modifiziert werden muss.

Die Gesetzesbegründung⁶⁶ verweist für die Beurteilung, ob Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vorliegen, auf eine konkrete Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁶⁷. In dieser beurteilt der Bundesgerichtshof die Frage, ob Angebotsunterlagen ein Geschäftsgeheimnis darstellen und bewertet das Vorliegen eines berechtigten Interesses seitens des Betriebsinhabers danach, ob die „Aufdeckung der Tatsache geeignet wäre, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen“⁶⁸. Insofern wird also auf eine Entscheidung verwiesen, in der das berechnete Interesse allein einseitig beurteilt wird, also unabhängig von einem etwaigen Interesse des Informations-Zugangspetenten. Daher spricht zwar die Gesetzesbegründung einerseits gegen eine Beachtung des Informationsinteresses innerhalb dieses Tatbestandsmerkmals, andererseits handelt es sich um kein Urteil, das sich konkret mit dem Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse innerhalb des Informationsfreiheitsgesetzes befasst. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass das berechnete Interesse in diesem Zusammenhang anders beurteilt werden muss.

In *systematischer* Hinsicht spricht das Gesamtrechtsgefüge nicht per se gegen eine Beachtung des Informationsinteresses. Aufgrund der amtlichen Überschrift zu § 1 IFG, die den Zugang als „Grundsatz“ bezeichnet, wird deutlich, dass die nachfolgenden Normen diesen nicht konterkarieren dürfen.

⁶² Dies verneinend *Rossi*, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 78; *Schoch*, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 99; *Sellmann/Augsberg*, Chancen und Risiken des Bundesinformationsfreiheitsgesetzes – Eine „Gebrauchsanleitung“ für (private) Unternehmen, WM 2006, 2293, 2299; BVerwG NVwZ 2009, 1113, 1114.

⁶³ Vgl. hierzu wiederum *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1995, S. 133 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 38 ff.

⁶⁴ Vgl. z. B. § 17 UWG, § 30 VwVfG, §§ 203 und 204 StGB und § 9 I Nr. 3 UIG.

⁶⁵ *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 58 f.; BGH NJW 1957, 297, 297.

⁶⁶ Vgl. hierzu BT-Drs. 15/4493, S. 14.

⁶⁷ BGH, NJW 1995, 2301.

⁶⁸ BGH, NJW 1995, 2301, 2301.

Eine Berücksichtigung des Informationsinteresses des Einzelnen könnte zum Ausschluss des berechtigten Interesses des Unternehmens und somit zur Verneinung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen führen. Letztlich würde damit dem Grundsatz auf Zugang zu Informationen zur Geltung verholfen. Andererseits ergibt die Auslegung des § 6 Abs. 1 S. 2 IFG, nicht zuletzt aufgrund der Stellung im Gesetz neben § 5 IFG, dass keine Abwägung stattzufinden hat. Würde innerhalb des Merkmals des berechtigten Interesses ein Informationsinteresse nun berücksichtigt werden, so widerspräche dies der vorangegangenen Auslegung.

Die *teleologische* Auslegung könnte dagegen sehr wohl für eine Berücksichtigung des Informationsinteresses streiten. Denn durch das IFG sollte das Verwaltungshandeln transparenter gestaltet werden. Insofern kann gerade aufgrund dieser Zielsetzung eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals des berechtigten Interesses innerhalb der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gerechtfertigt sein.⁶⁹ Allerdings ist auch der Zweck der einzelnen Vorschrift zu beachten. § 6 S. 2 IFG dient dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und somit dem einzelnen Unternehmen. Welchem dieser unterschiedlichen Zwecksetzungen der Vorrang gebührt, kann durch die teleologische Auslegung nicht abschließend beantwortet werden.

VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG

Klärung könnte allerdings eine *verfassungskonforme* Auslegung bringen. Würde die Norm bei einer der beiden Auslegungsalternativen gegen die Werteentscheidung der Grundrechte verstoßen, so würde diejenige greifen, die mit dem Grundgesetz im Einklang steht, um dem gesetzgeberischen Willen so weit wie möglich Geltung zu verschaffen.⁷⁰ In Betracht käme hierbei, dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in seiner Absolutheit gegen das Grundgesetz verstößt. Wäre dies der Fall, dann müsste das Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Interesses“ einschränkend ausgelegt werden. Zunächst dürfte der Gesetzgeber bei der Bewertung des Verhältnisses zwischen dem Informationsinteresse des Einzelnen und dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Unternehmen nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen haben. Durch die rigide Vorrangentscheidung für das in Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG wurzelnde Recht des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses⁷¹ gegenüber dem Recht auf Informationszugang könnte hiergegen aber verstoßen worden sein. Ein Verstoß kommt dabei aber nur in Betracht, wenn man dem Informationszugangsrecht verfassungsrechtlichen Rang beimisst.⁷² Zwar ist dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen, wie er einzelne Grundrechte in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringt. Dieser könnte aber mit der Absolutheit des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse überschritten sein.

Das Recht auf Informationszugang gegenüber Behörden könnte in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG verankert sein. Dieses Grundrecht gewährt dem Einzelnen ein Recht „sich aus allgemein zugängli-

⁶⁹ Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 58 f.

⁷⁰ BVerfG, NJW 1994, 2475, 2476.

⁷¹ Kloepfer/Greve, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577, 578; BVerfG MMR 2006, 375, 376.

⁷² So Kloepfer, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 2011, S. 35.

chen Quellen ungehindert zu unterrichten“. Gerade an dem Merkmal der allgemeinen Zugänglichkeit könnte es aber in diesem Zusammenhang fehlen.⁷³ Traditionell greift der Schutz des Art 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, nur sofern und soweit eine Quelle öffentlich gemacht worden ist.⁷⁴ Auch aus dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG wird traditionell kein subjektiver Anspruch auf ein verfassungsrechtliches Informationszugangsrecht gegenüber Behörden abgeleitet.⁷⁵ Ein verfassungsrechtlicher Rang des Informationszugangsrechts läge somit nicht vor. Diese Sicht würde dazu führen, dass der Gesetzgeber die Grenzen des Informationsfreiheitsrechts durch das IFG selbst gestalten und weitergehender Schutz durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG aber nicht erzwungen werden könnte.

Etwas anderes ergibt sich allerdings aus einer dynamischen Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG unter ergänzender Hinzuziehung des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG.⁷⁶ Eine derartige Interpretation des Grundrechts entspricht der Entwicklung in der Verfassungsrealität hin zu einer proaktiven Transparenz. Letztlich besteht auch kein Widerspruch zu der zuerst angeführten Auffassung insoweit, als es nicht um die Schaffung von Informationen geht, sondern um den Zugang zu bereits im Besitz der öffentlichen Stelle befindliche Informationen.⁷⁷ Damit ist dem Informationszugangsrecht Verfassungsrang zuzusprechen.

Hieraus folgt, dass der Gesetzgeber, dem ein originäres, nur durch die Verfassung beschränktes Gesetzgebungsrecht zusteht,⁷⁸ das Informationszugangsrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG innerhalb des IFG nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit auszugestalten hatte. Die Beschränkung in § 6 S. 2 IFG durch das Recht der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse müsste damit verhältnismäßig sein. Durch den Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG verfolgt der Gesetzgeber ein legitimes Ziel, das er unter Berücksichtigung seiner Einschätzungsprärogative in geeigneter, erforderlicher sowie verhältnismäßiger Weise verfolgt. Insofern liegt kein Verstoß aufgrund unverhältnismäßiger Bewertung zwischen dem Informationsanspruch aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG und dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG vor.

Ein Verstoß gegen die Verfassung kommt aber deshalb in Betracht, weil der Gesetzgeber womöglich gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, indem er Betriebs- und Geschäftsgeheim-

⁷³ Vgl. den Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2010 und 2011, S. 10, abrufbar unter: http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB_IFG/3TB10_11.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 02.05.2017).

⁷⁴ *Roßnagel*, Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz?, MMR 2007, 16, 17; *Schoch*, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, Einl. 69; vgl. auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, Band I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rn. 79.

⁷⁵ *Kugelmann*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 61.

