Informationsfreiheit und Informationsrecht

Jahrbuch 2011

Herausgegeben von
Alexander Dix
Gregor Franßen
Michael Kloepfer
Peter Schaar
Friedrich Schoch
und der Deutschen Gesellschaft für Informationsfreiheit

DER JURISTISCHE VERLAG
lexxion
BERLIN

*Matthias Rossi und Marten Vogt**

Transparenz von Vergabeverfahren – Zum Verhältnis zwischen Informationszugangsfreiheit und Vergaberecht

Inhaltsübersicht

I. Einleitende Vorbemerkungen
1. Kontrollbedürfnis im Vergaberecht
2. Unübersichtlichkeit zweier Rechtsgebiete
3. Strukturelle und funktionelle Unterschiede
4. Grundrechtlich bedingte Gemeinsamkeiten
5. Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des Verhältnisses

II. Konkrete Kollisionsnormen statt abstrakter Alternativität
1. Ausschreibung, Angebote und andere Aufzeichnungen als amtliche Informationen
2. Kollisionsnormen und Kollisionsregeln

III. Differenzierte Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts
1. Informationszugang in der Ausschreibungsphase
2. Informationszugang während der Auswahl und Auftragserteilung
3. Informationszugang während vergaberechtlicher Rechtsschutzverfahren
4. Informationszugang nach Abschluss eines Vergabeverfahrens

IV. Ausnahmen und Beschränkungen bei Anwendbarkeit des IFG
1. Beratungen der Vergabebehörden
2. GWB und Verdingungsordnungen als besondere Geheimhaltungsvorschriften
3. Künftige Verhandlungspositionen als geschützte fiskalische Interessen des Bundes?
4. Angebotsunterlagen der Bieter als vertraulich übermittelte Informationen?
5. Behördlicher Entscheidungsprozess
6. Personenbezogene Daten
7. Geistiges Eigentum und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

V. Zusammenfassung

* Prof. Dr. Matthias Rossi ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, an dem Marten Vogt bis Oktober 2011 als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war.

I. Einleitende Vorbemerkungen

Das Vergaberecht hat das Verhältnis zwischen Transparenz und Geheimhaltung sorgfältig austariert, um einerseits den Markt und den Wettbewerb auch im Interesse der öffentlichen Hand nutzen zu können, andererseits aber auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem effektiven Rechtsschutz und der Kontrollierbarkeit hinreichend Rechnung zu tragen. Zu diesem Zweck ist das Vergaberecht geprägt von verschiedenen Informationspflichten und -rechten ebenso wie von zahlreichen Informationsrestriktionen. Die Sorge, dass dieses austarierte System durch ein allgemeines Informationsfreiheitsrecht unterlaufen wird und ins Wanken gerät, kulminiert vielfach in der Behauptung, das Informationsfreiheitsrecht fände auf das Vergaberecht überhaupt keine Anwendung.

Dieser Beitrag zeigt, dass die Balance zwischen Zugänglichkeit und Verschlossenheit von Informationen aus dem Vergaberecht auch bei Anwendung des Informationsfreiheitsrechts gewahrt wird. Ausgehend von der Bedeutung der Geheimhaltung als Voraussetzung für einen wirksamen Wettbewerb im Rahmen von Vergabeverfahren, ausgehend aber auch von der Bedeutung eines individuellen Informationszugangs für die Beteiligten eines Vergabeverfahrens als Grundlage eines effektiven Rechtsschutzes und ausgehend schließlich auch von der Bedeutung eines allgemeinen Informationszugangs zur Gewährleistung der Transparenz von Vergabeverfahren und zur Ermöglichung einer Korruptionsprävention, wird dargestellt, dass das Vergaberecht und das Informationsfreiheitsrecht sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern in kohärenter Weise miteinander verzahnt sind.

1. Kontrollbedürfnis im Vergaberecht

Das Vergaberecht ist bemüht um einen Kompromiss zwischen den Polen der Kontrollierbarkeit von Vergabeverfahren auf der einen Seite und der effizienten, also der ebenso raschen wie verbindlichen Auftragserteilung auf der anderen Seite. Mit der jüngsten „Modernisierung des Vergaberechts"[1] ist das Pendel freilich stärker auf die Seite der Effizienz ausgeschlagen. So führt ein Verstoß gegen die Verletzung der Informationspflicht nicht mehr wie bisher nach § 13 VgV zur Nichtigkeit, sondern gemäß § 101b Abs. 1 GWB nur noch zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags. Auch gilt der Untersuchungsgrundsatz im Nachprüfungsverfahren nur noch beschränkt – zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Verga-

1 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.4.2009, BGBl. I S. 790; vgl. hierzu *Bulla/Schneider*, VergabeR 2011, 664 ff.

bekammer nicht mehr verpflichtet. Zugleich wurden die Rügepflichten in § 107 Abs. 3 GWB verschärft und Ausschlussfristen in § 107 Abs. 4 GWB eingeführt, deren Missachtung zur Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags und damit im Ergebnis zum Ausschluss von Rechtsschutz führen. Bei allem Verständnis für die rechtspolitischen Zielsetzungen dieser Vergaberechtsnovelle sind die Kontrollmöglichkeiten eines Vergabeverfahrens im Ergebnis doch erheblich reduziert. Sie korrespondieren offensichtlich nicht mit den Kontrollnotwendigkeiten. Denn mag die Vergabe von öffentlichen Aufträgen auch nicht der Eingriffsverwaltung zuzurechnen sein und deshalb per se weniger freiheitsgefährdend erscheinen,[2] so liegt die Gefahr von Gleichheitsbeeinträchtigungen bei diesem Agieren des Staats als Wirtschaftsakteur doch auf der Hand. Wenn hier der subjektive Rechtsschutz weitgehend minimiert oder sogar von vorneherein auf einen Sekundärrechtsschutz reduziert ist, erscheinen andere Kontrollmechanismen umso notwendiger. Kontrolle durch Transparenz, Kontrolle durch freien Informationszugang kann ein wirksames Instrument sein, um das Kontrollniveau im Bereich des Vergabewesens auf dem nicht nur politisch gewünschten, sondern auch verfassungsrechtlich gebotenen Maß zu belassen.[3] Dies gilt umso mehr, als die Überprüfung von öffentlichen Auftragsvergaben nicht nur im individuellen Interesse unterlegener Bieter, sondern mit Blick auf die gebotene Wirtschaftlichkeit und die erhöhte Korruptionsanfälligkeit von Vergabeverfahren auch im allgemeinen Interesse steht.

Das Informationsfreiheitsrecht mit seiner transparenzschaffenden Wirkung könnte hier Abhilfe schaffen oder doch jedenfalls ein weiteres Kontrollinstrument zur Verfügung stellen. Doch die Beantwortung der Fragen, ob und in welchem Umfang das allgemeine Informationszugangsrecht auf Vergabeverfahren Anwendung findet, bereitet erhebliche Schwierigkeiten.

2. Unübersichtlichkeit zweier Rechtsgebiete

Diese Schwierigkeiten ergeben sich aus der Unübersichtlichkeit der beiden Rechtsgebiete.

Das gilt zunächst für das Vergaberecht. Es ist gekennzeichnet durch „eine Gemengelage von internationalen, europäischen und nationalen Rechtsvorschriften".[4] Insbesondere die europarechtlichen Vorgaben haben zu einer Zweiteilung des

2 Vgl. dazu auch die Begründung des BVerfG, BVerfGE 116, 135 (146).

3 Hierzu *Knauff*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2008, 22. Abschnitt Rn. 3 f.

4 *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 60.

deutschen Vergaberechts geführt: Oberhalb der europarechtlichen Schwellenwerte findet das „Kartellvergaberecht" Anwendung, das in den §§ 97 ff. GWB seine gesetzliche Ausgestaltung gefunden hat, primär auf die Verwirklichung des Binnenmarktes mit einem funktionierenden Wettbewerb zielt und den Bietern subjektive Rechte einräumt. Konkretisiert wird es durch die Bestimmungen der Vergabeverordnung (VgV), die auf der Grundlage der §§ 97 Abs. 6, 127 GWB erlassen wurde. Die Vergabeverordnung verweist ihrerseits wieder auf die verschiedenen Verdingungsordnungen (Verdingungsordnung für Leistungen – VOL/A; Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen – VOF/A; Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB/A), die – obwohl als Absprachen zwischen den öffentlichen Auftraggebern und Vertretern der Wirtschaft als private Vereinbarungen erlassen – durch diesen Verweis und nach dessen Maßgabe an der normativen Kraft der Rechtsverordnung partizipieren und somit vor allem auch nach außen rechtsverbindlich sind.[5] Unterhalb der Schwellenwerte ist es dagegen beim haushaltsrechtlichen Ansatz des deutschen Vergaberechts geblieben, der weniger auf die Gewährleistung von Wettbewerb als vielmehr primär auf die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand zielt und inhaltlich vor allem durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bestimmt wird. Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen finden sich insoweit in § 55 BHO/LHO sowie in besonderen Vergabegesetzen der Länder, die ihrerseits zum Teil zum Erlass von Vergabedurchführungsverordnungen ermächtigen. Auch die Verdingungsordnungen kommen regelmäßig zur Anwendung, allerdings hängen ihre Rechtsnatur und damit ihr Rang und ihre Außenrechtsverbindlichkeit von der Art der Verweisungsnorm ab: Sofern sie nur durch Verwaltungsvorschriften übernommen werden, sind sie zwar für die öffentlichen Auftraggeber verbindlich, erzeugen aber keine subjektiven Rechte für die Bieter. Zusammenfassend ergibt sich ein vielschichtiges Bild des Vergaberechts, das mit einem doppelten Kaskadenaufbau beschrieben wird: Sowohl für das Vergaberecht oberhalb als auch für das unterhalb der Schwellenwerte finden sich Bestimmungen auf gesetzlicher Ebene, auf Ebene der Rechtsverordnung sowie auf Ebene der Verdingungsordnungen. Hinsichtlich des Kartellvergaberechts sind zusätzlich die maßgeblichen EU-Richtlinien zu beachten, die auch nach ihrer Umsetzung für die (richtlinienkonforme) Auslegung der nationalen Umsetzungsnormen von Bedeutung bleiben.

Unübersichtlich stellt sich aber auch das Informationszugangsrecht dar. Denn hier hat sich die Rechtslage noch nicht von ihrer (jungen) historischen Entwicklung gelöst, so dass mit den (europa- und völkerrechtlich determinierten) Umwelt-

5 H.M., statt vieler *Vollmöller*, in: Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2004, § 6 Rn. 8.

informationsgesetzen des Bundes und der Länder bereichsspezifische Informationszugangsansprüche neben die allgemeinen Informationsfreiheitsgesetze treten, die seit 1998 in den meisten Ländern und auf Bundesebene erlassen wurden. Doch die mit diesen Gesetzen eröffnete Chance, die durch Informationszugangsrechte bewirkte oder doch jedenfalls ermöglichte[6] Transparenz der Verwaltung auf alle Tätigkeitsfelder auszudehnen, wurde nicht genutzt.[7] Stattdessen ist mit dem am 1.5.2008 in Kraft getretenen Verbraucherinformationsgesetz ein weiteres bereichsspezifisches Gesetz hinzugetreten, dessen Anwendungsbereich im Einzelfall von denen der anderen abgegrenzt werden muss.[8] Ist das Verhältnis dieser voraussetzungslosen Informationszugangsansprüche untereinander und zu weiteren, überwiegend voraussetzungsvollen Akteneinsichtsrechten regelmäßig nach dem lex-specialis-Grundsatz zu bestimmen, ist stets auch das Nebeneinander von bundes- und landesrechtlichen Regelungen zu beachten. Ein Rückgriff auf den lex-superior-Grundsatz oder gar auf seine Ausprägung in der Kollisionsregel des Art. 31 GG ist dabei allerdings grundsätzlich nicht nötig, da der jeweiligen Normsetzungsebene schon durch den entsprechend beschränkten Anwendungsbereich der Gesetze Rechnung getragen und eine Kollision auf diese Weise vermieden wird. Gleichwohl bleibt insgesamt festzuhalten, dass das Informationszugangsrecht sowohl in horizontaler wie in vertikaler Hinsicht vielfältig zerfasert ist.[9]

Dass das Verhältnis zwischen dem doppelt kaskadenförmig aufgebauten Vergaberecht einerseits und dem vor allem horizontal aber auch vertikal zerfaserten Informationsfreiheitsrecht andererseits wohl nicht pauschal bestimmt werden kann, liegt schon nach diesem ersten Überblick auf der Hand. Erforderlich wird vielmehr eine differenzierende Betrachtungsweise sein. Dafür ist es zugleich hilfreich, sich die strukturellen und funktionellen Unterschiede zwischen den Transparenzvorstellungen des Vergaberechts und denen der Informationsfreiheitsgesetze vor Augen zu führen.

---

6 Zur bloßen Ermöglichung von Transparenz durch Informationsfreiheitsgesetze vgl. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 77 ff.

7 Zu Forderungen nach einem die verschiedenen Informationszugangsansprüche zusammenfassenden Informationsgesetzbuch vgl. bspw. *Kloepfer*, K&R 1999, 241 ff.; *Sydow*, NVwZ 2008, 481 (484 f.), sowie die Antwort der Bundesregierung vom 8.2.2008 auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 16/8004, S. 16.

8 Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation vom 5.11.2007, BGBl. I S. 2558.

9 Vgl. die Übersicht bei *Rossi*, Schutzpositionen von Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht, in: Hecker u. a. (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen und Probleme des Informationszugangs, insbesondere im Umweltschutz, 2011, S. 197 (199).

3. Strukturelle und funktionelle Unterschiede

Dass Informationsfreiheitsgesetze auf eine umfassende Transparenz des Verwaltungshandelns zielen und deshalb einen grundsätzlichen und voraussetzungslosen Zugangsanspruch normieren, der nur ausnahmsweise ausgeschlossen bzw. beschränkt ist, muss in diesem Jahrbuch nicht näher ausgeführt werden. Ins Bewusstsein gerückt werden mag allenfalls erneut, dass dieses Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis des Informationsfreiheitsrechts rechtstechnischer Art ist und keine quantitativen Rückschlüsse auf die Erfolgsaussichten von Zugangsanträgen zulässt. Vielmehr sind es die Ausnahmen des Informationsfreiheitsrechts, die letztlich über die Zugänglichkeit von Informationen entscheiden. Dies gilt es auch in Bezug auf das Verhältnis des Informationsfreiheitsrechts zum Vergaberecht zu berücksichtigen.

