



Öffentliche Auftraggeber
im Land Brandenburg

Heinrich-Mann-Allee 107
14473 Potsdam

Bearb.: Herr Dr. Reinke
Gesch.Z.: I-16-570-13-2014-01
Telefon : (0331) 866 1784
Fax: (0331) 866 1607
Internet: www.mwe.brandenburg.de
sebastian.reinke@mwe.brandenburg.de

Bus X5, 601, 605, 606, 609 612, 614, 631, 638, 639,
694, 695 / Tram 91 – 93, 96, X98, 99
Zug RE 1, RB 20 - RB 22 / S-Bahn S7

Potsdam, 19. Mai 2014

Informationsschreiben 1/2014 des Ministeriums für Wirtschaft und Europaangelegenheiten zum öffentlichen Auftragswesen

Auskunftsansprüche gewerblicher Anbieter nach Abschluss eines Vergabeverfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren,

in letzter Zeit sind vermehrt private Anbieter von Informationen für die Baubranche an öffentliche Auftraggeber des Landes Brandenburg sowie kommunale Auftraggeber herangetreten und haben Informationen über abgeschlossene Vergabeverfahren erbeten. Das Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten hat im Rahmen einer Veranstaltung am 22. Januar 2014 angeboten, Informationen über die rechtlichen Grundlagen solcher Anspruchsbegehren zusammenzustellen. Dieses Angebot wurde von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Veranstaltung positiv aufgenommen.

Lediglich klarstellend sei erwähnt, dass das vorliegende Informationsschreiben der Information über in Frage kommende Rechtsgrundlagen dient, die Rechtsauffassung des Ministeriums für Wirtschaft und Europaangelegenheiten darlegt und keine abschließende, verbindliche Darstellung der Rechtslage enthält. Insbesondere entbindet es die öffentlichen Auftraggeber nicht von der Verpflichtung, Auskunftsbegehren selbständig zu prüfen.

I. Hintergrund

Das Unternehmen *Inlocon AG*, Informationslogistik für die Bauwirtschaft, Leipzig, verschickt an öffentliche Auftraggeber Anfragen zu der Vergabe öffentlicher Aufträge. Das Unternehmen behauptet, für folgende Internetseiten zu recherchieren:

- bauportal-deutschland.de
- bahnmarkt.eu



- strassenbauportal.de
- ee-portal.eu
- beschaffungsmarkt-fahrzeuge.de

Die Auftraggeber sollen über durchgeführte Vergabeverfahren folgende Daten kostenlos an die *Inlocon AG* übermitteln und diese Daten auf einer bestimmten Website eintragen:

- Name und Adresse des Auftragnehmers
- Auftragswert in Euro
- Anzahl der Bieter

In den Schreiben wird darauf verwiesen, dass das Auskunftsbegehren aufgrund des Landespressegesetzes und aufgrund des Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetzes gerechtfertigt sei.

II. Rechtliche Würdigung:

1. Es besteht kein Anspruch nach § 55 Abs. 3 in Verbindung mit § 9a des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) vom 31. August 1991 (GVBl. I S.580), zuletzt geändert durch Art. 3 des Staatsvertrages (Gesetz vom 9. Juni.2011) vom 21. Dezember 2010 (GVBl. I Nr. 09).

Danach haben Anbieter von Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten gegenüber Behörden ein Recht auf Auskunft. Nach § 2 Abs. 1 S. 3 RStV sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach Satz 1 und 2 sind. Fraglich ist, ob das Angebot der *Inlocon AG* ein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot ist. Das ist im Rundfunkstaatsvertrag nicht definiert. Entscheidend ist, dass die Angebote als elektronische Presse in Erscheinung treten. Das Angebot muss sowohl journalistisch als auch redaktionell sein. Solche Angebote zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen Informationen nach ihrer angenommenen gesellschaftlichen Relevanz ausgewählt und zusammengestellt werden. Dahinter steht das Ziel des Anbieters, zur öffentlichen Kommunikation beizutragen. Kommerzielle Kommunikation fällt grundsätzlich nicht unter die journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote.