⁷⁶ *Kühling*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rn. 41; *Wegener*, Der geheime Staat, 2006, 481 ff.

⁷⁷ *Kühling*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rn. 42; *Wegener*, Der geheime Staat, 2006, 481 f.

⁷⁸ *Panzer*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Verwaltungsgerichtsordnung, 32. EL 2017, Vor. § 47 Rn. 5; BVerfG NJW 1988, 2529, 2534; BVerfG NJW 1984, 2567, 2567.

nisse gegenüber dem Persönlichkeitsrecht illegitim bevorzugt. In § 5 Abs. 1 S. 1 IFG⁷⁹, der den Schutz personenbezogener Daten umfasst und verfassungsrechtlichen Schutz nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG genießt, ist eine Abwägung schon dem Wortlaut nach ausdrücklich vorgesehen. Zwar steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Bewertung von Grundrechtspositionen zu. Allerdings erscheint die Bevorzugung eines ökonomischen Interesses gegenüber dem persönlichkeitsrechtlichen Belang vor dem Hintergrund, dass es innerhalb des Regelwerkes des IFG um einen gleichgerichteten Schutz geht, als nicht rechtfertigbar.⁸⁰

Jedoch gilt es zu beachten, dass dem Gesetzgeber ein weiterer Spielraum zukommt, wie er die einzelnen Grundrechtspositionen gewichtet. Für die Ungleichbehandlung zwischen § 5 Abs. 1 S. 1 IFG und § 6 S. 2 IFG müsste sich lediglich ein vernünftiger Grund finden lassen. Zum einen ergibt sich aus der Verfassung gerade kein Verbot, ökonomische Belange im Einzelfall höher zu werten als persönlichkeitsrechtliche. Zum anderen kann das Fehlen einer Abwägung damit begründet werden, dass das Informationsfreiheitsgesetz keine wirtschaftspolitischen Grundsatzentscheidungen fällen möchte und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert sind, sodass eine Missbrauchsgefahr ausgeschlossen werden kann.⁸¹ Wenn dies aber für die fehlende Abwägung ins Feld geführt werden kann, so muss dies erst Recht für die klassische Auslegung des Tatbestandsmerkmals des berechtigten Interesses gelten.

Damit ist eine Auslegung dahingehend, dass der Schutz des § 6 S. 2 IFG im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 S. 1 IFG absoluten Schutz genießt und auch nicht durch eine Berücksichtigung des Informationsinteresses innerhalb des Merkmals des berechtigten unternehmerischen Interesses relativiert wird, nicht verfassungswidrig aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die verfassungskonforme Auslegung gebietet daher keine derartige Auslegung.⁸²

3.3.2.1 Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Interdependenz der ersten beiden Fragen zu beachten. Das Auslegungsergebnis spricht aufgrund systematischer Aspekte gegen eine Abwägung in § 6 S. 2 IFG. Würde man nun den absoluten Schutz innerhalb der Definition der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse relativieren, würde dies im Ergebnis zu einer Abwägung führen und widerspräche der oben gefundenen Auslegung. Zwar wäre es grundsätzlich denkbar, keine Abwägung zwischen den Interessen durchzuführen, sondern ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung abzulehnen, sofern das Informationsinteresse eine absolute Grenze erreicht. Allerdings ist eine solche Bewertung praktisch wenig zweckmäßig, da sie eine explizite Abwägung in eine unklare Auslegung des Tatbestandsmerkmals des berechtigten Interesses verlagert. Die Interdependenz führt damit dazu, dass auch die zweite Auslegungsfrage

⁷⁹ § 5 Abs. 1 S. 1 IFG lautet: „Zugang zu personenbezogenen Daten darf nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt oder der Dritte eingewilligt hat.“

⁸⁰ So auch *Kloepfer/Greve*, Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NVwZ 2011, 577; *Kugelman*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NJW 2005, 3609, 3613; *Ziekow/Debus/Musch*, Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts, 2013, S. 351; vgl. auch BVerfG NJW 2008, 2409, 2415.

⁸¹ *Jastrow/Schlatmann*, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn. 6.

⁸² BVerfG NJW 1994, 2475, 2476.

dahingehend entschieden werden muss, dass eine Berücksichtigung des Informationsinteresses innerhalb des Tatbestandsmerkmals der berechtigten Interessen an der Geheimhaltung nicht stattfindet.

4 Grundsätzliche abstrakte Überlegungen zum Design der institutionellen Technologie

In diesem Abschnitt wird auf grundsätzliche Überlegungen hinsichtlich zweier wichtiger Aspekte des Designs der institutionellen Technologie eingegangen, die bei der Ausgestaltung von (neuen) Regeln mit beachtet werden sollten: die Verortung von Entscheidungskompetenzen sowie die Horizontalisierung und Konkretisierung von Transparenzregeln.

4.1 Verortung von Entscheidungskompetenzen

Im Rahmen der Ausgestaltung eines Transparenzregimes (wie z. B. dem IFG des Bundes) ist hinsichtlich der institutionellen Technologie eine der zentralen Fragen, auf welche Weise bzw. durch welche Akteure die Entscheidung gefällt wird, ob eine Information überhaupt ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis darstellt und, wenn dies der Fall ist, ob die Information – falls vom Gesetz (künftig) vorgesehen – nach Abwägung der Schutzwürdigkeit mit dem Informationsinteresse zugänglich gemacht wird oder nicht. In diesem Kontext sind grundsätzlich folgende drei (idealtypische) Varianten denkbar^{83,84}:

- „Klare Regeln“ (Variante I)
- „Delegation an eine neutrale Transparenz-Behörde“ (Variante II)
- „Delegation an betroffene Behörden“ (Variante III)

Diese Varianten werden im Folgenden beschrieben und erläutert, unter welchen Voraussetzungen deren Eignung vom Grundsatz her gegeben ist.⁸⁵

4.1.1 Klare Regeln (Variante I)

Damit die Politik klare (Entscheidungs-)Regeln für oder gegen die Veröffentlichung von Informationen festlegen kann, ist eine gute Kontrahierbarkeit, also allgemein die Beschreib-, Mess- und Bewertbarkeit, aller potentiellen Sachverhalte besonders wichtig. Letztendlich könnten bei – in der Realität jedoch keinesfalls gegebener – perfekter Kontrahierbarkeit klare Regeln derart formuliert werden, dass sie der idealisierten Vorstellung einer quasi-automatisierten Entscheidung entsprechen, d. h. bei einem bestimmten Sachverhalt wird anhand der von der Politik vorgegebenen Regeln die Veröffentlichungsentscheidung automatisch gefällt. Eine mit der Kontrahierung in Beziehung stehende Voraussetzung für den Rückgriff auf klare Regeln stellt eine möglichst geringe Dynamik der

⁸³ Die kurze Bezeichnung der jeweiligen Variante zielt dabei auf den entsprechenden Hauptaspekt der Variante ab und hat somit nicht den Anspruch selbsterklärend zu sein.

⁸⁴ Die realitätsferne Variante, dass die Politik tatsächlich ständig selbst die Veröffentlichungsentscheidungen fällt, wird hier nicht betrachtet, weil dies u.a. wegen der Ressourcenrestriktionen der Politik nicht vorstellbar ist und die direkte Involvierung der Politik in einzelne Veröffentlichungsentscheidungen mit hohen politischen Transaktionskosten einhergeht.

⁸⁵ Hierbei wird vor allem zurückgegriffen auf grundlegende Erkenntnisse aus *Klatt*, Eine institutionenökonomische Analyse von Finanzierungslösungen für die Bundesfernstraßen, 2011.

