

BRAUN & ZWETKOW RECHTSANWÄLTE – Martin-Luther-Ring 12 – 04109 Leipzig

Vorab per Mail: zentrale@brak.de



Bundesrechtsanwaltskammer
Littenstraße 9
10179 Berlin

Dr. Christian Braun ./ Bundesrechtsanwaltskammer wegen Nutzbarkeit beA; Bescheid vom 1. Februar 2018,

Hier: Begründung des Widerspruchs

Sehr geehrter Herr Kollege Schäfer,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

wir kommen zurück auf dem mit Schreiben vom 22. Februar 2018 erhobenen Widerspruch gegen Ihren Bescheid vom 2. Februar 2018. Den erhobenen Widerspruch begründen wir hiermit ausführlich wie folgt:

Der Bescheid, soweit er den Antrag unseres Mandanten zurückweist, ist rechtswidrig und verletzt unseren Mandanten in seinen Rechten, da seitens unseres Mandanten ein Anspruch auf Erhalt der beantragten Informationen besteht. Der Widerspruch ist somit begründet.

1. Sachverhalt

Dem Widerspruch liegt der folgende Sachverhalt zugrunde:

- 1.1. Ab dem 1. Januar 2018 sind die Anwälte in Deutschland nach § 31a Abs. 6 BRAO verpflichtet, die für die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs erforderlichen technischen Anforderungen vorzuhalten und über das Postfach zugehende Mitteilungen zur Kenntnis zu nehmen.

DR. CHRISTIAN BRAUN
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter Freie Universität Berlin

KATRIN ZWETKOW
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht

BODO WALTHER
Rechtsanwalt
Verwaltungsleiter a. D.

GEORG BLOCH
Rechtsanwalt

DR. HANNAH TEWOCHT
Rechtsanwältin

STEPHANIE SCHLITZER
Rechtsanwältin

in Bürogemeinschaft:
DR. BERNADETTE CORBACH
Rechtsanwältin

Leipzig, am 7. März 2018

Aktenzeichen: 15/18 BR-BL
D397-18
Dr. Christian Braun / Georg Bloch
Sekretariat: Carina Endlich
Durchwahl: (0341) 224798-25

E-Mail: bloch@braun-zwetkow.de



Die BRAK ist für die elektronische Kommunikation der Rechtsanwälte mit Gerichten, Behörden und sonstigen Dritten zuständig, und hat nach öffentlichen Informationen 38 Mio. EUR für das von dem französischen Unternehmen Atos entwickelte Programm ausgegeben,

vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/34C3-Das-besondere-Anwaltspostfach-beA-als-besondere-Stuemperei-3928474.html>

Nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens habe die BRAK das Münchener Unternehmen Atos IT Solutions ans Services GmbH mit der technischen Entwicklung des beA beauftragt,

vgl. Presseerklärung Nr. 11 der BRAK vom 7. Oktober 2014.

In der Presse heißt es zu der Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 21. Februar 2018:

*„Im Gespräch mit den Ausschussmitgliedern beschrieb Schäfer die Vergabeverfahren, die zur Auswahl von Atos als Auftragnehmerin für die Entwicklung und den Betrieb des beA geführt hatten. Er erläuterte das Projektmanagement, das die BRAK als eigenständige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit ihren 28 Rechtsanwaltskammern, unter Beratung der adesso AG, zur Realisierung des beA aufgesetzt hat. **Das Vergabeverfahren und die Entwicklung des beA begleitete die Capgemini SE.**“*

Hervorhebung nur hier

Vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/bea-im-rechtsausschuss-brak-praesident-beantwortet-fragen>

Die BRAK hatte nach Durchführung eines nicht näher spezifizierten Verfahren die Münchener Firma Atos IT Solutions and Services GmbH mit der technischen Entwicklung des besonderen elektronischen Anwaltspostfaches beA beauftragt.

Das gesamte Projekt wurde und wird über die Mitgliedsbeiträge der Rechtsanwälte finanziert. Allein von der RAK Sachsen wurden allein im Jahr 2016 318.853,00 EUR durch Umlagen zur Verfügung gestellt,

vgl. Materialien zur Kammerversammlung am 27. März 2017 der RAK Sachsen.

Im Schreiben des BRAK-Präsidenten vom 8. Januar 2018 heißt es, dass Entwicklung und Betrieb des beA 2014 öffentlich ausgeschrieben worden seien. Das BMJV sei über die Inhalte der Ausschreibung informiert gewesen,

vgl. Schreiben des Präsidenten der BRAK an die Präsidentinnen und Präsidenten der Rechtsanwaltskammern vom 8. Januar 2018.

Ein gemeinschaftsrechtskonformes Vergabeverfahren wurde jedoch seitens der BRAK für die Beauftragung des französischen Unternehmens nicht durchgeführt. Die BRAK hat – so die Information vom 1. Februar 2018 - hingegen

„sowohl für den Entwicklungsvertrag als auch den Betriebsvertrag jeweils ein (...) freihändiges Vergabeverfahren gem. § 3 Abs. 5 lit. h) VOL/A durchgeführt“.

Dabei habe die BRAK der

„eigentlichen freihändigen Vergabe ein Bewerbungsverfahren vorgeschaltet“.

Hierbei habe es sich um ein

„selbst installiertes Eignungsverfahren“

gehandelt,

„um im Ergebnis eine größere Vielfalt zu ermöglichen“.

Ende Dezember 2017, und somit wenige Tage vor Inkrafttreten der Nutzungspflicht, traten jedoch technische Probleme auf. Im sog. ClientSecurity-System wurde ein Design- und Konstruktionsfehler aufgedeckt. Es musste ein notwendiges Zertifikat wegen Sicherheitsmängeln zurückgenommen werden. Das von der BRAK am 22. Dezember 2017 bereitgestellte neue Zertifikat musste jedoch nach wenigen Tagen wegen noch größerer Sicherheitsmängel zurückgezogen werden. Nach Medieninformationen hatte ein Mitglied des Chaos Computer Clubs die Zertifizierungsstelle auf wesentliche Sicherheitsprobleme hingewiesen. Diese seien nicht einfach zu beheben gewesen,

vgl. www.lto.de/recht/juristen/b/bea-desaster-brak-entschuldigt-sich/;
www.lto.de/recht/juristen/b/?tx_ltoartikel_artikel%5Bartikel%5D=26187;
www.lto.de/recht/juristen/b/bea-offline-technische-pannenutzungspflicht-brak-informationspolitik/.

Bei dem von der BRAK bereitgestellten Ersatzzertifikat handelte es sich um ein selbstsigniertes Wurzelzertifikat, also ein Zertifikat, das seinerseits andere Zertifikate signieren kann. Die Computer der Rechtsanwälte, die das betreffende Zertifikat installiert hatten, waren einem erheblichen Sicherheitsrisiko ausgesetzt.

Mit Schreiben des BRAK-Präsidenten an die deutsche Anwaltschaft,

abrufbar unter: www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/bea-newsletter/2018/sondernewsletter-v-03012018.news.html,

wurde das beA am 23. Dezember 2017 vorläufig durch die BRAK offline geschaltet.

