

Die Landesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
für das Recht auf Akteneinsicht



# Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz

## Informationsfreiheit und die Wirtschaft – zwei Welten?

8. Juni 2015

Dokumentation

Akteneinsicht und  
Informationszugang

Potsdamer Materialien

Band 9



# Internationales Symposium International Symposium

*Informationsfreiheit und die Wirtschaft – zwei Welten?*

*Freedom of Information and the Economy – Worlds apart?*

8. Juni 2015 in Potsdam

Veranstaltung der  
Landesbeauftragten für den Datenschutz  
und für das Recht auf Akteneinsicht  
in Zusammenarbeit mit der  
Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.

Dokumentation

## **Impressum**

Herausgeber: Die Landesbeauftragte für den Datenschutz und  
für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg  
Stahnsdorfer Damm 77, Haus 2  
14532 Kleinmachnow

Telefon: +49 33203 356-0  
Fax: +49 33203 356-49

E-Mail: [Poststelle@LDA.Brandenburg.de](mailto:Poststelle@LDA.Brandenburg.de)  
Internet: <http://www.lda.brandenburg.de>

Fingerprint: E899 5780 7F65 F282 8CAC C504 37F3 83FE 0844 834D

Druck: Druckerei Pietsch, Kloster Lehnin

November 2015

In der Reihe „Potsdamer Materialien zu Akteneinsicht und Informationszugang“ sind bisher erschienen:

- Band 1: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz; 25./26. Oktober 1999
- Band 2: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz in der erweiterten Europäischen Union; 8./9. Oktober 2001
- Band 3: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Transparenz und E-Government in Mittel und Osteuropa; 10./11. November 2003
- Band 4: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Informationsfreiheit in Deutschland und Europa; 28./29. September 2005
- Band 5: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Öffentliche Daten auf dem privaten Markt – neue Regelungen zur Weiterverwendung öffentlicher Informationen; 4./5. Juni 2007
- Band 6: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Zugang zu Umweltinformationen – Informationsfreiheit für den Umweltschutz?; 18./19. Juni 2009
- Band 7: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Verbraucherinformationen – Marktregulierung durch Transparenz?; 30./31. Mai 2011
- Band 8: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Open Data – Ergänzung oder Einschränkung der Informationsfreiheit?; 27. Mai 2013
- Band 9: Dokumentation Internationales Symposium Informationsfreiheit und Datenschutz – Informationsfreiheit und die Wirtschaft – zwei Welten?; 8. Juni 2015



# Inhalt

Seite

**Dagmar Hartge**

7

Eröffnung / Opening

**Britta Stark**

10

Grußwort / Welcoming Speech

**Rosemary Agnew**

12

Sollen Informationsfreiheitsgesetze gegenüber privaten Organisationen gelten? Eine schottische Perspektive / Should Right to Information Laws Cover Private Organisations? A Scottish Perspective

**Prof. Hans Petter Graver**

46

Größere Offenheit und Transparenz? Das Umweltinformationsgesetz in Norwegen und die öffentlichen und privaten Unternehmen – Erfahrungen der Beschwerdekammer / Towards Greater Openness and Transparency? The Environmental Information Act in Norway and Public and Private Enterprises – the Experience of the Appeals Board

**Dr. Christoph J. Partsch, LL.M. (Duke)**

63

Die Praxis der Informationsfreiheit aus Sicht privater Unternehmen / The Freedom of Information Practice from the Perspective of Private Enterprises

<b>Florian Dixel, MBA</b>	82
Das Spannungsfeld Informationszugang und Informationsschutz aus Sicht einer Regulierungsbehörde / Conflicts between Access to and Protection of Information from a Regulatory Authority's Perspective	
<b>Marie-Claire Pickaert</b>	101
Der Transparenzkodex in der Pharmaindustrie / The Code on Disclosure in the Pharmaceutical Industry	
<b>Gerhard Grill</b>	129
Expertengruppen der Europäischen Kommission / Experts Groups of the European Commission	
<b>Nevena Nastić Dragutinović</b>	144
Staatseigene Betriebe und die Informationsfreiheit / State-Owned Companies and Freedom of Information	
<b>Alexander Kashumov</b>	156
Informationsfreiheit als Mittel zur Verhinderung oder Bekämpfung der Korruption / Freedom of Information as a Means to Prevent and Tackle Corruption	
<b>Dr. Anselm Brandi-Dohrn</b>	168
Schlusswort / Closing Remarks	

## **Dagmar Hartge**

Landesbeauftragte für den Datenschutz  
und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg

### **Eröffnung**

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin Stark,  
sehr geehrte Herren Abgeordnete des Brandenburger Landtags,  
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,

ich begrüße Sie auch im Namen meiner Mitveranstalterin, der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik, sehr herzlich zu unserem internationalen Symposium „Informationsfreiheit und die Wirtschaft – zwei Welten?“, das sich heute mit der Frage der Rolle der Informationsfreiheit für die Wirtschaft befassen wird.

Für den Staat ist es normal geworden, dass täglich Forderungen nach mehr Transparenz an ihn gerichtet werden. Die Bürgerinnen und Bürger fordern ihre Teilhaberechte in immer stärkerem Maß ein und in den meisten Bundesländern und dem Bund gibt es längst Informationsfreiheitsgesetze, die einen gesetzlich geregelten Zugang zu staatlichen Informationen gewähren. In allen Bundesländern und im Bund gibt es zudem Umweltinformationsgesetze, die den Bürgerinnen und Bürgern Zugang zu Umweltinformationen gewähren. Zahlreiche Großprojekte, die inzwischen jeder kennt, sind schillernde Beispiele für die Transparenzinteressen der Öffentlichkeit geworden. Ich nenne hier nur das Bauprojekt Stuttgarter Bahnhof, den Bau der Elbphilharmonie in Hamburg oder den Bau des Großflughafens Berlin Brandenburg. In Hamburg haben sich die Bürgerinnen und Bürger sogar ein Transparenzgesetz erstritten und damit den Rahmen der Transparenz für Hamburg noch einmal deutlich erweitert.

Alle drei eben genannten Projekte sind eng mit wirtschaftlichem Handeln des Staates verknüpft. Was liegt da eigentlich näher, als sich einmal die Frage zu stellen, welche Rolle die Informationsfreiheit für Wirtschaftsunternehmen spielt? Und zwar stellt sich diese Frage in doppelter Hinsicht. Informationsfreiheit wird von Unternehmen einerseits als Recht genutzt, um Informationen von staatlichen Stellen zu erhalten, und auf der anderen Seite stellt sich die Frage, ob seitens der Öffentlichkeit nicht auch ein Transparenzinteresse gegenüber Unternehmen oder zumindest be-

stimmten Unternehmen besteht. Gerade Großprojekte wie der Bau des Großflughafens Berlin Brandenburg legen diese Frage nahe, denn hier agiert der Staat als Bauherr in einer privaten Rechtsform und somit ist es das Geld der Steuerzahler, das für den Bau des Flughafens ausgegeben wird. Wer die öffentlichen Diskussionen um die Finanzierung des Flughafens mitverfolgt hat, versteht, dass das öffentliche Interesse an mehr Transparenz bei einem solchen Vorhaben groß ist.

Die Frage nach Transparenz beginnt bei staatlichen Unternehmen damit zu fragen, warum staatliche Unternehmen gegenüber staatlichen Stellen allein aufgrund ihrer Rechtsform privilegiert werden und warum auf sie die Informationsfreiheitsgesetze meist nicht anwendbar sind. Wie sieht es aus mit der berühmten Flucht in das Privatrecht?

Transparenz ist jedoch auch ein Thema, das private Wirtschaftsunternehmen betrifft, deren Tätigkeit für die Öffentlichkeit besonders interessant ist, wie beispielsweise die Pharmaindustrie. Auch hier wünschen sich die Bürgerinnen und Bürgern oftmals mehr Transparenz, beispielsweise um mehr Informationen über Produkte zu erhalten. Einer Transparenz bei Wirtschaftsunternehmen könnten jedoch schnell Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen entgegengehalten werden, müssen das vielleicht aber auch nicht. Sollte es für private Wirtschaftsunternehmen gesetzlich geregelte Transparenzansprüche geben oder ist eine freiwillig gewährte Transparenz der bessere Weg? Bei Unternehmen besteht auch ein Interesse der Gesellschaft an mehr Transparenz als Werkzeug zur Korruptionsbekämpfung in der Wirtschaft. Transparenz erschwert erfahrungsgemäß Korruption, da sie das Risiko, entdeckt zu werden, deutlich erhöht.

Interessant ist auch ein Blick auf die Frage, ob Informationsfreiheit tatsächlich hilft, Korruption zu bekämpfen. Gerne wird der Druck der Öffentlichkeit als Argument dafür genommen, dass dies die Korruption verringern könne. Stimmt das tatsächlich?

Interessant ist unter dem Transparenzgesichtspunkt auch ein Blick auf das Umweltinformationsrecht, denn bei der Mehrzahl aller Informationen handelt es sich um Umweltinformationen. Das deutsche Umweltinformationsrecht bezieht in seinen Anwendungsbereich auch juristische Personen des Privatrechts ein, soweit diese öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder öffentliche Dienstleistungen erbringen, die im Zusammenhang mit der Umwelt stehen. Wie sieht es in der Praxis mit dem Zugang zu Informationen bei privaten Unternehmen aus? Funktioniert das Recht auf Ak-

teneinsicht hier? Können wir daraus lernen? Hören Sie hierzu ein spannendes Beispiel aus Norwegen.

Meine Damen und Herren, dieses Symposium beleuchtet die Frage der Informationsfreiheit in der Wirtschaft aus den unterschiedlichsten Blickwinkeln heraus. Angefangen mit dem Blickwinkel der betroffenen Unternehmen, dem Blickwinkel eines Anwalts, der beide Seiten kennt, über den Blickwinkel unterschiedlicher Aufsichtsbehörden, zu dem Blickwinkel von Beschwerdeeinrichtungen und dem Blickwinkel einer Europäischen Expertenkommission und schließlich dem Blickwinkel einer Nichtregierungsorganisation. Besonders spannend ist für mich bei diesem Symposium immer, dass wir europäische Sichten erhalten. Vorbildliche Regelungen, manchmal auch Beispiele für Probleme, werden von unseren Referentinnen und Referenten hier mit uns geteilt. Beim Umweltinformationsrecht setzen wir alle europäisches Recht um. Deshalb ist es auch wichtig, den Blick über die Grenzen des eigenen Landes zu werfen. Wir alle haben ein gemeinsames Ziel und das ist das eines guten und funktionierenden Rechts.

Alle unsere Referentinnen und Referenten haben Interessantes zu berichten. Für mich ist es eine ganz besondere Bereicherung, an den breit gefächerten Erfahrungen teilhaben zu dürfen. Der Blick über den berühmten Tellerrand kann uns dabei helfen, unser eigenes Recht weiterzuentwickeln. Ich freue mich deshalb auf viele interessante Referate und danke unseren Referentinnen und Referenten für ihre Bereitschaft, dieses Symposium mit Leben zu füllen.

Sehr geehrte Damen und Herren, ich wünsche uns allen heute eine interessante Veranstaltung mit neuen Einsichten und angeregter Diskussion.

## **Britta Stark**

Präsidentin des Landtags Brandenburg

### **Grußwort**

Sehr geehrte Frau Hartge,  
Sehr geehrte Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Symposiums,

ich freue mich, Sie in der Brandenburgischen Landeshauptstadt Potsdam zum Internationalen Symposium „Informationsfreiheit und die Wirtschaft“ zu begrüßen.

Schön, dass auch in diesem Jahr wieder internationale Expertinnen und Experten für Datenschutz und Informationsfreiheit nach Potsdam gekommen sind, um sich auszutauschen über wichtige Zukunftsfragen im Umkreis dieses Themenfelds, das unsere ganze Gesellschaft betrifft.

Denn in einer modernen Demokratie ist der Schutz der persönlichen Daten so wichtig wie das Recht von Bürgerinnen und Bürgern auf öffentliche Information.

Ich freue mich über Ihr Interesse an diesem Symposium und möchte zugleich Frau Hartge, der Landesbeauftragten für den Datenschutz und das Recht auf Akteneinsicht herzlich Dank sagen, dass sie den grenzüberschreitenden fachlichen Austausch fördert und Politik und Verwaltung für aktuelle Fragen von Informationsfreiheit und Datenschutz sensibilisiert.

Die Symposien finden schon seit 1999 statt, begründet von Frau Hartges Vorgänger Herrn Dr. Alexander Dix. Ich freue mich, dass er heute hier ist und möchte auch ihm herzlich danken.

Informationsfreiheit ist ein hohes Gut in der Demokratie. Nur gut informierte Bürgerinnen und Bürger können ihre demokratischen Rechte nutzen und Politik mitgestalten. Im Land Brandenburg haben wir deshalb das Recht auf Informationsfreiheit in der Landesverfassung verankert.

Auch in diesem Jahr setzt das Symposium einen wichtigen Themenschwerpunkt: Informationsfreiheit und die Wirtschaft. Da gibt es bereits auf den ersten Blick vielfältige Schnittstellen:

Einerseits haben Unternehmen ein berechtigtes Interesse, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gewahrt werden. Andererseits öffnen sich auch immer mehr Unternehmen, teilen Informationen mit der Öffentlichkeit, weil sie Transparenz als Zukunftschance begreifen – zum Beispiel um die Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger bei Investitionen vor Ort zu gewinnen.