Regelungsbereiche dar, damit sich die Politik nicht in kurzen Abständen wiederholt mit dem Regeldesign auseinandersetzen muss, was zu hohen politischen Transaktionskosten führen würde. Schließlich ist eine wichtige Voraussetzung für einfache klare Regeln, dass die mit der Veröffentlichung einhergehenden potentiellen Transparenzwirkungen in unterschiedlichen Konstellationen möglichst homogen ausfallen. Wenn hingegen die Transparenzwirkungen eine starke Heterogenität aufweisen, dann dürfte die Etablierung von einfachen klaren Regeln kaum möglich sein und stattdessen eher ein komplexes System von Kontingenzregeln erfordern, das den unterschiedlichsten Konstellationen Rechnung trägt. Wenn Variante I sachgerecht angewendet wird, dann werden Gerichte insgesamt wenig mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sein, weil aufgrund der klaren Regeln die Urteilsfindungen als recht einfach eingestuft werden können und die Kläger den Rechtsstreit nur selten für sich entscheiden, was in einer dynamischen Perspektive wegen der geringen Erfolgsaussichten zu nur wenigen Gerichtsverfahren führt.⁸⁶

4.1.2 Delegation an eine neutrale Transparenz-Behörde (Variante II)

Für den Fall, dass sich aufgrund einer nicht ausreichend guten Kontrahierbarkeit keine einfachen klaren Regeln aufstellen lassen (wie beispielsweise bei einem komplexen System von Kontingenzregeln), die von der Politik verfolgten Ziele aber zumindest hinreichend präzise beschrieben und gemessen werden können, stellt die Delegation von Entscheidungskompetenzen an eine (zentrale) neutrale Transparenz-Behörde eine potentiell sinnvolle Möglichkeit dar. In diesem Zusammenhang ist mit neutral gemeint, dass die Transparenz-Behörde selbst nicht fachlich in die Fälle involviert und somit von den (Veröffentlichungs-)Entscheidungen nicht selbst betroffen ist.⁸⁷ Somit ist die Politik erstens für das Aufstellen der mehr oder weniger einfachen klaren Regeln hinsichtlich der Veröffentlichungsentscheidungen und zweitens für die Etablierung gut kontrahierbarer Zielvorgaben an die Transparenz-Behörde zuständig. Dabei hat das Aufstellen der Regeln einen inputorientierten und die Vorgabe von Zielen einen outputorientierten Charakter. Ein wichtiger Grund für die Delegation der Entscheidungskompetenz an eine solche Behörde ist der Umstand, dass sich die Politik wegen etwaigen Opportunismusproblemen in dem Bereich mit diesem Vorgehen bewusst selbst binden will bzw. sich selbst binden sollte. Bei der Delegation an eine neutrale Transparenz-Behörde bilden die von der Politik mehr oder weniger grob festgelegten Regeln und die vorgegebenen Ziele die Grundlage für die (Veröffentlichungs-)Entscheidung, jedoch verfügt die neutrale Transparenz-Behörde über einen gewissen Interpretationsspielraum bei der Auslegung der Regeln, die sich aber wiederum an den vorgegebenen Zielen der Politik zu orientieren hat. Die Delegation dieser Entscheidungskompetenz an eine solche Behörde sollte insbesondere dann in Betracht gezogen werden, wenn die Sachverhalte insgesamt ein hohes Volumen im Hinblick auf Anzahl und finanziellen Umfang, eine gewisse Komple-

⁸⁶ Es wäre auch eine Variante denkbar, bei der die (Entscheidungs-)Regeln für oder gegen die Veröffentlichung von Informationen im Gegensatz zur Variante I nicht gut sondern mangelhaft sind. Diese schlechten Regeln führen dann dazu, dass die Gerichte insgesamt sehr häufig mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sein werden, ggf. sogar in einem ähnlich starken Ausmaß wie bei Variante III.

⁸⁷ Für eine tatsächliche Umsetzung der Variante II wäre nicht unbedingt eine vollständig neue Behörde zu etablieren, sondern für die Aufgabe der Fällung von (Veröffentlichungs-)Entscheidungen könnte die bereits bestehende Behörde der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) ertüchtigt werden.

xität und / oder eine hohe Bedeutung (Möglichkeit, dass die Veröffentlichungsentscheidung mit stark negativen Implikationen einhergehen kann) aufweisen.⁸⁸ In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass bei dieser Behörde insbesondere spezielles Wissen für die Fällung von Transparenzentscheidungen vorhanden sein sollte. Zum einen betrifft dies das Wissen über allgemein mögliche Transparenzeffekte, zum anderen aber auch das Wissen über verschiedene Bereiche bzw. Sektoren und damit einhergehend, welche potentiell sektorspezifischen Wirkungen in Folge von (In-)Transparenz auftreten können. Im Vergleich zur Variante I ist davon auszugehen, dass die Gerichte insgesamt etwas stärker mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sind. Dies kann damit erklärt werden, dass die Urteilsfällung wegen der weniger klaren Regeln als schwieriger einzustufen und zudem dauerhaft mit mehr Gerichtsverfahren zu rechnen ist, weil Gerichte die bei nicht adäquater Regelauslegung von der Transparenz-Behörde getroffene (Veröffentlichungs-)Entscheidung zugunsten der Kläger revidieren werden. Dieser Aspekt der erhöhten Erfolgsaussichten führt dazu, dass gegenüber Variante I dauerhaft mehr Klagen zu erwarten sind.

4.1.3 Delegation an betroffene Behörden (Variante III)

In Abwandlung zu Variante II könnten die Veröffentlichungsentscheidungen anstatt durch eine (zentrale) neutrale Transparenz-Behörde von (dezentralen) in den jeweiligen Fällen von den Beschlüssen betroffenen Behörden selbst gefällt werden (also bei ÖPP-Projekten und -Verträgen bei den Bundesfernstraßen das Bundesverkehrsministerium), sodass die Ausführungen bei Variante II grundsätzlich übernommen werden können. Jedoch ist im Kontext der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen bei Variante III zu betonen, dass die Behörden gleichzeitig „Spieler und Schiedsrichter“ sind (also von der Entscheidung, die sie fällen, selbst betroffen sind). Dieser Aspekt spricht für eine sehr umfangreiche Kontrolle und Überprüfbarkeit durch Gerichte, sodass die Ausnutzung von (opportunistischen) Entscheidungsspielräumen der betroffenen Behörden deutlich begrenzt wird. Daher ist bei dieser Variante III davon auszugehen, dass die Gerichte in Relation zu den vorgenannten beiden Varianten noch stärker mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sind. Denn es ist anzunehmen, dass es wegen der vom Eigeninteresse der Behörde beeinflussten (Veröffentlichungs-)Entscheidungen noch mehr Klagen geben wird und die Gerichte diese öfters zugunsten der Kläger anpassen werden. In diesem Zusammenhang sei zudem angemerkt, dass Gerichte allgemein und speziell im Rahmen von Variante III eine umfassende Möglichkeit haben, durch ihre Rechtsprechung die weniger klaren Regeln auf eine gewisse Art weiterzuentwickeln, was zudem die Rechtssicherheit verbessern kann. Dies dürfte unter anderem in einem dynamischen Umfeld sinnvoll sein, damit die Regeln von Gerichten ohne (transaktionskostenintensive) Regelungseingriffe der Politik an neue Umstände angepasst werden können. Schließlich ist zudem in Bezug auf das spezielle Wissen für die Fällung von Transparenzentscheidungen davon auszugehen, dass die jeweilige (dezentrale) betroffene Behörde möglicherweise über weniger umfangreiches allgemeines Wissen hinsichtlich Transparenzeffekten und dafür aber über bessere Kenntnisse bezüglich bereichs- bzw. sektorspezifischer Wirkungen verfügt. Insgesamt dürfte

⁸⁸ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass argumentiert werden könnte, dass bei besonders wichtigen (und ggf. komplexen) Sachverhalten, also solchen mit hohem Volumen und großer Bedeutung, die Politik die Veröffentlichungsentscheidung nicht komplett an Behörden delegieren will und doch (mit-)entscheiden möchte, was hohe politische Transaktionskosten der Entscheidungsfindung mit sich bringen kann.

Variante III grundsätzlich eine gewisse Ähnlichkeit zum Status quo beim Informationsfreiheitsgesetz des Bundes aufweisen.