1.2. Unser Mandant ist Initiator eines Antrags für die ordentliche Kammerversammlung der Rechtsanwaltskammer Sachsen am Freitag, den 23. März 2018. Es wurde seitens unseres Mandanten der folgende Antrag gestellt:

- Die RAK Sachsen führt eine Akteneinsicht des Vergabevorganges „BeA an Atos“ bei der BRAK durch und berichtet der Verbandsversammlung;
- Die RAK Sachsen prüft sämtliche Zahlungen der RAK Sachsen an die BRAK im Zusammenhang mit BeA auf inhaltliche Notwendigkeit einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung;
- Die RAK Sachsen prüft Regressansprüche und die Möglichkeit der Rückforderung geleisteter Zahlungen. Künftige Zahlungen in Sachen BeA werden nur unter Vorbehalt der Rückforderung getätigt,

vgl. Antrag für die ordentliche Kammerversammlung der Rechtsanwaltskammer Sachsen am Freitag, den 23. März 2018, 14:00 Uhr im Bundesverwaltungsgericht als **Anlage 1**.

Dieser fand auch die notwendige Zahl an Unterstützern und wurde durch die RAK Sachsen auf die Tagesordnung der Kammerversammlung am 23. März 2018 aufgenommen,

vgl. E-Mail der Rechtsanwaltskammer Sachsen vom 18. Januar 2018 als **Anlage 2**.

1.3. Unser Mandant, Herr Dr. Christian Braun, beantragte mit E-Mail vom 2. Januar 2018 gegenüber der BRAK die Akteneinsicht nach dem Informationsfreiheitsgesetz in die Ausschreibungsunterlagen sowie die Zahlungen an das Unternehmen Atos. Mit Bescheid vom 1. Februar 2018 wurde Informationsbegehren seitens der BRAK nicht in vollen Umfang gewährt. Insbesondere wurde der Antrag auf Akteneinsicht mit Verweis auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen abgelehnt. Die Angebote des Verfahrens samt Anlagen seien auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln. Des Weiteren wird seitens der BRAK ausgeführt, dass für die Realisierung des beA seit 2015 Beiträge von insgesamt ca. 32,5 Mio. EUR geflossen seien. Die BRAK habe davon 20,5 Mio. EUR für Entwicklung und Betrieb des Projekts gezahlt. 5.5 Mio. EUR seien für die weiteren Aufwendungen der Realisierung des Projekts gezahlt worden.

1.4. Uns liegen weitere Bescheide zu Informationszugangsanträgen betreffend des beA vor. In diesen wurden seitens der BRAK weitergehende Informationen betreffend die Vergabeverfahren beA gegeben. So wird in dem Bescheid vom 8.

Februar 2018 betreffend einer Anfrage „Informationszugang beA Dokumente“ vom 8. Januar 2018 ausgeführt:

*„Atos hat der Offenlegung beider Verträge im Rahmen eines **Drittbeteiligungsverfahrens gem. § 8 IFG ausdrücklich widersprochen.**“*

Hervorhebung nur hier.

Vgl. Bescheid der BRAK vom 8. Februar 2018 als **Anlage 3**.

Daraus ergeben sich folgende Fragen, die wir nach dem IFG stellen:

- Wenn tatsächlich ein Drittbeteiligungsverfahren durchgeführt wurde, wieso wird dies nicht in dem an unseren Mandanten gerichteten Bescheid erwähnt?
- Wieso werden die Antragsteller nicht auf die Möglichkeit des § 7 Abs. 2 IFG hingewiesen?

Weiterhin geht aus einem Bescheid vom 28. Februar 2018 hervor, dass der Entwicklungsvertrag mit Atos im September 2014 und der Betriebsvertrag im Februar /April 2015 geschlossen wurde.

- Wieso wurde diese Information nicht auch unserem Mandanten gegeben?

Weiter geht aus dem vorgenannten Bescheid hervor, dass die BRAK

*„nach Durchführung des Bewerbungsverfahrens mehrere Unternehmen aufgefordert [hat], Angebote abzugeben. **Nur diesen Unternehmen ist der EVB-IT Erstellungsvertrag zugeleitet worden, der von den jeweiligen Unternehmen zu ergänzen war.** Er war somit nicht Gegenstand eines öffentlichen Vergabeverfahrens und seine Inhalte sind nicht einer Vielzahl von Personen bekannt und offenkundig.“*

Hervorhebung nur hier.

Vgl. Bescheid der BRAK vom 28. Februar 2018 als **Anlage 4**.

Weiterhin wird ausgeführt:

*„**Der Vertragsentwurf war nicht Teil der im Teilnahmewettbewerb veröffentlichten Informationen.** Die Bundesrechtsanwaltskammer forderte anschließend, d.h. nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs, mehrere Bieter auf, ein Angebot abzugeben. **Die Aufforderung zur Angebotsabgabe entsprach dabei den Vorgaben aus der VOL/A.** Der beA-Betriebsvertrag ist im Sinne der Vorgaben aus der VOL/A formuliert und knüpft insbesondere an die VOL/B an.“*

Hervorhebung nur hier.

Vgl. Bescheid der BRAK vom 28. Februar 2018 als **Anlage 4**.

Zudem erfolgen in dem genannten Bescheid weitere Ausführungen u.a. zu einem Geheimhaltungswillen von Atos und einem behaupteten berechtigten Interesse von Atos an der Geheimhaltung von Verträgen.

- Wieso hat unser Mandant diese Informationen nicht erhalten?

Zu den Geheimhaltungsinteressen wird ausgeführt:

*„Die Offenlegung der gewünschten Informationen wäre geeignet, die Marktposition von Atos nachteilig zu beeinflussen. Wettbewerber, die ebenfalls Lösungen im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs anbieten oder zukünftig anbieten wollen, **könnten diese Informationen bei deren Offenlegung für ihre Zwecke nutzen und Atos so wirtschaftlich erheblichen Schaden zufügen.**“*

Hervorhebung nur hier.

Vgl. Bescheid der BRAK vom 28. Februar 2018 als **Anlage 4**.

Es erschließt sich hier nicht, wieso jemand Informationen zu einem System, das nicht funktioniert und massive Sicherheitsprobleme aufweist, für seine Zwecke nutzen sollte oder könnte?

Zudem wird auch in dem Bescheid der BRAK vom 28. Februar 2018 ausgeführt:

*„Nach § 6 Satz 2 IFG darf die Bundesrechtsanwaltskammer Zugang zu Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nur gewähren, wenn der Betroffene eingewilligt hat. **Atos hat der Offenlegung beider Verträge im Rahmen eines Drittbeteiligungsverfahrens gem. § 8 IFG ausdrücklich widersprochen.**“*

Hervorhebung nur hier.

Vgl. Bescheid der BRAK vom 28. Februar 2018 als **Anlage 4**.

Daraus ergeben sich folgende Fragen:

- Wieso hat unser Mandant diese Information nicht erhalten?
- Wieso weisen Sie nicht auf die Möglichkeit des § 7 Abs. 2 Satz 2 IFG hin?