Darzustellen sind dagegen kurz die transparenzbezogenen Vorschriften des Vergaberechts. Schon in der ersten Norm des Kartellvergaberechts, in § 97 Abs. 1 GWB, ist der Grundsatz der Transparenz für das Vergaberecht festgelegt: „Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren." Transparenz ist Voraussetzung von Wettbewerb, heißt es erläuternd in den Kommentierungen.[10] Sie erst schafft den Markt, auf dem die Bieter nachfrageorientierte Angebote abgeben können. Auch für das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte ist der Grundsatz der Öffentlichkeit deshalb gesetzlich normiert. „Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen", lautet § 55 BHO. Auf der Ebene der Verdingungsordnungen sieht § 22 Nr. 1 VOB/A zudem vor, dass bei der Vergabe von Bauleistungen eine Bieteröffentlichkeit im Eröffnungstermin gewährleistet sein muss. Die VOL/A schließt die Anwesenheit von Bietern beim Eröffnungstermin in § 22 Nr. 2 Abs. 3 dagegen explizit aus.

Dies leitet über zu den vergaberechtlichen Informationsrestriktionsbestimmungen, also zu Normen, die einem freien Informationszugang im Vergabeverfahren entgegenstehen. Sie finden sich vor allem in den Verdingungsordnungen. In Bezug auf die Vergabe allgemeiner Leistungen etwa sieht § 22 VOL/A zahlreiche Vorkehrungen zum Schutz der Vertraulichkeit vor. Bis zum Eröffnungstermin sind alle Angebote unter Verschluss zu halten (Nr. 1). Über den Eröffnungstermin ist zwar eine Niederschrift anzufertigen (Nr. 4), die aber weder den Bietern

10 Vgl. statt vieler nur *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 97 GWB Rn. 15.

noch der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden darf (Nr. 5). Die Angebote und ihre Anlagen sind – auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens – sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln (Nr. 6). Etwas modifiziert ist das Verfahren hinsichtlich der Vergabe von Bauleistungen nach § 22 VOB/A immerhin bieteröffentlich ausgestaltet. Sie dürfen am Eröffnungstermin teilnehmen (Nr. 1) und Einsicht in die Niederschrift nehmen, deren allgemeine Veröffentlichung aber ebenfalls ausgeschlossen ist (Nr. 7). Auch hier sind Angebote und Anlagen sorgfältig zu verwahren und geheim zu halten (Nr. 8).

Ein explizites Akteneinsichtsrecht ist dagegen erst wieder für das Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammern normiert. § 111 Abs. 1 GWB sieht einen entsprechenden Anspruch der Beteiligten vor, der nach § 111 Abs. 2 GWB allerdings ohne Erfolg bleiben muss, „soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist."[11]

Vor diesem Hintergrund treten die strukturellen Unterschiede zwischen dem vergaberechtlichen Akteneinsichtsrecht und dem informationsfreiheitsrechtlichen Zugangsanspruch deutlich hervor: Vereinfacht ausgedrückt dienen die Publizitätspflichten im Vergabeverfahren zum einen dem Ziel, einen möglichst großen Bieterkreis zu erreichen, und zum anderen der effektiven Rechtsverteidigung der tatsächlich an einem Vergabeverfahren beteiligten Bieter. Sie sind somit in ihrer Funktion und ihr folgend in ihrer Ausgestaltung eher rechtsstaatlich geprägt und insofern mit dem Akteneinsichtsrecht des § 29 VwVfG zu vergleichen, auch wenn sie innerhalb der Leistungsverwaltung stärker als das auf die Eingriffsverwaltung bezogene verwaltungsrechtliche Akteneinsichtsrecht darauf zielen, einen marktwirtschaftlichen Wettbewerb zu ermöglichen und zu nutzen. Demgegenüber geht es der demokratisch begründeten Informationsfreiheit ausweislich der gesetzlichen Begründungen um die Verwirklichung von Transparenz und um die Ermöglichung von Kontrolle und Partizipation – Zielsetzungen, die mangels hinreichender Steuerungsfähigkeit jedenfalls doch dazu führen, dass der Gebrauch von Grundrechten – politischen wie wirtschaftlichen – ermöglicht bzw. erleichtert wird.[12]

11 So – grammatikalisch falsch – der Gesetzeswortlaut.

12 *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 112 ff.

4. Grundrechtlich bedingte Gemeinsamkeiten

Bei allen – auch funktionalen – Unterschieden zwischen dem Informationsfreiheitsrecht und dem Vergaberecht gibt es freilich auch grundrechtlich bedingte Gemeinsamkeiten. Sie treten aufgrund der primär freiheitssichernden und eingriffslimitierenden Funktion der Grundrechte vor allem bei den Grenzen der Zugänglichkeit von Informationen zu Tage: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ebenso wie der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und des geistigen Eigentums muss vom Informationsfreiheitsrecht genauso respektiert werden wie vom Vergaberecht. Allerdings darf die gemeinsame grundrechtliche Determinierung nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Grenze zwischen zulässiger Publizität und unzulässiger Preisgabe im Informationsfreiheitsrecht zum Teil anders verläuft als im Vergaberecht. Denn denselben grundrechtlichen Grenzen stehen unterschiedliche öffentliche Belange gegenüber: die allgemeine Transparenz mit ihren verschiedenen Funktionen auf der einen Seite, die Durchführung im öffentlichen Interesse stehender Aufgaben auf der anderen Seite. Diese unterschiedlichen Aspekte sind ihrerseits wieder allenfalls abstrakt verfassungsrechtlich determiniert – die Öffentlichkeit der Verwaltung ebenso wie die Nutzung des Wettbewerbs für die Befriedigung öffentlicher Bedarfe bzw. zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Ihre konkrete Ausgestaltung und ihre etwaige Subjektivierung sind dem Gestaltungsspielraum der parlamentarischen Gesetzgeber überlassen. Insofern muss das Verhältnis zwischen der Informationszugangsfreiheit und dem Vergaberecht streng am Maßstab des positiven Rechts bestimmt werden.

5. Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des Verhältnisses

Auch unter Beachtung des positiven Rechts gibt es freilich verschiedene Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen der allgemeinen Informationszugangsfreiheit und den vergaberechtlichen Bestimmungen zur Zugänglichkeit vergabespezifischer Informationen. Dabei darf die durchaus berechtigte Sorge, eine allgemeine Informationszugangsfreiheit könnte zur Publizität solcher Informationen führen, die nach vergaberechtlichen Kriterien gerade nicht preiszugeben sind, nicht zu der vorschnellen Annahme verleiten, dass ein Unterlaufen der vergaberechtlichen Vorgaben nur durch einen generellen Anwendungsausschluss des Informationsfreiheitsrechts verhindert werden könne. Denn das Verhältnis des Informationsfreiheitsrechts zum Vergaberecht wird nicht durch eine abstrakte Alternativität, sondern durch konkrete Kollisionsnormen bestimmt (II.). Sie ermöglichen es, den Anliegen beider Rechtsgebiete dadurch Rechnung

zu tragen, dass hinsichtlich der Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts nach den Phasen des Vergabeverfahrens differenziert wird, obwohl dies nach geltendem Recht im Ergebnis gar nicht nötig ist (III.). Im Übrigen wird den besonderen Schutzbedürfnissen des Vergaberechts schon wegen der grundrechtlichen Determinierung auch durch die Ausnahme- und Beschränkungsbestimmungen des Informationsfreiheitsrechts Rechnung getragen, die ihrerseits die Informationsrestriktionen des Vergaberechts aufgreifen (IV.).

II. Konkrete Kollisionsnormen statt abstrakter Alternativität

Mit den Informationsfreiheitsgesetzen in den Ländern und im Bund ist der Grundsatz der nur beschränkten Aktenöffentlichkeit aufgegeben und eine grundsätzliche Aktenöffentlichkeit begründet worden. Die betroffenen Verwaltungen ebenso wie interessierte Bürger und Unternehmen haben eine Weile gebraucht, um sich auf diesen Paradigmenwechsel einzustellen. Möglicherweise auch durch die z. T. ideologisch überhöhte Betonung der Kontroll-, Partizipations- und Akzeptanzfunktion allgemeiner Informationszugangsfreiheit ist dabei übersehen worden, dass das Informationsfreiheitsrecht in alle Bereiche der staatlichen Verwaltung hineinwirkt, auch in die Bedarfsverwaltung. Die Vergabe öffentlicher Aufträge, die ihre rechtlichen Grundlagen im Vergaberecht findet, steht deshalb nicht außerhalb des Informationsfreiheitsrechts, bleibt nicht als „aliud" unberührt von der gesetzlich angeordneten grundsätzlichen Transparenz des Verwaltungshandelns, sondern unterliegt grundsätzlich vollumfänglich dem Informationsfreiheitsrecht. Das Verhältnis zwischen dem Informationsfreiheitsrecht und dem Vergaberecht kann also nicht abstrakt, sondern muss mit Blick auf die konkreten gesetzlichen Vorschriften, muss also mit Blick auf den gesetzlichen Willen bestimmt werden.

1. Ausschreibung, Angebote und andere Aufzeichnungen als amtliche Informationen

Nach dem gesetzlichen Willen ist zunächst einmal hervorzuheben, dass Informationen, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens anfallen, ohne Zweifel zu den amtlichen Informationen gehören, die etwa nach § 2 IFG grundsätzlich zugänglich sein sollen.[13] Amtliche Informationen umfassen nach dieser Bestimmung alle

13 *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (190 f.); *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (69).

amtlichen Zwecken dienenden Aufzeichnungen, unabhängig von der Art ihrer Speicherung, wobei Entwürfe und Notizen, die nicht Bestandteil eines Vorgangs werden sollen, nicht dazu gehören. Sämtliche Informationen, die im Zusammenhang mit Vergabeverfahren aufgezeichnet werden, angefangen von der Ausschreibung über die erhaltenen Angebote bis hin zu den sonstigen Aufzeichnungen, die im Rahmen des Vergabeverfahrens vorgenommen werden, sind somit möglicher Gegenstand eines Zugangsanspruchs nach dem IFG. Denn es gibt für Vergabeverfahren keine Bereichsausnahme, die die in Vergabeverfahren erlangten und aufgezeichneten Informationen per se aus dem Anwendungsbereich des Informationsfreiheitsrechts herausnähme.

2. Kollisionsnormen und Kollisionsregeln

Nur sofern das Informationsfreiheitsrecht gar nicht zur Anwendung kommt, weil die jeweiligen Gesetzgeber in entsprechenden Kollisionsnormen die Subsidiarität des allgemeinen Informationsfreiheitsrechts gegenüber anderen Bestimmungen, in diesem Fall solchen des Vergaberechts, angeordnet haben, unterfallen die in Vergabeverfahren aufgezeichneten amtlichen Informationen nicht dem Zugangsanspruch. Indes ist das Zusammenspiel der verschiedenen, in Einzelgesetzen kodifizierten Informationsrechte ein Kernproblem des Informationsrechts.[14]

Dieses Kernproblem hat seine Ursache nicht nur in kompetenzrechtlichen Fragen, sondern vor allem in den zum Teil unklar gefassten Bestimmungen der einzelnen Informationsfreiheitsgesetze. Insgesamt zeichnen die Normen, die das Verhältnis zu anderen Informationszugangsansprüchen regeln (sollen), ein uneinheitliches Bild. Nach § 1 Abs. 3 IFG, auf den etwa auch § 1 Abs. 1 Satz 1 ThürIFG und § 1 Abs. 1 Satz 1 SIFG verweisen und dem inhaltlich auch § 1 Abs. 3 BremIFG, § 1 Abs. 3 IZG LSA und § 4 Abs. 2 LIFG RP entsprechen, gehen Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen mit Ausnahme des § 29 VwVfG und des § 25 SGB X vor. Undeutlich bleibt dabei, ob dieses „Vorgehen" zu einem Ausschluss des IFG führt oder umgekehrt die Anwendbarkeit anderer Rechtsvorschriften neben dem IFG klarstellen soll.[15] Etwas klarer sind da Bestimmungen, nach denen „weitergehende Ansprüche nach anderen Rechtsvorschriften *unberührt bleiben*", wie sie etwa in § 3 Abs. 1 Satz 1 UIG, § 3 Abs. 3 IFG Bln, § 17 IFG-SH und § 16 HmbIFG normiert sind. Andere Verhältnisklauseln betonen den Spezialitätsgrundsatz, wenn sie hervorheben, dass „besondere Rechtsvor-

14 *Kloepfer*, DVBl. 2007, 296 (296).

15 Vgl. dazu *Rossi*, IFG, 2006, § 1 Rn. 105; *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 159.

schriften" über den Zugang zu amtlichen Informationen dem jeweiligen allgemeinen Informationsfreiheitsgesetz vorgehen (so etwa § 4 Abs. 2 Satz 1 IFG NRW, § 4 Abs. 2 LIFG RP) oder unberührt bleiben (so § 1 Abs. 3 Satz 1 IFG M-V) sollen. Insgesamt sind die Bestimmungen über das Verhältnis zu anderen Informationszugangsansprüchen vage, so dass sowohl das Verhältnis unter den allgemeinen Informationszugangsansprüchen[16] als auch zu den besonderen Zugangsrechten schwer zu bestimmen ist.