Es ist zudem vorstellbar, dass die von den Transparenzentscheidungen betroffenen privaten Unternehmen (also im Rahmen von ÖPP-Projekten und -Verträgen bei den Bundesfernstraßen die jeweiligen privaten Auftragnehmer und Berater) in die Beschlussfassungen der betroffenen Behörde involviert sind (Variante III*).⁸⁹ Diese Involvierung und damit einhergehend das Ausmaß des Einflusses der betroffenen privaten Unternehmen auf die (Veröffentlichungs-)Entscheidungen kann dabei in verschiedenen Formen ausgestaltet werden, worauf hier aber nicht weiter eingegangen wird. Einerseits kann die Einbeziehung von privaten Unternehmen in die (Veröffentlichungs-) Entscheidungsfindung eben durch deren Betroffenheit im jeweiligen Fall begründet werden, damit deren Sichtweise besser berücksichtigt werden kann. Andererseits könnte eine Involvierung privater Unternehmen vor allem in Konstellationen zur Anwendung kommen, bei denen zwischen Behörden und privaten Unternehmen eine ungleiche Verteilung von Wissen dahingehend vorliegt, dass die betroffenen privaten Unternehmen besser einschätzen können, welche Wirkungen infolge (In-) Transparenz konkret möglich sind und was damit einhergehend in welchem Umfang als schützenswert einzustufen ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass private Unternehmen diese Wissensasymmetrie ausnutzen können, um eine Veröffentlichung in geringerem Umfang als in Wirklichkeit angemessen anzustreben. Dies stellt insbesondere dann ein Problem dar, wenn die Involvierung derart ausgestaltet ist, dass betroffene Unternehmen de jure oder de facto Einfluss auf die (Veröffentlichungs-)Entscheidung haben, weshalb bei Variante III* viel dafür spricht, dass die Gerichte in einem hohen Maße mit Rechtsstreitigkeiten beschäftigt sein werden.

4.2 Horizontalisierung und Konkretisierung

Eine weitere grundsätzliche Ausgestaltungsfrage beim Design der institutionellen Technologie eines Transparenzregimes, wie beispielsweise dem IFG des Bundes, stellt die Horizontalisierung und Konkretisierung von Regeln dar.⁹⁰ Die Frage der Horizontalisierung befasst sich im Kern damit, wie viele Bereiche (z. B. Sektoren) eine Regel zu einem bestimmten Sachverhalt umfassen sollte. Im Extremfall könnte eine einzige Regel alle Bereiche abdecken (breite Horizontalisierung) oder aber es gibt mehrere spezielle Regeln für jeweils unterschiedliche Bereiche (enge Horizontalisierung). Mit dem Ausgestaltungsparameter der Konkretisierung wird wiederum festgelegt, wie detailliert – bei einer gegebenen Horizontalisierung – ein Sachverhalt geregelt wird. Ein hoher bzw. geringer Detailgrad der Regelung geht dabei mit einer tiefen bzw. flachen Konkretisierung einher.

⁸⁹ Des Weiteren ist eine Variante denkbar, bei der ausgehend von Variante II in die (Veröffentlichungs-) Entscheidungen einer (zentralen) neutralen Transparenz-Behörde ebenfalls betroffene private Unternehmen involviert sind (Variante II*).

⁹⁰ Im Rahmen dieses Artikels werden Fragen der Vertikalisierung, also der Möglichkeit der Ausgestaltung eines Regelungsziels über mehrere Normebenen hinweg, nicht betrachtet. Vielmehr wird von einer einzigen Normebene (hier Gesetz) ausgegangen.

Aus institutionenökonomischer Sicht können die Ausgestaltungsfragen der Horizontalisierung und Konkretisierung auf das Thema der (optimalen) Regeldifferenzierung zurückgeführt werden.⁹¹ Bei den beiden Gestaltungsdimensionen Horizontalisierung und Konkretisierung liegen auch Interdependenzen mit der im vorherigen Abschnitt betrachteten Frage der Entscheidungskompetenzverortung vor, auf die im Abschnitt 4.3 noch weiter eingegangen wird. Im Folgenden erfolgt zunächst eine Beschreibung und grobe Einordnung von zu beachtenden **Einflussfaktoren** auf diese beiden Ausgestaltungsfragen. Diese Einordnung dient auch dem Zweck, erste schematische Aussagen darüber zu treffen, wie die Horizontalisierung und die Konkretisierung grundsätzlich ausgestaltet werden sollten, wenn Einflussfaktoren eine bestimmte Ausprägung annehmen.

KONTRAHIERBARKEIT

Aus Sicht des Regeldesigners ist die Kontrahierbarkeit der (Regelungs-)Bereiche und Sachverhalte als grundlegendster Einflussfaktor auf die Horizontalisierung und Konkretisierung einzustufen. Bei der Kontrahierbarkeit geht es speziell in Bezug auf die verschiedenen Bereiche darum, wie gut diese voneinander abzugrenzen und die entstehenden Schnittstellen zwischen Bereichen zu beschreiben sind. Eine gute diesbezügliche Kontrahierbarkeit ermöglicht prinzipiell eine engere Horizontalisierung. Hinsichtlich der Sachverhalte zielt der Einflussfaktor der Kontrahierbarkeit darauf ab, inwieweit die angedachten Regelungsziele sowie vor allem die dafür notwendigen Regeln hinreichend klar beschreib- und ggf. auch messbar sind. Sollte dies gegeben sein, dann besteht grundsätzlich die Möglichkeit, eine tiefere Konkretisierung umzusetzen.

WISSENSSTAND

Einen weiteren Faktor, der die Ausgestaltung der Horizontalisierung und Konkretisierung beeinflusst, stellt der Wissensstand dar. Damit ist gemeint, wie weit das notwendige Wissen, um die Effekte potentieller Transparenzregeln analysieren und deren intendierte Wirkungen sicherstellen zu können, in einem Bereich bei den entsprechenden Akteuren (insbesondere dem Regeldesigner und -anwender) diffundiert und wie gesichert dieses Wissen ist. Vom Grundsatz her ist davon auszugehen, dass bei einem gut diffundierten und gesicherten Wissen zum einen besser abschätzbar ist, ob und ggf. welche (speziellen) Bereiche etabliert werden sollten. Zum anderen dürfte leichter zu beurteilen sein, inwiefern eine tiefere Konkretisierung angestrebt werden kann. Abschließend ist im Kontext des Einflussfaktors Wissensstand noch zu erwähnen, dass das Wissensmanagement (im öffentlichen Sektor) und damit im Zusammenhang stehend auch die Veränderbarkeit sowie die Beeinflussbarkeit des Wissensstandes eine hohe Bedeutung hat.

DYNAMIK

Des Weiteren ist die bereits in Abschnitt 4.1 genannte Dynamik, also die Geschwindigkeit der Veränderungen in einem Bereich bzw. zwischen verschiedenen Bereichen, als Einflussfaktor anzuführen. Wenn eine hohe (geringe) Dynamik vorliegt, dann sollte tendenziell eine geringere (stärkere) Konkreti-

⁹¹ Vgl. hierzu das Thema der optimalen Regeldifferenzierung im Kontext des Wettbewerbs-/Kartellrechts untersuchend Kerber, in: Eger/Bigus/Ott/von Wangenheim (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, 2008.

sierung angestrebt werden. Dies kann damit begründet werden, dass sich der Aufwand zum Design detaillierter Regeln dann nicht lohnt, wenn diese aufgrund der hohen Geschwindigkeit von Veränderungen in einem Bereich nur geringe „Halbwertszeiten“ aufweisen. Dahingegen könnten weniger klare Regeln von Verwaltungen und Gerichten so ausgelegt werden, dass die dynamischen Prozesse angemessen berücksichtigt werden können. Bei einer hohen Dynamik in einem Bereich bzw. zwischen verschiedenen Bereichen sollte – bei gegebener Konkretisierung – tendenziell eine engere Horizontalisierung erfolgen, denn bei einer breiten Horizontalisierung besteht die Gefahr, dass die entsprechenden Regeln nicht mehr auf alle erfassten Bereiche adäquat zutreffen.