In einer modernen Informationsgesellschaft müssen sich staatliche Institutionen und Politik mit wachsenden Transparenzanforderungen auseinandersetzen. Und nicht zuletzt haben die Bürgerinnen und Bürger ein Recht darauf, zu erfahren, wie wirtschaftliche Interessen Politik beeinflussen.

Dass die Wirtschaft ihre Interessen gegenüber Politik und Verwaltung vertritt, ist notwendig und legitim. Aber im Einzelfall kann es schwierig werden, zwischen Expertenwissen und Lobbyarbeit eine klare Grenzlinie zu ziehen.

Wie sind diese unterschiedlichen Interessen miteinander zu vereinbaren? Wieviel Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sind unabdingbar für Unternehmen? Wie kann das Einsichtsinteresse der Öffentlichkeit gewahrt werden?

Die Abwägung zwischen beiden Seiten wird im Konkreten immer wieder zu einer Herausforderung.

Meine Damen und Herren,

mit dem 1. Informationsfreiheitsgesetz von 1998 hat Brandenburg eine Vorreiterrolle in Sachen Transparent und Informationsfreiheit übernommen. Jetzt geht es darum, Vorhandenes weiterzuentwickeln und die Weichen für die Zukunft der Informationsgesellschaft zu stellen.

Ich bin sicher, dieses Internationale Symposium wird dafür wichtige Impulse setzen.

Ich wünsche Ihnen viele erhellender Einsichten, viel Erfolg und einen schönen Aufenthalt in unserer schönen Landeshauptstadt Potsdam.

**Rosemary Agnew**  
Scottish Information Commissioner

## **Should Right to Information Laws Cover Private Organisations? A Scottish Perspective**

I have included these definitions to aid understanding of the presentation. I will not spend a long time going through them, and have included more details about Scottish Public Authorities in my speaking notes.

### **Scottish Public Authority Defined in Section 3 of FOISA as:**

- (1) In this Act, “Scottish public authority” means –
  - (a) any body which, any other person who, or the holder of any office which –
    - (i) is listed in schedule 1; or
    - (ii) is designated by order under section 5 (1); or
  - (b) a publicly-owned company, as defined by section 6.

There are approximately 10,000 Scottish Public Authorities, including:

- i. Scottish Parliament and Scottish Government
- ii. All 32 local authorities (Councils who run local government as distinct from central government) and the services they provide – e.g. education / planning / environment
- iii. the Police
- iv. the National Health Service
- v. universities and colleges
- vi. and other public authorities such as Scottish Water, Audit Scotland, OSCR, Care Commission, Scottish Information Commissioner

vii. wholly publicly owned companies.

It doesn't cover private companies, e.g. utilities (power, phone), housing associations or charities.

## Context

### **Scottish Right to Information Law**

The laws that cover the right to information in Scotland are complex because of our relationship with the UK and Europe.

I will not spend a lot of time explaining these in detail. I have included more detail in my notes, but even this is a simplified overview.

The law is in four broad groups:

1. FOI law passed in Scotland under devolved powers, covering only Scotland, regulated by me, the Scottish Information Commissioner
2. FOI law passed in the UK, covering England, Wales and Northern Ireland, regulated by the UK Information Commissioner's Office (the ICO)
3. Data Protection law and Re-Use of Public Information Regulations (RPSI), which cover the whole of the UK, including Scotland. Data Protection is regulated by the ICO. RPSI is regulated by the Office of Public Sector Information (OPSI).
4. Provisions embedded in other laws. For example Procurement Law gives companies who are unsuccessful at securing public sector contracts the right to information about why.

For most of this presentation, when I refer to "FOI" I am referring to Freedom of Information Law passed by the Scottish Parliament: the Freedom of Information (Scotland) Act 2002 and the Environmental Information (Scotland) Regulations 2004.

A very important distinction between FOISA/ EIRs and DPA is that FOISA and the EIRs have the effect of making information public. DPA protects privacy so any personal data disclosed is private to the person who asked for it.

## **Additional Notes**

### **FOISA and the EIRs**

1. Gives any person the right to ask for and be given information held by a Scottish Public Authority. Right is universal and not restricted to Scottish citizens
2. Places various duties on Scottish public authorities to: respond to information requests and requests for reviews, provide advice and assistance, and publish information, that is make information available without being asked for it. The commonest way is through websites.

### **INSPIRe**

The EU INSPIRE Directive [2007/2/EC] aims to make available consistent spatial datasets about the environment and to create services for accessing these datasets so that they can be more easily shared or combined to benefit the development and monitoring of environmental policy and practice in all Member States and across the European Community.

These datasets are organised in a number of data themes, defined in the Annexes to the Directive.

The INSPIRE (Scotland) Regulations 2009 No 440 came into force on 31 December 2009 and turn this Directive into law that applies in Scotland (INSPIRE (Scotland) Amendment Regulations 2012). Complementary regulations have been made by the UK Government on behalf of England, Northern Ireland and Wales.

### **Data Protection Act (DPA)**

The Data Protection Act 1998 (DPA) is an Act of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland which defines UK law on the processing of data on identifiable living people.

### **Re-use**

The Regulations implement a European Directive on the re-use of public sector information approved by the Council of Ministers on 17 November 2003. They came into force on 1 July 2005.

The aim of the Regulations is to encourage the re-use of public sector information by removing obstacles that stand in the way of re-use. The main themes are improving transparency, fairness and consistency. In doing so it aims to stimulate the development of innovative new information products and services across Europe, so boosting the information industry.

Although not directly related to access to information, the reuse of public sector information regulations deals with how public information, which may have been accessed via one of the regimes mentioned above, can be re-used. For example, they govern how and when an authority can impose conditions on re-use, including when it can charge.

## **Health Information**

The UK courts enforce

- Access to Health Records Act 1990
- Access to Medical Reports Act 1988 – enforced in Scotland by Sheriff Court

There are a number of more specialist access to information regimes, such as the Access to Health Records Act 1990 which gives access to the health records of someone who has died (DPA only applies to living individuals). Access to medical reports deals with reports which a GP writes for insurance companies. This is not an exhaustive list.

## **Scottish Information Commissioner**

1. Role of the SIC is established by statute (FOISA).
2. The SIC is a public office holder who is impartial and independent of Government and the Parliament.
3. We are based in St Andrews and cover the whole of Scotland , with a staff of 22.

## **Main statutory responsibilities are:**

1. Determining (deciding) applications for decision from people dissatisfied with the way in which their request for information was handled. Once an application is accepted for investigation, I must

make a decision unless the application is withdrawn by the applicant. Approximately 20% of applications investigated are withdrawn because we manage to negotiate informal resolution. In the 2014-15 operating year we received 474 applications, issued 239 decisions and resolved over 70 applications. Approximately a third of applications do not meet the criteria for investigation, usually because the applicant has not made an information request or a review request to the authority.

2. Approving publication schemes. Publications schemes set out how the authority will make information available and how to access it.
3. Promoting rights to the public so that people know they can ask for information and how to make an effective and responsible request.
4. Promoting good practice to authorities so they deal effectively with requests and release as much information as possible.

## **Enforcement Powers**

I will not go into a lot of detail in speaking to you, but have included some further explanations in my speaking notes. The three most relevant ones for today are

- Enforcement notices direct an authority to take action if I find they have not complied with section 1 of FOISA.
- Decision notices contain my findings from an investigation and direct authorities to take action
- Information notices require an authority to provide me with information I have specified as being necessary to carry out my statutory functions. For example for my investigation of a decision or the monitoring of authority FOI compliance with publication scheme duties.

These are all enforceable through the Scottish courts. My enforcement policy is available via this web page:

<http://www.itspublicknowledge.info/Law/FOISA-EIRsGuidance/Briefings.aspx>

## **Further Explanations Entry and Inspection**

Section 54 of and Schedule 3 of FOISA give me the powers to obtain a warrant from a Sheriff to enter and inspect an authority's premises and to remove information

## **Practice recommendations**

If an authority is not conforming to the code of practice in the way it exercises its functions under FOISA I can issue a practice recommendation setting out what steps I expect an authority to take to improve its practice.

I cannot directly enforce a practice recommendation. However, a failure to take steps specified in a Practice Recommendation may also be failure to comply with a provision of Part 1 of FOISA or with the requirements of the EIRs. This failure may result in the issuing of an Enforcement Notice under section 51(1) of FOISA. Further, a failure to take steps specified in a Practice Recommendation may lead to a report to the Scottish Parliament by the Commissioner under section 46(3) of FOISA.

## **Reporting section 65 offences**

It is a criminal offence to alter, deface, block, erase, destroy or conceal information to prevent disclosure under FOI. If I have evidence that leads me to believe an offence has been committed, I can report it to the police for investigation as a criminal matter. If this results in a prosecution it carries a maximum fine of £5,000 (approx. €6,800). I have a memorandum of understanding with the Police Service of Scotland setting out how this will operate.

## **Assessment of public authority practice**

Section 43(3) gives me the powers to assess public authority practice and flexibility in how I do that.

## **The steps in making information requests**

The steps in making an information request are:

1. Ask for and receive information held by a Scottish Public Authority within 20 working days. If dissatisfied or no response given...
2. Ask for a review of the response and receive a reply within 20 working days. If dissatisfied or no response given...
3. Appeal to the Scottish Information Commissioner. Decision is final, but can be challenged on a point of law.
4. Statutory right of Appeal by either party to the Court of Session
5. (Judicial) Appeal by either party to UK Supreme Court

SIC decisions and judgments from appeals to the courts can set precedence for future decisions.

## **Reporting**

FOISA directs that I lay (put before the Scottish Parliament) an annual report each year. I am obliged to report on certain matters, in particular the number of applications that take longer than four months to decide. My reporting year runs from April to March, and I must lay my annual report before the end of October.

I also have the option to lay other reports relating to my functions and FOI at any time. These reports are referred to as "Special Reports". Laying them before Parliament means they have an official status and appear in Parliamentary records. It is up to Members of the Scottish Parliament about what they do with the reports or whether they respond to them in any way.

I laid a special report in January 2015 for the 10<sup>th</sup> anniversary of FOISA coming into force in Scotland. The report discussed whether 10 years on, FOI covered the organisations it should. It is the findings of that report that I will talk about for the remainder of the presentation.

**Extension of Freedom of Information (Scotland) Act**  
**Special Report FOI 10 years on:**  
**Are the right organisations covered?**

This is a statement made by the Deputy First Minister of Scotland in 1999:

“Openness is central to a modern, mature and democratic society and serves to strengthen government and empower people”

It is important because it encapsulates the aims of FOI law. The aims were more than about a right to ask for information. FOI was seen as a mechanism by which to make public authorities more open, transparent and accountable.

My report explored whether the law is achieving through covering the organisations it should. In particular it looks at how the powers to extend FOI law to new organisations are being used effectively.

The FOISA bill was debated in Parliament, Jim Wallace (Now Lord Wallace of Tankerness) captured the mood of that debate and made it clear that FOISA was the start of access to information and that over time it was the intention to extend it.

### **Extension – FOISA provisions**

So let's take a look at the provisions.

Appendix 1 of the special report gives a fuller explanation about the legislative provisions. Here I summarise them.

#### **Schedule 1**

Schedule 1 of FOISA lists the organisations, or types of organisations covered by FOISA and the EIRs. The link in the slide takes you to the guidance we publish on our website about this.

There are various ways an organisation can be added to (or removed from) Schedule 1:

1. Another act of the Scottish Parliament may add a named organisation. For example if a new organisation is created by public law.

2. Ministers use their powers under section 4 of FOISA to make an Order to add an authority. This is most commonly used when a public authority is missed and needs to be added.

## **Section 5**

Section 5 of FOISA gives Ministers the power to “designate” organisations which are not Scottish public authorities and either:

- i. Appear to be carrying out functions of a public nature, or
- ii. Provide a public service under contract and on behalf of a Scottish public authority

Ministers must consult with an organisation they propose to designate, and any other organisations they consider appropriate. In my view this lack of definition of statutory consultees is a weakness in the Act as, in theory, Scottish Ministers could choose to make an Order without consulting the SIC, other regulators and those affected by the designation. For their time, the provisions in section 5 were progressive and they reflected the intention to extend FOI and made it relatively easy for Ministers to do so.

However, the provisions rely on Ministers having the political will to extend FOI, and in reality they have only used these powers once in ten years.

## **Section 43(4)**

I have the powers to make recommendations to Scottish Ministers about the exercising of their functions under sections 4 and 5, but I have no powers to compel them to make new bodies subject to FOI.

## **Section 7A**

Since May 2013, Scottish Ministers have a duty to report to Parliament every two years on how they have exercised (used) their powers under section 5.

## **Findings**

The findings from our research were, in summary,

Ministers have failed to exercise their powers under section 5 to designate bodies. The impact of this in relation to existing rights is that:

1. The Scope of FOI has reduced since law came into force. What we mean by this is that there has been a reduction in the amount of information accessible under FOISA., and
2. The statutory right to access to information has been lost or reduced, particularly in relation to social housing and prisons.

In addition to the loss of existing rights to information, FOI has not been extended to cover new organisations or types of organisations, despite the early commitments made by Ministers.

There are a number of factors that have contributed to this, some of which we will look at now.