Im Folgenden wird ausschließlich das Verhältnis des Vergaberechts zu den Vorschriften des IFG des Bundes untersucht.[17] Hier regelt § 1 Abs. 3 IFG das Verhältnis zwischen dem IFG und anderen Informationszugangsrechten und bestimmt, dass Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen mit Ausnahme von § 29 VwVfG und § 25 SGB X vorgehen. Unklar ist dabei schon, unabhängig von den Besonderheiten des Vergaberechts, welche formalen und inhaltlichen Anforderungen an „Regelungen in anderen Rechtsvorschriften" zu stellen sind und welche Rechtsfolge mit „Vorgehen" intendiert wird.[18]

a. Formale Anforderungen an Rechtsvorschriften

Welche Anforderungen an „Rechtsvorschriften" zu stellen sind, um den Vorrang gegenüber dem IFG auszulösen, ist nicht eindeutig. Nach der Begründung zu dem inhaltlich identischen § 1 Abs. 3 IFG-RefE sollte die Vorrangregel aus normhierarchischen Gründen nur für förmliche Gesetze gelten.[19] Zwingend ist diese Interpretation allerdings nicht, so dass nach herrschender Meinung nicht nur förmliche Gesetze, sondern alle Rechtsnormen mit Außenwirkung von der Vorrangregel erfasst werden.[20] Verwaltungsvorschriften und bloße vertragliche Vereinbarungen partizipieren dagegen nicht am Vorrang gegenüber dem IFG.

Für das Vergaberecht bedeutet dies zum einen, dass die informationsbezogenen Bestimmungen des GWB ohne weiteres bei der Frage berücksichtigt werden müssen, ob sie dem IFG nach § 1 Abs. 3 IFG vorgehen oder nicht. Umgekehrt steht

16 Vgl. hierzu *Raabe/Helle-Meyer*, NVwZ 2004, 641 ff.

17 Für die sonstigen Informationsfreiheitsgesetze mögen sich leichte Differenzierungen ergeben. *Polenz*, NVwZ 2009, 883 ff. stellt etwa das IFG-SH in den Vordergrund seines Beitrags zum Verhältnis von Informationsfreiheitsrecht und Vergaberecht.

18 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 1 Rn. 103.

19 Begründung zum IFG-RefE, S. 23.

20 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 1 Rn. 111; *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 163; *Jastrow/Schlatmann*, IFG, 2006, § 1 Rn. 59.

zum anderen von vorneherein fest, dass behördeninterne Aufbewahrungs- und Speicherfristen, die auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Vergabeunterlagen Bezug nehmen, ebenso wie vertragliche Regelungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem erfolgreichen Bieter, die auch Vereinbarungen über die Geheimhaltung enthalten können, dem IFG nicht nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 IFG vorgehen können.[21]

Eine – der Sache nach kaum schlüssige – Differenzierung ist dagegen hinsichtlich der informationsbezogenen Bestimmungen in den Verdingungsordnungen geboten. Bei ihnen handelt es sich um Regelwerke, die von sachverständigen Gremien, den sogenannten Verdingungsausschüssen, erlassen werden. Sie erfüllen mangels Außenverbindlichkeit grundsätzlich nicht die formalen Anforderungen an „Rechtsvorschriften" i.S.d. § 1 Abs. 3 IFG. Sofern sie allerdings in das staatliche Vergaberecht einbezogen werden, partizipieren sie an der Form und dem Rang der entsprechenden Verweisungsnorm. Diesbezüglich unterscheidet sich das Kartellvergaberecht allerdings vom Unterschwellenvergaberecht:

Im Bereich der Vergaben oberhalb der Schwellenwerte erklären §§ 4 – 6 VgV die VOL/A, VOF bzw. VOB/A für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. für die Vergabe freiberuflicher Leistungen sowie die Vergabe von Bauleistungen grundsätzlich für anwendbar. Diese statische Verweisung hat zur Folge, dass die Verdingungsordnungen an dem Rechtscharakter der VgV als Rechtsverordnung teilhaben und selbst als Rechtsverordnung zu qualifizieren sind.[22] Dementsprechend könnten informationsbezogene Regelungen der Verdingungsordnungen dem IFG vorgehen und dessen Anwendbarkeit ausschließen.

Im Unterschwellenvergaberecht findet die statische Verweisung des § 2 VgV dagegen keine Anwendung. Hier richtet sich die Anwendbarkeit der Verdingungsordnungen nach den allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO bzw. zu den LHO. So sind beispielsweise nach Nr. 2 zu § 55 VV-BHO die Basisparagrafen (und damit auch diverse Vorschriften über die Geheimhaltung) der VOB/A und der VOL/A anwendbar. Den Verdingungsordnungen kommt im Unterschwellenbereich also nur der Charakter von Verwaltungsvorschriften zu,[23] womit sie von vorneherein nicht einen Vorrang nach § 1 Abs. 3 IFG gegenüber dem IFG beanspruchen können.

21 *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (884 f.).

22 Vgl. *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 24.

23 Vgl. *Seidel/Mertens*, in: Dauses (Hrsg.), EU-Wirtschaftsrecht, Stand: 27. EL 2010, H. IV. Rn. 370; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2010, § 9 Rn. 11.

b. Inhaltliche Anforderungen an Rechtsvorschriften

Die Eigenschaft einer außenrechtsverbindlichen Norm ist nur die notwendige Voraussetzung, um den Vorrang gegenüber dem IFG nach § 1 Abs. 3 IFG auszulösen. Dem Wortlaut nach kommt darüber hinaus nur „Regelungen [...] über den Zugang zu amtlichen Informationen" Vorrang gegenüber dem IFG zu. Insofern stellt die Gesetzesbegründung zutreffend klar, dass der Informationszugangsanspruch nach dem IFG weder weitergehende noch restriktivere spezialgesetzliche Regelungen verdrängt.[24] Allerdings bezieht sich die Vorrangregel des § 1 Abs. 3 IFG erstens nur auf speziellere Normen, die die Ausschließlichkeit des Informationszugangs für sich beanspruchen können.[25] Voraussetzung für eine Spezialität im Sinne einer Vorrangregel ist, dass eine Norm alle Tatbestandsmerkmale einer anderen sowie mindestens ein weiteres Tatbestandsmerkmal enthält, so dass alle Anwendungsfälle der spezielleren Norm zugleich vom Tatbestand der allgemeineren erfasst werden, aber nicht umgekehrt.[26] Entscheidend ist zweitens, dass andere Rechtsvorschriften Regelungen über den Zugang zu amtlichen Informationen enthalten.[27] Vorschriften, die (nur) besondere Geheimhaltungspflichten während eines Vergabeverfahrens statuieren, wie etwa § 14 Abs. 7 Satz 2 VOB/A oder § 14 Abs. 8 VOB/A, vermögen die Anwendbarkeit des IFG dagegen nicht auszuschließen, sondern sind erst im Rahmen der Ausnahmen und Beschränkungen nach Maßgabe der §§ 3 ff. IFG, bspw. als besondere Geheimhaltungsvorschrift im Rahmen des Ausnahmetatbestandes in § 3 Nr. 4 IFG, zu berücksichtigen.[28]

c. Folge des Vorrangs spezieller Rechtsvorschriften

Auch die Rechtsfolge der Vorrangregel des § 1 Abs. 3 IFG ist umstritten. Nach einer Ansicht verdrängt der speziellere Informationsanspruch das IFG vollständig.[29] Zur Begründung wird von Kommentatoren, die auf Seiten der Ministerialbürokratie an der Entstehung des Gesetzes beteiligt waren, angeführt, dass der Vorrang ausweislich der Gesetzesbegründung unabhängig davon gelten solle, ob der spezielle Informationsanspruch weiter oder enger ist, so dass die dadurch angestrebte

24 BT-Drs. 15/4493, S. 8.

25 *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 162 m.w.N.; vgl. hierzu auch *Raabe/Helle-Meyer*, NVwZ 2004, 641 (642 f.).

26 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, S. 88.

27 Vgl. *BfDI*, 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit 2008/2009, S. 16.

28 Siehe unten, S. 87.

29 *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984 (989); *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 167.

Subsidiarität des IFG nur durch einen vollumfänglichen Vorrang der anderen Zugangsregelungen erreicht werden könne.[30] Zudem hätte sich der Gesetzgeber beim Erlass des IFG bewusst gegen die Setzung eines Mindeststandards an Informationen entschieden.[31]

Indes ist es weder erforderlich noch geboten, dass besondere Zugangsregelungen stets zum Ausschluss des allgemeinen Informationszugangsanspruchs des IFG führen sollen. Vielmehr kommt in Einzelfällen durchaus auch eine parallele Anwendung von besonderen Zugangsrechten und allgemeinem Informationszugangsanspruch in Betracht. Entscheidend ist stets das besondere Schutzbedürfnis, das in besonderen Zugangsregelungen durch bestimmte persönliche oder sachliche Voraussetzungen zum Ausdruck kommt.[32]

III. Differenzierte Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts

Wenn als Zwischenergebnis zur Bestimmung somit festgehalten werden kann, dass die Vorrangregel des § 1 Abs. 3 IFG keinen prinzipiellen Vorrang des Vergaberechts schlechthin bewirkt, mithin auch keinen prinzipiellen Anwendungsausschluss des Informationsfreiheitsrechts (bzw. des IFG des Bundes) statuiert, bestimmt sich das Zusammenspiel zwischen Vergaberecht und Informationsfreiheitsrecht bei der Gegenüberstellung von speziellen vergaberechtlichen Akteneinsichtsrechten und dem allgemeinen Informationszugangsanspruch aus § 1 Abs. 1 IFG und den jeweiligen Ausschlussgründen. Da sich die vergaberechtlichen Informationsrechte allerdings erstens auf bestimmte zeitliche Phasen des Vergabeverfahrens beziehen und sich zweitens im Kartellvergaberecht einerseits und im Unterschwellenvergaberecht andererseits unterscheiden, da sich das Maß an Transparenz darüber hinaus auch bei den verschiedenen Vergabearten unterscheidet, muss auch bei der Bestimmung des Kollisionsverhältnisses entsprechend differenziert werden[33] – unabhängig davon, dass eine solche Differenzierung im Ergebnis unserer Meinung nach nicht mehr erforderlich ist. Erst in einem zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, inwiefern bei etwaiger Anwendbarkeit des IFG

30 *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 167 mit Verweis auf BT-Drs. 15/4493, S. 8.

31 *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984 (989).

32 *Rossi*, IFG, 2006, § 1 Rn. 105, Rn. 109 unter Verweis auf *OVG Münster* NJW 2005, 2028 (2029).

33 Ebenfalls differenzierend *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (883); *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 189 f.; *Franßen/Seidel*, IFG-NRW, 2007, § 4 Rn. 530 ff.; *BfDI*, 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit 2008/2009, S. 15 f.; anderer Auffassung *Meilicke*, Vergabe Navigator 2009, 12 (13).

der Informationszugang nach den Ausnahmetatbeständen des IFG auszuschließen ist.

1. Informationszugang in der Ausschreibungsphase

Von den verschiedenen Vergabearten, die § 101 GWB benennt – das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog – bestimmt § 101 Abs. 7 GWB das offene Verfahren zu dem Verfahren, das öffentliche Auftraggeber grundsätzlich anzuwenden haben. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Entsprechendes gilt für den Unterschwellenbereich.

Bei dieser Vergabeart tritt der Auftraggeber nach der internen Vorbereitungsphase, in der er den Beschaffungsbedarf bestimmt und die Leistungsbeschreibung erstellt, in der anschließenden sogenannten Publizitäts- oder Ausschreibungsphase nach außen, macht die zu erbringenden Leistungen bekannt und versendet die Vergabeunterlagen.[34] Diese Bekanntmachung trägt dem in § 97 Abs. 1 GWB zum Grundsatz erhobenen Transparenzprinzip des Vergaberechts Rechnung, welches nicht zuletzt im Interesse des Gleichbehandlungsgebots die Herstellung einer angemessenen Öffentlichkeit des Verfahrens fordert.[35]

Die genauen Anforderungen an die Bekanntmachung der Ausschreibung und an den Versand der Vergabeunterlagen richten sich nach den Verdingungsordnungen, beispielsweise nach § 12 VOB/A. Danach sind öffentliche Ausschreibungen etwa in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Internetportalen zu veröffentlichen. Aufgrund dieser Öffentlichkeit des Ausschreibungsverfahrens stellt sich die Frage nach einem Konkurrenzverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 3 IFG zwischen IFG und Vergaberecht grundsätzlich nicht. Insbesondere ist kein besonderer Geheimhaltungsbedarf ersichtlich, der einen generellen Ausschluss des IFG erforderlich machen würde. Vielmehr ist es umgekehrt denkbar, dass ein Antrag auf Informationszugang gemäß § 9 Abs. 3 IFG zulässigerweise mit der Begründung abgelehnt wird, dass die begehrten Informationen, wie etwa Ausschreibungstexte oder Fristen, in zumutbarer Weise aus allgemein zugänglichen Quellen beschafft werden können.[36]

34 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2010, § 9 Rn. 74.

35 Vgl. *Aicher*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2008, 9. Abschnitt Rn. 25 ff.

36 Vgl. *BfDI*, 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit 2008/2009, S. 16.

Anders stellt sich die Rechtslage allerdings bei Vergaben dar, die im Verhandlungsverfahren im Sinne des § 101 Abs. 5 GWB erfolgen. Dieses Verfahren ist dadurch charakterisiert, dass der Auftraggeber ohne vorherige öffentliche Aufforderung gezielt potentielle Auftragnehmer anspricht, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Unternehmen, die an diesem Verfahren nicht beteiligt sind, können durchaus Interesse daran haben, sich über die Durchführung eines Vergabeverfahrens und über die Ausschreibungsunterlagen zu informieren. Und in der Tat ist ein entsprechender Antrag nach dem IFG nicht schon wegen dessen fehlender Anwendbarkeit unzulässig. Freilich wird stets zu prüfen sein, ob der Zugänglichkeit der begehrten Informationen nicht Ausnahmen und Beschränkungen nach Maßgabe der §§ 3 ff. IFG entgegenstehen.

Gleiches gilt für Anträge, mit denen noch vor dem Eröffnungstermin Einsicht in die eingereichten Angebote begehrt wird. Auch sie sind nicht per se unzulässig, bleiben in der Sache aber erfolglos. Denn bis zum Eröffnungstermin dürfen die eingereichten Angebote der Bieter natürlich nicht publik gemacht werden. Jede Offenbarung von Angeboten ermöglichte Preisabsprachen unter den Bietern, die ohnehin schon schwer zu verhindern sind und die den Wettbewerb, der für die Auftragserteilung doch genutzt werden soll, verfälschen.[37] Dementsprechend verpflichtet etwa § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A den Auftraggeber, die Datenintegrität und die Vertraulichkeit der Angebote bis zur Angebotsöffnung auf geeignete Weise zu gewährleisten.