VOLUMEN / BEDEUTUNG

Das bereits in Abschnitt 4.1 erwähnte Volumen, also die Anzahl und insbesondere der finanzielle Umfang der potentiell betroffenen Regelungsfälle, kann als ein weiterer Einflussfaktor eingestuft werden. So sollte bei hohen zu erwartenden Volumen tendenziell eine stärkere Konkretisierung vorgenommen werden, weil sich der Aufwand des Regeldesigns eher lohnt. Hinsichtlich der Frage der Horizontalisierung liegt es nahe, dass bei einem hohen Volumen tendenziell eine nicht allzu breite Horizontalisierung erfolgen sollte, da die Gefahr von Fehlentscheidungen aufgrund der gemeinsamen Abdeckung nicht zueinander passenden Bereichen steigt. Wenn hingegen für bestimmte Bereiche modifizierte spezielle Regeln gelten, also eine engere Horizontalisierung vorliegt, dann ist von einer deutlich reduzierten Gefahr von Fehlentscheidungen auszugehen. Abschließend ist zu beachten, dass sich die Bedeutung einer Transparenzregel nicht ausschließlich über die Anzahl und den finanziellen Umfang der Regelungsfälle definiert, sondern es kann sich auch um (Veröffentlichungs-) Entscheidungen handeln, die primär eine hohe politische Bedeutung aufweisen.

RISIKOAVERSION

Der letzte hier betrachtete die Ausgestaltung der Horizontalisierung und Konkretisierung beeinflussende Faktor betrifft die Risikoaversion der die Regeln festlegenden Politik bzw. des Regeldesigners und damit zusammenhängend das Ausmaß der Implikationen von (Fehl-)Entscheidungen.⁹² Dabei sind in diesem Kontext zwei Aspekte von Risikoaversion als eine Eigenschaft der Politik bzw. des Regeldesigners denkbar, die jedoch zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen führen. Beim ersten Aspekt wird unter Risikoaversion verstanden, in welchem Ausmaß die Politik bzw. der Regeldesigner sicherstellen will, dass die gewünschten Regelungsziele und die entsprechenden Regeln absolut konform umgesetzt werden. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass je höher die Risikoaversion ist, desto größer sollte die Bereitschaft ausfallen mehr spezielle Bereiche zu definieren sowie kritische Sachverhalte tiefer zu konkretisieren, was wie bereits beschrieben eine gute Kontrahierbarkeit und geringe Dynamik sowie einen entsprechenden Wissensstand voraussetzt. Beim zweiten Aspekt wird Risikoaversion als Grad der Angst vor (Design-)Fehlern verstanden. Eine hohe Risikoaversion dieser Art führt dazu, dass ein Teil der Verantwortung für das Regeldesign bewusst (also trotz gegebener

⁹² Im Übrigen geht Risikoaversion auch bei Behörden, also der Angst falsche (Veröffentlichungs-)Entscheidungen mit großen Implikationen zu treffen, mit gewissen Herausforderungen für das Design der institutionellen Technologie einher. Denn die Behörden dürften tendenziell weniger veröffentlichen als ohne Risikoaversion, was somit zu einem suboptimalen Transparenzniveau führen dürfte. Ein dies antizipierender Regeldesigner müsste dann bereits ex ante dieses Verhalten der Behörden in die Designüberlegungen integrieren.

Kontrahierbarkeit und Wissensstand) delegiert wird, was dementsprechend eher weniger klare Regeln mit einer flacheren Konkretisierung impliziert. Hinsichtlich der Horizontalisierung dürfte in Folge der Angst vor (Design-)Fehlern eine breitere Horizontalisierung angestrebt werden. Beide Aspekte haben ihre Berechtigung, wobei in diesem Artikel diesbezüglich keine weiterführenden Analysen und Bewertungen vorgenommen werden.

AUSGEWÄHLTE IDEALTYPISCHE KONSTELLATIONEN HINSICHTLICH DER HORIZONTALISIERUNG

Zum Abschluss dieses Abschnitts wird kurz auf die Frage eingegangen, in welchen (idealtypischen) Konstellationen es als sinnvoll einzustufen ist, einen speziellen Bereich (beispielsweise Infrastruktursektoren) innerhalb einer ansonsten vollständig horizontalisierten Regelung zu etablieren. Grundsätzlich können die Überlegungen hierzu in drei Schritten durchgeführt werden:

- 1. Schritt: Aus der normativ-ökonomischen Analyse, die ausschließlich für einen bestimmten Bereich vorgenommen wurde, wird eine (Handlungs-)Empfehlung für eine entsprechend bereichsspezifische Regel abgeleitet.
- 2. Schritt: Es ist zu überlegen, wie sich diese Regel in anderen vorher nicht betrachteten Bereichen auswirken würde. Vereinfachend werden an dieser Stelle dabei zwei Möglichkeiten unterschieden: Die Regel verhält sich in den anderen Bereichen neutral bzw. vorteilhaft oder sie verursacht dort überwiegend große Probleme (was im Folgenden als Horizontalisierungsproblematik bezeichnet wird). Bei der ersten Möglichkeit wäre die Schaffung eines speziellen Bereichs nicht unbedingt notwendig, wohingegen sich bei der zweiten Möglichkeit ein dritter Schritt anschließt.
- 3. Schritt: Hier stellt sich die Frage, ob und wie eine engere Horizontalisierung etabliert werden kann, um der Horizontalisierungsproblematik entgegenwirken zu können. Hierbei ist insbesondere zu durchdenken, inwieweit die Schnittstelle zwischen den verschiedenen Bereichen sinnvoll kontrahiert werden kann. Bei diesen Überlegungen sind zudem stets auch die in diesem Abschnitt genannten Faktoren (wie beispielsweise Wissensstand, Volumen und Dynamik) zu berücksichtigen.⁹³

Es können vereinfacht drei (idealtypische) Konstellationen unterschieden werden, bei denen die Schaffung eines neuen speziellen Bereichs (also einer engeren Horizontalisierung) eine hohe Rationalität aufweist, wobei für die anderen Bereiche weiterhin die bestehenden Regeln gelten. Eine erste in diesem Kontext vorstellbare Konstellation wäre, dass nur für den speziellen Bereich ein hoher Wissensstand vorhanden ist, dieser Bereich ein hohes Volumen abdeckt und zudem eine gute Kontrahierbarkeit für die entsprechende Regelung vorliegt, auch insbesondere hinsichtlich der Abgrenzbarkeit zu allen anderen Bereichen. Des Weiteren ist eine andere Konstellation denkbar, bei welcher der Wissensstand zusätzlich auch dafür ausreicht, um die anderen Bereiche genaueren Untersuchungen zu unterziehen, deren Ergebnisse aber darauf hindeuten, dass die Regelung in diesen Bereichen überwiegend große Probleme verursachen würde, sodass sie schließlich doch nur

⁹³ Hierzu sei angemerkt, dass neben der institutionenökonomischen Sicht zudem juristische Aspekte, wie beispielsweise die angemessene Einordnung in die übergreifende Rechtssystematik und juristische Standards beim Design von Gesetzen, zu berücksichtigen sind.

in dem speziellen Bereich gelten sollte. Abschließend ist auf jene Konstellation hinzuweisen, bei der – bei gegebenem Wissensstand – die Untersuchungen der anderen Bereiche zwar dort Vorteile der Regel nahe legen, aber diese Vorteile nicht ausreichend sind, um die bei der Regelanwendung in den anderen Bereichen anfallenden Transaktionskosten zu kompensieren. Dies hat zur Folge, dass sich die Regel doch nur auf den speziellen Bereich erstrecken sollte.

4.3 Interdependenzen zwischen der Verortung von Entscheidungskompetenzen und der Horizontalisierung sowie Konkretisierung

In den vorangegangenen beiden Abschnitten sind die Verortung von Entscheidungskompetenzen und die Frage der Horizontalisierung sowie Konkretisierung weitestgehend unabhängig voneinander betrachtet worden. In diesem Abschnitt wird kurz auf die bestehenden Interdependenzen zwischen diesen Ausgestaltungsoptionen beim Design der institutionellen Technologie eingegangen.

Hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen der Zuordnung von Entscheidungskompetenzen und der Horizontalisierung können folgende Aspekte genannt werden: Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass – wenn eine Horizontalisierungsproblematik besteht – es bei klaren Regeln tendenziell zu größeren Schwierigkeiten kommen kann, weil bei deren Anwendung kein Entscheidungsspielraum vorhanden ist, um den Problemen bezüglich der festgelegten Horizontalisierung durch eine bestimmte Regelauslegung begegnen zu können. Dahingegen dürfte im Fall einer Horizontalisierungsproblematik bei weniger klaren Regeln eine Übertragung von Entscheidungskompetenzen an Behörden und Gerichte mit geringeren Schwierigkeiten einhergehen, weil sie bei den (Veröffentlichungs-)Entscheidungen die Probleme hinsichtlich der Horizontalisierung berücksichtigen und die Regeln sowie die Verortung von Schnittstellen zwischen Bereichen bzw. Sektoren entsprechend – innerhalb gewisser Grenzen – interpretieren können. Somit kommt im Kontext weniger klarer Regeln den Behörden und Gerichten die Verantwortung zu, der Horizontalisierungsproblematik durch ihre (Veröffentlichungs-)Entscheidungen und Rechtsprechung entgegenzuwirken, indem sie die Abgrenzungen schärfen, nachjustieren oder neu schaffen, was zudem eine größere Rechtssicherheit nach sich ziehen dürfte.⁹⁴

Im Hinblick auf die Konkretisierung ist davon auszugehen, dass klare Regeln im Normalfall eine starke Korrelation mit einer tieferen Konkretisierung aufweisen dürften. Dies muss jedoch nicht unbedingt der Fall sein, denn klare Regeln können auch sehr einfach, d. h. mit geringer Konkretisierung, formuliert sein. Grundsätzlich kann angenommen werden, dass die Vorteile klarer Regeln mit zunehmender Konkretisierung zunächst steigen dürften bis die Regeln zu komplex werden und damit eher nach- als vorteilhafte Effekte verursachen. In Bezug auf die Verortung von Entscheidungskompetenzen ist offensichtlich, dass der Handlungsspielraum der Behörde geringer (größer) ist, je tiefer (flacher) die Kon-

⁹⁴ Bei den Informationsfreiheitsgesetzen in Deutschland haben die Gerichte hinsichtlich der Regelungen zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit ihrer Rechtsprechung z. B. zwei Bereiche herausgearbeitet: Vereinfacht gesagt, wird im Bereich „Wettbewerb“ das Vorhandensein von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen stärker geschützt als im Bereich „Monopol“; siehe zu letzterem BGH, EnZR 11/14, Urt. v. 14.4.2015 – Gasnetz Springe, Ziff. 22 ff., unter Hinweis auf die notwendige Abwägung zwischen Geheimnisschutz und Auskunftsanspruch; vgl. zuvor BGH, EnVR 12/12, Urt. v. 21.1.2014 – Stadtwerke Konstanz GmbH, Ziff. 75 ff.

cretisierung von Regeln ausfällt. Dieser Zusammenhang wurde zum Teil auch bereits in Abschnitt 4.1 erwähnt. Ferner dürfte eine tiefe Konkretisierung entsprechend auch damit einhergehen, dass die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Spielraums tendenziell eine weniger große Bedeutung aufweist und die Regelweiterentwicklung durch die Rechtsprechung der Gerichte in geringerem Maße möglich und notwendig ist.⁹⁵

5 Handlungsoptionen und Vorschlag für eine neue Regelformulierung des § 6 IFG

Auf Grundlage des ökonomischen Teils in Abschnitt 2 und der juristischen Ausführungen im Abschnitt 3 können drei zentrale Handlungsfelder hinsichtlich des IFG des Bundes identifiziert werden: Zunächst lässt sich konstatieren, dass im derzeitigen IFG keine speziellen Regelungen für einen Infrastrukturbereich existieren. Des Weiteren ist aus rechtlicher Sicht eine Differenzierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in verschiedene Formen, wie dies im ökonomischen Teil des Artikels mit der Einteilung in technisch-systemische Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten geschehen ist, bislang nicht (explizit) vorgesehen. Schließlich findet im Status quo beim IFG keine Abwägung der Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit statt⁹⁶, wohingegen die ökonomische Analyse nahelegt, dass sowohl negative als auch positive Effekte von Transparenz bei einer Abwägungsentscheidung berücksichtigt werden sollten. Auf diesen Handlungsfeldern lässt sich im Rahmen der hier vorgenommenen interdisziplinären Untersuchungen ein gewisser Regeländerungsbedarf ableiten.

Daher werden in diesem Abschnitt basierend auf den in diesem Artikel generierten Erkenntnissen zunächst Handlungsoptionen in Bezug auf den Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im IFG vorgestellt, wobei auch bestimmte Überlegungen aus Abschnitt 4 berücksichtigt werden. Die abgeleiteten Handlungsoptionen münden schließlich in einen Vorschlag für eine neue Regelformulierung des § 6 IFG bzw. § 6 Absatz 2 IFG. Dabei wird vom Status quo beim Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ausgegangen. Daher stehen die (klaren) Regeln für das IFG selbst, mit Delegation ist die betroffene (dezentrale) Behörde und mit Gerichten sind Verwaltungsgerichte gemeint, wobei von der im IFG vorgesehenen Involvierung betroffener privater Unternehmen in die Transparenzentscheidung hier abstrahiert wird. Somit steht beispielsweise die bereits erwähnte denkbare Variante II nicht zur Diskussion, bei der die Veröffentlichungsentscheidungen von einer zentralen und neutralen Transparenz-Behörde gefällt werden. Abschließend sei hinsichtlich des weiteren Vorgehens festgehalten, dass – weil dies den Rahmen des Artikels übersteigen würde – keine umfangreichen institutionenökonomischen Analysen bezüglich der Frage vorgenommen werden, welche (idealtypische) Variante relativ betrachtet am besten für TSI, VDI und VFD geeignet ist. Vielmehr werden auf Basis der bisherigen Ausführungen direkt adäquate Handlungsoptionen abgeleitet und die damit einhergehende Gewichtung von „klaren Regeln“ und „Delegation“ knapp eingeordnet.

⁹⁵ An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Weiterentwicklung von Regeln durch Rechtsprechung eine indirekte (da nicht explizit im Gesetz vorgenommene) Vertiefung der Konkretisierung darstellt.

⁹⁶ Wie die juristischen Ausführungen in Abschnitt 3 zeigen, kann auch auf der Grundlage von ökonomisch informierter teleologischer Überlegungen keine Abwägung der Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit abgeleitet werden.

5.1 Ableiten von Handlungsoptionen auf Basis der generierten Erkenntnisse

5.1.1 Handlungsoptionen hinsichtlich der Horizontalisierung des § 6 IFG

Zunächst erscheint die Etablierung eines speziellen Bereichs „Infrastruktur“ auf Gesetzesebene sinnvoll.⁹⁷ Dies stellt eine Verengung der Horizontalisierung dar, da diese Norm bisher über alle Bereiche hinweg gilt. Im Rahmen der Gesetzesbegründung könnte die Rationalität für diese Maßnahme insbesondere mit dem Argument näher erläutert werden, dass sich die Grenzen des Infrastrukturbereichs zu anderen Bereichen sehr gut kontrahieren lassen und Infrastrukturektoren (als Teil der Daseinsvorsorge) eine hohe (politische) Bedeutung sowie ein hohes (finanzielles) Volumen aufweisen.

5.1.2 Handlungsoptionen hinsichtlich der Konkretisierung des § 6 IFG

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, welche abweichenden Regeln für den speziellen Bereich Infrastruktur zu designen bzw. zu konkretisieren sind. Die Ausführungen aus Abschnitt 2 legen nahe, dass eine Aufnahme der Systematisierung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach technisch-systemischen Innovationen (TSI), Vertragsdesign-Innovationen (VDI) sowie Vergütungs- und Finanzdaten (VFD) in das IFG als sinnvoll anzusehen ist. Diese feinere Differenzierung ermöglicht eine adäquatere Regelung im Hinblick auf die Abwägung der Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit, die im rechtlichen Status quo beim IFG nicht vorgenommen werden kann.