### **Contributory factors**

This is not the appropriate time to speak about all of the contributory factors in detail, but I would like to speak about three in particular:

#### **Changes in the way public services are delivered**

There have been huge changes in the way public services are delivered across Scotland (and the UK). We have seen far more contracting out by authorities, the creation of “Arms Length” organisations to deliver services, with varying degrees of control being exercised by public authorities and joint ventures with private organisations, particularly in building projects.

As functions are transferred to these organisations, access to information rights have not followed them.

#### **Lack of focus on rights**

There has been little recognition that a change in delivery of public services can result in a loss of rights. Where the loss has been recognised and arrangements put in place they have been inadequate. A good example is in the Social Housing sector. Local Government transferred their social housing stock to Housing Associations and Registered Social Landlords. The Government put in place a Housing Charter which made

provision for the right to be given some information by the Housing Associations. This in no way matched the rights that were lost:

- It did not give a right to ask
- It limited what information was available, so over 15,000 households were unable to access the same information they could before the transfer
- It removed the right for any person to ask for information, meaning journalists, researchers and charities no longer had a right to ask for and receive information

### **Lack of understanding about role of Ministers in relation to “Functions of a public nature”**

Ministers have the powers to designate organisations that “appear to the Scottish Ministers to exercise functions of a public nature”.

There is no definition in FOISA of this term. We researched this, including getting the opinion of a QC. What we found that there is no single definition in Scottish, UK or EU law on what constitutes functions of a public nature.

The upshot of this is that it is a matter for Ministers to make the decision about what constitutes functions of a public nature *for the purposes of FOISA*. This ultimately means that designation is a political decision. We acknowledged in the report that this was a challenge and proposed to Ministers an approach to deciding what constitutes functions of a public nature.

### **New approaches**

The approaches we proposed to deciding whether functions are of a public nature were:

1. The rights based approach. If a right to information already exists, or existed, then it could be assumed it was in relation to a public function. If the delivery of the function changes, then the rights to information should be transferred with the function. A good example of this is private prisons. Publicly run prisons are subject to FOI. Privately run prisons are not. Had the right to information simply

transferred at the same time as the service did, rights would not have been lost.

2. A factor based approach. This is an assessment based on a set of reasons or arguments that lead to the conclusion that, on balance, a function is public in nature for the purposes of FOISA.
3. Factors could include
  - i. Is the function publicly funded?
  - ii. Was the function or service previously provided by the public sector?
  - iii. Whether the organisation is authorised to exercise regulatory or coercive powers of the state, such as prisons
  - iv. Whether the organisation has monopolistic powers which it would not have if it didn't carry out the functions in question
  - v. Are the functions underpinned by statute
  - vi. Is there a strong public interest in designating the organisation?
  - vii. Does the organisation achieve some collective benefit for the public?
  - viii. Does the state appoint directly or indirectly the organisation's decision makers?
4. We see the benefits of this approach as being of themselves more open and so would enable Ministers to demonstrate how they use their powers, would enable appropriate consultees to be better identified and would lead to more informed use of powers and decision making.
5. The approach would also enable Ministers to weight factors to reflect the prevailing conditions, such as the economic environment.

## **Why extension is needed**

Very simply, extension of FOI is needed for a range of different reasons:

1. To restore rights to information to where they were in 2005 when the law came into force. This is not a progressive move, but a remedial one.
2. Designation to be covered by FOI has to run consecutively with changes in public sector delivery so that rights don't continue to be lost or eroded.
3. Unless FOI is extended, public trust and confidence is unlikely to grow. FOI is not the only way in which public services are transparent but they are the only easily enforceable way people can ask for information. FOI is internationally recognised as being crucial for transparency and in turn, democratic engagement. I would go a step further and say that access to information is also crucial to exercising other rights such as the right to complain, human rights and the right to free speech
4. For me, one of the most powerful, but as yet least used, areas of FOISA is the duty to publish. By making an organisation subject to FOI, duties are placed on it to publish information in a scheme that must have SIC approval and can be enforced.

## **Beyond FOISA 2002**

I will finish with two questions:

1. Ultimately the extension of FOI is a political decision but we have to question how effective legislation is if it does not give robust arrangements for holding those with power to extend FOI to account. We don't really know the answer to that as the first report to Parliament about the use of section 5 powers is not due until later this year, and then every two years thereafter. I think it will help, but have my doubts that it is enough.
2. Is FOISA ultimately flexible enough to keep pace with change? As drafted, yes it probably is, but only if the political will exists to exercise powers to the full. I think the greater challenge is the culture that sits beneath it, that makes information sharing the norm, without the need for enforcement, or even having to ask for it.

International Symposium  
Freedom of Information 2015



**Should Right to Information Laws  
Cover Private Organisations? A  
Scottish Perspective**

Rosemary Agnew  
Scottish Information Commissioner



## Contents

- Context
  - Scottish right to information law
  - Scottish Information Commissioner (SIC) powers and duties
  - How to make an information request in Scotland
  - Special reports
- Extension of Freedom of Information (Scotland) Act (FOISA)
  - FOISA provisions
  - Role of Scottish Ministers and SIC
  - Why extension is needed

## First ...

Some helpful explanations

- **Scottish public authority** (“the authority, authorities”)
- Information **held** by an authority
- **Requester** – “person” who asks for information
- **Applicant** – “person” who makes a formal appeal to the SIC
- **Government** – the Scottish Government
- **Scottish Ministers** – (“the Ministers) Ministers of the Scottish Government with statutory functions, e.g. First Minister, Education Minister
- **Parliament** – the Scottish Parliament with devolved powers from the UK

# Context

# Scottish Right to Information Law



## Scotland (SIC)

- FOISA
- EI(S)Rs
- INSPIRe (Scotland)

Embedded in range of other legislation

## Rest of UK (ICO)

- FOIA
- EIRs
- INSPIRe

## UK wide

- DPA (ICO)
- Re-use (OPSI)



# Scottish Information Commissioner

Duties, things I must do



- Decide applications
- Approve publication schemes
- Promote rights and good practice
- Give advice and guidance

# Enforcement Powers

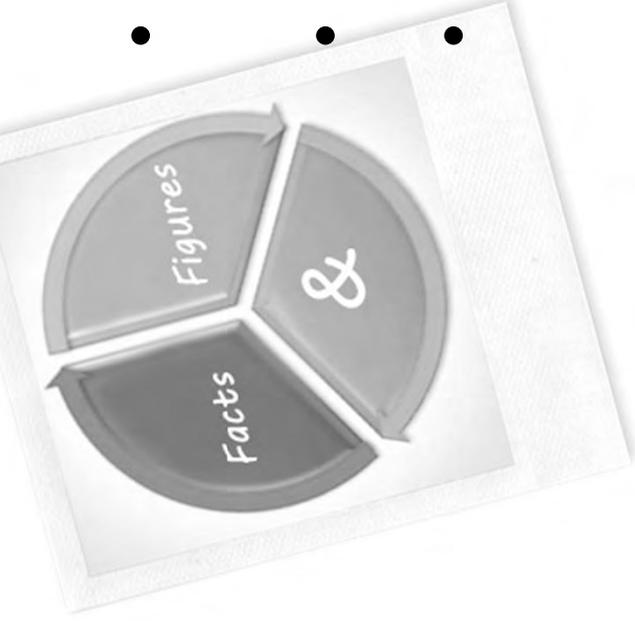


Things I can do

- **Enforcement notice**
- **Decision notice**
- **Information notices**
- **Entry and inspection**
- **Practice recommendations**
- **Reporting s65 offences**
- **Sharing information with ICO and Scottish Public Services Ombudsman**
- **Assess public authority practice**

<http://www.itspublicknowledge.info/Law/FOISA-EIRsGuidance/Briefings.aspx>

## A few facts and figures



- **89,000+** information requests made to Scottish public authorities last year
- Fewer than **1%** result in appeals to SIC
- **Over 65%** of requests result in requester getting all or some information
- **474** applications to SIC last year
- Over **65%** of SIC investigations find in full or part for the requester
- **1,700** general enquiries
- Population of Scotland **5.3 million**

# The steps in making information requests



1. **Request** to an authority
2. **Review** request to an authority
3. **Appeal** to the Scottish Information Commissioner.
4. **Statutory** right of **Appeal** by either party to the Court of Session
5. (Judicial) Appeal by either party to UK Supreme Court



**FOI does not give you a right  
access to your personal  
information (data)**



## Reporting

- **SIC must** lay an annual report before Parliament by the end of October each year
- **SIC may** lay other reports from time to time. These are referred to as “Special Reports”
- All reports are published on my website
- In January 2015 I published a special report for 10<sup>th</sup> Anniversary of FOISA in Scotland

# **Extension of Freedom of Information (Scotland) Act**

## **Special Report**

**FOI 10 years on: Are the right organisations covered?**

<http://www.itspublicknowledge.info/home/SICReports/OtherReports/otherReports.aspx>



“

Openness is central to a modern, mature and democratic society and serves to strengthen government and empower people.

”

**An Open Scotland**  
Jim Wallace, Deputy First Minister  
(1999)



“

Many bodies outside the public sector deliver important public services. There should be no doubt about ministers' commitment to using the powers in the bill to capture those bodies. ”

**Stage 3 debate of Freedom of Information (Scotland) Bill**  
Jim Wallace, Minister for Justice  
(2002)

# Extension – FOISA provisions



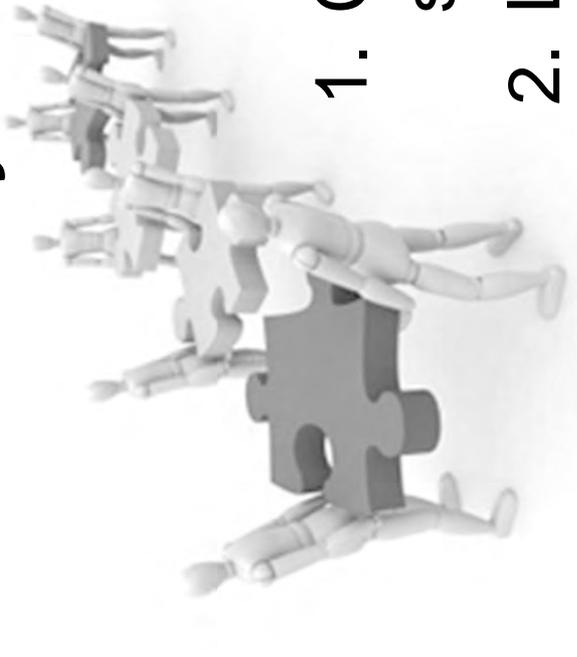
- **Schedule 1**  
<http://www.itspublicknowledge.info/YourRights/Whocanask.aspx>
  - Added by another Act of Parliament
  - Added under a **Section 4** order
- **Section 5**, designation
- **Section 43(4)**, Commissioner proposals
- **Section 7A** since 2013  
Ministers have duty to report

# Findings



- Ministers failed to use section 5 powers so:
  - Scope of FOI has reduced since law came into force
  - Existing rights to access to information have been lost or reduced
- The stated intentions to extend FOI have not materialised

# Contributory factors



1. Changes in the way public services are delivered
2. Lack of focus on rights
3. Lack of understanding about role of Ministers in relation to “Functions of a public nature”

## **New approaches**



1. A rights based approach
2. A factor based approach
  - an assessment based on a set of reasons or arguments that lead to the conclusion that, on balance, a function in public in nature for the purposes of FOISA

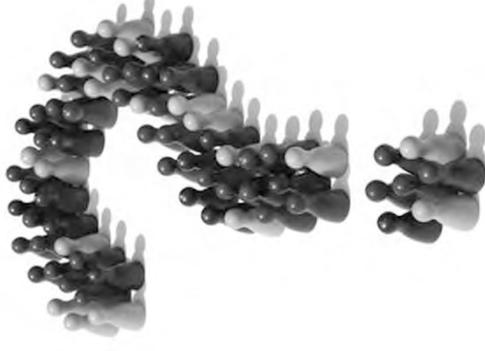
## **Why extension is needed**



- Restore lost rights
- Ensure that FOI keeps pace with changes in public service delivery
- Extend FOI to improve accountability and transparency, which in turn support democratic engagement
- It places duties for proactive publication

## Beyond FOISA 2002

- Ultimately the extension of FOI is a political decision but we have to question how effective legislation is if it does not give robust arrangements for holding those with power to extend FOI to account
- Is FOISA ultimately flexible enough to keep pace with change?