2. Informationszugang während der Auswahl und Auftragserteilung

Hinsichtlich der Phase der Auswahl und Auftragserteilung ist das Verhältnis zwischen allgemeinem Informationszugangsanspruch nach dem IFG und den Regelungen des Vergaberechts über die Informationsgewährung hingegen umstritten.

a. Grundsätzliche Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts

Nach einer Ansicht sind die Vorschriften aus dem GWB und den Verdingungsordnungen, die sich mit der Transparenz und der Gewährung von Informationen im Rahmen des Vergabeverfahrens beschäftigen,[38] gegenüber dem Informations-

37 *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (884).

38 Vgl. hierzu auch *von Bechtolsheim/Betz*, KommJur 2006, 1 ff.; *Gröning*, NZBau 2000, 366 ff.

freiheitsrecht aus drei Gründen vorrangig.[39] Erstens gelte im Vergaberecht ein allgemeiner Grundsatz der Vertraulichkeit, der einen unverfälschten Wettbewerb sowie den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewährleisten solle und der deshalb einer allgemeinen Informationszugänglichkeit entgegenstehe.[40] Dass verschiedene Normen aus den Verdingungsordnungen die Vertraulichkeit bestimmter Informationen noch einmal besonders betonen, sei insofern nicht dahingehend auszulegen, dass diese Normen zum Schutz der Informationen vor einem allgemeinen Zugangsanspruch erforderlich seien. Vielmehr sollten diese Bestimmungen nur den besonderen Geheimhaltungsbedarf hervorheben und vor einer leichtfertigen Preisgabe warnen.[41] Zweitens wird die Gefahr hervorgehoben, dass das IFG nur deshalb für unlautere Einsichtnahmen missbraucht werden könne, weil es im Vergaberecht an allgemeinen Regelungen zum Informationsrecht fehle.[42] Drittens schließlich könne der öffentliche Auftraggeber bei der Erfüllung eines Akteneinsichtsanspruchs nach dem IFG die Vertraulichkeit der vergaberechtlichen Informationen verletzen und sich (und damit letztlich den Steuerzahler) dadurch einem vergaberechtlichen Schadenersatzanspruch aussetzen.[43]

So zutreffend es ist, dass die Verletzung von vergaberechtlichen Vertraulichkeitsvorschriften einen Schadenersatzanspruch auslösen kann, so unzutreffend ist es, aus dieser Gefahr auf die grundsätzliche Unanwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts schließen zu wollen. Vielmehr besteht selbstverständlich auch während der Phase der Auswahl und Auftragserteilung grundsätzlich ein allgemeiner Informationszugangsanspruch nach dem IFG.[44] Erstens gibt es im Vergaberecht keine allgemeine Geheimhaltungspflicht, die eine Anwendung des IFG ausschließt.[45] Zweitens kann doch aus dem Umstand, dass das Vergaberecht für

39 *Jastrow/Schlatmann*, IFG, 2006, § 3 Rn. 88; zum IFG NRW *Franßen/Seidel*, IFG NRW, 2007, § 4 Rn. 533; *Zilkens*, RDV 2002, 300 (301 f.) und *Beckmann*, DVP 2003, 142 (145), zum IFG Bln *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (193); fragend *Sellmann/Augsberg*, WM 2006, 2293 (2295).

40 *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (419); *Reinhart*, DÖV 2007, 18 (21); *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 189; *von Bechtolsheim/Betz*, KommJur 2006, 1 ff.; *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (71) m.w.N.; vgl. auch *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Auflage 2007, § 111 Rn. 4.

41 *Reinhart*, DÖV 2007, 18 (20 f.).

42 *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (419).

43 *Reinhart*, DÖV 2007, 18 (21) m.w.N.

44 *Berger/Roth/Scheel*, IFG, 2006, § 1 Rn. 126; *Bechtold*, GWB, 6. Auflage 2010, § 111 Rn. 2; *Reinhart*, DÖV 2007, 18 (21); *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (68 ff.); wohl auch *Losch*, VergabeR 2008, 739 (747).

45 *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (71).

die Phase der Auswahl und Auftragserteilung keinen besonderen Informationszugangsanspruch vorsieht, nicht gefolgert werden, dass deshalb auch der Informationszugangsanspruch aus § 1 Abs. 1 IFG zu beschränken sei. Im Gegenteil – gerade weil es keine besonderen Informationszugangsregelungen gibt, kommt das IFG zur Anwendung. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den subjektiven Bieterrechtsschutz nach § 102 GWB und die dabei vorgesehene Akteneinsicht nach § 111 GWB nur bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte aus § 2 VgV zuzulassen, lässt drittens nicht den Schluss zu, dass Bieter darüber hinaus keine Informationsansprüche erhalten dürften.[46] Viertens und vor allem kann dem besonderen Geheimhaltungsbedarf bestimmter vergaberechtlicher Informationen durch die Ausnahmetatbestände in §§ 3 ff. IFG ausreichend Rechnung getragen werden,[47] die ohnehin zahlreiche Parallelen zu den Regelungen der Verdingungsordnungen über die Geheimhaltung aufweisen.[48] Wird der Anwendungsbereich des Informationsfreiheitsrechts durch das Vergaberecht also nicht generell gesperrt, ist im Einzelnen doch zu differenzieren zwischen Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte.

b. Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

Für den Bereich der Vergaben oberhalb der Schwellenwerte bestehen sowohl im GWB als auch in den Verdingungsordnungen Regelungen, die durchaus als „Regelungen in anderen Rechtsvorschriften" im Sinne des § 1 Abs. 3 IFG in Betracht kommen und dem IFG insoweit vorgehen könnten.

Dies gilt zunächst für die Informationspflicht gemäß § 101a Abs. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren.[49] Dass diese Zugänglichkeit als Informationspflicht des Auftraggebers und nicht als Informationsrecht des betroffenen Bieters ausgestaltet ist, steht der Subsumtion unter § 1 Abs. 3 IFG nicht entgegen, der insofern neutral von „Regelungen über den Zugang zu amt-

46 *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (71); anderer Auffassung *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (193).

47 *Berger/Roth/Scheel*, IFG, 2006, § 1 Rn. 126; vgl. auch *Reinhart*, DÖV 2007, 18 (21).

48 Vgl. *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (72).

49 § 101a GWB ersetzt damit die bisherige Regelung in § 13 VgV.

lichen Informationen" spricht. Der Adressatenkreis dieser Informationspflicht ist auf Bieter beschränkt, die von dem Vergabeverfahren noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden.[50] Bereits hierin kommt die Funktion der Informationspflicht zum Ausdruck, den unterlegenen Bietern einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Aus diesem Grunde verlangt die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zudem die qualifizierte Begründung: Ein bloßer Hinweis, dass sein Angebot nicht das wirtschaftlichste sei, genüge der Informationspflicht des § 101a Abs. 1 GWB nicht. Vielmehr müssten dem erfolglosen Bieter die Gründe für dessen Nichtberücksichtigung und die Zuschlagerteilung gegenüber einem anderen Bieter hinreichen deutlich gemacht werden.[51] Über die Verpflichtung des § 101a Abs. 1 GWB hinaus könne der Auftraggeber auch weitere nützliche Informationen an die Unternehmen herausgeben, etwa über die Platzierung der jeweiligen Angebote der Unternehmen, um die Anstrengung aussichtsloser Nachprüfungsanträge zu vermeiden.

Ähnliche Informationspflichten finden sich in den Verdingungsordnungen, die im Kartellvergabeverfahren wie ausgeführt als Rechtsverordnungen zur Anwendung kommen. Nach § 18a VOB/A ist beispielsweise die Erteilung eines öffentlichen Auftrages bekannt zu machen. Nicht berücksichtigte Bieter sind gemäß § 19 Abs. 1 VOB/A unverzüglich zu unterrichten, und nach § 19 Abs. 2 bzw. § 19a VOB/A sind ihnen die Gründe für deren Nichtberücksichtigung, aber auch die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Name mitzuteilen. Schließlich muss der Auftraggeber gemäß § 20 Abs. 3 VOB/A bei der Überschreitung bestimmter Auftragswerte auf geeignete Weise, zum Beispiel auf Internetportalen, über sich, das gewählte Vergabeverfahren, den Auftragsgegenstand, den Ort der Ausführung sowie den Namen des beauftragten Unternehmens informieren.

Mögen die Informationspflichten aus § 101a GWB und aus der VOB/A durchaus „andere Rechtsvorschriften" i.S.d. § 1 Abs. 3 IFG sein, begründen sie doch keinen Vorrang der Regelungen aus dem GWB und den Verdingungsordnungen gegenüber dem IFG für die Phase der Auswahl und Auftragserteilung im Rahmen eines Vergabeverfahrens. Denn Adressaten dieser Informationspflichten sind nur die nicht erfolgreichen Bieter des Vergabeverfahrens, wodurch die Funktion deutlich zu Tage tritt, ihnen einen effektiven Rechtsschutz gegen die Auftragserteilung zu ermöglichen. Die Informationspflichten stehen damit in engem inhaltlichem Zusammenhang zu den Akteneinsichtsrechten nach § 29 VwVfG und § 25 SGB X, die nach § 1 Abs. 3 IFG explizit neben dem IFG anwendbar sind. Wie bei ihnen,

50 Vgl. *Breuer*, NZBau 2009, 297 (297 f.).

51 BR-Drs. 349/08, S. 38.

so ist auch in Bezug auf die vergaberechtlichen Informationspflichten zu betonen, dass der Schutz des Wettbewerbs im Vergabeverfahren oder von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der beteiligten Bieter keinen generellen Anwendungsausschluss des IFG verlangt, sondern ausreichend im Rahmen der Ausnahme- und Beschränkungstatbestände des IFG berücksichtigt werden kann.

c. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte existieren keine besonderen Regelungen über einen Informationszugang, denen Vorrang vor dem IFG zukommen könnte.[52] Denn hier finden weder GWB noch die Regelungen der sogenannten a-Paragrafen der VOB/A gemäß § 1a Abs. 1 VOB/A Anwendung. Die Verdingungsordnungen gelten hier nur als Verwaltungsvorschriften, womit ihnen aber die notwendige Rechtsnormqualität fehlt, um dem IFG nach § 1 Abs. 3 IFG vorgehen zu können. Im Ergebnis bleibt ein Anspruch aus § 1 Abs. 1 IFG auf Zugang zu Unterlagen aus der Phase der Auswahl und Auftragserteilung im Rahmen eines Vergabeverfahrens somit möglich. Er kann und wird in vielen Fällen aber aufgrund der Ausnahmetatbestände der §§ 3 – 6 IFG ausgeschlossen sein.

3. Informationszugang während vergaberechtlicher Rechtsschutzverfahren

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist mit der Auftragserteilung oft nicht abgeschlossen. Vielmehr wird die Entscheidung des Auftraggebers häufig von unterlegenen Bietern angefochten. Ihnen steht im Oberschwellenbereich ein besonderes Nachprüfungsverfahren zu, dessen Ergebnis in zweiter Instanz Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens sein kann. Während das Beschwerdeverfahren ebenso wie der Rechtsschutz bei Vergaben im Unterschwellenbereich und von Dienstleistungen vor staatlichen Gerichten stattfindet, die in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit nicht der Informationszugangsfreiheit unterfallen (dazu sogleich unter b.), ist das Nachprüfungsverfahren nach § 102 GWB als Verwaltungsverfahren ausgestaltet, so dass das Informationsfreiheitsrecht grundsätzlich anwendbar ist (a.).

52 So auch *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (884).

a. Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren nach § 102 GWB

Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte besteht ein zweistufiger Rechtsschutz in Gestalt des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 102 GWB und des Beschwerdeverfahrens nach § 116 GWB.

Nach § 102 GWB kann ein am Vergabeverfahren Beteiligter bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte die Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen von einer Vergabekammer überprüfen lassen und subjektive Bieterrechte geltend machen. Die Vergabekammern sind keine Gerichte, sondern gerichtsähnliche Verwaltungsbehörden. Konsequenterweise ergehen die Entscheidungen der Vergabekammern gemäß § 114 Abs. 3 Satz 1 GWB als Verwaltungsakte.[53] Das Nachprüfungsverfahren ist somit als Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG zu charakterisieren.[54]

Die Akteneinsicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens wird von § 111 GWB geregelt. Nach dessen Abs. 1 hat nicht jeder, sondern haben nur die Beteiligten das Recht, die Akten bei der Vergabekammer einzusehen. Beteiligte sind nach § 109 Satz 1 GWB der Antragsteller, der Auftraggeber und die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen von der Vergabekammer beigeladen worden sind. Gegenständlich erstreckt sich das Akteneinsichtsrecht auf die Akten des Nachprüfungsverfahrens selbst sowie auf die Vergabeakten im Sinne des § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB, also auf sämtliche im Laufe des Vergabeverfahrens angefallenen Dokumente, wie zum Beispiel den Vergabevermerk, die Bekanntmachung, Teilnahmeanträge und Angebote.[55] Allerdings ist der Umfang des Akteneinsichtsrechts gemäß § 111 GWB funktional beschränkt.[56] Denn nach herrschender Meinung in Literatur und gefestigter Rechtsprechung besteht das Akteneinsichtsrecht nur, soweit es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des betroffenen Beteiligten erforderlich ist.[57] Seine Funk-

53 Vgl. *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Auflage 2007, § 105 Rn. 10 m.w.N.

54 Vgl. *Heuvels*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 102 GWB Rn. 5.

55 *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2008, 26. Abschnitt Rn. 40.