2. Weitere Fragen

In der Presse heißt es zu der Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 21. Februar 2018, dass das Vergabeverfahren und die Entwicklung des beA die Capgemini SE begleitete. Hieraus ergeben sich folgende weitere Fragen:

- Trifft es zu, dass die BRAK für die Begleitung des Vergabeverfahrens mit Capgemini ein Beratungs- und IT-Dienstleistungsunternehmen beauftragt hat?
- Welche Zahlungen sind an Capgemini für die Begleitung des Vergabeverfahrens und Entwicklung des beA erfolgt?
- Wieso wurde für die Entwicklung des beA Capgemini beauftragt, wenn den Zuschlag für den Entwicklungs- und Betriebsvertrag und Bearealisierung Atos erhalten hatte?
- Wurden bei der Beauftragung von Capgemini die Bestimmungen des (Haushalts-)Vergaberechts beachtet?
- Haben Sie Regress von Capgemini geprüft? Wenn nein, warum nicht?
- Nach § 8 Abs. 1 IFG gibt die Behörde Dritten, dessen Belange durch den Antrag auf Informationszugang berührt sind, schriftlich Gelegenheit zur Stellungnahme. Die BRAK führt hier selbst aus, dass Belange Dritter berührt seien. Aus dem Bescheid vom 1. Februar 2018, betreffend geht jedoch keine Durchführung eines Drittbeteiligungsverfahrens hervor. Hat im Rahmen der Beantragung auf Informationszugang unseres Mandanten eine Drittbeteiligung nach § 8 IFG stattgefunden? Wenn nein, warum nicht?

Weiterhin sind leider noch weitere Fragen aufgetaucht:

- Hat eine Rechtsanwaltskanzlei das Verfahren begleitet? Wenn ja, welche Rechtsanwaltskanzlei? Welche Kosten sind diesbezüglich entstanden? Wenn ja, ist die Leistung ausgeschrieben worden?
- Wieso ist eine Aufteilung in beA-Realisierung und beA-Betriebsvertrag vorgenommen worden?
- Die Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs des beA-Betriebsvertrages erfolgte im November 2014 auf der Veröffentlichungsplattform www.bund.de. Wir bitten um Übersendung der Bekanntmachung, der Vergabeunterlagen (auch für den BeA-Realisierungsvertrag). Warum wurden unterschiedliche Ausschreibungsformen gewählt?
- Der Auftrag war – nach Ihren Worten - nach § 2 Abs. 1 VOL/A an einen generell fachkundigen, leistungsfähigen sowie gesetzestreu und zuverlässigen Bieter zu vergeben. Ist der derzeitige Leistungserbringer

fachkundig und leistungsfähig? War die damalige Prognose richtig?
Wenn ja, warum?

- Wenn sind der beA-Realisierungs-Vertrag und der beA-Betriebsvertrag abgeschlossen worden? Welche Vertragslaufzeiten haben die Verträge? Welche Kündigungsmöglichkeiten bestehen? Welche Zahlungen wurden und werden geleistet (genaue Aufgliederung bitte)?
- Ist die BRAK der Auffassung, dass gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV verstoßen wurde? Wenn nein, warum nicht?

Wir bitten namens und in Vollmacht unseres Mandanten um detaillierte und vollständige Beantwortung auch der weiteren Fragen. Bereits jetzt wird nach § 7 Abs. 2 Satz 2 IFG Einverständnis mit der Unkenntlichmachung von eventuellen personenbezogenen Daten und / oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erklärt. Der ursprüngliche Antrag auf Akteneinsicht in die Ausschreibungsunterlagen und die Zahlungen an Atos wird aufrechterhalten.

3. Rechtliche Würdigung

Der zulässige Widerspruch ist begründet. Gegen den ablehnenden Bescheid ist nach § 9 Abs. 4 IFG der Widerspruch zulässig. Unserem Mandanten steht ein Anspruch auf Erhalt der begehrten Informationen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG zu. Ihm ist die Akteneinsicht in die Ausschreibungsunterlagen sowie in die Unterlagen betreffend die Zahlungen an den Auftragnehmer Atos zu gewähren. Die teilweise Ablehnung des Antrags ist rechtswidrig und verletzt unseren Mandanten insoweit in seinen Rechten. Der Anspruch auf Informationszugang ist hier auch nicht aufgrund des Schutzes öffentlicher Belange, des Schutzes des behördlichen Entscheidungsprozesses, des Schutzes von Berufs- und / oder Amtsgeheimnissen oder dem Schutz des geistigen Eigentums und / oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen.

3.1. Anspruch nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG

Unserem Mandanten steht gegen die BRAK ein Anspruch auf Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen sowie den Zahlungen an den Auftragnehmer Atos aus § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG zu, da es sich hierbei um amtliche Informationen im Sinne des § 2 Nr. 1 IFG handelt und der Antragsteller eine natürliche Person ist. Die BRAK ist hier auch auskunftspflichtig, da sie als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Behörde des Bundes im Sinne der Vorschrift ist.

Die BRAK ist als Teil der mittelbaren Bundesverwaltung i.S.v. Art. 86 GG Behörde im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG,

vgl. VG Berlin, Urteil vom 2. September 2016 - 2 K 87.15; Debus, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 01.11.2017, § 1 Rn. 150.1.

Insbesondere übt die BRAK auch hoheitliche Befugnisse aus und erlässt Verwaltungsakte. Es werden durch die BRAK gem. § 178 BRAO Beiträge erhoben und nach § 191a Abs. 2 BRAO eine Berufsordnung beschlossen. Zudem wurde seitens der BRAK der gegenständliche Antrag unserer Mandantschaft als teilweise ablehnender Verwaltungsakt verbeschieden.

Bei den vom Antragsteller begehrten Informationen handelt es sich auch unfraglich um solche, die der BRAK als Behörde vorliegen und im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenerfüllung, nämlich des Vergabeverfahrens zur Beschaffung und Entwicklung des beA, angefallen sind, § 2 Nr. 1 IFG. Nach § 31a Abs. 1 BRAO hat die BRAK für jedes im Gesamtverzeichnis eingetragene Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach einzurichten.

3.2. Kein Ausschlussgrund

Ein Ausschlussgrund des Anspruchs unseres Mandanten nach den §§ 3 ff. IFG besteht hier nicht. Insbesondere ist der Auskunftsanspruch nicht nach § 3 Nr. 7 IFG ausgeschlossen. Insoweit seitens der BRAK die Ablehnung des Antrags damit begründet wird, dass eine vergaberechtliche Verschwiegenheitsverpflichtung seitens der Kammer bestehe, nach der diese die Angebote der Bieter auch nach Abschluss des Verfahrens vertraulich behandeln müsse, handelt es sich nicht um einen Ausschlussgrund. Dem Antrag ist darüber nach § 7 Abs. 2 IFG in dem Maße stattzugeben, insoweit der Anspruch besteht. Liegen geheimhaltungsbedürftige Informationen vor, so ist nach § 7 Abs. 2 Satz 2 IFG dem Antrag stattzugeben, soweit sich der Antragsteller mit der Unkenntlichmachung der Informationen einverstanden erklärt.

3.2.1. Kein Ausschlussgrund nach § 3 Nr. 4 IFG

Der Anspruch nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG ist hier nicht nach § 3 Nr. 4 IFG ausgeschlossen. Nach § 3 Nr. 4 IFG besteht der Informationszugangsanspruch nicht, wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift oder durch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von

Verschlussachen geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt. Der von der BRAK als Grund genannte § 14 Abs. 3 VOL/A, aufgrund dessen die BRAK die Informationen nicht herausgegeben könne, da auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens die Angebote des Verfahrens samt Anlagen vertraulich zu behandeln seien, kommt hier nicht in Betracht. § 14 Abs. 3 VOL/A ist hier zur Abweisung des Antrags nicht anwendbar, da nicht die Angebote inkl. Anlagen und die Dokumentation beantragt wurde, sondern die Ausschreibungsunterlagen und die Zahlungen an Atos.