VERTRAGSDESIGN-INNOVATIONEN

Die Ausführungen in Abschnitt 2.2 legen in Bezug auf VDI zunächst nahe, dass in der Mehrheit der Fälle überhaupt keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Form von VDI in Verträgen enthalten sind und einer Veröffentlichung in solchen Fällen somit grundsätzlich nichts entgegensteht. Da jedoch das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als VDI nicht vollkommen auszuschließen ist, könnte auf Basis der bisherigen Überlegungen auf Gesetzesebene ein Abwägungs- und Vorjustierungsmodell etabliert werden. Damit würde eine Abwägung zwischen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit bei von der öffentlichen Hand und deren Beratern erstellten Vertragsunterlagen sowie auch unter Mitwirkung des privaten Auftragnehmers erstellten Unterlagen, die Bestandteil von Verträgen sind, erfolgen. Dabei ist im Rahmen der Abwägung bei den VDI – gemäß der Ausführungen in Abschnitt 2.2 – grundsätzlich davon auszugehen, dass das Informationsinteresse überwiegen wird, weshalb eine Vorjustierung für eine transparentere Veröffentlichungsentscheidung bei den VDI vorgesehen werden sollte. Schließlich kann insbesondere hinsichtlich der von Beratern der öffentlichen Hand eingebrachten VDI die Handlungsempfehlung für eine Transparenzvorgabe ausgesprochen werden, die für diese VDI stets eine vollständige Veröffentlichung vorsieht. Um dabei potentielle Komplikationen zu vermeiden, kann darüber hinaus – unabhängig vom IFG – empfohlen werden, dass zudem die entsprechenden Veröffentlichungsrechte bei der öffentlichen Hand verortet sein sollten.

⁹⁷ So kann beispielsweise § 7a IFG Berlin in dieser Hinsicht als die Etablierung eines speziellen Infrastrukturbereichs bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eingeordnet werden.

TECHNISCH-SYSTEMISCHE INNOVATIONEN

In Bezug auf TSI lassen die Ausführungen im Artikel ebenso ein Abwägungs- und Vorjustierungsmodell auf Gesetzesebene sinnvoll erscheinen. Hinsichtlich der Abwägung dieser beiden Rechtsgüter bei Angaben des privaten Auftragnehmers zu seinem technischen und konzeptionellen Vorgehen mit Bezug zur Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten ist – wie in Abschnitt 2.1 dargelegt – hingegen davon auszugehen, dass die Schutzwürdigkeit der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bedeutender ist als etwaige positive Transparenzeffekte, sodass in Hinsicht auf TSI eine Vorjustierung für deren Geheimhaltung bestehen sollte. Dies berücksichtigt den Aspekt, dass das IFG keine Vorgaben zum Wissensmanagement der öffentlichen Hand definieren sollte und somit die potentiellen Transparenzvorteile hinsichtlich des Wissensmanagements keine Berücksichtigung finden. In der Gesetzesbegründung könnte ergänzt werden, dass TSI hinreichend gut von VDI (zu denen auch Innovationen im Bereich der Finanzierung zu zählen sind) abzugrenzen sind. Zudem können in diesem Zusammenhang auch Erläuterungen zur Schutzwürdigkeit von TSI und dabei insbesondere der entsprechenden Innovationsaspekte aufgenommen werden. Im Hinblick auf die Verortung von Entscheidungskompetenzen kann das Vorjustierungsmodell in Relation zu einer Abwägung ohne solch eine Komponente als eine Verschiebung der Gewichtung von einer Delegation an Behörden bzw. Gerichte hin zu klaren Regeln eingeordnet werden.

VERGÜTUNGS- UND FINANZDATEN

In Bezug auf die Vergütungs- und Finanzdaten sind durchaus verschiedene Handlungsoptionen auf der Ebene des IFG denkbar. Dies liegt daran, dass die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse hinsichtlich der VFD nicht so eindeutig sind wie bei den TSI und VDI, was somit einen größeren Spielraum für gewisse Ausdifferenzierungen lässt. So ist aufgrund der in Abschnitt 2.3 erläuterten potentiellen negativen Effekte infolge von Transparenz eine einfache klare Regel vorstellbar, die ohne jegliche Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit die Veröffentlichungen von VFD niemals zulässt, was eine quasi-automatische Schwärzung der entsprechenden Vertragspassagen (ohne Einbezug von Behörden) implizieren würde.⁹⁸ Eine solche Regel (Handlungsoption A) hat zwar einen gewissen „Charme der Simplität“, wird jedoch den Ausführungen in Abschnitt 2.3 dahingehend nicht ganz gerecht, da es auch Argumente für eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit gibt.

Diese klare Regel könnte im Rahmen einer weiteren Alternative so modifiziert werden, dass zwar weiterhin keine Abwägung mit den möglichen positiven Transparenzeffekten erfolgt, aber der Informationszugang zumindest dann gewährt wird, wenn durch die Veröffentlichung bestimmter VFD keine negativen Auswirkungen (auf die Wettbewerbsposition des betroffenen Unternehmens) zu erwarten

⁹⁸ Ein weiterer möglicher Vorteil dieser Handlungsoption könnte darin bestehen, dass Bieter bei dieser Handlungsoption A klar absehen können, dass es bezüglich ihrer Vergütungs- und Finanzdaten keine Transparenz geben wird, sodass keine (unnötige) (Rechts-)Unsicherheit erzeugt wird. Allerdings ist davon auszugehen, dass bei Handlungsoptionen, die Abwägungen beinhalten, die dadurch erzeugte Unsicherheit langfristig durch die Rechtsprechung von Gerichten hinreichend reduziert werden kann.

sind. Somit müsste bei dieser Handlungsoption B diesbezüglich in geringem Umfang eine Delegation an Behörden stattfinden, damit diese die entsprechenden Prüfungen durchführen können.⁹⁹

Eine mögliche Handlungsoption C besteht darin, dass ähnlich wie bei den TSI auch die Vergütungs- und Finanzdaten einer Abwägung mit einer Vorjustierung für deren Geheimhaltung unterzogen werden.¹⁰⁰ Eine Regel mit diesem Abwägungs- und Vorjustierungsmodell geht mit einer deutlich stärkeren Delegation der Entscheidungskompetenz an Behörden einher. Diese Handlungsoption greift die Darstellungen aus Abschnitt 2.3 umfangreicher auf, da auch die potentiellen positiven Effekte von Transparenz berücksichtigt werden, denen dabei allerdings bereits ein geringeres Gewicht als den möglichen negativen Transparenzeffekten zugeordnet wird.

Letztlich ist zudem eine Regelvariante (Handlungsoption D) denkbar, die bei den VFD eine vorbehaltlose Abwägung¹⁰¹ der beiden Rechtsgüter ohne jegliche Vorjustierungen implementiert. Dadurch kommt es zu einer sehr umfangreichen Delegation der Entscheidungskompetenz an Behörden. Hinsichtlich der Handlungsoption D kann vor dem Hintergrund der in diesem Artikel bisher generierten Erkenntnisse festgehalten werden, dass eine Abwägung der potentiellen vor- und nachteilhaften Effekte bei der Veröffentlichung von VFD ohne Vorjustierung die wohl geeignetste Variante darstellt.

Auf der Ebene der Gesetzesbegründung kann dieses Vorgehen mit der unkomplizierten Möglichkeit der Abgrenzung der Vergütungs- und Finanzdaten von den TSI und VDI sowie dem Hinweis auf die möglichen negativen sowie positiven Auswirkungen von Transparenz in diesem Bereich motiviert werden. Darüber hinaus ist zu empfehlen, dass in der Gesetzesbegründung hinsichtlich der VFD auf die hohe Relevanz der Vergütungsstruktur und des damit einhergehenden privaten Kapitalanteils für die gesellschaftliche Kontrolle bezüglich der Möglichkeit zur Umgehung von Schuldenregeln hingewiesen wird. Somit kann auf Basis der Überlegungen festgehalten werden, dass die Handlungsoptionen A und B nicht für eine Umsetzung in Betracht kommen sollten, wohingegen sich die Optionen C und D dafür insgesamt gut eignen, wobei Handlungsoption D die Ausführungen des Abschnitts 2.3 am besten reflektieren dürfte.