## **Scottish Information Commissioner**

Kinburn Castle  
Doubledykes Road  
St Andrews  
KY16 9DS

T: 01334 464610  
E: [enquiries@itspublicknowledge.info](mailto:enquiries@itspublicknowledge.info)  
W: [www.itspublicknowledge.info](http://www.itspublicknowledge.info)



Klagenemnda for miljøinformasjon



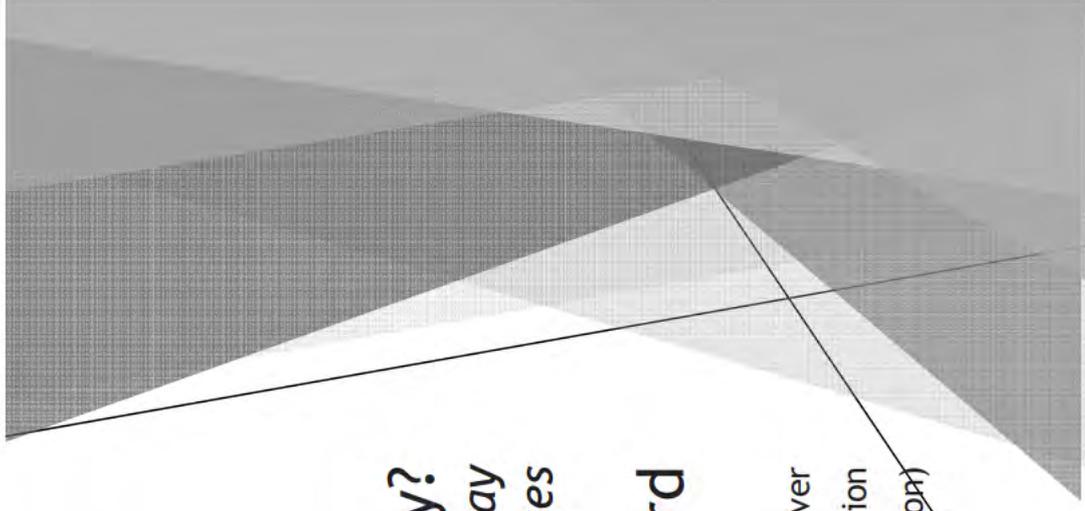
# Towards greater openness and transparency?

*The Environmental Information Act in Norway  
and public and private enterprises*

## - The experience of the Appeals Board

Professor Hans Petter Graver

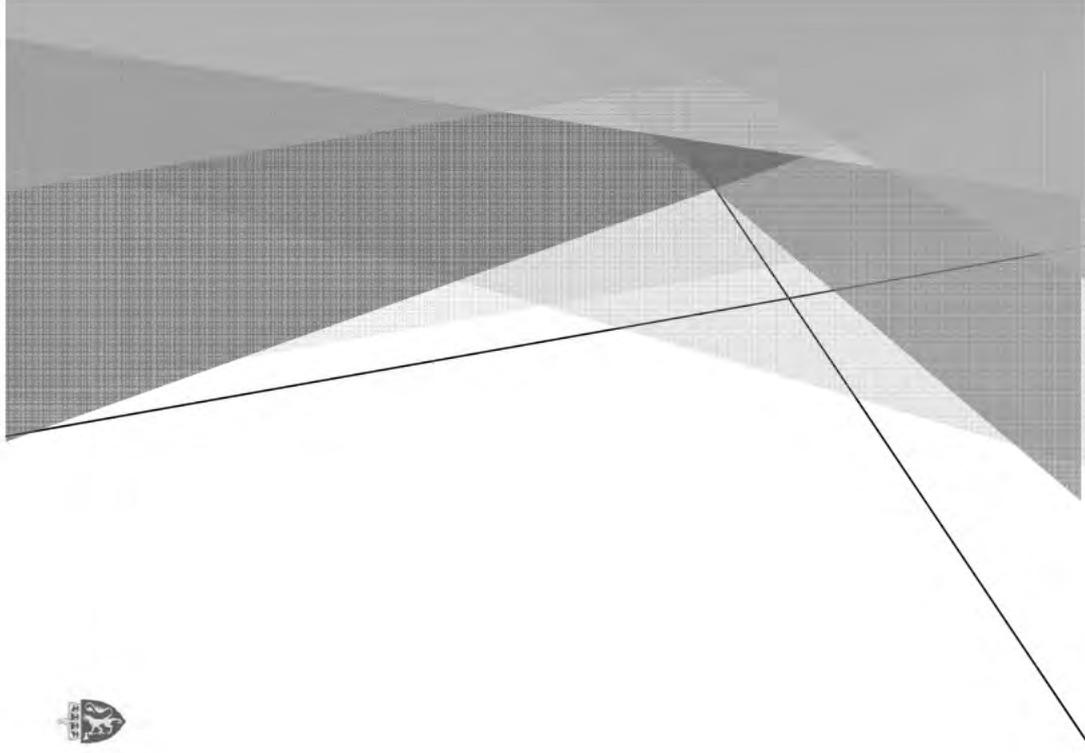
Chair of the Appeals Board for environmental information  
(Klagenemnda for miljøinformasjon)





## Outline of presentation

- ▶ Environmental Information Act - background and scope
- ▶ Right to receive information about enterprises
  - ▶ «Environmental information»
  - ▶ «Appreciable effect on the environment»
  - ▶ Production and distribution outside of Norway
  - ▶ Exemptions
- ▶ The Appeals Board
  - ▶ Statistics and selected decisions

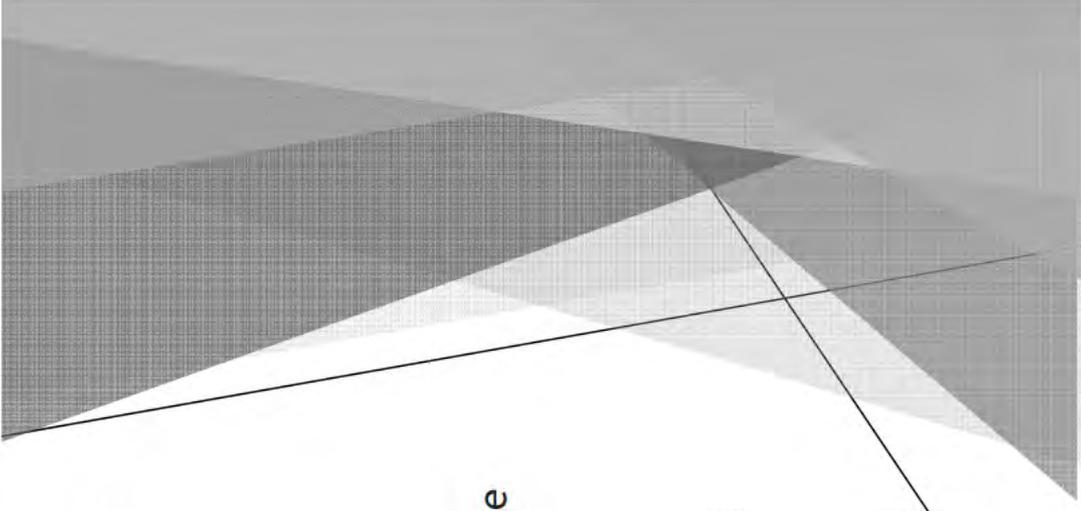




## Environmental Information Act - 2004

### Background

- ▶ Article 112 of the Norwegian Constitution
- ▶ Implements and goes further than the Aarhus Convention and the EU directive on public access to environmental information (2003/4/EF)
- ▶ Right to participation
- ▶ Right to environmental information from authorities and enterprises





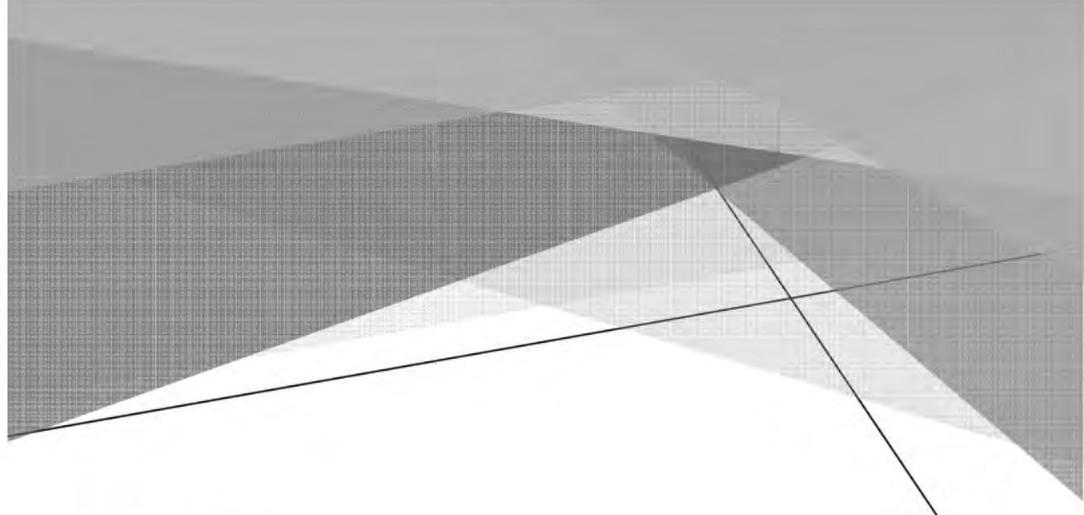
## Purpose of the Act (section 1)

«The purpose of this Act is to ensure public access to environmental information and thus make it easier for individuals to contribute to the protection of the environment, to protect themselves against injury to health and environmental damage, and to influence public and private decision makers in environmental matters. The Act is also intended to promote public participation in decision-making processes of significance relation to the environment.»



## Environmental Information Act - Scope

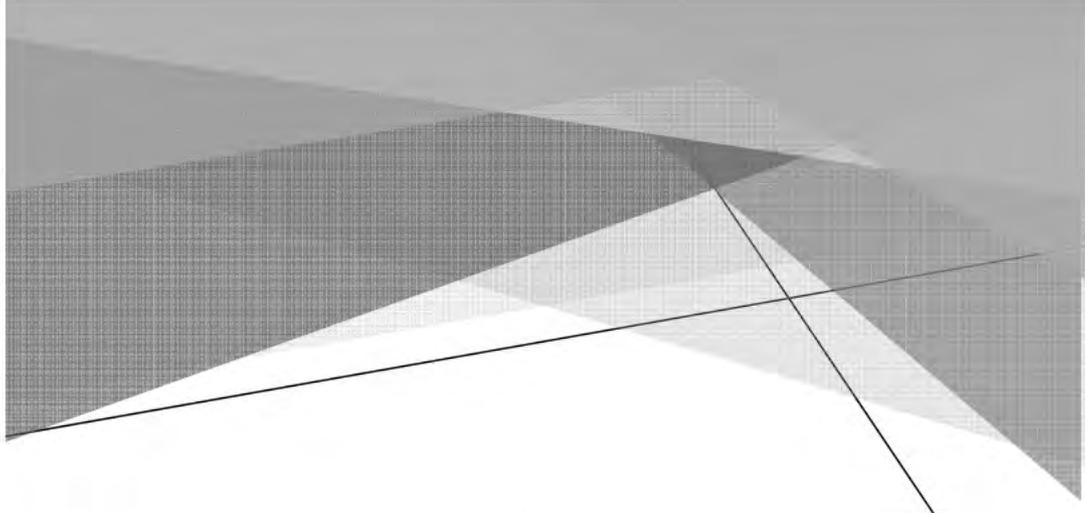
- ▶ *Authorities (chapter 3)*
  - ▶ must have environmental information,
  - ▶ make it generally accessible, and
  - ▶ provide access on request
- ▶ *Enterprises (chapter 4)*
  - ▶ must have environmental information on activities and products, and
  - ▶ provide access on request
- ▶ *Exceptions*
- ▶ *Appeals*





## Right to receive information about enterprises (section 16 sub-section one)

*«Any person is entitled to receive environmental information from undertakings (...) concerning factors related to the undertaking, including factor inputs and products, which may have an appreciable effect on the environment.»*





## Environmental information - definition

- ▶ Section 2
  - Factual information about and assessments of:
    - ▶ The environment
    - ▶ Factors that affect or may affect the environment
    - ▶ Human health, safety and living conditions to the extent that they are or may be affected by the state of the environment or factors that affect or may affect the environment





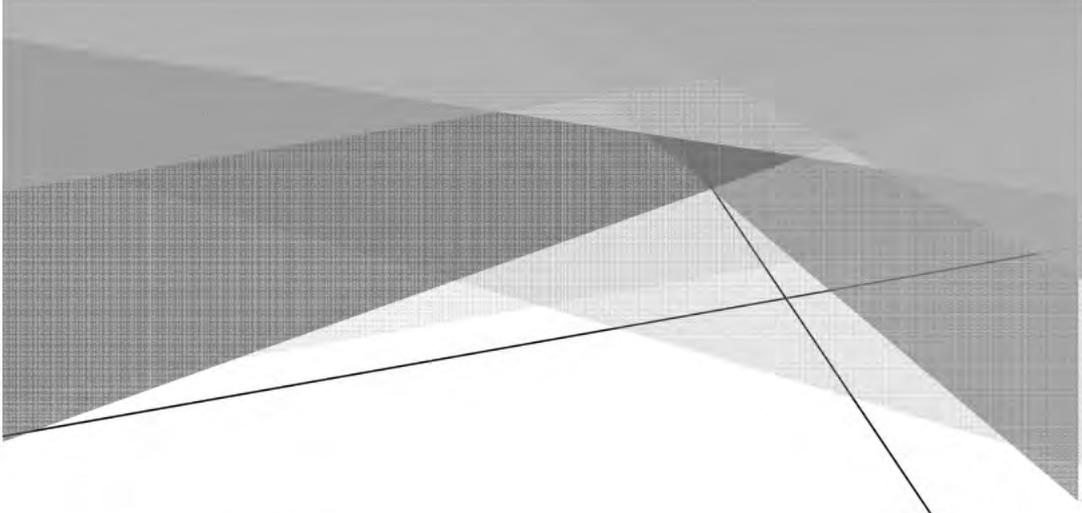
## What enterprises are included?