Die Frage, ob das Angebot der *Inlocon AG* ein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot ist, hat der *VGH Baden-Württemberg* verneint (Beschluss vom 25. März 2014, 1 S 169/14):

„Entscheidend ist, dass nach derzeitigem Erkenntnistand nicht festgestellt werden kann, dass das Angebot insgesamt oder einzelne abgrenzbare Teile (E-Mail-Service, Suche nach Vergabeverfahren, Kontakt- oder Adress-Center) eine publizistische Zielsetzung haben. Vielmehr sind die Angebote auf die Geschäftsinteressen der gewerblichen Nutzer ... zugeschnitten.“

Soweit die *Inlocon AG* argumentiert, ihr Angebot diene der Transparenz im Bereich der öffentlichen Beschaffung, stellt das Gericht hierzu fest (ebda.):

„...erscheint diese Argumentation lediglich vorgeschoben. Die Aufbereitung und Präsentation der von der Antragstellerin zusammen getragenen Informationen und Daten zielt ausschließlich auf gewerbliche Nutzer. Eine Registrierung als Premiumnutzer, die Voraussetzung ist, um etwa Auskunft über den Auftragnehmer in einem bestimmten Vergabeverfahren zu erhalten, ist auf den entsprechenden Registrierungsmasken nur für Unternehmen, nicht aber für Privatpersonen, Vereine oder andere Organisationen vorgesehen. ... Für einen Bürger, der sich etwa für die Vergabepraxis in seiner Region interessiert, sind die Angebote der Antragstellerin hingegen unbrauchbar. Das gilt auch für die Rubrik ‚News aus den Beschaffungsmärkten‘, in welcher auf der Startseite des Internetportals Neueinträge in den einzelnen Datenbanken wie dem Adress-Center und dem Projekt-Center besonders hervorgehoben präsentiert werden. Diese Rubrik ist zwar frei zugänglich, jedoch nur mit eingeschränkten Funktionen. So wird unter ‚Neuen Auftragsvergaben‘ der Auftragnehmer nicht angezeigt, vielmehr erfolgt die Aufforderung, sich zu registrieren. Soweit neue Projekte, neue Unternehmenseinträge und neue Produkte präsentiert werden, ist über einen Kontakt-Button jeweils die Kontaktaufnahme mit dem betreffenden Unternehmen möglich. Auch diese Rubrik ist daher auf die Anbahnung von Geschäftskontakten ausgerichtet und verfolgt keine publizistische Zielsetzung.

Schließlich spricht auch die Gestaltung des Impressums der Internetportale der Antragstellerin dagegen, dass es sich bei ihr um einen Anbieter mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten handelt. Als solcher müsste sie nach § 55 Abs. 2 RStV einen Verantwortlichen für die Webseite benennen. Das ist jedoch nicht der Fall. Es wird lediglich ein ‚Ansprechpartner/Webmaster‘ benannt...“

Zu erwähnen ist aber allerdings auch ein Beschluss des *VG Schwerin*, das zum gegenteiligen Ergebnis kommt (Beschluss vom 25. März 2014, 6 B 31/14). Das gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, ob es sich beim Angebot „News aus den Beschaffungsmärkten“ um ein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot handelt:

„Für das Vorliegen journalistisch-gestalteter Inhalte lässt sich zunächst die strukturierte Auswahl und Zusammenstellung als Ergebnis einer Art redaktionellen Arbeitsweise anführen. ... Auch die für die Annahme redaktioneller Arbeit notwendige organisatorische Verfestigung, die eine gewisse Kontinuität gewährleistet, ist gegeben. ...

... Jedenfalls bezogen auf die allgemein zugänglichen ‚News aus den Beschaffungsmärkten‘ handelt es sich bei dem jeweiligen Internetauftritt um ein Telemedium mit einem journalistisch-redaktionell gestalteten Angebot... Insoweit bietet die Antragstellerin von ihr bearbeitete Neuigkeiten zu dem besagten Themenbereich an, und zwar ausgewählt oder zusammengestellt aufgrund ihrer Recherchen über neue Referenzen bzw. Projekte, neue Firmen und Unternehmenseinträge, neue Produkte und Dienstleistungen, neue Projekte in Planung, neue Ausschreibungen, neue Submissionsergebnisse, neue Auftragsvergaben und aktuelle Projekte. Verbunden mit der Selektion relevanter Themen in der Absicht der Berichterstattung geht es um aktuelle Meldungen, die für den Bereich der ‚Beschaffungsmärkte‘ relevant sein können. ... Jedenfalls bezogen auf den News-Bereich ist die meinungsbildende Wirkung für die Allgemeinheit prägender Bestandteil des Internetauftritts und nicht nur schmückendes Beiwerk. Auf eine umfassende Bewertung von Informationen muss das Angebot dagegen nicht zwingend abzielen. Die Nennung einer