EXKURS: WISSENSMANAGEMENT IM KONTEXT DES IFG

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass in diesem Artikel bisher die Möglichkeit einer zentralen übergreifenden Wissensmanagement-Organisation im Kontext des IFG nicht berücksichtigt wurde. In diesem Zusammenhang kann es als sinnvoll angesehen werden, dass ein (proaktives) Wissensmanagement von einer solchen Organisationseinheit gerade in jenen Bereichen durchgeführt wird, in

⁹⁹ Diese Alternative entspricht in etwa dem Status quo hinsichtlich des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im IFG des Bundes.

¹⁰⁰ An dieser Stelle stellt sich die Frage, inwieweit das Schutzniveau für Vergütungs- und Finanzdaten bezüglich des Abwägungs- und Vorjustierungsmodells von dem der TSI abweichen sollte, was hier jedoch nicht weiter betrachtet wird.

¹⁰¹ Eine vorbehaltlose Abwägung der Vor- und Nachteile von Transparenz könnte zwar sinnvoll sein, aber auch mit substantiellen Problemen einhergehen, die für eine vorjustierte Abwägung oder sogar vollständig gegen eine Abwägung sprechen. So dürfte die Durchführung der Abwägung bzw. der gesamte Prozess zur Entscheidungsfindung keinesfalls trivial sein, da beispielsweise die Gewichtung der einzelnen Transparenzeffekte in der Praxis eine große Herausforderung darstellt. Des Weiteren kann die Abschätzung der jeweiligen Wirkungsmacht der verschiedenen Effekte von Transparenz eine enorme Komplexität aufweisen. Vgl. hierzu auch *Jastrow/Schlatmann*, IFG Kommentar, 2006, § 6 Rn 6.

denen die Ausprägung und Gewichtung der potentiellen Transparenzeffekte überwiegend schwierig zu erfassen und zu bewerten sind. Zudem steigt die Rationalität für Wissensmanagement-Aktivitäten bei Sachverhalten mit großen Volumina und / oder einer hohen Bedeutung, wie es beispielsweise bei VDI und insbesondere Vergütungs- und Finanzdaten der Fall sein kann. Im Status quo auf Bundesebene könnte hierfür die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) ertüchtigt werden.¹⁰² Die rechtliche Stellung der BfDI lässt dies grundsätzlich zu und es wäre wünschenswert, wenn diese Möglichkeit zum Wissensmanagement (beispielsweise im Infrastrukturbereich) schon jetzt intensiver genutzt werden würde.¹⁰³

5.2 Vorschlag für eine neue Regelformulierung des § 6 IFG

Basierend auf den Handlungsempfehlungen hinsichtlich der institutionellen Technologie, also der Verortung von Entscheidungskompetenzen sowie der Horizontalisierung und vor allem auch der Konkretisierung, könnte ein Vorschlag für einen neuen § 6 IFG mit Fokus auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wie folgt formuliert sein:

§ 6 IFG

(1) Der Anspruch auf Informationszugang besteht nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht.

(2) Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darf nur gewährt werden, soweit der Betroffene eingewilligt hat oder das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt.

Das Informationsinteresse des Antragstellers überwiegt das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs in der Regel dann, wenn sich die Angaben auf Vergabe- und Vertragsunterlagen von Leistungen im Infrastrukturbereich beziehen. Davon ausgenommen sind Zahlenwerke. Das Informationsinteresse des Antragstellers überwiegt das schutzwürdige Interesse am Ausschluss des Informationszugangs in der Regel dann nicht, wenn sich die Angaben auf technische und konzeptionelle Innovationen beziehen.

Die neu gewählte Einteilung in zwei Absätze statt wie bisher zwei Sätze innerhalb der Norm stellt aufgrund der vorgenommenen Modifikationen bezüglich der Regelung bei den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ein sinnvolles Vorgehen dar. Der neue zweite Absatz implementiert die im Artikel entwickelten Handlungsempfehlungen hinsichtlich der technisch-systemischen Innovationen, Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten im Infrastrukturbereich, wobei im Bereich der VFD die Handlungsoption D bevorzugt worden ist, weil diese die im Artikel gewonnenen Erkenntnisse adäquat reflektiert. Es besteht die berechtigte Erwartung, dass mit diesem konkreten Regelformulierungsvorschlag das Regelungsziel effektiver erreicht werden kann und sich somit ein angemessenes Transparenzniveau hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei zwischen

¹⁰² Bei einer aktiveren Wahrnehmung der Wissensmanagement-Aufgaben durch die BfDI müsste gegenüber dem Status quo die Ressourcenausstattung (insbesondere qualifiziertes Personal) deutlich verbessert werden.

¹⁰³ Siehe hinsichtlich der Aufgaben und Befugnisse des BfDI aufgrund seiner rechtlichen Stellung z. B. *Schoch*, IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 12 Rn. 62ff.

der öffentlichen Hand und privaten Auftragnehmern geschlossenen (ÖPP-)Verträgen im Infrastrukturbereich wie beispielsweise den Bundesautobahnen sicherstellen lässt, bei dem sich die konfligierenden Interessen in einer guten Balance befinden.

6 Ausblick

Neben dem in diesem Beitrag hauptsächlich untersuchten Thema stellen sich auch weitere Fragen hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei (ÖPP-)Verträgen. So könnte beispielsweise genauer analysiert werden, inwieweit Vorgaben zu einer proaktiven oder reaktiven Transparenz in diesem Bereich sinnvoll sind. Zudem könnten Überlegungen dazu angestellt werden, wie mit Bestandsverträgen umgegangen werden sollte, die in diesem Artikel bei der Untersuchung ausgegrenzt worden sind. In diesem Kontext dürfte die Sicherstellung eines angemessenen Vertrauensschutzes die grundsätzliche Herausforderung darstellen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Norm des § 7 a Abs. 3 des Berliner Informationsfreiheitsgesetzes, die genau diese Thematik adressiert.¹⁰⁴ Des Weiteren könnte der Blick auf (ÖPP-)Verträge dahingehend erweitert werden, dass auch Nachverhandlungen als Teil eines Vertrags angesehen werden können. Vor diesem Hintergrund kann kritisch hinterfragt werden, inwieweit sich die Veröffentlichung von technisch-systemischen Innovationen und insbesondere von Vertragsdesign-Innovationen sowie Vergütungs- und Finanzdaten auf die Nachverhandlungen, also beispielsweise auf die Verhandlungsposition des öffentlichen Auftraggebers oder des privaten Auftragnehmers, auswirken. Daneben könnte auch untersucht werden, ob und in welchem Umfang bei Transparenz hinsichtlich der Ergebnisse von Nachverhandlungen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind und wie dieser Bereich geregelt werden könnte.

Sodann sei auf eine weitere bisher nur am Rande erwähnte IFG-übergreifende Fragestellung hingewiesen: Es könnte untersucht werden, welche Rolle im Gesamtsystem eine spezielle Wissensmanagement-Organisation, z. B. eine Organisationseinheit ähnlich der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, hinsichtlich der Verortung von Entscheidungskompetenzen ausüben könnte. In diesem Kontext ist zum einen die Frage interessant, inwieweit einer solchen Wissensmanagement-Organisation auch gewisse Entscheidungsbefugnisse zugeordnet werden sollten (z. B. auch vollständig anstelle der involvierten Behörden).¹⁰⁵ Zum anderen wäre zu überlegen, wie ein sinnvolles Wissensmanagement hinsichtlich des IFG organisiert werden kann und welche Aufgaben dabei von einer solchen speziellen Behörde wahrgenommen werden könnten.

Abschließend könnten die hiesigen Überlegungen auf andere Bereiche – insbesondere der Netzregulierung – übertragen und fortentwickelt werden, da sich auch hier spannende Fragen mit dem Umgang von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in staatlich durch Regulierung überformten Bereichen stellen.

¹⁰⁴ Bremen hat diese Norm nahezu inhaltsgleich in den § 6 a BremIFG übernommen.

¹⁰⁵ Hinsichtlich der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) sei angemerkt, dass im Bereich des Datenschutzes deren Entscheidungskompetenzen deutlich größer sind als im Bereich der Informationsfreiheit.