- ▶ Negative delimitation in section 5 sub-section 2
- ▶ Excludes public authorities as defined in section 5 first sub-section
  - ▶ Also includes legal persons that perform public functions/offer services to the public, controlled by an administrative agency and whose services are not subject to competition with the private sector
- ▶ All other public and private enterprises, including:
  - ▶ Commercial enterprises
  - ▶ Organized activities
  - ▶ Established in Norway



## «Factors related to the undertakings.... which may have an appreciable effect on the environment»

- ▶ Similar wording in section 9 on duty to hold information
- ▶ Sufficient that the factor «may have» an effect
- ▶ The effect must be «appreciable»





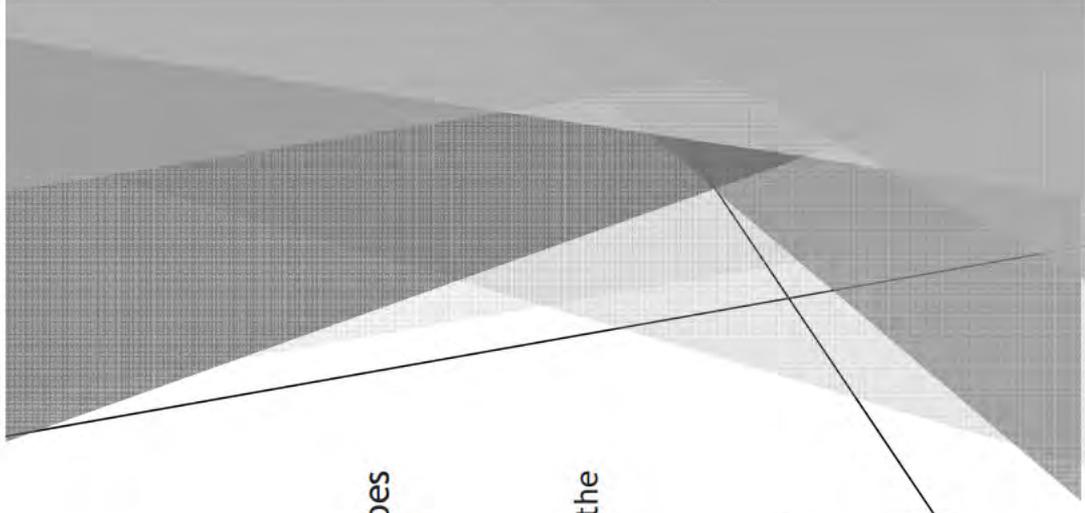
## Production and distribution outside Norway's borders (Section 16 sub-section 2)

*«The right to environmental information...also applies to information about effects on the environment resulting from production or distribution of a product outside Norway's borders, insofar as such information is available. An undertaking shall request such information from the previous link in the supply chain if this is necessary to enable it to answer the request for information»*



## Exemptions

- ▶ A request may be dismissed if it is formulated in too general a manner or does not provide an adequate basis for identifying what is meant by the request (section 16 sub-section 3)
- ▶ A request may - as a general rule - be refused if:
  - ▶ Public disclosure would facilitate the commission of acts that may harm parts of the environment that are particularly vulnerable or threatened with extinction
  - ▶ The request is clearly unreasonable
  - ▶ The information requested concerns technical devices and procedures or operational or business matters which for competition reasons it is important to keep secret in the interest of the person whom the information concerns





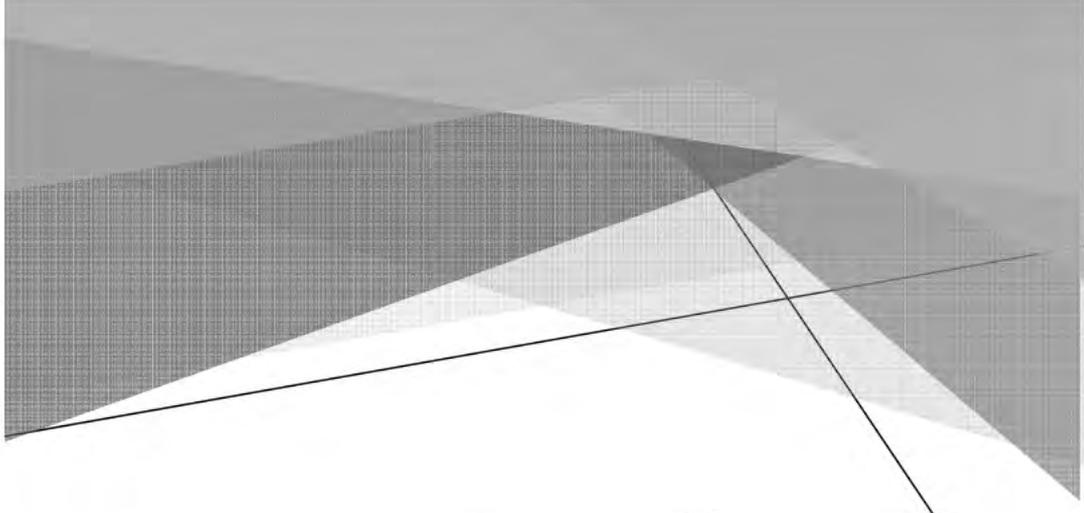
## Administrative Procedures (section 18)

- ▶ The recipient of a request may give the information in the form or format that is considered the most appropriate
- ▶ The information shall be adequate and comprehensible in relation to the need for information expressed by the applicant
- ▶ If the request can be answered satisfactorily the applicant may be referred to generally available public registers
- ▶ The recipient shall provide the information as soon as possible and no later than one month. Two months if extraordinary work
- ▶ Time limit for lodging an appeal: 3 weeks from the refusal. If no answer has been received within two months, this is regarded as a refusal



## The Appeals Board

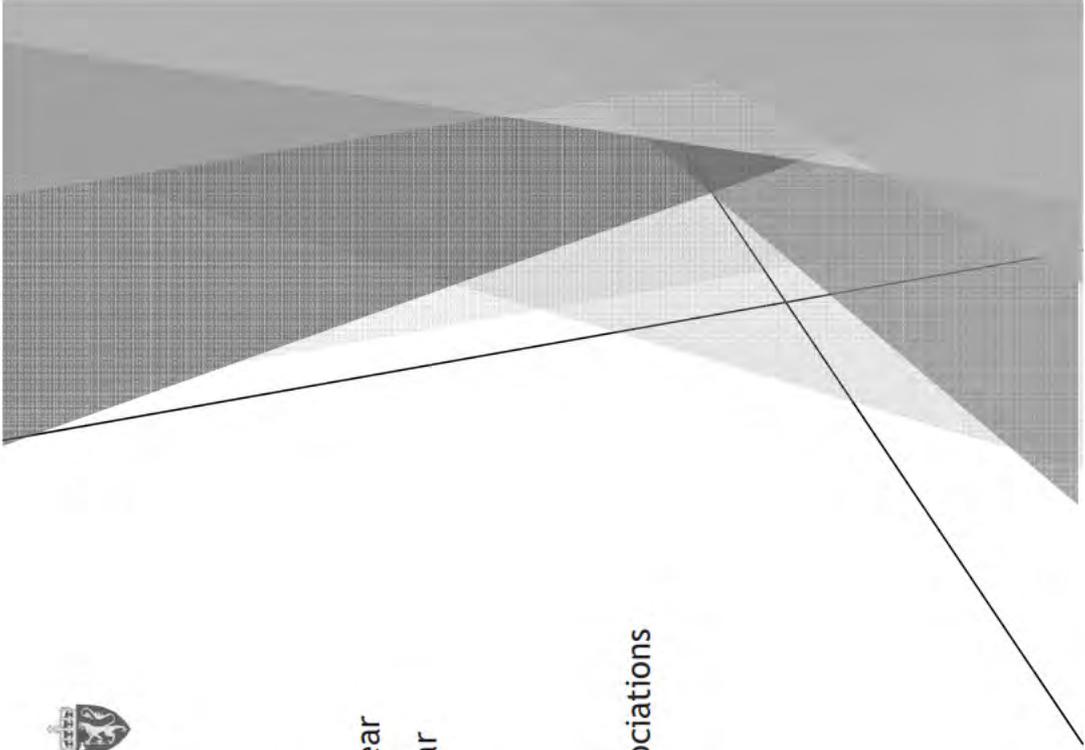
- ▶ Independent institution, administered by the Ministry of Climate and Environment
- ▶ Deals with cases where environmental information sought from public and private enterprises is denied
- ▶ Consists of a chair, deputy chair and six ordinary members, The Board is assisted in its work by a secretariat
- ▶ Decisions of the Appeals Board constitute special grounds for enforcements under the Enforcement Act
- ▶ Cases can be brought into court. NB! The parties in a dispute are the applicant and the enterprise that refused the request





## The Appeals Board Statistics and selected decisions

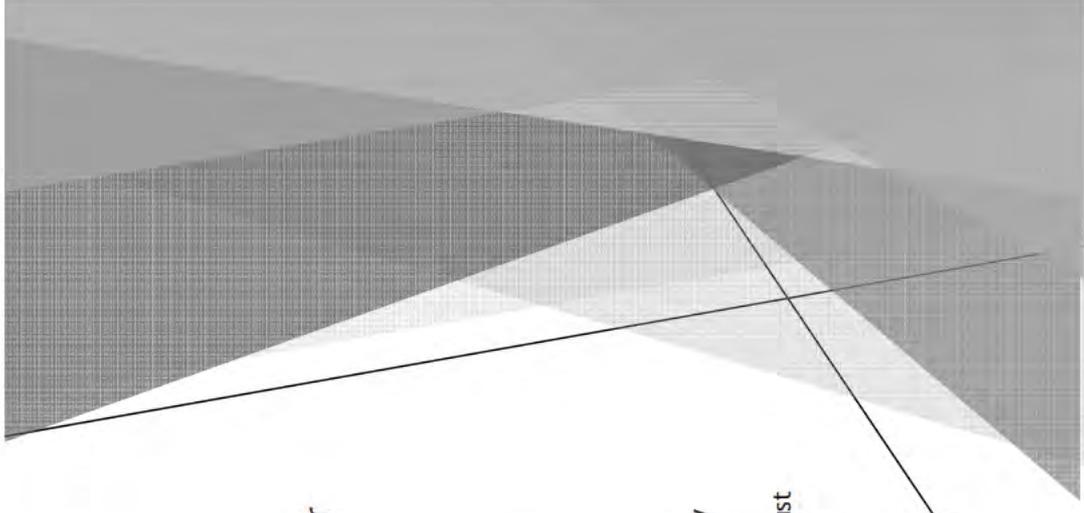
- ▶ The Appeals board receives approximately 10-12 appeals each year
- ▶ From 2004-2014: 70 decisions. On average 6-7 decisions each year
  - ▶ 47 % claims upheld/sustained
  - ▶ 47 % claims not upheld/sustained
  - ▶ 6 % claims rejected
- ▶ Majority of appeals are received from organisations or other associations
- ▶ Trends - type of cases:
  - ▶ Content of chemicals in consumer products
  - ▶ Content of tropical forest in products on the market in Norway
  - ▶ Environmental effects on forest production in Norway
  - ▶ Environmental effects of fish farming in Norway





## Case 2007/11 - Løvenskiold Vækerø

- ▶ A nature conservation organisation requested detailed maps from a forest owner showing primeval forest with special biological qualities
- ▶ The Appeals Board sustained the claim
- ▶ The land owner brought the case to court
- ▶ Supreme Court judgement (April 6th 2010) The land owner must hand out the requested maps either electronically or physically
  - ▶ location of forest areas with special biodiversity falls under the concept “environmental information”
  - ▶ logging of old-growth forests could have an appreciable impact on the environment by deteriorating the livelihoods of individual species.
    - ▶ “If the activities involve exploitation of the external environment, it seems clear that one must be familiar with the natural and environmental conditions one operates in.” (section 40)
- ▶ Løvenskiold had not proved its need for confidentiality
- ▶ A meeting in this case was not considered «adequate and comprehensible»





## Other cases...

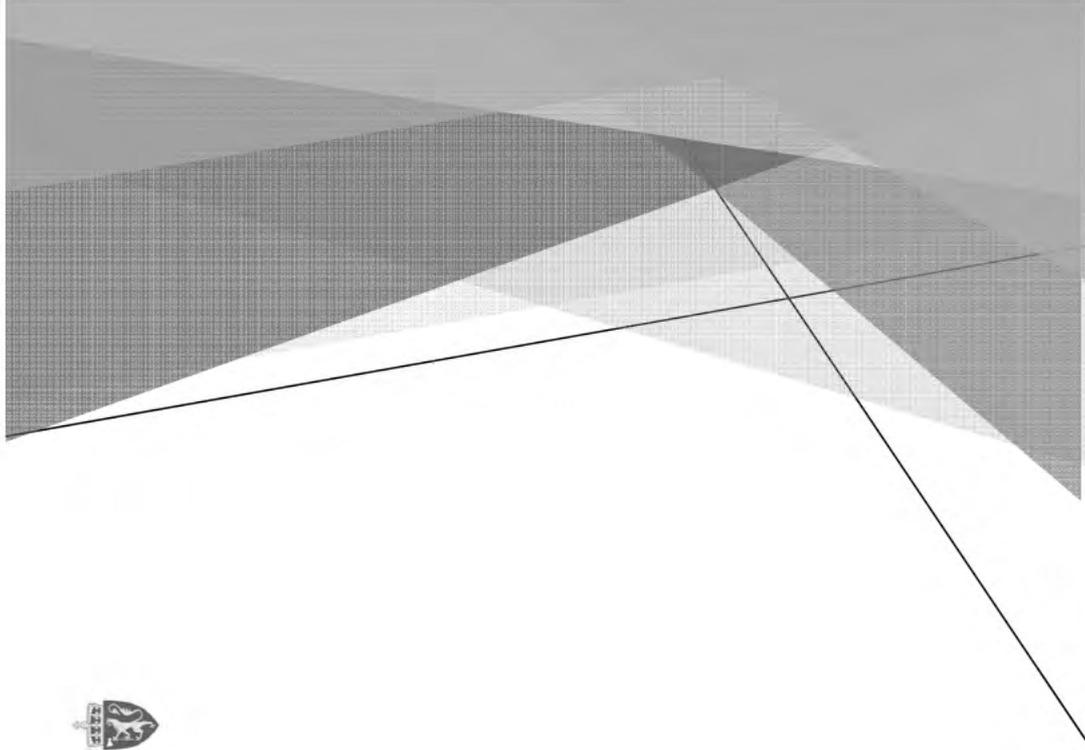
- ▶ Case 2007/5 Albert Bøe AS (rainforest)
- ▶ Case 2010/7 ConocoPhillips Scandinavia (generally worded/unreasonable)
- ▶ Case 2011/3 Statoil AS (generally worded/clearly unreasonable)
- ▶ Case 2014/13 Telenor ASA (confidentiality)
- ▶ Case 2014/7 Sinkaberg Hansen? (obligation party)
- ▶ Case 2014/5 Salten Aqua? (parent company)
- ▶ Case 2014/2 Mesta (offering service to the public)
- ▶ Case 2013/7 Sinkaberg Hansen (treatment method for salmon lice)

Klagenemnda for miljøinformasjon



## Future of the Board?

- ▶ Can it be organized differently?