56 Zum Umfang des Akteneinsichtsrechts vgl. *Jaeger*, NZBau 2001, 289 (297 f.) m.w.N.

57 *OLG Jena* NZBau 2002, 294 (294); *Kus*, VergabeR 2003, 129 (131); *Jaeger*, NZBau 2001, 289 (297); *Düsterdiek*, NZBau 2004, 605 (606 f.); anderer Auffassung hingegen *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Auflage 2007, § 111 Rn. 12 f., der den Wortlaut des § 111 Abs. 1 GWB anführt und darauf verweist, dass andernfalls das Gericht mit der Einsichtsverweigerung die rechtliche Beurteilung der sich aus der Einsicht ergebenden Folgen unter Umständen zu Lasten des Antragstellers vorwegnehmen könnte.

tion besteht damit nicht in der Befriedigung allgemeiner Informationsinteressen, sondern in der Unterstützung verfahrensrechtlicher Rechtspositionen eines Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens.[58] Es ist somit deutlich rechtsstaatlich, nicht demokratisch geprägt. Im Übrigen sei erneut angemerkt, dass das Recht der Beteiligten auf Akteneinsicht gemäß § 111 Abs. 2 GWB zu versagen ist, „soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist." Auch insofern ähnelt das Akteneinsichtsrecht im Vergaberecht dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht aus § 29 VwVfG mit seinen Beschränkungen in § 30 VwVfG.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts nach § 111 GWB in dreierlei Hinsicht begrenzt ist: Sie kommt erstens nur im Nachprüfungsverfahren nach § 102 GWB zu Anwendung, ist zweitens in personeller Hinsicht auf Verfahrensbeteiligte beschränkt und dient diesen drittens (nur) der Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte. Somit fungiert § 111 GWB nicht als gemeines Akteneinsichtsrecht, was für das Verhältnis zwischen § 111 GWB und § 1 IFG zu berücksichtigen ist.

Dass dieses Verhältnis kein Konkurrenzverhältnis sei, weil sich die Regelung des § 111 GWB auf Gerichtsverfahren beziehe,[59] ist mit Blick auf die Charakterisierung des Nachprüfungsverfahrens als Verwaltungsverfahren nicht vertretbar.[60] Ob der Informationszugangsanspruch nach § 1 Abs. 3 IFG deshalb aber hinter dem Akteneinsichtsrecht zurücktritt, wie die wohl h.M. es annimmt,[61] kann ebenfalls bezweifelt werden. Denn die vorgebrachten Begründungen vermögen vor allem deshalb nicht zu überzeugen, weil sie die im Einzelfall durchaus berechtigte Unzulässigkeit der Informationspreisgabe allein durch die Nichtanwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts zu erreichen versuchen anstatt auf dessen Ausnahme- und Beschränkungsvorschriften zu vertrauen.

Zutreffend ist insofern etwa, dass das Akteneinsichtsrecht aus § 111 GWB nur im Rahmen eines zulässigen Nachprüfungsverfahrens im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gilt und eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen darin besteht, dass der Bieter den Verstoß gegen Vergaberecht unverzüglich rügen muss. Zweck dieser Rügeobliegenheit ist es, dem Auftraggeber die Gelegenheit zu geben, Vergabefehler rechtzeitig korrigieren und dadurch mögliche Schäden bei Beteiligten des Vergabever-

58 *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2008, 26. Abschnitt Rn. 41.

59 *Roth/Berger/Scheel*, IFG, 2006, § 1 Rn. 124 f.

60 In Bezug auf das IFG NRW *Franßen/Seidel*, IFG NRW, 2007, § 4 Rn. 531.

61 *Bechtold*, GWB, 6. Auflage 2010, § 111 Rn. 2; *Losch*, VergabeR 2008, 739 (747); *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (884); vgl. auch *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Auflage 2007, § 111 Rn. 8; *Bungenberg*, SächsVBl. 2008, 53 (58).

fahrens verhindern zu können.[62] Zutreffend mag auch die Annahme sein, dass diese Zulässigkeitsvoraussetzung durch einen Anspruch nach dem IFG unterlaufen und ihr Schutzzweck verletzt werde.[63] Unzutreffend ist es aber, aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des IFG zu verneinen. Denn nicht ein zulässiger, sondern nur ein begründeter Anspruch nach dem IFG unterliefe das vergaberechtliche Akteneinsichtsrecht, doch wird ein entsprechender Zugangsantrag regelmäßig an Ausnahmen und Beschränkungen scheitern und insofern unbegründet sein. Insofern steht auch nicht zu befürchten, dass der in § 113 GWB normierte Beschleunigungsgrundsatz durch die Zulassung eines allgemeinen Informationsanspruches für Nichtbeteiligte ins Leere liefe.[64]

Ähnliches gilt für die Befürchtung, die bewusste Beschränkung des Akteneinsichtsrechts aus § 111 GWB auf das zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des Bieters erforderliche Maß dürfe nicht durch den allgemeinen, voraussetzungslosen Informationszugangsanspruch des IFG unterlaufen werden.[65] Hier sei erneut die Parallele zu den Akteneinsichtsrechten nach § 29 VwVfG und § 25 SGB X bemüht, die in ihrer rechtsstaatlichen Begründung auch (nur) der Durchsetzung subjektiver Rechte der Verfahrensbeteiligten dienen und trotzdem neben dem allgemeinen Informationszugangsanspruch zur Anwendung kommen, wie § 1 Abs. 3 IFG expressis verbis hervorhebt. Auch unabhängig einer solchen ausdrücklichen gesetzlichen Normierung mag mit guten Gründen bezweifelt werden, dass rechtsstaatlich begründete Akteneinsichtsrechte und demokratisch begründete Informationsfreiheitsrechte überhaupt in einem Spezialitätsverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 3 IFG zueinander stehen können.[66] Denn es fehlt nicht nur wegen der unterschiedlichen personellen und sachlichen Voraussetzungen, sondern auch aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen und wohl auch Funktionen von § 111 GWB auf der einen und § 1 Abs. 1 IFG auf der anderen Seite an einer Kollisionslage, so dass Verfahrensunbeteiligten grundsätzlich ein Anspruch aus dem IFG zusteht.

Mangels Kollision kann auch die Kollisionsregel des Art. 31 GG nicht gegenüber landesrechtlich normierten Informationszugangsansprüchen ins Spiel gebracht werden.[67] Zwischen dem vergaberechtlichen Akteneinsichtsrecht und den lan-

62 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Auflage 2007, § 107 Rn. 29.

63 *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (884).

64 So aber *Franßen/Seidel*, IFG NRW, 2007, § 4 Rn. 532.

65 *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 189.

66 *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (421 f.), dort zum Folgenden.

67 So unzutreffend *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (193); *Zilkens*, RDV 2002, 300 (302); *Meilicke*, Vergabe Navigator 2009, 12 (14); anderer und richtiger Auffassung *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (884).

desrechtlich normierten allgemeinen Informationszugangsansprüchen besteht keine Gegenstandsgleichheit und deshalb auch keine Kollision. Anderenfalls wären sämtliche Informationsfreiheitsgesetze der Länder im Übrigen nichtig, weil Art. 31 GG nicht nur einen bloßen Anwendungsvorrang, sondern einen Gültigkeitsvorrang normiert.[68]

Ebenso wenig wie besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen werden besondere Ablehnungsgründe des § 111 GWB unterlaufen.[69] Vielmehr verfügt das IFG mit den Ausnahmetatbeständen der §§ 3 ff. IFG über ein ausdifferenziertes Regelungssystem zum Schutz geheimhaltungsbedürftiger Daten, das in § 6 Satz 2 IFG einen wohl strikteren Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorsieht als § 111 Satz 2 GWB.[70]

Insofern ist insgesamt festzuhalten, dass das allgemeine Informationsfreiheitsrecht durchaus neben dem besonderen Akteneinsichtsrecht des § 111 GWB zur Anwendung kommt – mit all seinen Bestimmungen zu Ausnahmen und Beschränkungen freilich und mithin in der Regel wohl nicht erfolgreich.

b. Rechtsschutz vor Gerichten

Neben dem als Verwaltungsverfahren ausgestalteten Nachprüfungsverfahren, das nur im Oberschwellenvergaberecht zur Anwendung kommt, gibt es auch im Vergaberecht Rechtsschutz vor Gerichten. Auf diese gerichtlichen Verfahren, dies sei vor die Klammer der verschiedenen Gerichtsverfahren[71] gestellt, findet das Informationsfreiheitsrecht keine Anwendung. Denn Gerichte werden vom IFG und anderen Informationsfreiheitsgesetzen nur insoweit verpflichtet, wie sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.[72] In Bezug auf ihre rechtsprechende Tätigkeit sind sie vom Informationsfreiheitsrecht ausgenommen.

---

68 Zu den Voraussetzungen und Folgen des Art. 31 GG vgl. *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, § 9 Rn. 233 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

69 So aber *Franßen/Seidel*, IFG NRW, 2007, § 4 Rn. 532.

70 Während die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 6 Satz 2 IFG nur mit Einwilligung des Geheimnisherrn möglich ist, ist deren Schutz nach § 111 Satz 2 GWB nur zu versagen, „soweit dies [...] geboten ist" – eine Formulierung, die Raum für Abwägungen lässt.

71 Nicht eingegangen wird auf den Streit, wie der Rechtsschutz hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ausgestaltet ist, die ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien und damit der §§ 97 ff. GWB ausgenommen sind, so dass jedenfalls kein Rechtsschutz vor den Vergabekammern in Anspruch genommen werden kann. Vgl. hierzu bspw. *Jennert*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2008, 6. Abschnitt Rn. 58 m.w.N.; *Burgi*, NZBau 2005, 610 (616); *Ruhland*, WiVerw 2007, 203 (208).

72 *Rossi*, IFG, 2006, § 1 Rn. 62 ff. Vgl. zum Verhältnis von Informationsfreiheitsrecht und prozessualem Akteneinsichtsrecht auch *Weber*, NVwZ 2008, 1284 (1285 ff.).

Dies gilt zunächst für das sog. Beschwerdeverfahren, mit dem die Entscheidung der Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB überprüft werden kann. Zuständig ist gemäß § 116 GWB der Vergabesenat des für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgerichtes.[73] Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts aus § 116 Abs. 3 GWB für das Verfahren der sofortigen Beschwerde ist dabei ausschließlich und zwingend. Da die Entscheidungen der Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren gemäß § 114 Abs. 3 Satz 1 GWB als Verwaltungsakte anzusehen sind, stellt die Regelung des § 116 Abs. 3 GWB eine abdrängende Spezialzuweisung im Sinne der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO dar.[74]

Dies gilt vor allem aber auch für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Dabei sei daran erinnert, dass seit der Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2007[75] feststeht, dass der Verwaltungsrechtsweg für Bieter unterhalb der Schwellenwerte nicht eröffnet ist, Rechtsschutz also auf dem ordentlichen Rechtsweg zu ersuchen ist. Dort gilt der Verhandlungs- und Beibringungsgrundsatz, so dass der Akteneinsicht eine wesentliche Bedeutung zukommt.[76] Da ein allgemeiner Informationszugangsanspruch gegen die Gerichte nicht besteht, wird die frühzeitige Sammlung von Informationen für alle Bieter umso wichtiger. Im Gerichtsverfahren selbst bestehen freilich auch Informationsansprüche, deren Rechtsgrundlage allerdings umstritten ist. Vorgeschlagen wird eine Anwendung von § 810 BGB, eine Herleitung aus §§ 422, 423 ZPO bzw. § 371 Abs. 2 ZPO sowie ein Rückgriff auf Art. 6 EMRK, der u. a. den Grundsatz der Waffengleichheit als Bestandteil des Fairnessgebots gewährleistet.[77]

4. Informationszugang nach Abschluss eines Vergabeverfahrens

Zu prüfen bleibt, ob das Informationsfreiheitsrecht nach Abschluss eines Vergabeverfahrens zur Anwendung gelangt, ob die – vermeintliche, wie zum gegenwärtigen Stand der Untersuchung schon feststeht – Kollision zwischen Vergaberecht und Informationsfreiheitsrecht also zeitlich gelöst werden kann. Normativer Anknüpfungspunkt auch für diese Frage bleibt § 1 Abs. 3 IFG. Entscheidend ist

73 Vertiefend zum Beschwerdeverfahren *Wilke*, NZBau 2005, 326 ff.

74 Vgl. *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Auflage 2007, § 116 Rn. 25 f.

75 *BVerwG* NJW 2007, 2275 ff.; vgl. dazu auch BVerfGE 116, 135 (137 ff.).

76 Vgl. hierzu *Bungenberg*, SächsVBl. 2008, 53 (58).

77 Hierzu *Bungenberg*, SächsVBl. 2008, 53 (58 f.); *Prieß/Gabriel*, NJW 2008, 331 (331 ff.).

deshalb, ob es vergaberechtliche Normen gibt, die eine Anwendung des Informationsfreiheitsrechts nach Abschluss eines Vergabeverfahrens ausschließen.

Im Schrifttum wird zu dieser Frage zum Teil die Auffassung vertreten, zumindest das Kartellvergaberecht verdränge jedenfalls das Informationsfreiheitsrecht der Länder.[78] Hauptargument dieser Auffassung ist allerdings der lex-superior-Grundsatz des Art. 31 GG, der – wie dargelegt – im Verhältnis zwischen bundesrechtlich normierten Transparenz- und Geheimhaltungsvorschriften des Vergaberechts auf der einen Seite und landesrechtlich kodifizierten allgemeinen Informationszugangsansprüchen mangels Gegenstandsgleichheit gar nicht zur Anwendung gelangt. Eine konkrete lex specialis des Vergaberechts, die im Sinne des § 1 Abs. 3 IFG dem IFG vorgehe, wird dagegen nicht benannt. Sofern auf § 97 Abs. 7 GWB verwiesen wird, wonach die Unternehmen einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält, wird nicht dargelegt, dass sich aus dieser Norm postprozedurale Informationszugangsregelungen ergeben. Im Übrigen begründet die Vorschrift weder generelle vergaberechtliche Bestimmungen noch besondere Informationszugangsregelungen, sondern subjektiviert nur die im Übrigen objektiven Bestimmungen des Vergabeverfahrens, um den beteiligten Bietern einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Mangels abweichender Bestimmungen ist deshalb davon auszugehen, dass das Informationsfreiheitsrecht nach Abschluss eines Vergabeverfahrens umfänglich zur Anwendung gelangt. Wenn nach der hier vertretenen Auffassung die informationszugangsbezogenen Regelungen aus dem GWB und der Verdingungsordnungen schon während des Vergabeverfahrens die Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts nicht sperren, dann stehen sie seiner Anwendung nach Abschluss von Vergabeverfahren erst recht nicht entgegen. Insbesondere kann sich die Kontrollfunktion des Informationsfreiheitsrechts nun voll entfalten.