natürlichen Person als ‚verantwortlichen Redakteur‘ unter ‚Pressekontakt‘ in diesem Bereich der Websites ist zudem als Indiz dafür zu werten, dass insoweit ein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot vorliegt. ...“

Entscheidungen aus Brandenburg zu diesem Komplex sind bislang nicht bekannt. Vor diesem Hintergrund scheint es vertretbar, mit dem *VGH Baden-Württemberg* einen Auskunftsanspruch nach § 55 Abs. 3 in Verbindung mit § 9a RStV zu verneinen. Das ist aber mit dem Risiko einer Klage verbunden und die Erfolgsaussichten sind offen. Jedenfalls sollten in einem ablehnenden Bescheid alle Anspruchsgrundlagen geprüft und mit vertretbarer Begründung verneint werden.

2. Es besteht kein Anspruch nach § 5 Abs. 1 des Brandenburgischen Pressegesetzes (BbgPG) vom 13. Mai 1993 (GVBl. I S.162), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 2012 (GVBl. I Nr. 27).

Nach § 5 Abs. 1 BbgPG sind die Behörden verpflichtet, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen. Ihre öffentliche Aufgabe erfüllt die Presse nach § 3 BbgPG dadurch, dass sie Nachrichten beschafft und verbreitet, Stellung nimmt, Kritik übt, in anderer Weise an der Meinungsbildung mitwirkt oder der Bildung dient. Damit ist das Auskunftsrecht auf journalistisch-redaktionelle Zwecke beschränkt. Ein Auskunftsanspruch besteht nur für Informationen, die der publizistischen Auswertung zu dienen bestimmt sind. Demgegenüber hat das Auskunftsbegehren der Klägerin ausschließlich den Zweck, ihre Chancen im wirtschaftlichen Wettbewerb zu verbessern (vgl. hierzu *VGH München*, Urteil vom 7. Oktober 2008, 5 BV 07.2162 m.w.N.). Es ist nicht ersichtlich, dass es um die in § 3 BbgPG genannten Tätigkeiten geht. Vielmehr ist die *Inlocon AG* ein kommerzieller Anbieter. Nach ihrer eigenen Darstellung ist sie "ein Unternehmen, dessen Geschäftszweck die Sammlung und Aufbereitung von Auftragsinformationen für Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche mit Schwerpunkt auf der Bauwirtschaft ist" (vgl. http://www.inlocon.de/inlocon_unternehmen.htm). "Der Vorteil für die Nutzer ist ein weitgehender Überblick über das Wettbewerbsgeschehen ohne Zeitaufwand bei nur geringen monatlichen Kosten. Die *Inlocon AG* ist ein Informationsbroker im modernen B2B Geschäft" (ebda.). Die Sammlung der Daten durch die *Inlocon AG* dient nicht der publizistischen Auswertung von Informationen. Sie hat den Zweck, die Chancen der *Inlocon AG* und der sie nutzenden Unternehmen im Wettbewerb zu verbessern. Im Übrigen kann hier auf die Begründung des *VGH Baden-Württemberg* zur Frage verwiesen werden, ob es sich beim Angebot der *Inlocon AG* um ein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot handelt.

Auf die Frage, ob Vertreter der *Inlocon AG* einen Presseausweis haben, kommt es nicht an. Ein Presseausweis ist nicht Voraussetzung dafür, "Presse" im Sinne des BbgPG zu sein.

Dagegen ließe sich argumentieren, dass der verfassungsrechtliche Pressebegriff weiter gefasst ist und nicht durch einen Rückgriff auf das einfachgesetzliche Pressegesetz eingeschränkt werden kann. Dazu ist aber festzustellen, dass es hier um einen Anspruch nach dem einfachgesetzlichen Pressegesetz geht und nicht um

einen auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478) geändert worden ist, gestützten Auskunftsanspruch. Da wäre dann wiederum der verfassungsrechtliche Pressebegriff relevant.