## **Die Praxis der Informationsfreiheit aus Sicht privater Unternehmen<sup>1</sup>**

### **I. Einleitung**

Nachfolgend soll nicht auf den rechtstheoretischen Unternehmensbegriff und nur cursorisch auf Unternehmen als Inhaber von Informationszugangsrechten eingegangen werden. Schwerpunkt soll die praktische Erfahrung von Unternehmen mit der der Informationsfreiheit in Deutschland, speziell in Brandenburg sein. Soll der Bürger politische Entscheidungen treffen, muss er umfassend informiert sein.<sup>2</sup> Eine verantwortliche Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung des Volkes setzt voraus, dass der Einzelne von den zu entscheidenden Sachfragen, von den durch die verfassten Staatsorgane getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen genügend weiß, um sie beurteilen, billigen oder verwerfen zu können.<sup>3</sup> Für Unternehmen stellen die Informationen, die Behörden ansammeln, zunächst eine Ressource dar. Der Zeitaufwand und die Kosten des Zugangs zu dieser Ressource entscheiden darüber, ob das Unternehmen diese Ressource nutzen kann oder will. Nach dem Eindruck des Verfassers<sup>4</sup> erfolgt die Mehrzahl der forensischen IFG-Anfragen durch Unternehmen, sei es durch Presseunternehmen und deren Journalisten, sei es durch Insolvenzverwalter<sup>5</sup> für die von ihnen verwalteten Unternehmen, sei es durch Anwälte offen oder verdeckt für dahinter stehende Unternehmen. Auf einer zweiten Stufe entscheidet die Zugänglichkeit von staatlichen Informationen aber auch über das Investitionsklima für Unternehmen und damit deren Investitionsentscheidung. So berücksichtigen viele Unternehmen den Korruptions-Perzeptions-Index (TPI) des gemeinnützigen Transparency-Vereins. Bei diesem schneiden seit Jahren die skandinavischen Unternehmen, die die Informationsfreiheit seit langem kennen und praktizieren, deutlich besser ab als fast alle anderen Staaten. Die eingangs zitierte umfassende-

---

<sup>1</sup> Rechtsanwalt in Berlin. Der Verfasser hat die Kläger in vielen der genannten IFG-Verfahren vertreten.

<sup>2</sup> BVerfG, Urteil vom 5.8.1966 – 1 BvR 586/62 – juris Rz. 36, „Spiegel“, BVerfGE 20, 162-230.

<sup>3</sup> BVerfG, Urteil vom 2.3.1977-2 BvE 1/76 – juris Rz. 64, „Öffentlichkeitsarbeit“ BVerfGE 44, 125-197; BVerwG, Urteil vom 3.11.2011 – 7 C 3/11, juris Rn. 23.

<sup>4</sup> Belastbare Statistiken liegen nach Kenntnis des Verfassers nicht vor.

<sup>5</sup> VG Potsdam, Urteil vom 24. April 2014 – 9 K 312/13 -.

de Information des Bürgers führt also über den Umweg des TPI zu Investitions- und auch zu Desinvestitionsentscheidungen.<sup>6</sup> Dessen scheinen sich die Gesetzgeber in Deutschland nur wenig bewusst zu sein. Deutlich bewusster scheint zu sein, dass Unternehmen als Drittbeteiligte auch Objekt eines Informationszugangsanspruchs sein können. Kaum ein Gesetzgebungsverfahren kam ohne den Hinweis aus, dass dies zu einer Abwanderung von Unternehmen führen werde.<sup>7</sup>

Gemessen daran, weist das Informationsfreiheitsgesetz (IFG)<sup>8</sup> zwar den richtigen Weg aus einem erstaunlichen Entwicklungsrückstand<sup>9</sup> Deutschlands auf dem Gebiet der Informationsfreiheit. Gesetzestext wie Anwendungspraxis bleiben jedoch weit hinter den Vorgaben des BVerfG und der EMRK, wie dem Standard westlicher Demokratien zurück.

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit hat am 24. April 2012 seinen 3. Tätigkeitsbericht abgegeben.<sup>10</sup> Danach hat sich zwar die Zahl der Anträge zwischen 2008 und 2011 verdoppelt, bleibt aber mit 3280 Anträgen in 2011 auf einem sehr niedrigen Niveau.<sup>11</sup> Der vierte Tätigkeitsbericht führt dazu keine Zahlen.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> wie auch eine gewährte umfassende Due Diligence (DD) einen Unternehmenskauf begünstigt, eine verweigerte DD fast immer die Transaktion verhindert.

<sup>7</sup> Besonders ablehnend etwas Schreiben des Städte- und Gemeindebund Brandenburg, GF Böttcher, vom 10. Dezember 1997, Anlage zur Stellungnahme Punkt zu 7, nicht veröff.

<sup>8</sup> Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes vom 5. September 2005, BGBl. I S. 2722.

<sup>9</sup> Frenzel, Zugang zu Informationen der deutschen Behörden, 2000 S. 16; Partsch/Schurig, DÖV 2003, 482, 483.

<sup>10</sup> Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2011 und 2012, Abrufbar unter [http://www.bfdi.bund.de/IFG/Oeffentlichkeitsarbeit/Pressemitteilungen/2012/3TB\\_IFG.html](http://www.bfdi.bund.de/IFG/Oeffentlichkeitsarbeit/Pressemitteilungen/2012/3TB_IFG.html)

<sup>11</sup> Verglichen mit 47.100 Anfragen 2011 nach dem Britischen FOIA, vgl. „Freedom of Information requests 2011: how many were there and which were turned down? The Guardian, abrufbar unter <http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2012/apr/26/freedom-of-information-data>; oder 175.656 Anfragen in 2011 allein für das Department of Homeland Security: Freedom of Information Act Report 2011, abrufbar unter <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/privacy/privacy-foia-annual-report-fy-2011-dhs.pdf>.

<sup>12</sup> Abrufbar unter [http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB\\_IFG/4TB12\\_13.html;jsessionid=F13215B4725E6384E8096DD115ED8204.1\\_cid319?n=5217212](http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Taetigkeitsberichte/TB_IFG/4TB12_13.html;jsessionid=F13215B4725E6384E8096DD115ED8204.1_cid319?n=5217212).

## II. Der Informationszugangsanspruch in der Praxis

### 1. Anwendungsbereich

Auch für Unternehmen führt die Komplexität der Vielzahl von Informationszugangsrechten und deren unterschiedlicher Abgrenzung zu hohen Hindernissen beim Informationszugang. Für den Anspruchsteller ist weiterhin nicht ersichtlich, in welchen Fällen das IFG anwendbar ist. Das damit verbundene Kostenrisiko ist sicher einer der Gründe, warum auch Unternehmen das IFG selten nutzen. Denn das IFG befindet sich in einem Flickenteppich aus Informationszugangsrechten, der kaum überschaubar ist und zahlreiche Abgrenzungsprobleme und Verfahrensunterschiede mit sich bringt. Das Gesetz soll im Rahmen einer verdrängenden Spezialität nur anwendbar sein, sofern keine Normen in anderen Rechtsvorschriften den Informationszugang regeln, § 1 Abs. 3 IFG. Der Vertreter der Exekutive, Schmitz, hatte sich in der Anhörung zum IFG geweigert, eine Listung vorzunehmen, mit dem bemerkenswerten Argument, dem Ministerium des Inneren könnten nicht alle Gesetze bekannt sein. Dies wird aber vom Bürger und den Unternehmen gefordert. Speziellere Zugangsrechte sind das VIG, UIG,<sup>13</sup> StUG<sup>14</sup> oder BArchG.<sup>15</sup> Nicht speziell, sondern parallel anwendbar ist der Auskunftsanspruch nach Landespressegesetz.<sup>16</sup> Dabei können Informationen auf einem Blatt Papier zur Anwendung völlig verschiedener Gesetze und unterschiedlichen Verfahrensschritten führen.

So entschied das VG Berlin<sup>17</sup>, dass auf den Bundesbeauftragten für die Unterlagen der Staatssicherheit das IFG grundsätzlich bei Verwaltungsakten anwendbar sei, auf eventuell in diesen Akten enthaltene Metadaten aber das StUG und verurteilte die Behörde zu einer Neubescheidung nach StUG.

So soll nach § 9 Abs. 4 S. 2 IFG auch gegen die Entscheidung einer obersten Bundesbehörde ein Widerspruchsverfahren abweichend zu § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO durchgeführt werden. Unterliegt also eine Information dem BArchG, kann der Antragsteller sofort klagen, unterliegt

---

<sup>13</sup> OVG NRW, Urteil vom 1.3.2011 – 8 A 3357/08, UA S. 11.

<sup>14</sup> OVG BB, Beschluß vom 28.10.2011 – 10 S 33/11, LS 2.

<sup>15</sup> Berger, Jahrbuch 2009, 117.

<sup>16</sup> OVG NRW, Urteil vom 26.10.2011 – 8 A 2593/10, UA S. 38; Für das IFG NRW, VG Köln Beschluss vom 13.9.2012 – 13.L.112/12, UA S. 3; Schiller/Wolf, Jahrbuch 2011, 305, 322; Berger, Jahrbuch 2009, 117; a.A. wohl nur, Schoch, IFG § 6 Rn. 181.

<sup>17</sup> Urteil vom 8. September 2009 VG 2 A 8.07, AfP 2009, 621.

sie dem IFG, muss er zuerst ein Widerspruchsverfahren durchlaufen. Die daraus folgende Verwirrung wird in der Praxis dadurch gesteigert, dass die Zuständigkeit beim VG Berlin für das BArchG bei der 1. Kammer liegt, die für IFG Verfahren bei der 2. Kammer. Wünschenswert wäre eine Zusammenführung der Gesetze, zumindest der Verfahrensschritte, soweit kompetenzrechtlich zulässig.

Neben diesen Informationszugangsrechten gibt es noch Auskunfts- und Einsichtsrechte für Verfahrensbeteiligte (z.B. § 29 VwVfG, § 25 SGB X, § 111 GWB, § 4 Abs. 3 VOL/B). Diese Rechte unterfallen i.d.R. nicht dem § 1 Abs. 3 IFG. Für § 29 VwVfG und § 25 SGB X ergibt sich dies aus § 1 Abs. 3 IFG selbst. Für § 111 GWB und § 4 Abs. 3 VOL/B wurde dies entschieden,<sup>18</sup> weil ihr Anwendungsbereich zu eng ist, als dass sie das IFG ausschließen könnten.<sup>19</sup> Weiterhin gibt es noch Informationsrechte Betroffener (z.B. § 110 BBG, § 19 BDSG, § 15 BVerfSchG).<sup>20</sup> Ebenfalls nicht unter § 1 Abs. 3 fallen schließlich Ansprüche aus dem Zivilrecht i.w.S. nach § 242 BGB,<sup>21</sup> §§ 20, 97 InsO,<sup>22</sup> § 26a KWG,<sup>23</sup> § 131 AktG,<sup>24</sup> § 51a GmbHG<sup>25</sup> und § 321a HGB.<sup>26</sup>

Akteneinsichtsrechte nach § 49 Abs. 1 OWiG und der §§ 406e, 475, 476 StPO werden als spezieller angesehen.<sup>27</sup> In diesem Zusammenhang können Abgrenzungsprobleme auftreten. Wird in einem Strafverfahren ermittelt, so neigt die Rechtsprechung dazu, auch Informationen betreffend das Verhalten der Polizei bei der Gefahrenabwehr einzubeziehen.<sup>28</sup>

---

<sup>18</sup> VG Stuttgart, Urteil vom 17.5.2011 – 13 K 3505/09, juris Rn. 68; Schiller/Wolf, Jahrbuch 2011, 305, 330.