Selbst Stimmen, die die Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts während Vergabeverfahren durch die besonderen informationsbezogenen Vorschriften des GWB und den Verdingungsordnungen gesperrt wissen wollen, erkennen, dass diese Bestimmungen auf Tatbestandsebene an die Existenz eines laufenden Vergabeverfahrens anknüpfen und auch nur insoweit abschließende normative Aussagen treffen können.[79] Da weder das GWB noch die Verdingungsordnungen Regelungen zu einem Akteneinsichtsrecht nach Abschluss des Vergabeverfahrens enthielten, sei insofern ein Rückgriff auf die Regelungen der Informationsfrei-

78 *Hartge*, LKV 2007, 7 (9) in Bezug auf das Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz von Brandenburg.

79 *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (885); *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 190; vgl. auch *Franßen/Seidel*, IFG NRW, 2007, § 4 Rn. 533.

heitsgesetze möglich.[80] Zwar sei das Fehlen entsprechender Regelungen nicht als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Einräumung eines Informationszugangsrechts, jedoch als indifferentes Schweigen anzusehen,[81] in dessen Folge sich der Grundsatz der Informationszugangsfreiheit ausbreiten könne. Zudem seien nach Abschluss eines Vergabeverfahrens auch keine Gründe ersichtlich, die einen generellen Ausschluss des IFG erforderlich machen würden.[82]

Dieses letzte Argument vermag zwar nur insoweit zu überzeugen, wie es auf den generellen Ausschluss des Informationsfreiheitsrechts bezogen ist. Im Einzelfall sind nämlich zahlreiche Gründe denkbar, die einem Zugang zu Informationen aus Vergabeverfahren auch nach dessen Abschluss entgegen stehen können. Der selbstverständlich fortdauernde Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der beteiligten Bieter ist hier nur ein Aspekt, das Interesse der Auftraggeber, sich eine gute Verhandlungsposition bei künftigen Vergaben sichern zu wollen, mag ein anderer sein. Doch all diese Aspekte können – und müssen – nach Maßgabe der §§ 3 – 6 IFG berücksichtigt werden,[83] so dass sie der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts nach Abschluss von Vergabeverfahren nicht entgegenstehen.

IV. Ausnahmen und Beschränkungen bei Anwendbarkeit des IFG

Ist der Anwendungsbereich des IFG in Bezug auf das rechtlich komplex ausgestaltete und strukturell zeitlich gestaffelte Vergaberecht also durchaus eröffnet, ohne dass es einer Differenzierung nach den Phasen des Vergabeverfahrens bedarf, sind doch stets die besonderen Ausnahmetatbestände zu berücksichtigen, die den Informationszugangsanspruch nach dem differenzierten und differenzierenden System der §§ 3 – 6 IFG mal gar nicht erst entstehen und mal entfallen lassen und ihn in wieder anderen Fällen beschränken. Es sind diese Ausnahmevorschriften, die im Ergebnis über den Erfolg eines Informationszugangsantrags entscheiden, auch in Bezug auf Informationen aus Vergabeverfahren.[84]

80 *Bechtold*, GWB, 6. Auflage 2010, § 111 Rn. 2; *BfDI*, 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit 2008/2009, S. 16; eher fragend *Sellmann/Augsberg*, WM 2006, 2293 (2295).

81 *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rn. 190.

82 *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (423).

83 Vgl. *BfDI*, 2. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit 2008/2009, S. 16; *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (423).

84 Vgl. *Losch*, VergabeR 2008, 739 (748).

Im Folgenden werden nicht alle, sondern nur die für den Schutz von Vergabeverfahren besonders relevanten Ausnahmen vom allgemeinen Informationszugangsanspruch skizziert. Hervorgehoben sei dabei, dass die Ausnahmen nach § 3 IFG tatbestandsausschließend wirken: „Der Anspruch besteht nicht", heißt es im Gesetzestext wörtlich. Vor diesem Hintergrund bleibt im Anwendungsbereich der Ausnahmevorschriften des § 3 IFG kein Raum für Abwägungen, gleichwohl freilich ein gewisser (gerichtlich überprüfbarer) Entscheidungsspielraum in Bezug auf die tatbestandlichen Voraussetzungen. Außerdem ist stets zu prüfen, inwieweit nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 IFG jedenfalls ein teilweiser Informationszugang gewährt werden kann. Dies gilt auch für die anderen Ausschlussgründe, die den über den Zugangsantrag entscheidenden Behörden zum Teil auch einen Abwägungsspielraum auf der Rechtsfolgenseite belassen.

1. Beratungen der Vergabebehörden

Nach § 3 Nr. 3 lit. b IFG besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, wenn und solange die Beratungen von Behörden beeinträchtigt werden. Im Unterschied zum Ausschlusstatbestand des § 4 IFG zum Schutz des behördlichen Entscheidungsprozesses handelt es sich dabei um einen primär inhaltlich begründeten Ausschlussgrund, der in erster Linie den Beratungsprozess schützen will, und weniger um eine zeitliche Suspension des Informationszugangs, der es wie § 4 IFG primär um den Schutz des Erfolgs der behördlichen Entscheidung geht. Als Beratung wird unter Rückgriff auf den entsprechenden Begriff im Umweltinformationsgesetz jeder interne Willensbildungsprozess (unabhängig von der Form des Verfahrens) in Gestalt der Beratungs- und Abwägungsvorgänge verstanden. Erfasst wird somit der Beratungsprozessverlauf mit den dabei vorgebrachten Diskussions- und Abwägungsfaktoren.[85]

Solche Beratungen können auch durch einen Antrag auf Informationszugang betroffen sein, der gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens geltend gemacht wird. Insbesondere während der Prüfungs- und Wertungsphase eines Vergabeverfahrens, in der der Auftraggeber unzulängliche Angebote aussondert, die Richtigkeit der Angebote überprüft und schließlich das wirtschaftlichste Angebot auswählt,[86] können interne Willensbildungsprozesse des Auftraggebers betroffen sein, die unter § 3 Nr. 3 lit.b IFG zu

85 *Rossi*, IFG, 2006, § 3 Rn. 45 m.w.N.

86 Vgl. *Lischka*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2008, 19. Abschnitt Rn. 18 ff.

subsumieren sind. Dabei erstreckt sich der Ausnahmetatbestand nicht nur auf die in der Beratung vorgebrachten Äußerungen, sondern umfasst natürlich auch die der Beratung zu Grunde liegenden Informationen. Informationen, die die Bieter dem Auftraggeber nach den Verwaltungsvorschriften VOB und VOL/A bzw. VOF einreichen müssen,[87] partizipieren insofern auch an dem Schutz durch § 3 Nr. 3 lit.b IFG. Dieser Schutz ist trotz inhaltlicher Begründung freilich ein temporärer: Sobald die Verhandlungen und Beratungen nicht mehr durch eine Preisgabe der begehrten Information beeinträchtigt werden können, etwa weil sie abgeschlossen sind, greift der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 3 lit.b IFG nicht mehr.[88]

2. GWB und Verdingungsordnungen als besondere Geheimhaltungsvorschriften

Eine maßgebliche Rolle für den Schutz von vergabebezogenen Informationen spielt § 3 Nr. 4 IFG. Der Ausnahmetatbestand zielt auf den Schutz solcher Informationen, die durch andere Rechtsvorschriften für geheimhaltungsbedürftig erklärt werden, und stellt damit eine zentrale Verbindung zwischen der allgemeinen Informationszugangsfreiheit und besonderen Geheimhaltungsvorschriften dar. Es ist diese Vorschrift, die verhindert, dass die Einführung einer allgemeinen Informationszugangsfreiheit das in Abhängigkeit von besonderen Belangen ausdifferenzierte Verhältnis von Transparenz und Vertraulichkeit in speziellen Bereichen unterläuft. Von den verschiedenen Varianten, die die Vorschrift explizit benennt (gesetzliche Geheimhaltungsvorschriften, Verschlusssachen nach der VSA-Anweisung, Berufsgeheimnisse und besondere Amtsgeheimnisse),[89] sind für das Vergaberecht die gesetzlichen Geheimhaltungsvorschriften relevant, denn hierzu zählen auch § 111 Abs. 2 GWB sowie die Verdingungsordnungen mit ihren informationsbezogenen Bestimmungen.

a. Ausschluss der Akteneinsicht nach § 111 Abs. 2 GWB

Bereits zweimal ist betont worden, dass die Vergabekammer nach § 111 Abs. 2 GWB die Einsicht in die Unterlagen zu versagen hat, „soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder

87 *Jastrow/Schlatmann*, IFG, 2006, § 3 Rn. 88.

88 So schon *Rossi*, IFG, 2006, § 3 Rn. 40.

89 Vgl. *Schoch*, IFG, 2009, § 3 Rn. 137.

Geschäftsgeheimnissen geboten ist." Diese Vorschrift wird von der Gesetzesbegründung des IFG als Beispiel für eine besondere Geheimhaltungsvorschrift benannt, die nach § 3 Nr. 4 IFG zum Ausschluss des Informationszugangsanspruchs führt.[90] Ob der Gesetzgeber damit implizit zum Ausdruck bringen wollte, dass das IFG überhaupt neben § 111 GWB zur Anwendung kommt, lässt sich nicht feststellen. Die Begründung bestätigt gleichwohl das hier vertretene Ergebnis, dass das Informationsfreiheitsrecht auch parallel zum besonderen Akteneinsichtsrecht des § 111 Abs. 1 GWB, mithin auch während des Nachprüfungsverfahrens, anwendbar bleibt.

b. Regelungen der Verdingungsordnungen

Praktisch relevanter dürften die besonderen Geheimhaltungspflichten sein, die sich aus den Verdingungsordnungen ergeben. So regelt beispielsweise[91] § 14 Abs. 7 Satz 2 VOB/A, dass die Niederschrift über den Eröffnungstermin nicht veröffentlicht werden darf, und § 14 Abs. 8 VOB/A bestimmt, dass die Angebote und ihre Anlagen sorgfältig zu verwahren und geheim zu halten sind.

aa. Verdingungsordnungen als Rechtsvorschriften im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG

Hervorzuheben ist zunächst, dass die Verdingungsordnungen sowohl im Oberschwellen- als auch im Unterschwellenbereich als Rechtsvorschriften im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG zu qualifizieren sind.

Sofern eine Ableitung von Geheimhaltungspflichten aus den Verdingungsordnungen mit der Begründung abgelehnt wird, diese stellten keine Rechtsvorschriften oder allgemeine Verwaltungsvorschriften dar, sondern Industrienormen (DIN) oder rein verwaltungsinterne Vorschriften des Haushaltsrechts[92], so dass sie vom Ausschlussgrund des § 3 Nr. 4 IFG nicht erfasst würden, ist dem insoweit zu widersprechen, wie die Verdingungsordnungen durch ihre Inkorporation in das staatliche Recht zu besonderen Rechtsvorschriften im Sinne des Ausnahmetatbestandes des § 3 Nr. 4 IFG werden.[93] In Erinnerung gerufen sei, dass die Verdin-

90 BT-Drs. 15/4493, S. 11.

91 Im Folgenden soll bei Bezugnahme auf die Verdingungsordnungen die Rechtslage nach der VOB/A dargestellt werden. In den anderen Verdingungsordnungen finden sich aber in der Regel entsprechende Vorschriften.

92 In Bezug auf das IFG Bln *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (192).

93 So im Ergebnis *Losch*, VergabeR 2008, 739 (748); am Beispiel des IFG NRW *Zilkens*, RDV 2002, 300 (301 f.).

gungsordnungen am Rechtscharakter der Norm partizipieren, die sie für anwendbar erklärt. Sie gelten im Oberschwellenbereich deshalb als Rechtsverordnungen und im Unterschwellenbereich als Verwaltungsvorschriften. Im Unterschied zur Kollisionsnorm des § 1 Abs. 3 IFG erstreckt sich der Ausnahmetatbestand des § 3 Nr. 4 IFG ausdrücklich auch auf Verwaltungsvorschriften, so dass die Verdingungsordnungen in jedem Fall, auch im Unterschwellenvergaberecht, zu beachten sind. Diese gleichmäßige Geltung der informationsbezogenen Bestimmungen der Verdingungsordnungen im Ober- wie im Unterschwellenbereich zeigt erneut, dass es vorzugswürdig ist, sie (erst) im Bereich der Ausnahmen vom Informationsfreiheitsrecht zu berücksichtigen anstatt (schon) die Unanwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts zu konstruieren.