Zur Frage des Bestehens eines presserechtlichen Auskunftsanspruchs hat die *Staatsanzeiger für Baden-Württemberg GmbH* eine gutachterliche Stellungnahme der Kanzlei *Mangold Behler* eingeholt. Dort wird ein presserechtlicher Auskunftsanspruch verneint. Sie finden die Stellungnahme hier: http://www.vergabe24.de/fileadmin/dateien/Dokumente/Aktuelles/Stellungnahme_Menold_Bezler_Inlocon_AG.pdf

3. Es besteht auch kein Auskunftsanspruch auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 1 GG, bzw. Art. 19 Abs. 2 S. 1 der Verfassung des Landes Brandenburg (LV) vom 20. August 1992 (GVBl. I S.298), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. Dezember 2013 (GVBl. I Nr. 42). Denn ein über die Normierung in den Landespressegesetzen hinausgehender Auskunftsanspruch ergibt sich nach der Rechtsprechung nicht unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (*BVerwG*, Urteil vom 13. Dezember 1984, 7 C 139/81, Berge 70, 310; *VGH München*, Urteil vom 7. Oktober 2008, 5 BV 07.2162). Entsprechendes gilt dann auch für Art. 19 Abs. 2 S. 1 LV.

4. Es ist zweifelhaft, ob ein Auskunftsanspruch nach dem Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) vom 10. März 1998 (GVBl. I S. 46), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Oktober 2013 (GVBl. I Nr. 30), besteht.

Nach § 1 AIG hat jeder nach Maßgabe des Gesetzes das Recht auf Einsicht in Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen nach den §§ 4 und 5 entgegenstehen oder andere Rechtsvorschriften bereichsspezifische Regelungen für einen unbeschränkten Personenkreis enthalten.

Grundsätzlich ist zunächst festzustellen, dass einem eventuellen Anspruch nicht der Umstand entgegensteht, dass die Akten hier im Rahmen eines fiskalischen Hilfsgeschäfts entstanden sind (vgl. zum Begriff der „amtlichen Informationen“ *VG Stuttgart*, Urteil vom 17. Mai 2011, 13 K 3505/09). Auch die Regelungen des Vergaberechts schließen nach Auffassung des *VG Stuttgart* einen Informationsanspruch nicht aus (ebda.).

Grundsätzlich geht es beim AIG um ein Einsichtsrecht. Bei einem Auskunftersuchen scheidet ein entsprechender Anspruch aus. Auskunftsbegehren der *Inlocon AG* könnten allerdings dahin auszulegen sein, dass die *Inlocon AG* hier Einsicht in die Vergabeunterlagen begehrt (die *Inlocon AG* verweist in ihren Anträgen ja selbst auf das AIG).

Zunächst ist zu prüfen, ob einem Anspruch Versagungsgründe entgegenstehen. So könnten überwiegende öffentliche Interessen einem Anspruch entgegenstehen. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 4 AIG soll der Antrag abgelehnt werden, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Stelle erheblich beeinträchtigt

tigt würde. Das gilt jedenfalls dann, wenn unter das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung auch der Fall subsumiert wird, dass fiskalische Interessen des Landes im Wirtschaftsverkehr (vgl. auch § 3 Nr. 6 IFG) beeinträchtigt sein könnten. Das ist bei einem abgeschlossenen Vergabeverfahren aber eher fraglich (vgl. hierzu *VG Stuttgart*, Urteil vom 17. Mai 2011, 13 K 3505/09).

Hinsichtlich des Schutzes privater Interessen ist zunächst zu beachten, dass personenbezogene Daten (sofern keine Zustimmung der Betroffenen oder ein anderer Tatbestand des § 5 Abs. 2 und 3 AIG vorliegt) nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AIG grundsätzlich nicht offenbart werden dürfen. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 AIG ist der Anspruch (vorbehaltlich der Absätze 2 und 3) abzulehnen, wenn dadurch ein Antragsteller oder ein Dritter von einer Tatsache Kenntnis erlangen würde, die nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist, zu einem bestimmten Geschäftsbetrieb in Beziehung steht und die nach dem Willen des Unternehmens geheim zu halten ist oder an deren Geheimhaltung das Unternehmen ein schutzwürdiges Interesse hat (Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen). Fraglich ist, ob ein Auftrag, dessen Wert und der Umstand, dass ein bestimmtes Unternehmen in einem bestimmten Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten hat, ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis darstellen. Das ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen.