<sup>19</sup> VG Stuttgart, Urteil vom 17.5.2011 – 13 K 3505/09, juris Rn 53 f; Schiller/Wolf, Jahrbuch 2011, 305, 323

<sup>20</sup> Berger, Jahrbuch 2009, 117.

<sup>21</sup> OVG NRW, Urteil vom 15.6.2011 – 8 A 1150/10, UA S. 11.

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 9.11.2010 – 7 B 43/10.

<sup>23</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 2.3.2010 – 6 A 1684/08, juris Rn. 8; Schiller/Wolf, Jahrbuch 2011, 305, 322.

<sup>24</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 2.3.2010 – 6 A 1684/08, juris Rn. 8.

<sup>25</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 2.3.2010 – 6 A 1684/08, juris Rn. 8.

<sup>26</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 2.3.2010 – 6 A 1684/08, juris Rn. 8.

<sup>27</sup> Schoch, IFG, § 6 Rn. 192.

<sup>28</sup> Vgl. OVG NRW, Urteil vom 7.10.2010 – 8 A 875/09, juris Rn. LS 2, gleichwohl betont das OVG in dieser Entscheidung: „Jedoch kann letztlich offen bleiben, ob die Beamten auch aus präventiven Erwägungen gerufen wurden. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, ist für die Einordnung das tatsächliche Handeln der Beamten vor Ort aus Sicht eines objektiven Dritten entscheidend, wobei bei zeitlich einheitlichen Handlungen, die sowohl repressive als auch präventive Zielrichtungen verfolgen, auf den Schwerpunkt der Handlung abzustellen ist.“

Dies wird dem Zweck des IFG, der Überprüfung des Behördenverhaltens zwecks Vertrauenszurückgewinnung nicht gerecht.

Noch problematischer ist jedoch, dass der Anwendungsbereich des IFG ständig zurückgeschnitten wird. Während der offene Versuch des Gesetzgebers<sup>29</sup>, eine Bereichsausnahme für den Finanzaufsichtssektor ausgerechnet nach der Finanzkrise gesetzgeberisch zu schaffen, scheiterte<sup>30</sup>, wurde dies durch die Auslegung der Normenkette von § 3 Nr. 4 IFG, § 9 Abs. 1 KWG bzw. § 8 Abs. 1 WpHG und Art. 54 „Berufsgeheimnis“ der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/WG überraschend erreicht.<sup>31</sup> Damit ist der Zugang zu den Unterlagen der Finanzaufsicht, welche einen hohen ökonomischen Wert haben, vorerst versperrt.

Dass die Unterlagen von Rechnungshöfen eine attraktive Ressource sind, wurde bereits 1997 in Brandenburg durch die Opposition erkannt.<sup>32</sup>

Der Bundesgesetzgeber hat versteckt durch die Einführung von § 96 Abs. 4 BHO den Informationszugang nun so modifiziert, dass ein Einsichtsantrag wenig erfolgversprechend ist.<sup>33</sup> Damit ist eine weitere Ressource für den leicht verständlichen Informationszugang versperrt.

Die Intransparenz des europäischen Gesetzgebungsprozesses führt dazu, dass die Exekutive, die dort sogar Gesetzgeber ist, versucht, darüber das IFG einzuschränken, so zum Beispiel bei dem Vorschlag zum Schutz des Betriebs und Geschäftsgeheimnisses.<sup>34</sup>

## 2. Anspruchsberechtigte

Die Frage der Anspruchsberechtigung verursacht für Unternehmen wenig Probleme. Lediglich in Nordrhein Westfalen hat man sich entschieden, mit § 4 Abs. 1 IFG nur natürlichen Personen einen Informationszugangsanspruch zu gewähren. Dies kann aber einfach durch Stellung des

---

<sup>29</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, Zahlungsdienste-Umsetzungsgesetz BR Drs. 827/1/08.

<sup>30</sup> Vgl. Partsch, NJW Editorial: „Keine Black Box im Finanzbereich“, NJW Heft 15, 2009, S. III.

<sup>31</sup> VGH Kassel, Urteil vom 11. März 2015 – 6 A 1071/13, AfP 2015, 371373, nicht rechtskräftig.

<sup>32</sup> BbgVerfG, Urteill vom 20.11.1997 – VfGBbg, NvWZ RR 1998, 209.

<sup>33</sup> Ausführlich dazu Roth, in Berger/Partsch, IFG 2. Aufl., § 3 Rz. 60 a ff.

<sup>34</sup> vgl. Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung /\* COM/2013/0813 final – 2013/0402 (COD) \*/, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52013PC0813> .

Antrags durch eine natürliche Person, zum Beispiel einen Anwalt, umgangen werden. In der Praxis erteilen Behörden in NRW bei einfachen Fällen auch Auskunft an Unternehmen.

### 3. Anspruchsverpflichtete

Bei der Frage des Anwendungsverpflichteten sollte analog der Rechtsprechung zum presserechtlichen Auskunftsanspruch<sup>35</sup> der Anspruch auch bei juristischen Personen des Privatrechts gewährt werden, wenn der Bund an diesen mehrheitlich beteiligt ist<sup>36</sup>, um auch dort die Flucht der Verwaltung vor der Transparenz in die Privatrechtsnorm zu verhindern. Die Gerichte sind aber zur Zeit nicht bereit, selbst beim Extremfall des Flughafens Berlin-Brandenburg diesen durch die Erweiterung des presserechtlichen Auskunftsanspruch gegen Kapitalgesellschaften in öffentlicher Hand vorgezeichneten Weg<sup>37</sup> für das IFG nachzugehen. So verteidigte sich der Ministerpräsident Brandenburgs erfolgreich damit, dass seine Unterlagen als Aufsichtsrat des BER nicht dem AIG unterliegen.<sup>38</sup> Der Berliner Bürgermeister, ebenfalls im AR des BER, berief sich erfolgreich auf § 17 Abs. 4 IFG Berlin, da er nach § 116 Satz 2 AktG zur Vertraulichkeit verpflichtet sei.<sup>39</sup>

Der Anspruch wird abgewiesen, wenn die Information nicht bei der Behörde vorhanden ist.<sup>40</sup> Ob das der Fall ist, erfährt der Antragssteller oft erst aber im Verfahren und wird dann kostenpflichtig abgewiesen. Das soll selbst dann gelten, wenn sich die Behörde nach Antragstellung der Informationen entäußert hat.<sup>41</sup> Hier sollte die Behörde eine Wiederbeschaffungspflicht treffen.

---

<sup>35</sup> VG Hannover, Beschluß vom 5.6.2003 – 6 A 4856/02 – juris Rz. 8.

<sup>36</sup> Zum IFG NRW: OVG NRW, Urteil vom 7.10.2010 – 8 A 875/09, UA S. 9: „Darüber hinaus erfasst § 2 Abs. 1 IFG NRW auch die Verwaltung im materiellen Sinne, wie sich aus der Behördendefinition in § 2 Abs. 1 S. 2 IFG NRW sowie aus § 2 Abs. 4 IFG NRW ergibt, der die Anwendbarkeit des Gesetzes auf natürliche und juristische Personen des Privatrechts regelt, sofern sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen.“

<sup>37</sup> BGH, NJW 2005, 1720.

<sup>38</sup> VG Potsdam, Beschluss vom 30. Mai 2013 – VG 9 L 34/13.; ebenso OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. April 2014 – 12 S 77.13.

<sup>39</sup> VG Berlin, Urteil vom 13. November 2013 – 2 K 41.13.

<sup>40</sup> OVG BB, Urteil vom 31.5.2011 – 12 N 20/10, juris Rn. 10.

<sup>41</sup> OVG BB, Urteil vom 31.5.2011 – 12 N 20/10, juris Rn. 13.

#### 4. Ausnahmen zu Gunsten öffentlicher Interessen, z. B. § 3 IFG

Der Gesetzgeber hat das IFG mit zu vielen Ausschlussgründen zum Schutz des öffentlichen Interesses versehen und damit den Informationszugangsanspruch entwertet. Immerhin sollen die Ausschlussgründe des IFG eng ausgelegt werden.<sup>42</sup> § 3 IFG enthält insgesamt über 30 verschiedene Versagungsgründe.<sup>43</sup> In vielen Fällen ist noch unklar wie weit die einzelnen Versagungsgründe reichen.<sup>44</sup> Teilweise überschneiden sich die Gründe auch.<sup>45</sup> So schützt § 3 Nr. 1 c) IFG neben der äußeren die innere Sicherheit. Diese Begriffe sind bisher juristisch kaum definiert worden.<sup>46</sup> § 3 Nr. 2 IFG bezieht sich scheinbar auf dasselbe Schutzgut, wenn er auf die öffentliche Sicherheit abstellt.<sup>47</sup> § 3 Nr. 1 a) IFG schützt vor Nachteilen für internationale Beziehungen, während § 3 Nr. 3 a) IFG Beeinträchtigungen der Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen vorbeugen soll.<sup>48</sup> Auch hier gibt es Überschneidungen, welche die Auslegung erschweren.

Immerhin wird § 3 Nr. 3 a) IFG entnommen, dass sich der Auskunftsanspruch auch auf „Regierungshandeln“ beziehen kann, was vom BMJ vehement bestritten wurde.<sup>49</sup> Denn internationale Verhandlungen werden von der Regierung geführt.<sup>50</sup> Eines Ausschlussgrundes in § 3 Nr. 3 a) IFG hätte es nicht bedurft, würde man Regierungshandeln nicht unter den Behördenbegriff des § 1 Abs. 1 IFG subsumieren. Ein Ausschlussgrund für den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung wurde vom Gesetzgeber bewusst nicht formuliert.<sup>51</sup> Vielmehr ist dieser Ausschlussgrund bereits in den Gründen des § 3 IFG enthalten, vgl. insbesondere § 3 Nr. 3 b) IFG.<sup>52</sup> Die in § 3 Nr. 3 a) IFG enthaltene Einschränkung der „notwendigen Vertraulichkeit“ soll nach dem OVG NRW auch auf § 3 Nr. 3 b) IFG angewendet werden.<sup>53</sup> Eine Abgrenzung von § 3 Nr. 3 b) zu

---

<sup>42</sup> OVG NRW, Urteil vom 26.10.2011 – 8 A 2593/10, UA S. 26.

<sup>43</sup> Schnabel, Jahrbuch 2011, 153, 155.

<sup>44</sup> OVG NRW, Urteil vom 2.11.2010 – 8 A 475/10, UA S. 20: „*Der Wortlaut des § 3 Nr. 3 Buchstabe b IFG ist sprachlich missglückt*“, Schaar/Roth, Jahrbuch 2011, 13.

<sup>45</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 11 ff.

<sup>46</sup> Schnabel, Jahrbuch 2011, 153, 164; siehe nun aber OVG BB, Urteil vom 20.3.2012 – 12 B 27/11, juris Rn. 36..

<sup>47</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 11.

<sup>48</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 11.

<sup>49</sup> OVG BB, Urteil vom 5.10.2010 – 12 B 5/08, juris Rn. 24.

<sup>50</sup> OVG BB, Urteil vom 5.10.2010 – 12 B 5/08, juris Rn. 24.

<sup>51</sup> Berger/Roth/Scheel, IFG, § 3 Rn. 108.

<sup>52</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2011 – 7 C 3/11, juris Rn. 31.

<sup>53</sup> OVG NRW, Urteil vom 2.11.2010 – 8 A 475/10, UA S. 20.

§ 4 IFG steht noch aus.<sup>54</sup> Eine weitere Unstimmigkeit wird bei den fiskalischen Interessen gesehen. § 6 IFG soll nach dem VG Köln richtigerweise für Behörden wegen § 3 Nr. 6 IFG nicht anwendbar sein.<sup>55</sup> Umgekehrt wird gefordert § 3 Nr. 6 IFG wegen § 6 IFG zu streichen.<sup>56</sup>

In vielen Fällen bereitet die Auslegung des IFG Schwierigkeiten, weil die Begrifflichkeiten unklar sind. Besonders auffällig ist dies, wenn es um die Bestimmung der Gefahrenschwelle geht.<sup>57</sup> So enthält § 3 IFG unterschiedlichste Formulierungen bezüglich der Gefahr<sup>58</sup>: „nachteiligen Auswirkungen“ (Nr. 1), „gefährden kann“ (Nr. 2), „beeinträchtigt werden“ (Nr. 3), „geeignet wäre ... zu beeinträchtigen“ (Nr. 6). Gleichwohl muss zumindest die Möglichkeit einer Gefahr substantiiert dargelegt werden.<sup>59</sup> Hinsichtlich § 3 Nr. 1 c) IFG besteht dem OVG BB zu Folge ein gerichtlich nicht überprüfbarer Prognosespielraum.<sup>60</sup>

Bei den Schutzgütern bietet sich ein ähnliches Bild. § 3 IFG nennt hier „Beziehungen“ (Nr. 1 a), „Belange“ (Nr. 1 b), „Aufgaben“ (Nr. 1 d), „Angelegenheiten“ (Nr. 1 e), „Maßnahmen“ (Nr. 1 f), „öffentliche Sicherheit“ (Nr. 2), „Verhandlungen“ und „Beratungen“ (Nr. 3).