Aus dem Umstand, dass die Regelungen der Verdingungsordnungen über die Geheimhaltung im Vergabeverfahren von § 3 Nr. 4 IFG erfasst werden, darf jedoch nicht geschlossen werden, dass damit eine Bereichsausnahme für Unterlagen des Vergabeverfahrens bestehe, die generell zum Ausschluss des Informationszugangs führe. Die in Betracht kommenden Regelungen der Verdingungsordnungen betreffen vielmehr unterschiedliche Phasen des Vergabeverfahrens, so dass für die Frage, inwiefern diese im Einzelfall zum Ausschluss des Informationszugangs nach dem IFG führen können, erneut eine differenzierte Betrachtung erforderlich ist. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige Vorschriften der VOB/A näher beleuchtet.

bb. § 12 Abs. 6 VOB/A

§ 12 VOB/A regelt die Bekanntmachung einer Ausschreibung sowie den Versand der Vergabeunterlagen und gibt in seinem Abs. 6 vor, dass die Namen der Bewerber, die Vergabeunterlagen erhalten oder eingesehen haben, geheim zu halten sind. § 12 Abs. 6 VOB/A stellt damit für die Phase der Ausschreibung eine besondere Geheimhaltungsvorschrift im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG dar und schließt den Informationszugang zu den Namen der am Ausschreibungsverfahren beteiligten Bieter in diesem Abschnitt eines Vergabeverfahrens aus. Nach Ablauf der Angebotsfrist steht einer Zugänglichkeit dieser Informationen freilich nichts entgegen. Denn der Zweck dieser Geheimhaltungsvorschrift liegt nur darin, einen unverfälschten Wettbewerb zu ermöglichen und hierfür zu verhindern, dass die Bewerber untereinander Kontakt aufnehmen und Absprachen treffen können.[94] Die unterlegenen Bieter selbst werden übrigens nach § 101a GBW bzw. § 19 VOB/A

94 *Planker*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, VgV, 3. Auflage 2010, § 12 VOB/A Rn. 49.

vom Auftraggeber über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform informiert.

cc. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A

Besondere Vertraulichkeitsaspekte betrifft auch § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A. Nach dieser Vorschrift haben die Auftraggeber die Datenintegrität und die Vertraulichkeit der Angebote auf geeignete Weise zu gewährleisten, die im Folgenden noch näher konkretisiert wird. Zeitlich erstreckt sich dieser besondere Vertraulichkeitsschutz bis zur Öffnung des ersten Angebots. Die Vorschrift ergänzt die Geheimhaltungsvorschrift des § 12 Abs. 6 VOB/A, zielt aber im Unterschied weniger auf den Schutz des Wettbewerbs als vielmehr auf den Schutz der geheimhaltungsbedürftigen Daten der Bieter.

dd. § 14 Abs. 7 Satz 2, Abs. 8 VOB/A

§ 14 VOB/A regelt die Öffnung der Angebote sowie den Eröffnungstermin und betrifft damit die Phase der Auswahl und Auftragserteilung. In Bezug auf die Geheimhaltung bestimmter Informationen schreibt § 14 Abs. 7 Satz 2 VOB/A vor, dass die Niederschrift über den Eröffnungstermin nicht veröffentlicht werden darf. Darüber hinaus bestimmt § 14 Abs. 8 VOB/A, dass die Angebote und ihre Anlagen sorgfältig zu verwahren und geheim zu halten sind. Diese Vorschriften stellen damit für die Phase der Auswahl und Auftragserteilung besondere Geheimhaltungsvorschriften im Sinne des § 3 Nr. 4 IFG dar und schließen den Informationszugang zu der Niederschrift über den Eröffnungstermin sowie zu den Angeboten und ihren Anlagen aus.

ee. § 18a Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Schließlich existieren auch für die Phase der Auftragserteilung Regelungen in den Verdingungsordnungen, die als besondere Geheimhaltungsvorschriften die Informationsgewährung nach dem IFG ausschließen könnten. Gemäß § 18a VOB/A, der nach § 1a Abs. 1 VOB/A als sogenannter a-Paragraf nur bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte Anwendung findet, ist die Auftragserteilung bekannt zu machen. Dabei schränkt § 18 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A den Inhalt einer Bekanntmachung ein und bestimmt, dass Angaben, deren Veröffentlichung a) den Gesetzesvollzug behindern, b) dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, c) die berechtigten geschäft-

lichen Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen berühren oder d) den fairen Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würden, nicht in die Bekanntmachung aufzunehmen sind.

Diese Beschränkungen des § 18a Abs. 1 Nr. 3 VOB/A für die öffentliche Bekanntmachung der Auftragserteilung müssen entsprechend auch für den allgemeinen Informationszugang nach dem IFG gelten und sind daher für die Phase der Auftragserteilung als besondere Geheimhaltungsvorschriften im Rahmen des Ausschlussgrundes in § 3 Nr. 4 IFG zu berücksichtigen. Ein allgemeiner Informationszugangsanspruch besteht insofern nicht.

3. Künftige Verhandlungspositionen als geschützte fiskalische Interessen des Bundes?

Als weiterer Ausschlussgrund, der für Informationsbegehren im Bereich des Vergaberechts Bedeutung erlangen kann, kommt § 3 Nr. 6 IFG in Betracht. Die Ausnahme schützt vor Beeinträchtigungen der fiskalischen Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr bzw. der wirtschaftlichen Interessen der Sozialversicherungen. Ziel des Ausschlussgrundes ist es – wie insbesondere auch am Zusatz „fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr" deutlich wird – dem Staat auch unter den Bedingungen einer allgemeinen Informationsfreiheit ein fiskalisches Handeln zu ermöglichen, bei dem er mit privaten Vertragspartnern oder auch Konkurrenten in einem fairen Wettbewerb steht und ihnen gegenüber nicht zur Offenbarung von Informationen verpflichtet ist, die andere Marktteilnehmer nicht zu offenbaren haben.[95] Freilich muss der Ausnahmetatbestand eng ausgelegt werden.[96] Zwar genügt tatbestandlich schon die Eignung, fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr auch nur zu beeinträchtigen, um einen Informationszugangsantrag entfallen zu lassen. Doch auch diese Ausnahme muss teleologisch vor dem Hintergrund des intendierten Grundsatz-Ausnahme-Verhältnisses des allgemeinen Informationsfreiheitsrechts ausgelegt werden und insofern auch dessen Zielsetzungen im Blick behalten. Dabei ist insbesondere die Eignung der Transparenz zur Korruptionsbekämpfung und -verhinderung auf der einen Seite und die besondere Korruptionsanfälligkeit im Bereich des fiskalischen Handelns auf der anderen Seite zu berücksichtigen.[97] Deshalb ist nicht das gesamte fiskalische Handeln des Bundes per se vom Informationszugang ausge-

95 Vgl. *Roth/Berger/Scheel*, IFG, 2006, § 3 Rn. 140; *Rossi*, IFG, 2006, § 3 Rn. 56 f.

96 Offener *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 984 (992); *Jastrow/Schlatmann*, IFG, 2006, § 3 Rn. 95.

97 Vgl. *Kloepfer/von Lewinski*, DVBl. 2005, 1277 (1282).

nommen, sondern hat die betroffene Behörde in jedem Einzelfall darzulegen, dass das Bekanntwerden der Informationen geeignet wäre, fiskalische Interessen des Bundes zu beeinträchtigen.[98]

Damit kann ein Informationszugang in Bezug auf ein konkretes Vergabeverfahren nicht mit dem bloßen Argument verweigert werden, die Gewährung der Akteneinsicht würde die Vergabe verzögern und durch diese Verzögerung würden fiskalische Interessen des Bundes beeinträchtigt.[99] Ebenso wenig darf der Auftraggeber den Informationszugang nach § 3 Nr. 6 IFG verweigern, um eine Schadenersatzklage eines Bieters wegen eines Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften abzuwehren und damit finanzielle Nachteile des Bundes zu verhindern. Dies würde sowohl dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG als auch dem mit dem IFG verfolgten Ziel der Transparenz der Verwaltung widersprechen.[100]

Allerdings muss doch überlegt werden, inwieweit fiskalische Interessen des Staates durch eine Zugänglichkeit von Informationen aus Vergabeverfahren dadurch beeinträchtigt werden können, dass Rückschlüsse auf Entscheidungskriterien, auf den finanziellen Rahmen etc. ermöglicht werden, die bei künftigen Vergabeentscheidungen entweder einen wirksamen Wettbewerb ausschlössen oder aber die Verhandlungsposition der staatlichen Auftraggeber beeinträchtigten. Solche Gefahren sind in der Praxis nicht gering zu schätzen, denn je nach Art der zu vergebenden öffentlichen Aufgabe ist der Markt gar nicht so groß, wie sich dies bei abstrakter Betrachtung darstellt. Zum Teil kommen nur sehr wenige und dann immer dieselben Unternehmen in Betracht, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, selbst wenn die Ausschreibung europaweit erfolgt. Außerdem steigert die Praxis, öffentliche Aufträge zunächst nur inhaltlich beschränkt oder zeitlich befristet zu vergeben und anschließend Folgeaufträge zu vergeben, die Möglichkeit, bei solchen Anschlussvergaben den Wettbewerb durch vorherige Absprachen oder Anpassungen an die Entscheidungskriterien zu Lasten der öffentlichen Hand zu beeinflussen. Bei normativer Betrachtung wird allerdings nur in den seltensten Fällen eine Beeinträchtigung der fiskalischen Interessen durch die Offenlegung entsprechender Informationen möglich sein. Denn nach § 101a Abs. 1 GWB und § 19 Abs. 1 und 2 VOB/A werden denjenigen Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden, ohnehin die Gründe für deren Nichtberücksichtigung

98 *Rossi*, IFG, 2006, § 3 Rn. 57.

99 So *Losch*, VergabeR 2008, 739 (748).

100 *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (70).

ebenso wie die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters mitgeteilt. Zudem werden die entscheidenden Kriterien bereits im Rahmen der Ausschreibung bekannt gemacht. Mit dieser Bekanntgabe an einen beschränkten Personenkreis liegt zwar noch keine generelle Publizität dieser Informationen vor, doch erstens geht die höhere Gefahr für die Beeinträchtigung künftiger Vergabeverfahren von den unterlegenen Bietern aus und zweitens werden sie nicht zur Geheimhaltung verpflichtet.

4. Angebotsunterlagen der Bieter als vertraulich übermittelte Informationen?

Ebenfalls zu berücksichtigen ist § 3 Nr. 7 IFG, wonach ein Informationsanspruch nicht besteht, wenn das Interesse eines Dritten an einer vertraulichen Behandlung vertraulich erhobener oder übermittelter Information im Zeitpunkt der Antragstellung auf Akteneinsicht noch fortbesteht. Nach der Gesetzesbegründung bezweckt dieser Ausschlussgrund damit den Schutz von Informanten und Hinweisgebern (sog. „whistle-blower"), ohne deren Informationszusammenarbeit der Bund seine vielfältigen Aufgaben nicht ausüben könne.[101]

Sofern erwogen wird, § 3 Nr. 7 IFG auch auf die von den Bietern eingereichten Angebotsunterlagen anzuwenden,[102] mag dies vom Wortlaut, keinesfalls aber vom Telos der Vorschrift gedeckt sein. Der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 7 IFG ist hinsichtlich seiner Tatbestandsvoraussetzungen zwar sehr offen formuliert, bedarf als Ausnahme vom intendierten Grundsatz des freien Informationszugangs aber der engen teleologischen Auslegung. Insofern ist maßgeblich zu berücksichtigen, dass die Ausnahme dem Schutz des Informanten dient, mithin ein dreipoliges Informationsverhältnis betrifft und systematisch in § 3 IFG an sich falsch verortet ist.[103]

Der Schutz von geheimhaltungsbedürftigen Unternehmensdaten der Bieter wird durch den Ausnahmetatbestand des § 6 IFG zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in hinreichender Weise gewährleistet. Der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 7 IFG ist damit für Informationsbegehren im Rahmen von Vergabeverfahren von untergeordneter Bedeutung.

101 BT-Drs. 15/4493, S. 11 f.

102 *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (420); *Losch*, VergabeR 2008, 739 (748).

103 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 3 Rn. 61.

5. Behördlicher Entscheidungsprozess

Einem Zugang zu Informationen aus Vergabeverfahren kann schließlich auch § 4 IFG entgegenstehen.[104] Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 IFG „soll der Antrag auf Informationszugang abgelehnt werden für Entwürfe zu Entscheidungen sowie Arbeiten und Beschlüsse zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung, soweit und solange durch die vorzeitige Bekanntgabe der Informationen der Erfolg der Entscheidung oder bevorstehender behördlicher Maßnahmen vereitelt würde." Der Ausschlussgrund verfolgt damit das Ziel, den Schutz der ungestörten behördlichen Entscheidungsfindung sicherzustellen.[105] Strukturell sei hervorgehoben, dass § 4 Abs. 1 IFG als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist, also Raum dafür lässt, in atypischen Fällen ausnahmsweise Zugang zu Informationen aus laufenden Verfahren zu gestatten.

Im Zusammenhang mit Vergabeverfahren wird diesbezüglich insbesondere problematisiert, ob der vergaberechtliche Zuschlag eine solche Entscheidung im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 IFG darstellt bzw. ob Vergabeakten als Entwürfe, Arbeiten und Beschlüsse im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 IFG anzusehen sind.

Festzuhalten ist insoweit zunächst, dass der Zuschlag, der zum Vertragsschluss und damit zum „Erfolg" führt, als Angebotsannahme nach § 147 Abs. 2 BGB und somit als rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu qualifizieren ist. Nach einer Auffassung sei der Zuschlag deshalb nicht als „Entscheidung" im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 IFG zu werten, so dass auch die Vergabeentscheidung des Auftraggebers keinen „Beschluss zur unmittelbaren Vorbereitung der Entscheidung" darstellen könne.[106] Nach anderer Auffassung ist der Ausschlussgrund des § 4 IFG auf alle behördeninternen Willensbildungsprozesse anzuwenden und findet grundsätzlich auch auf Vergabeverfahren Anwendung.[107] Dieser Auffassung ist zu folgen, da nicht ersichtlich ist, dass die von § 4 IFG angesprochenen entscheidungsvorbereitenden Maßnahmen einen Bezug zu einer bestimmten Entscheidungsart oder einem bestimmten Entscheidungstyp aufweisen müssen.[108] So werden nach der Gesetzesbegründung nicht nur Verwaltungsverfahren im Sinne von § 9 VwVfG

104 Vgl. hierzu *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (73 f.); *Losch*, VergabeR 2008, 739 (748); zur Rechtslage nach dem IFG Bln ausführlich *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (191 f.).

105 Vgl. *Schoch*, IFG, 2009, § 4 Rn. 5 m.w.N.

106 *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (74).

107 *Losch*, VergabeR 2008, 739 (748); zur Rechtslage nach dem IFG Bln *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (191 f.).