Des Weiteren sind die betreffenden Unterlagen, soweit sie Angebote, dazugehörige Anlagen und die Dokumentation über die Angebotsöffnung enthalten, geschwärzt zu Verfügung zu stellen. Im Übrigen liegen hier keine Berufsgeheimnisse im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG vor, die geschützt werden müssten.

(1) Anwendbarkeit der VOL/A

Die VOL/A war hier aus mehrfacher Sicht anzuwenden. Die BRAK ist bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts. Nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 BHO hat die BRAK somit die §§ 1 bis 87 BHO entsprechend anzuwenden, somit auch § 55 BHO. Nach § 55 BHO a.F. musste dem Abschluss eines Vertrages über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen, § 55 Abs. 1 BHO a.F. Zudem musste bei Abschluss des Vertrages nach einheitlichen Richtlinien verfahren werden, § 55 Abs. 2 BHO. Nach VV zu § 55 BHO a.F. war bei öffentlichen Aufträgen der vierte Teil des GWB anzuwenden, soweit die Schwellenwerte überschritten waren. Nach dem Urteil des EuGH vom 12. September 2013 - C-526/11 könnte jedoch die BRAK kein öffentlicher Auftraggeber, wenn die unmittelbare Staatsgebundenheit oder die öffentliche Finanzierung fehlt. Dies kann im konkreten Fall durchaus anders gesehen werden, da es sich mit der Einrichtung des BeA um eine öffentliche, staatliche Aufgabe handelt, die entsprechend kontrolliert wird,

vgl. Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 99 Rn. 144-146, beck-online.

Nach VV zu § 55 BHO Nr. 2 und Nr. 2.3.2 ist für öffentliche Aufträge, für die der vierte Teil des GWB nicht gilt, die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A, Abschnitt 1 (VOL/A) anzuwenden.

Die VVen zu § 55 BHO die vom 16. Mai 2001 – 1. Januar 2014 bzw. vom 1. Januar 2014 bis zum 4. November 2016 galten, haben beide als Nr. 3.1.1. den folgenden Wortlaut:

„3.1.1

die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) bzw. die Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung und den Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten sowie von DV-Programmen; die Hinweise zu den EVB-IT sind zu berücksichtigen.“

Die BRAK führt hingegen im Bescheid vom 1. Februar 2018 aus:

„Nach den §§ 105, 55 BHO sowie **Ziffer 3.1.1 VV zu § 55 BHO** war die Bundesrechtsanwaltskammer angehalten, bei der Beschaffung des Erstellungs- und Betriebsvertrags die VOL/A anzuwenden.“
Hervorhebung nur hier.

Diese Vorgaben wurden verletzt.

- Es wird um Beantwortung der Frage gebeten, welche VV zu § 55 BHO die BRAK angewandt hatte.

(2) Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 lit. h) VOL/A bzgl. Erstellervertrags

Nach den hier vorliegenden Angaben spricht viel dafür, dass die behauptete Freihändige Vergabe rechtswidrig war. Weiterspricht spricht viel dafür, dass beihilferechtliche Vorschriften des AEUV verletzt worden sind. Eine endgültige Klärung kann nach der Akteneinsicht erfolgen.

Dazu ist die beantragte Akteneinsicht erforderlich. Die Freihändige Vergabe ist nach § 3 Abs. 5 lit. h) VOL/A dann möglich, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können. Nur dann, wenn dem Auftraggeber, der eindeutige und vollständige Leistungsbeschreibung zu verfassen hat, dies nicht möglich ist, kann im Wege einer Freihändigen Vergabe über den Leistungsgegenstand verhandelt werden,

vgl. OLG München, Beschluss vom 28. April 2006 – Verg 6/06; Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 Rn 61.

Nicht eindeutig erschöpfend und eindeutig beschreibbar sind bspw. Leistungen, die auf besonders innovativen technischen Entwicklungen oder Konzepten beruhen und die noch zu erproben sind,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016 – VII-Verg 49/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. August 2011 – VII-Verg 36/11; Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 3 VOL/A Rn. 33; Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 Rn 61.

Eine Leistung ist danach z. B. dann nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, wenn eine noch nichtexistierende Lösung für die gestellte Aufgabe gesucht wird,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016 – VII-Verg 49/15.

Eine nicht beschreibbare Aufgabenlösung kann zudem dadurch gekennzeichnet sein, dass die Lösung in Verhandlungen von den Beteiligten entwickelt werden soll,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016 – VII-Verg 49/15.

Die Frage, ob die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, ist voll überprüfbar,

vgl. Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 Rn 65.

Ob es sich hier tatsächlich um eine solche Leistung handelt, kann von unserem Mandanten nicht beurteilt werden, da die betreffenden Ausschreibungsunterlagen, die im Rahmen des Informationsantrags vom 2. Januar 2018 angefordert wurden, antrags- und anspruchswidrig nicht überlassen wurden.

Die BRAK hat jedoch die VOL/A jedenfalls dahingehend nicht befolgt, als dass sie der eigentlichen freihändigen Vergabe ein Bewerbungsverfahren vorgeschaltet, dass kein Teilnahmewettbewerb im technischen Sinne war, sondern ein

„ein selbst installiertes Eignungsverfahren“

vorgeschaltet hat, um

„im Ergebnis eine größere Vielfalt zu ermöglichen.“

Wir haben daher noch folgende Frage:

- Wenn „Das Vergabeverfahren und die Entwicklung des beA begleitete die Capgemini SE.“ begleitet wurde, warum war mit diesem Sachverstand denn eine Beschreibung der Leistung nicht möglich?
- Welche Leistungen hat (bitte genaue umfassende Auflistung mit allen Verträgen und allen Kosten) hat die BRAK im Zusammenhang mit BeA an Dritte vergeben?

Es ist somit erforderlich, dass unser Mandant Einsicht in die Ausschreibungsunterlagen erhält, um feststellen und beurteilen zu können, ob die BRAK sich an die Vorgaben der VOL/A gehalten hat. Nur so kann sichergestellt werden, dass gem. § 2 Abs. 1 VOL/A der Auftrag im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben wurde.

(3) Beschränkten Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb nach § 3 Abs. 3 lit. a) VOL/A bzgl. des beA-Betriebsvertrags

Ob eine Beschränkten Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb hier möglich war, kann ebenfalls nicht abschließend beurteilt werden. Dazu ist die beantragte Akteneinsicht erforderlich. Eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist nach § 3 Abs. 3 lit. a) VOL/A dann möglich, wenn die Leistung nach ihrer Art nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Eignung erforderlich ist. Die Leistung müsste somit von nur wenigen spezialisierten Unternehmen erbracht werden können,

vgl. Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 3 VOL/A Rn. 11; Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 EG Rn. 30.

Für die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 3 lit. a) VOL/A muss der Auftraggeber prognostizieren, dass gerade wegen der Besonderheiten des Auftrags nur wenige Unternehmen mit der entsprechenden fachlichen Qualifikation in Betracht kommen. Dies wiederum setzt eine sorgfältige Sondierung des Marktes voraus, die objektiv nachvollziehbar sein muss. Allein eine subjektive Präferenz des Auftraggebers reicht gerade nicht aus,

vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 10. November 2003 - 1 Verg 14/03; Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 3 VOL/A Rn. 1; Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 EG Rn. 31.