Rein praktisch könnte § 7 S. 2 AIG einschlägig sein. Danach ist das Recht auf Akteneinsicht grundsätzlich durch Einsicht in die Originaldokumente zu erfüllen. Das kommt für die *Inlocon AG* aber regelmäßig nicht in Betracht. Das AIG vermittelt aber keinen Anspruch auf Aufbereitung oder Zusammenfassung bestimmter Informationen. Daher ist auch die Übersendung der entsprechenden Dokumente (§ 7 S. 3 AIG) nicht hilfreich.

Im Ergebnis ist das Bestehen eines Anspruchs zweifelhaft. Genauso zweifelhaft ist, ob der Anspruch auf die geltend gemachte Art und Weise zu erfüllen ist.

5. Es besteht kein Anspruch nach § 29 Abs. 1 S. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2749), in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Brandenburg (VwVfGBbg) vom 7. Juli 2009 (GVBl. I S. 262, 264), geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 16. Mai 2013 (GVBl. I Nr. 18).

Nach § 29 Abs. 1 S. 1 VwVfG hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Voraussetzung ist, dass es sich um ein Verwaltungsverfahren, also öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit, handelt, vgl. § 1 Abs. 1 VwVfG. Das ist hier nicht der Fall. Die öffentliche Hand bewegt sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts (vgl. statt vieler *BVerwG*, Beschluss vom 2. Mai 2007, 6 B 10.07). Es ist nicht ersichtlich, dass die Aufbewahrung von Unterlagen aus einem als privatrechtlich einzustufenden Rechtsverhältnis eine öffentlich-

rechtliche Verwaltungstätigkeit darstellt. Ein Anspruch auf der Grundlage des § 29 Abs. 1 S. 1 VwVfG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 1 VwVfGBbg besteht demnach nicht.

6. Es besteht auch kein Anspruch auf der Grundlage des Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2913).

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 IWG ist jede Person bei der Entscheidung über die Weiterverwendung vorhandener Informationen öffentlicher Stellen, die diese zur Weiterverwendung zur Verfügung gestellt haben, gleich zu behandeln. Allerdings begründet das IWG keinen Anspruch auf Zugang zu Informationen, vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 IWG. Hier geht es der *Inlocon AG* aber um diesen Zugang zu Informationen.

7. Ein Auskunftsanspruch aufgrund vergaberechtlicher Vorschriften kommt schließlich ebenfalls nicht in Betracht.

Bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte sind die Auftraggeber zur Veröffentlichung der vergebenen Aufträge im Amtsblatt der Europäischen Union verpflichtet (vgl. § 18a VOB/A). Die Daten sind also bekannt und müssten von der *Inlocon AG* nur noch recherchiert werden. Weitere Informationsansprüche sind nicht vorgesehen. Insbesondere besteht kein Anspruch auf Aufbereitung der ohnehin bekannten Informationen.

Unterhalb der Schwellenwerte ist eine Veröffentlichung lediglich bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe vorgesehen (§ 20 Abs. 3 VOB/A). Auch hier lässt sich argumentieren, dass die Informationen bereits bekannt sind. Weitere Informationsansprüche sind auch hier nicht vorgesehen. Bei Aufträgen unterhalb der in § 20 Abs. 3 S. 1 VOB/A genannten Wertgrenzen greift diese Argumentation allerdings nicht. Allerdings gilt auch dann, dass die VOB/A keine Anspruchsgrundlage für die *Inlocon AG* bietet.

Bei Fragen zu diesem Thema steht Ihnen das Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten unter den im Briefkopf angegebenen Kontaktdaten zur Verfügung. E-Mails können Sie auch an die Adresse auftragswesen@mwe.brandenburg.de richten.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag



Dr. Reinke