108 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 4 Rn. 5.

und § 8 SGB X, sondern auch Verfahren im schlicht-hoheitlichen oder fiskalischen Bereich erfasst.[109]

Allerdings ist zu betonen, dass der Ausnahmetatbestand des § 4 Abs. 1 Satz 1 IFG lediglich einen prozedural begründeten Schutz darstellt.[110] Aufgrund der „solange"-Formulierung des Gesetzgebers wird überwiegend davon ausgegangen, dass der Ausschlussgrund nach Abschluss des Verfahrens entfällt.[111] Dies mag im Regelfall auch zutreffen, allerdings ist zu berücksichtigen, dass im Einzelfall auch schon vor Verfahrensende eine Gewährung des Informationszugangs in Betracht kommt, da der weitere behördliche Entscheidungsprozess keines Schutzes mehr bedarf.[112] Hierauf Bezug nehmend hat namentlich *Holtfester* den Informationszugang für Teile der Vergabeakten auch schon vor Zuschlagserteilung im laufenden Vergabeverfahren, beispielsweise wenn Bieter ausgeschlossen wurden oder auf Grund mangelnder Eignung nicht in die Angebotswertung einbezogen wurden, für zulässig erachtet.[113] *Holtfesters* Argumentation ist dabei allerdings auf die Besonderheiten des Berliner IFG zurückzuführen, welches in § 10 Abs. 1 Satz 2 IFG Bln vorgibt, dass Ergebnisse von abgeschlossenen Verfahrenshandlungen eines Verwaltungsverfahrens, die für die Entscheidung verbindlich sind, nicht vom Ausschlussgrund erfasst werden. Zu prüfen ist daher, ob sich dieser Rechtsgedanke des Berliner IFG auch auf das IFG des Bundes übertragen lässt.

Vom Sinn und Zweck des Ausschlussgrundes erscheint es durchaus geboten, Verfahren und Prozesse innerhalb der Verwaltung nicht als Ganzes zu betrachten, sondern hinsichtlich einzelner abgrenzbarer und rechtlich auch abgegrenzter Abschnitte zu unterscheiden. Bescheide, mittels derer einzelne Bieter bereits vor Auftragserteilung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, stellen doch zumindest für diese betroffenen Bieter eine abgeschlossene Entscheidung dar, für die kein Geheimhaltungsbedarf erkennbar ist. Aus der – maßgeblichen – Perspektive der Verwaltung können die einzelnen Unterlagen des Vergabeverfahrens freilich nicht getrennt voneinander betrachtet werden. Sie stellen in ihrer Gesamtheit vielmehr einen behördeninternen Willensbildungsprozess dar, den Prozess der Vergabeentscheidung.[114] Deshalb wird es im Ergebnis praktisch regelmäßig nicht möglich sein, einzelne Unterlagen aus der Gesamtheit des Vergabeverfahrens herauszulösen und damit einer Anwendung des § 4 IFG zu entziehen.

109 BT-Drs. 15/4493, S. 12.

110 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 4 Rn. 2.

111 Vgl. etwa *Leopold*, WuW 2006, 592 (598).

112 Vgl. *Fischer*, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), Informationsfreiheitsrecht, 26. EL (8/2010), § 4 IFG Rn. 41.

113 *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (192).

114 So auch *Holtfester*, NZBau 2002, 189 (192).

6. Personenbezogene Daten

Nicht nur besondere öffentliche Belange, sondern auch die Rechte der von der Gewährung des Informationszugangs betroffenen privaten Dritten können zum Ausschluss des Informationszugangsrechts führen. So darf nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IFG der Zugang zu personenbezogenen Daten nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt oder der Dritte eingewilligt hat. Bei der Begriffsbestimmung der personenbezogenen Daten ist auf die Legaldefinition des § 3 Abs. 1 BDSG zurückzugreifen, wonach hierunter Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zu verstehen sind.[115]

Es ist durchaus denkbar, dass solche personenbezogenen Daten auch in Unterlagen eines Vergabeverfahrens enthalten sind.[116] Allerdings dürfte die praktische Relevanz des Schutzes personenbezogener Daten im Rahmen von Vergabeverfahren aus mindestens zwei Gründen als eher gering einzuschätzen sein.[117] Erstens sind Beteiligte eines Vergabeverfahrens in der Regel juristische Personen (das Kartellvergaberecht spricht durchweg von Unternehmen), die gar nicht Träger des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind und deshalb auch nicht von dem Anwendungsbereich des § 5 IFG erfasst werden.[118] Sofern gleichwohl natürliche Personen an Vergabeverfahren beteiligt sind, werden ihre personenbezogenen Daten von § 5 IFG zweitens ohnehin nicht absolut geschützt. Vielmehr sieht § 5 Abs. 1 Satz 1 IFG neben einem Einwilligungsvorbehalt auch die Möglichkeit einer Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Zugänglichkeit der Information vor. Nur „besondere personenbezogene Daten" werden von § 5 Abs. 1 Satz 2 IFG in dem Sinne absolut geschützt, dass sie nur bei entsprechender Einwilligung preisgegeben werden dürfen. Solche Daten werden in Vergabeverfahren aber regelmäßig gar nicht anfallen, vielmehr sind in der Regel nur „einfache" personenbezogene Daten wie bspw. Namen oder Anschriften betroffen.

115 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 5 Rn. 7.

116 Vgl. *Polenz*, NVwZ 2009, 883 (886).

117 *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (73).

118 Vgl. *Rossi*, IFG, 2006, § 5 Rn. 10.

7. Geistiges Eigentum und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Eine ungleich größere Bedeutung für das Maß an Transparenz von Vergabeverfahren kommt dem Ausnahmetatbestand des § 6 IFG zu, wonach der Anspruch auf Informationszugang nicht besteht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht und Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur bei Einwilligung des Betroffenen gewährt werden darf.[119]

a. Geistiges Eigentum an Unterlagen des Vergabeverfahrens

Hinsichtlich des geistigen Eigentums an Unterlagen des Vergabeverfahrens ist zwischen dem geistigen Eigentum des Bieters an den von ihm ausgearbeiteten und eingereichten Unterlagen sowie dem geistigen Eigentum des öffentlichen Auftraggebers zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang schreibt beispielsweise § 8 Abs. 9 VOB/A vor, dass der öffentliche Auftraggeber die Angebotsunterlagen und die in den Angeboten enthaltenen eigenen Vorschläge eines Bieters nur für die Prüfung und Wertung der Angebote im Sinne des § 16 VOB/A nutzen darf und eine darüber hinausgehende Verwendung der vorherigen schriftlichen Vereinbarung bedarf. Diese Regelung bezieht sich dabei allerdings nur auf Unterlagen, die der Bieter nach § 8 Abs. 8 VOB/A für den öffentlichen Auftraggeber erarbeitet hat sowie etwaige eigene Vorschläge des Bieters in dessen Angeboten. Die sonstigen Vergabeunterlagen und Angaben beruhen hingegen in der Regel auf der geistigen Tätigkeit des Auftraggebers bzw. dessen Beauftragten.

Eine umfassende Darstellung dieser Problematik kann in diesem Rahmen nicht erfolgen, muss es aber auch nicht. Denn § 6 Satz 1 IFG schließt den Zugang zu Informationen schlicht aus, soweit der Schutz des geistigen Eigentums entgegensteht. Das Informationsfreiheitsrecht stellt für den Schutz des geistigen Eigentums insofern keinen neuen Maßstab auf, sondern knüpft streng akzessorisch an denjenigen Schutz an, den das Recht auf geistiges Eigentum – das Urheberrecht und der gewerbliche Rechtsschutz mit dem Markenrecht, dem Patentrecht sowie dem Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht – gewährt.[120] Dieser parallele Schutz bedeutet aber auch, dass der Zugang zu amtlichen Informationen im Einzelfall nicht vorschnell unter pauschalem Verweis auf das Urheberrecht abgelehnt werden darf. Vielmehr ist im Zweifel eine urheberrechtliche Prüfung vorzuneh-

119 Vgl. *Jastrow/Schlatmann*, IFG, 2006, § 3 Rn. 88.

120 Vgl. zum Schutz des geistigen Eigentums durch § 6 Satz 1 IFG *Lenski*, NordÖR 2006, 89 ff.

men.[121] Insbesondere sei daran erinnert, dass der urheberrechtliche Schutz nach § 2 Abs. 2 UrhG ein „Werk", also eine bestimmte schöpferische Gestaltungshöhe, voraussetzt – eine Anforderung, die nicht jede Information, deren Preisgabe unter Verweis auf den Urheberrechtsschutz verweigert wird, erfüllen wird.[122] Im Übrigen genießen amtliche Werke, die im amtlichen Interesse zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht worden sind, nach § 5 Abs. 2 UrhG grundsätzlich keinen urheberrechtlichen Schutz.

b. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines Bieters

Was schließlich die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betrifft, so dürfen diese nach § 6 Satz 2 IFG nur bei Einwilligung des Betroffenen gewährt werden. Der hiermit gewährte Schutz geht damit sogar weiter als der des GWB, denn während § 6 Satz 2 IFG einen absoluten Schutz gewährt, findet nach § 111 Abs. 2 GWB eine Abwägung der Interessen des Antragstellers mit denen des Auftragnehmers statt.[123] Andere rechtliche Bestimmungen des Informationsfreiheitsrechts stellen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse allerdings durchaus unter einen Abwägungsvorbehalt.[124] Sofern – wie nach § 6 Satz 2 IFG – nur ein Einwilligungsvorbehalt vorgesehen ist, dürfen die begehrten Informationen ohne eine explizite Einverständniserklärung nicht preisgegeben werden. Eine konkludente Einwilligung genügt nicht, insbesondere kann sie nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass der Bieter am Vergabeverfahren teilgenommen hat.[125]

Entscheidend für die Zugänglichkeit der begehrten Informationen ist mithin, ob ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vorliegt. Der Begriff ist durch die Rechtsprechung bis hin zum Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich hinreichend konturiert.[126] Unter einem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis ist danach jede

---

121 Ein Verstoß hiergegen liegt aber erst bei einer unberechtigten Vervielfältigung, nicht schon bei der bloßen Akteneinsicht vor, *VG Frankfurt a.M.* NVwZ 2008, 1384 (1388); folglich liegt § 6 Satz 1 IFG auch dann nicht vor, wenn der Ersteller eines Gutachtens der Behörde Nutzungsrechte gewährte, *VG Berlin*, Urteil vom 21.10.2010, 2 K 89.09, Rn. 37.

122 Vertiefend *von Weitersheim*, in: Vygen/Kratzenberg (Hrsg.), VOB, 17. Auflage 2010, § 8 VOB/A Rn. 91 ff.

123 Vgl. *Düsterdiek*, NZBau 2004, 605 (608).

124 Vgl. hierzu jüngst *Kloepfer/Greve*, NVwZ 2011, 577 ff.; *Rossi*, Schutzpositionen von Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht, in: Hendler u. a. (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen und Probleme des freien Informationszugangs, insbesondere im Umweltrecht, UTR 108, S. 197 ff.

125 So auch *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (72).

126 Vgl. BVerfGE 115, 205 (230 f.).

im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende nicht offenkundige, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannte Tatsache zu verstehen, an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach seinem bekundeten oder doch erkennbaren Willen auch geheim bleiben soll.[127] Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist dabei weder möglich noch nötig. Nach überwiegendem Verständnis betreffen Betriebsgeheimnisse eher Daten aus dem technischen Bereich, während Geschäftsgeheimnisse sich eher auf Daten aus dem kaufmännischen Bereich beziehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sollen die Angebote der am Vergabeverfahren Beteiligten grundsätzlich als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sein.[128] Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Vielmehr muss doch im Einzelfall festgestellt werden, ob etwa vom (Gesamt-)Preis eines Angebotes auf weitere Informationen über die betriebliche und/oder wirtschaftliche Situation des betroffenen Bieters geschlossen werden kann oder nicht.[129] Ohne Kenntnis des geleisteten Aufwandes können hier regelmäßig keine Rückschlüsse auf den Stundensatz und damit auf die interne Preiskalkulation eines Unternehmens gezogen werden.

Unabhängig von der Qualifizierung einer Information als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis im Einzelfall werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vom Informationsfreiheitsrecht hinreichend geschützt, auch prozedural. Denn der Auftraggeber kann sich bei seiner Entscheidung darüber, welche Informationen er nach dem IFG zugänglich macht bzw. welche Informationen er nach § 7 Abs. 2 IFG aussondert oder schwärzt, nicht nur mit dem betroffenen Bieter abstimmen, er muss ihm nach § 8 Abs. 1 IFG sogar Gelegenheit zur Stellungnahme geben.[130] Insofern ist der Einwand, die Entscheidung über die Zugänglichkeit von Unterlagen des Vergabeverfahrens erfolge regelmäßig unter hohem Zeitdruck, so dass der öffentliche Auftraggeber nicht fehlerfrei beurteilen könne, ob und in welchem Umfang eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung des Geheimnisherrn vorliege,[131] nicht berechtigt.

---

127 Vgl. bspw. BVerfGE 115, 205 (230 f.); *BVerwG* NVwZ 2009, 1113 (1114); *BGH* NJW 1995, 2301 (2301).

128 Vgl. *BGH* NJW 1995, 2301 (2301).

129 So bspw. *VG Düsseldorf* ZUM-RD 2009, 686 (691).

130 Vgl. *BfDI*, 1. Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit, 2006/2007, S. 64; *Franke*, Akteneinsicht im Vergabeverfahren, in: Ganten/Groß/Englert (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit am Bau, FS Motzke, 2006, S. 63 (72).

131 So *Meilicke*, Vergabe Navigator 2009, 12 (14); *Just/Sailer*, DVBl. 2010, 418 (420).

V. Zusammenfassung

Das Verhältnis zwischen Informationsfreiheitsrecht und Vergaberecht ist kompliziert, aber es ist nicht unlösbar. Entscheidend ist zunächst einmal die Einsicht, dass das Verhältnis nicht im Wege einer strikten Alternativität gelöst werden muss und vor allem auch vom Gesetzgeber nicht durch eine strikte Subsidiarität des Informationsfreiheitsrechts geregelt worden ist. Vielmehr findet das Informationsfreiheitsrecht grundsätzlich auf alle Bereiche der Verwaltung, mithin auch auf die bedarfsdeckende Verwaltung, Anwendung. Den durchaus berechtigten Geheimhaltungsgründen, die das Vergabeverfahren bzw. genauer die verschiedenen Vergabeverfahren vor jeglicher Zugänglichkeit schützen, wird hinreichend über die Ausnahmen und Beschränkungen der allgemeinen Informationszugangsfreiheit Rechnung getragen. Wo sie freilich nicht greifen, dort steht jedem – nicht nur den unterlegenen Bietern – der Zugang zu Informationen aus Vergabeverfahren offen.