Auch muss die Spezialisierung, die nur die wenigen Unternehmen haben, zur Erfüllung der Leistung zwingend erforderlich sein,

vgl. Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 EG Rn. 32.

Ausgehend von den im Dezember 2018 bekannt gewordenen technischen Mängeln, die bei beA aufgetreten sind, muss davon ausgegangen werden, dass Atos diese Spezialfähigkeiten nicht hatte bzw. hat. War die Spezialisierung tat-

sächlich nicht erforderlich, wollte sie aber der Auftraggeber, so hätte die BRAK ein offenes Verfahren durchführen müssen,

vgl. Kaelble/Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 3 EG Rn. 32.

Auch hier ist somit zur abschließenden Beurteilung, ob die BRAK die Bestimmungen der VOL/A über das Vergabeverfahren, insbesondere ob der Auftrag im Wege des Wettbewerbs und transparenter Verfahren an ein leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen vergeben wurde, die beantragte Akteneinsicht in die Ausschreibungsunterlagen erforderlich.

(4) § 14 Abs. 3 VOL/A ist keine Rechtsvorschrift im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG

§ 14 Abs. 3 VOL/A ist keine Rechtsvorschrift im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG, die Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflichten normiert. Nach der ersten Alternative des § 3 Nr. 4 IFG besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht bei solchen Informationen, die einer durch Rechtsvorschrift geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht unterliegen. Bei der VOL/A handelt es sich aber schon nicht um eine Rechtsvorschrift. Es handelt sich bei den Vergabe- und Vertragsordnungen nicht um staatliche Normen, sondern um private Regelwerke, die in sog. Verdingungsausschüssen durch Vertreter beider Marktseiten, also die öffentlichen Auftraggeber und Vertreter der anbietenden Wirtschaft, vereinbart werden. Die Pflicht zur Geheimhaltung oder Vertraulichkeit muss sich jedoch aus einer auf gesetzlicher Grundlage ergangenen Rechtsvorschrift ergeben, die Geheimnistatbestände und gesetzliche Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsregelungen beinhaltet,

vgl. Schirmer, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 1. November 2017, § 3 IFG Rn. 143.

Hierbei sind zwar eindeutig auch untergesetzliche Regelungen heranzuziehen,

vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Juli 2016 – 7 C 3/15.

Bei der VOL/A handelt es sich jedoch allein um eine Verfahrensordnung und nicht um eine untergesetzliche Regelung. Auch die Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 4 IFG spricht des Weiteren von materiell-rechtlichen Vorschriften,

vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 4 IFG, BT-Drs. 15/4493, Seite 11; Polenz, in: NVwZ 2009, 883 (884).

§ 14 Abs. 3 VOL/A kann somit nicht als Rechtsvorschrift im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG angesehen werden, durch die der Informationsanspruch unseres Mandanten ausgeschlossen werden könnte. Es handelt sich um eine bloße interne Verwaltungsvorschrift.

Für einen umfassenden Informationszugang sprechen hierbei gerade die Ziele des Vergaberechts, nämlich das Ziel der Transparenz sowie der Korruptionsbekämpfung,

vgl. EuGH (3. Kammer), Urteil vom 14. Februar 2008 - C-450/06 Varec SA / Belgien

Im Übrigen setzen die Ausschlussstatbestände des § 3 IFG generell das Vorliegen von näher spezifizierten öffentlichen Geheimhaltungsinteressen des Bundes oder der Länder voraus,

vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2009 – 7 C 21/08.

Dass hier ein öffentliches Interesse gegen die Akteneinsicht sprechen würde, ist nicht ersichtlich. Die Pflicht, die Angebotsunterlagen eines Vergabeverfahrens auch nach seinem Abschluss geheim zu halten, § 14 Abs. 3 VOL/A dient allein dem Schutz der Wettbewerbschancen der Teilnehmer. Diese sind als solche keine öffentlichen Interessen, an welche die Regelung des § 3 Nr. 4 IFG anschließen könnte,

vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7. Juni 2012 - OVG 12 B 34.10.

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens kann die VOL/A dem Informationsbegehren nicht mehr entgegenstehen,

vgl. Debus, in: NZS 2013, 927, 928.

§ 14 Abs. 3 VOL/A ist somit keine Rechtsvorschrift im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG, die zu einem Ausschluss des Informationsanspruches aus § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG führen würde.

(5) Kein Berufs- oder Amtsgeheimnis oder Verschlusssache i.S.d. § 3 Nr. 4 IFG

Zudem handelt es sich bei den begehrten Informationen nicht um Berufs- oder Amtsgeheimnisse. Nach der dritten Alternative des § 3 Nr. 4 IFG besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, wenn die Information einem Berufsgeheimnis unterliegt. Als Berufsgeheimnisse sind insbesondere die ärztlichen oder

anwaltlichen Schweigepflichten zu nennen. Eine entsprechende Schweigepflicht oder ein sonstiges Berufsgeheimnis existiert bei IT-Entwicklern nicht.

Im Übrigen handelt es sich auch nicht um Verschlussachen. Verschlussachen sind im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, und zwar unabhängig von ihrer Darstellungsform, die entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung eingestuft wird,

vgl. Schirmer, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/ Paal, 18. Edition, Stand: 01.11.2017, § 3 IFG Rn 153.

Bei den Angeboten und deren Anlagen bzw. den Ausschreibungsunterlagen handelt es sich aber schon nicht um Verschlussachen, da es an einer im öffentlichen Interesse stehenden Geheimhaltungsbedürftigkeit fehlt. Zudem fehlt es auch an einer Einstufung als geheimhaltungsbedürftig durch eine amtliche Stelle bzw. auf deren Veranlassung.

(6) Antrag bezog sich auf Ausschreibungsunterlagen und Zahlungen

Des Weiteren bezog sich der Antrag unseres Mandanten nicht auf die Angebote und diesbezügliche Anlagen der Bieter in dem von der BRAK durchgeführten Vergabeverfahren, sondern auf die Ausschreibungsunterlagen. Selbst dann, wenn § 14 Abs. 3 VOL/A anwendbar sein sollte, was hier verneint wird, so betrifft § 14 Abs. 3 VOL/A die Angebote, die dazugehörigen Anlagen sowie die Dokumentation, nicht aber die Ausschreibungsunterlagen und die Zahlungen.

Nach § 14 Abs. 3 VOL/A hat die Vergabestelle die Angebote und die dazu eingereichten Anlagen sowie die Dokumentation auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln. Dies betrifft alle für die wesentlichen Vergabeentscheidungen notwendigen Beweismittel, etwa den Umschlag von nicht ordnungsgemäß oder verspätet eingegangenen Angeboten sowie etwaige mit dem Angebot vorgelegte Muster und Proben, soweit sie nach Auffassung der Vergabestelle nicht den ausgeschriebenen technischen Spezifikationen entsprechen,

vgl. Herrmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 14 VOL/A Rn. 10.

Ausschreibungsunterlagen hingegen sind die Dokumente, die die Vergabestelle den Bewerbern und Bietern in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Verfügung stellt. Hierzu zählen unter anderem die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes, die Bewerbungsbedingungen und die Vertragsun-

unterlagen, die aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen bestehen,

vgl. Gabriel/Mertens, in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 6. Edition, Stand: 31. Januar.2018, § 160 Rn. 106.

Zu den Vergabeunterlagen, bzw. Ausschreibungsunterlagen, gehören nach der Legaldefinition des § 29 Abs. 1 Satz 1 VgV alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Somit kann es sich bei Ausschreibungsunterlagen nicht um die Angebote der Bieter und die diesbezüglichen Anlagen handeln, diese sind vielmehr erst die Grundlage, auf der die Bieter und Bewerber ihre Angebote und Teilnahmeanträge erstellen.

(7) Bundesdatenschutzbeauftragter: VOL/A kein Ausschlussgrund

Nach Ansicht des Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit ist die VOL/A bei einem abgeschlossenen Vergabeverfahren kein Versagungsgrund. Die VOL/A, die auch nach Ansicht des Datenschutzbeauftragten der Bundesregierung unterhalb der Schwellenwerte nicht den Charakter einer Rechtsvorschrift innehat,

vgl. 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009, Seite 15,

verdrängt den Anspruch aus § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG nicht. Vielmehr kommt das IFG einschließlich seiner allein ausschlaggebenden Ausnahmetatbestände zur Anwendung,

vgl. 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009, Seite 15.

Auch hiernach ist die VOL/A keine Rechtsvorschrift, nach der der Informationszugangsanspruch ausgeschlossen wäre.

3.2.2. Kein Ausschlussgrund nach § 3 Nr. 7 IFG

Ein Ausschlussgrund nach § 3 Nr. 7 IFG besteht hier nicht. Nach § 3 Nr. 7 IFG besteht der Anspruch nicht bei vertraulich erhobenen oder übermittelten Information, soweit das Interesse des Dritten an einer vertraulichen Behandlung im Zeitpunkt des Antrags auf Informationszugang noch fortbesteht. Vertraulich sind solche Informationen, die nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind,

vgl. VG Berlin, Urteil vom 22. März 2012 - VG 2 K 102.11.

§ 3 Nr. 7 IFG schließt einen Informationszugang aber nur dann aus, wenn neben einer Vertraulichkeitsvereinbarung auch ein schutzwürdiges Interesse der Informationsperson an der vertraulichen Behandlung ihrer Personalien und ihrer Angaben (fort)besteht. Ein objektiv schutzwürdiges Interesse an der Vertraulichkeit einer Information liegt vor, wenn bei ihrer Offenbarung dem Informanten Nachteile drohen und deshalb (zukünftig) die ordnungsgemäße Erfüllung der behördlichen Aufgabe, welche auf die vertrauliche Übermittlung von Informationen angewiesen ist, gefährdet ist,

vgl. BVerwG, Urteil vom 30. März 2017 - 7 C 19/15.

§ 3 Nr. 7 IFG meint somit weniger die hier möglicherweise im Raum stehenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieter in dem gegenständlichen Vergabeverfahren, sondern solche Informationen, die Behörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben von Dritten erheben bzw. erhalten und auf die diese, sofern es Behörden mit Überwachungs- und Regulierungsfunktion, angewiesen sind. Dies sind bspw. das BKartA, die BNetzA, der Bundesrechnungshof, oder BND und MAD

vgl. Schirmer, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/ Paal, 18. Edition, Stand: 1. November 2017, § 3 IFG Rn. 183.

Kommt in Betracht, dass das Interesse an einer vertraulichen Behandlung nachträglich entfallen ist, geht die Behörde dem im Rahmen ihres Verfahrensermessens nach, insbesondere durch eine Nachfrage bei dem Informationsgeber,

vgl. Gesetzesbegründung zum IFG, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/4493, S. 12.

Sollte entgegen der hier vertretenen und mit der Gesetzesbegründung einhergehenden Ansicht § 3 Nr. 7 IFG auch Informationen betreffen, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind, so hätte die BRAK die betreffenden Bieter dazu anhören müssen, bevor sie eine Entscheidung über die Preisgabe der Informationen trifft. Dies ist hier ausweislich des Bescheids vom 1. Februar 2018 nicht erfolgt. Nach § 8 Abs. 1 gibt die Behörde den Dritten, deren Belange durch den Antrag auf Informationszugang berührt sind, schriftlich Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb eines Monats, sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss des Informationszugangs haben kann. Dies ist hier nicht erfolgt.

3.2.3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass ein Ausschlussgrund des Informationsanspruchs nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG hier nicht besteht. Unser Mandant hat grundsätzlich einen vollumfänglichen Anspruch auf Erhalt der begehrten Informationen. Es besteht insbesondere kein Ausschlussgrund nach § 3 Nr. 4 und Nr. 7 IFG. Diese Ausschlussgründe sind hier auch schon deswegen nicht einschlägig, da es sich um den Schutz von besonderen öffentlichen Belangen handelt. Bei dem möglichen Interesse von Dritten, die Angebote eingereicht haben, kann es sich aber schon nicht um öffentliche Belange handeln. Ein denkbare Geheimhaltungsinteresse von Bewerbern und Bietern an Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist kein öffentlicher Belang, sondern gerade ein privater. Zu den im Rahmen des Informationsanspruchs zu gewährenden Unterlagen gehören somit grundsätzlich auch die Angebotsunterlagen.

3.2.4. Teilweise Gewährung des Informationsanspruchs, § 7 Abs. 2 IFG

Unser Mandant hat hier zumindest einen teilweisen Informationsanspruch, der durch die Schwärzung / Unkenntlichmachung von Informationen, die die Belange Dritter beeinträchtigen könnten, umzusetzen ist. Dies bspw. dann der Fall, wenn Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter im Sinne des § 6 Satz 2 IFG vorliegen.

(1) Entgegenstehendes geistiges Eigentum, § 6 Satz 1 IFG

Auch soweit geistiges Eigentum einem Auskunftsanspruch entgegensteht ist der Anspruch nicht gegeben. § 6 Satz 1 IFG hält dabei aber fest, dass der Anspruch aber nur „soweit“ nicht besteht. Es handelt sich somit nicht um einen vollständigen Ausschluss des Anspruchs. Ob und inwieweit hier geistiges Eigentum durch die Gewährung des Informationsanspruches verletzt werden könnte, kann diesseits nicht festgestellt werden. Fest steht hingegen, dass mit der Behauptung der BRAK, die Gewährung der Akteneinsicht würde per se zu einer Verletzung von Urheberrechten führen, falsch ist.

(2) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, § 6 Satz 2 IFG.

Es liegen im Rahmen der Angebote, die die Bieter / Bewerber abgegeben haben Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vor. Der Zugang zu solchen Geheimnissen

darf nur gewährt werden, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis sind Tatsachen zu verstehen, die nach dem erkennbaren Willen des Trägers geheim gehalten werden sollen, die ferner nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig sind und hinsichtlich derer der Geheimnisträger deshalb ein sachlich berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, weil eine Aufdeckung der Tatsachen geeignet ist, ihm wirtschaftlichen Schaden zuzufügen,

vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1995 - 1 StR 764/94; Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 165 GWB Rn. 7.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind hier alle auf ein Unternehmen, d.h. auf einen Bieter / Bewerber, bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat,

vgl. BVerwG Beschluss vom 25. Juli 2013 – 7 B 45/12.

Nur wenn es sich um Informationen handelt, deren Offenlegung die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig beeinflussen kann, greift der Schutz von § 6 Satz 2 IFG ein. Dazu ist Voraussetzung, dass die betreffende Information einen Unternehmensbezug aufweist, nicht offenkundig ist, nach dem Willen des Geschäftsinhabers geheim bleiben soll und insoweit ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht,

vgl. Guckelberger, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 01.11.2017, § 6 IFG Rn. 18.

Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen bspw. Bilanzen, Angaben über Umsätze sowie Referenzlisten, da durch sie die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebes maßgeblich bestimmt werden,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. März 2007 – VI-3 Kart 289/06.

Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen vor allem die Kalkulationsgrundlagen einschließlich der Preisblätter, sowie Konstruktionszeichnungen oder sonstige Ausführungsdetails, Genehmigungen, Versicherungen, Konzepte zur Qualitätssicherung und Prüfvermerke,

vgl. Vavra, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage 2017, § 165 Rn. 16.

Soweit somit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bestehen, was von der Behörde zu prüfen ist,

vgl. Gesetzesbegründung zum IFG, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/4493, Seite 14,

ist der Zugang zu diesen grundsätzlich nur zu gewähren, soweit der Betroffene einwilligt. Dies setzt wiederum eine vorherige Anfrage bei dem Betroffenen voraus. Eine Anfrage durch die Behörde scheint hier nicht stattgefunden zu haben. Aus dem Bescheid der BRAK vom 1. Februar 2018 geht nicht hervor, dass die BRAK die möglicherweise betroffenen Bieter hinsichtlich einer Weitergabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, so diese denn hier bestehen, angefragt hat.

(3) Verletzung des Urheberrechts?

Eine Verletzung des Urheberrechts kommt hier nicht ersichtlich. Ein Urheberrecht steht den Bietern / Bewerbern schon nicht zu. Urheber ist nur der Schöpfer des Werks. Das sog. Schöpferprinzip aus § 7 UrhG wird im deutschen Recht ohne Ausnahme durchgehalten. Die Unternehmen, die sich hier auf den Auftrag beworben haben, haben das Werk, sollte es sich um ein solches handeln selbst nicht geschaffen. Urheber können nur natürliche Personen sein. Eine Inhaberschaft des Urheberrechts nach § 8 UrhG für die Bewerber scheidet somit aus. In Betracht kommt somit nur die Inhaberschaft eines Nutzungsrechts im Sinne des § 31 UrhG, dass durch den Urheber hätte eingeräumt werden müssen. Hier ist jedoch schon fraglich, ob es sich bei den Angeboten der Bieter um eigenständige geistige Werke im Sinne des § 2 UrhG handeln kann. Dafür müsste es sich um persönliche geistige Schöpfungen handeln. Voraussetzung dafür ist die Erfüllung der Anforderungen an Individualität, Originalität und individueller Prägung, mithin eine gewisse sog. Gestaltungshöhe,

vgl. Wiebe, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, § 2 UrhG Rn. 2.

Ob hier allein in den Angeboten eine persönliche geistige Schöpfung vorliegt, ist zumindest fraglich, da es sich bei dem Ausfüllen der Ausschreibungsunterlagen regelmäßig nicht um eine Handlung mit der entsprechenden geistigen Gestaltungshöhe handelt,

vgl. LG München I, Urteil vom 12. Dezember 2017 - 33 O 15792/16.

Ob hier ein Urheberrecht beeinträchtigt sein könnte, wird hier in Frage gestellt, und kann aber nicht abschließend beurteilt werden.

3.2.4. Begründung des Antrags nach § 7 Abs. 1 IFG und teilweise Gewährung der Akteneinsicht durch Unkenntlichmachung nach § 7 Abs. 2 IFG

Unser Mandant hat einen Anspruch auf Informationsgewährung durch Akteneinsicht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG. Im Zweifelsfall sind Informationen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder urheberrechtlich relevante Informationen enthalten, unkenntlich zu machen. Unser Mandant erklärt sich hiermit im Rahmen des § 7 Abs. 2 Satz 2 IFG mit einer solchen Unkenntlichmachung einverstanden.

(1) Begründung des Antrags nach § 7 Abs. 1 Satz 3 IFG

Nach § 7 Abs. 1 IFG hat der Antragsteller bei Vorliegen von Daten Dritter im Sinne der §§ 5 f. IFG den Antrag zu begründen.

(1.1.) Unser Mandant hat dies im Rahmen der Antragstellung mit der E-Mail vom 2. Januar 2018 entsprechend getan. Es wurde insoweit dargelegt, dass auch die BRAK mit den Mitgliedsbeiträgen der Anwälte wirtschaftlich und sparsam umgehen muss. Ein sparsamer und wirtschaftlicher Umgang mit den Beiträgen kann aber nur dann angenommen werden, wenn das nach §§ 105, 55 BHO und der VV zu § 55 BHO durchzuführende Vergabeverfahren nach den Bestimmungen über das Vergabeverfahren durchgeführt wurde und keine Vergabefehler bestanden.

(1.2.) Unser Mandant ist Initiator eines Antrags für die ordentliche Kammerversammlung der Rechtsanwaltskammer Sachsen am Freitag, den 23. März 2018. Es wurde seitens unseres Mandanten für die Kammerversammlung ein Antrag gestellt (**Anlage 1**). Dieser fand auch die notwendige Zahl an Unterstützern und wurde durch die RAK Sachsen auf die Tagesordnung der Kammerversammlung am 23. März 2018 aufgenommen (**Anlage 2**).

(1.3.) Unser Mandant ist überdies Lehrbeauftragter an der Freien Universität Berlin,

vgl. Frei Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft:
www.jura.fu-berlin.de/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrbeauftragte/braunc/index.html

und Autor einer Vielzahl von wissenschaftlichen Veröffentlichungen, insbesondere zum Vergaberecht,

vgl. Liste der Veröffentlichungen Dr. Christian Braun unter www.braun-zwetkow.de.

Er beabsichtigt, das Vergabeverfahren, das die BRAK hinsichtlich des beA durchgeführt hat und die sich daraus ergebenden juristischen Fragestellungen im Rahmen seiner Lehrtätigkeit zu verwenden und darüber hinaus beabsichtigt er die Nutzung der Akteneinsicht zur Publikation und der wissenschaftlichen Behandlung dieses Themas. Fragestellungen sind dabei die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB für die Bundesrechtsanwalts- und die Rechtsanwaltskammern sowie weiterer berufsständiger Kammern und darüber hinaus die Frage des Durchschlags kartellvergaberechtlicher Grundsätze aus dem überschwelligen Bereich, insbesondere der Grundfreiheiten auf den unterschwelligen Bereich. Insoweit hat unser Mandant neben seinem persönlichen und beruflichen Interesse als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht und der wirtschaftlichen und sparsamen Nutzung der Mitgliedsbeiträge auch ein wissenschaftliches Interesse am Erhalt der Akteneinsicht. Es ist auf die grundgesetzliche Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 GG zu verweisen. Dieses Grundrecht enthält neben einem individuellen Freiheitsrecht eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm,

vgl. BVerfG, Urteil vom 29. Mai 1973 - 1 BvR 424/71 und. 325/72.

Diese Wertentscheidung schließt das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach auszurichten und somit schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2010 - 1 BvR 748/06; BVerfG, Urteil vom 29. Mai 1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72.

Auch um dem wissenschaftlichen Interesse nachzukommen, muss die Akteneinsicht gewährt werden.

(2) Schwärzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie personenbezogenen Daten, § 7 Abs. 2 Satz 2 IFG

Unser Mandant erklärt sich hiermit der Schwärzung / Unkenntlichmachung der Ausschreibungsunterlagen, Vergabeunterlagen und des Vergabevermerks hinsichtlich möglicher urheberrechtlich geschützter Inhalte und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit diese bestehen, einverstanden. Somit wird ein Ver-

fahren nach § 8 IFG entbehrlich und Konflikte mit Belangen Dritter können nicht (mehr) in Betracht kommen,

vgl. Sicko, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 01. November 2017, § 7 IFG Rn. 57.

Öffentliche Belange stehen dem Informationszugang nach §§ 3, 4 IFG nicht entgegen, vgl. oben. Sollte dies nach Ansicht der BRAK der Fall sein, so bitten wir um entsprechenden Hinweis. Ggf. wird auch hier das Einverständnis mit einer Schwärzung / Unkenntlichmachung erklärt, was zu einer analogen Anwendung der Bestimmung des § 7 Abs. 2 Satz 2 IFG führen würde,

vgl. Sicko, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Gersdorf/Paal, 18. Edition, Stand: 01.11.2017, § 7 IFG Rn. 58.

Auch wenn sich § 7 Abs. 1 Satz 3 IFG dem Wortlaut nach nur auf die §§ 5 Abs. 1 und Abs. 2, 6 IFG bezieht, so ist es doch Ziel des IFG, durch Information und Transparenz behördlicher Entscheidungen die effektive Wahrnehmung von Bürgerrechten zu gewährleisten, damit diese sich in einer lebendigen Demokratie mit diesen Entscheidungen auseinandersetzen können. In der Gesetzesbegründung heißt es:

*„Der Zugang zur Information und die **Transparenz behördlicher Entscheidungen ist eine wichtige Voraussetzung für die effektive Wahrnehmung von Bürgerrechten.** Dies gilt angesichts der wachsenden Informationsmacht des Staates heute mehr denn je. Lebendige Demokratie verlangt, dass die Bürger die Aktivitäten des Staates kritisch begleiten, sich mit ihnen auseinandersetzen und versuchen, auf sie Einfluss zu nehmen.“*

Hervorhebung nur hier.

Vgl. Gesetzesbegründung zum IFG, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/4493, Seite 6.

Sollte sich durch die Unkenntlichmachung / Schwärzung ein erhöhter Verwaltungsaufwand ergeben und deshalb eine Ablehnung des Antrags in Betracht kommen, wird diesseits versichert, dass unser Mandant die Kosten tragen wird.

Das Einverständnis zu Schwärzungen / Unkenntlichmachung wird auch dahingehend erklärt, dass personenbezogene Daten nach § 5 IFG vorliegen sollten.

(3) Interessenabwägung

Eine Abwägung zwischen den Interessen ergibt, dass die Interessen unseres Mandanten die Interessen an einer Zurückbehaltung der Informationen überwiegen. Einerseits besteht im Rahmen des Informationsfreiheitsgesetzes ein Anspruch, der bereits in der Gesetzesbegründung mit dem Ziel der Verbesse-

rung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung zum Ausdruck kommt. Im Übrigen hat das IFG auch das Ziel, dass den Bürgern Zugang zu Informationen gewährt wird und somit behördliche Entscheidungen transparent werden. In besonderem Maße gilt dies für behördliche Entscheidungen mit denen öffentliche Gelder verwendet werden. In der Begründung des IFG heißt es dazu:

„Die neuen Informationszugangsrechte verbessern die Kontrolle staatlichen Handelns und sind insofern auch ein Mittel zur Korruptionsbekämpfung.“

Vgl. Gesetzesbegründung zum IFG, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/4493, Seite 6.

Die hier verwendeten Mittel wurden als Mitgliedsbeiträge der Rechtsanwälte über die Rechtsanwaltskammern erhoben. Insoweit ist auch auf den von unserem Mandanten initiierten Antrag bei der Rechtsanwaltskammer Sachsen zu verweisen, der innerhalb von zwei Wochen von 59 Kollegen allein in Sachsen unterstützt wurde.

Des Weiteren ist der Erhalt der begehrten Informationen für unseren Mandanten im Rahmen seiner lehrenden und forschenden Tätigkeit von Bedeutung.

Auf der anderen Seite ist der Schutz möglicher personenbezogener Daten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu beachten. Diese können jedoch problemlos über Unkenntlichmachungen / Schwärzungen geschützt werden. Soweit die BRAK sich auf § 14 Abs. 3 VOL/A beruft, sind hiervon nur die Angebote, ihre Anlagen sowie die diesbezügliche Dokumentation erfasst,

vgl. Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 17 EG Rn. 25.

Auch insoweit ist auf die Möglichkeit der Schwärzungen / Unkenntlichmachungen zu verweisen.

Eine Interessenabwägung ergibt hier, dass die Interessen unseres Mandanten überwiegen. Belange Dritter, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, können durch Unkenntlichmachung / Schwärzung geschützt werden, wodurch es hinsichtlich dieser Belange schon gar nicht mehr zu Beeinträchtigungen kommen kann.

4. Zusammenfassung und Hinweis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Widerspruch gegen den Bescheid vom 1. Februar 2018, soweit der Informationsanspruchs unseres Mandanten rechtswidrig war. Unser Mandant hat einen Anspruch auf die be-

gehrten Informationen bzw. den Erhalt der Akteneinsicht. Soweit hier die Möglichkeit besteht, dass Belange Dritter dem Informationsbegehren entgegenstehen könnten, sind die betreffenden informationsteile (Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) zu schwärzen / unkenntlich zu machen.

Das Bestehen von solchen Belangen Dritter ist jedoch kein Grund die begehrte Akteneinsicht in die Ausschreibungsunterlagen und die Zahlungen der BRAK an Atos pauschal zu verweigern. Dadurch wird unser Mandant in seinen Rechten verletzt.

Aus anderen, uns vorliegenden Bescheiden zu Informationsanträgen nach IFG wird den Antragstellern folgendes mitgeteilt:

„Atos hat der Offenlegung beider Verträge im Rahmen eines Drittbeteiligungsverfahrens gem. § 8 IFG ausdrücklich widersprochen.“

Wir bitten um die Übersendung der aller Akten des Vergabeverfahrens BeA in unsere Kanzleiräumlichkeiten, nach Möglichkeit digital. Sollte dies nicht möglich sein, so bitten wir um Benennung eines Einsichtstermins in Ihrem Hause.

Wir weisen darauf hin, dass unser Mandant beabsichtigt, nach § 12 Abs. 1 IFG den Bundesbeauftragten für Informationsfreiheit anzurufen, da hier seine Rechte aus dem IFG verletzt sind.

Für eine zeitnahe Erledigung wären wir Ihnen verbunden und verbleiben

mit freundlichen kollegialen Grüßen

Dr. Christian Braun
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Georg Bloch
Rechtsanwalt