---

<sup>54</sup> Vgl. OVG BB, Urteil vom 5.10.2010 – 12 B 6/10, Rn. 34.

<sup>55</sup> VG Köln, Urteil vom 7.4.2011 – 13 K 822/10, juris Rn. 66 – 89.

<sup>56</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 11; vgl. auch VG Hamburg, Urteil vom 7.5.2010 – 19 K 288/10, juris Rn. 41.

<sup>57</sup> Schaar/Roth, Jahrbuch 2011, 13.

<sup>58</sup> Schnabel, Jahrbuch 2011, 153, 155.

<sup>59</sup> BVerwG, Urteil vom 29.10.2009 – 7 C 22/08, juris Rn. 19: „Was den Grad der Gewissheit anlangt, lässt die Vorschrift damit die Möglichkeit nachteiliger Auswirkungen ausreichen. Eher fernliegende Befürchtungen scheiden hingegen aus.“; OVG NRW, Urteil vom 26.10.2011 – 8 A 2593/10, S. 25; VG Frankfurt, Urteil vom 23.1.2008 – 7 E 3280/06 (V), juris Rn. 78: „Die Beklagte hätte daher substantiiert darlegen müssen, welche Akteninhalte aus welchen Gründen zwingend nicht freigegeben werden können. Ein Verweis auf nicht von vornherein auszuschließende abstrakt gegebene nachteilige Auswirkungen auf die Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Beklagten reicht demgegenüber nicht aus, um der Klägerin den beantragten Informationszugang zu verwehren.“

<sup>60</sup> Zu weit gehend OVG BB, Urteil vom 20.3.2012 – 12 B 27/11, juris Rn. 36: „Die in die Zukunft gerichtete Bewertung dieser Erkenntnisse lässt sich nicht vollständig in einer rechtsanwendenden Kontrolle nachvollziehen, sondern ist typischerweise von der Exekutive zu leisten (...) Eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrolle ergibt sich danach schon aus der Art des in Rede stehenden Rechtsgutes. Dabei kann offen bleiben, ob die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte für alle Tatbestände des § 3 Nr. 1 IFG gilt. Denn von dem prognostischen Charakter der Einschätzung von Nachteilen ist jedenfalls bei solchen Rechtsgütern auszugehen, die in besonderem Maße die Beurteilung praktischen Erfahrungswissens voraussetzen, wie es nur bei der Exekutive gesammelt werden kann. Dies ist bei dem Schutzgut der inneren Sicherheit der Fall.“

Hinsichtlich der Verschlussachen i.S.v. § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 4 SÜG gehen die Gerichte richtigerweise von der Notwendigkeit einer engen Auslegung aus, indem sie nicht auf die formelle Einstufung als Verschlussache abstellen, sondern darauf, ob die Einstufung eines Vorgangs den materiellen Anforderungen an diese Einstufung genügt.<sup>61</sup> „§ 3 Nr. 4 IFG regelt das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Informationsfreiheitsgesetz und Vorschriften, die eine Geheimhaltungspflicht anordnen, sei es in Form von Berufsgeheimnissen, besonderen Amtsgeheimnissen oder der Einstufung einer Information als Verschlussache.“<sup>62</sup> Unter § 3 Nr. 4 IFG wurden bisher u. a. das Steuergeheimnis nach § 30 AO,<sup>63</sup> das Sozialgeheimnis nach § 35 Abs. 1, §§ 67 ff. SGB X,<sup>64</sup> die Verschwiegenheitspflichten nach § 8 WpHG,<sup>65</sup> § 9 KWG,<sup>66</sup> das Beratungsgeheimnis nach § 43 DRiG,<sup>67</sup> nicht aber die allgemeine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit subsumiert, vgl. § 67 BBG<sup>68</sup>, § 37 BeamStG.<sup>69</sup> Für § 44d AbgG hat das BVerwG eine Einordnung ausdrücklich offengelassen.<sup>70</sup>

## 5. Ausnahmen zu Gunsten privater Interessen

Persönliche Daten werden durch § 5 IFG geschützt. Danach darf der Zugang zu personenbezogenen Daten nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt. Liegen jedoch die gesetzlich definierten Überwiegensgründe nach Abs. 2 oder 4 nicht vor, so führt das Vorliegen von personenbezogenen Daten nach derzeitiger Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg immer zum Anspruchsausschluss.<sup>71</sup> Eine weitere Abwägung im Wege der prakti-

---

<sup>61</sup> BVerwG, Beschluss vom 10.1.2012 – 20 F 1/11, juris, LS 1; BVerwG, Beschluss vom 19.4.2010 – 20 F 13/09, juris Rn 23.

<sup>62</sup> VG Berlin, Urteil vom 21.10.2010 – 2 K 89.09, juris Rn. 28.

<sup>63</sup> BFH, Urteil vom 7.12.2006 – V B 163/05, juris Rn. 14.

<sup>64</sup> VGH München, Urteil vom 7.10.2008 – 5 BV 07/2162, juris Rn. 48.

<sup>65</sup> BVerwG, Urteil vom 24.5.2011 – 7 C 6/10, juris Rn. 14.

<sup>66</sup> BVerwG, Urteil vom 24.5.2011 – 7 C 6/10, juris Rn. 14.

<sup>67</sup> OVG NRW, Urteil vom 26.10.2011 – 8 A 2593/10, S. 22.

<sup>68</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2011 – 7 C 3/11, juris Rn. 26.

<sup>69</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2011 – 7 C 3/11, juris Rn. 26.

<sup>70</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2011 – 7 C 4/11, juris Rn. 30.

<sup>71</sup> OVG BB, Urteil vom 7.6.2012 – 12 B 34/10, juris LS „Montblanc“; OVG BB, Urteil vom 7. Juni 2012 – OVG 12 B 40.11, UA S. 6.

schen Konkordanz erfolgt nicht. Dies überzeugt nicht. Denn Ausnahmetatbestände sollen im IFG eng ausgelegt werden.<sup>72</sup>

Weiterhin sollte überlegt werden, ob die Abgeordneten aus Vorbildfunktion die umfassende Auslegung des Begriffs „*im Zusammenhang mit dem Mandat*“ in § 5 Abs. 2 IFG durch die Berliner Gerichte<sup>73</sup> nicht auf den ursprünglich intendierten Schutz des Kernbereichs ihres Mandats<sup>74</sup> zurückführen sollten.

Die in § 5 Abs. 1 Satz 1 IFG eigentlich bereits angelegte Abwägung des Informationsinteresses gegen die schutzwürdigen Interessen Dritter muss zu Gunsten des Informationsinteresses verstärkt werden. Sonst ist weder eine aktuelle Berichterstattung, noch eine Geschichtsschreibung<sup>75</sup> möglich. Ein solchermaßen falsch verstandener Datenschutz führt zurzeit zu völliger Intransparenz.

Nach § 6 S. 1 IFG besteht der Informationszugangsanspruch nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht.<sup>76</sup> Hier sollte klargestellt werden, dass der Staat abseits der registerrechtlich geschützten Rechte (Markenrechte, Patentrechte etc.) nicht an den Schriftstücken, die er mit Steuermitteln erstellt, ein Urheberrecht gegen den Bürger geltend machen kann. Gleiches gilt, wenn Dritte für den Staat Werke erstellen. Der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darf nur nach Einwilligung des Betroffenen erfolgen, § 6 S. 2 IFG. Beide Regelungen eröffnen weder einen Abwägungsspielraum noch Ermessen auf der Rechtsfolgenseite.<sup>77</sup> Lediglich der unbestimmte Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses lässt Wertungen bei der Frage, ob ein schutzbedürftiges Interesse vorliegt, zu. Geheimnisse sind nach der Definition des BVerfG alle sich auf einen bestimmten Rechtsträger und dessen Lebensverhältnisse beziehende Tatsachen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger

---

<sup>72</sup> VG Hamburg, Urteil vom 7.5.2010 – 19 K 288/10, juris Rn. 29; Lechtermann, Jahrbuch 2009, 243, 256.

<sup>73</sup> Vgl. OVG, Urteil vom 7. Juni 2012 – 12 B 34.10 UA S. 10 f. – Montblanc.

<sup>74</sup> Berger, in Berger/Roth//Scheel, § 5 Rz. 17.

<sup>75</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.4.2010 – 20 F 13/09 – Eichmann.

<sup>76</sup> Zu dieser Problematik: VG Frankfurt, Urteil vom 12.3.2008 – 7 E 5426/06, juris Rn. 65; VG Braunschweig, Urteil vom 17.10.2007 – 5 A 188/06, juris Rn. 26; Schnabel, K&R 2011, 626, 630; Hoeren, Jahrbuch 2008, 105; Lenski, NordÖR 2006, 89.

<sup>77</sup> VG Berlin, Urteil vom 22.10.2008 – 2 A 29/08, juris Rn. 25 ff; VG Braunschweig, Urteil vom 17.10.2007 – 5 A 188/06, juris Rn. 33; Kloepfer, Jahrbuch 2011, S. 207.

ein berechtigtes Interesse hat.<sup>78</sup> Ein Geheimhaltungsinteresse kann aus verschiedenen Gründen unberechtigt sein. Das Interesse wurde bereits in Fällen abgelehnt, in denen die Informationen nicht wettbewerbsrelevant waren, z.B. weil es auf Grund der Monopolstellung des Unternehmens keine Wettbewerber gab.<sup>79</sup> Auch Informationen über rechtswidrige Vorgänge sollen nicht immer schutzwürdig sein.<sup>80</sup> Dass die öffentliche Hand oder ein Privater ein berechtigtes Interesse an der Verheimlichung rechtswidrigen Handelns haben soll, überzeugt nicht. Es gibt keine plausible Begründung warum die wirtschaftlich verwertbaren Geheimnisse von Unternehmen nach § 6 einen höheren Schutzstandard haben sollen, als die persönlichen Daten von natürlichen Personen.<sup>81</sup> §§ 5 und 6 IFG sind neben § 3 Nr. 4 IFG die am häufigsten genannten Ausschlussgründe.<sup>82</sup> Daher ist der Wertungswiderspruch an dieser Stelle besonders augenfällig.

## 6. Das Hauptsacheverfahren

Der Antrag ist nach der Soll-Vorschrift des § 7 Abs. 5 binnen Monatsfrist zu bescheiden. Dies geschieht in der Praxis in 30% der Fälle nicht.<sup>83</sup> In Abweichung zu § 75 VwGO ist also bereits nach einem Monat die Untätigkeitsklage statthaft.<sup>84</sup> Erhält der Antragsteller jedoch einen Bescheid und legt er dagegen Widerspruch ein, so soll er drei Monate warten müssen, bevor die Untätigkeitsklage statthaft sein soll. Das überzeugt nicht. Generell ist der Verwaltungsrechtsweg zu wählen, es sei denn, ein Fall des § 23 EGBGB liegt vor. Diese abdrängende Sonderzuweisung ist immer dann zu berücksichtigen, wenn Anfragen an Strafverfolgungsbehörden gerichtet werden<sup>85</sup>, nicht aber gegen die Polizei bei präventiver Tätigkeit. Eine gesicherte Rechtsprechung, die gewährleistet, dass der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Informationszugang immer von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist, liegt nicht vor.<sup>86</sup>

---

<sup>78</sup> BVerfG 1 BVR 2087/03 vom 14.3.2006 Rn. 87.

<sup>79</sup> OVG BB, Urteil vom 2.10.2007 – 12 B 9/07, juris Rn. 43 ff.

<sup>80</sup> VG Frankfurt, Urteil vom 12.3.2008 – 7 E 5426/06, juris Rn. 49; OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.6.2005 – 4 LB 3/04, juris Rn. 54; die Einzelheiten sind hier umstritten: Schoch, IFG, § 6 Rn. 56 ff.

<sup>81</sup> Kloepfer/Greve, NVwZ 2011, 577, 584.

<sup>82</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 6.

<sup>83</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 4 f.

<sup>84</sup> Berger/Roth/Scheel, IFG § 7 Rn. 21.

<sup>85</sup> BVerwG, Urteil vom 14. April 1988 – 3 C 65/85 Rn. 40 – 42; a.A. OLG Hamm, Beschluss vom 14.7.1980 – 1 VAs 7/80, juris Rn. 18.

<sup>86</sup> Für eine ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nun: VGH Kassel, Urteil vom 15.12.2011 – 6 B 1926/11, juris Rn. 26; im Ergebnis zustimmend: VG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2011 – 26 L 1431/11; Für eine Unzustän-

Widersprüche u.a. bei der Durchsetzung ergeben sich auch daraus, dass § 9 Abs. 4 Satz 1 IFG die Verpflichtungsklage vorschreibt. Dies soll auch gelten, wenn eine Auskunft nach IFG beantragt wird. Presserechtliche Auskunftsansprüche sind jedoch auf die Vornahme eines Realaktes gerichtet.<sup>87</sup> Statthafte Klageart ist in diesen Fällen die Leistungsklage<sup>88</sup>, die direkt vollstreckt werden kann.

Das BVerwG und das VG Berlin sind derzeit sogar der Ansicht, dass der presserechtliche Auskunftsanspruch und der nach IFG zwei unterschiedliche Streitgegenstände seien – in Abkehr von dem hergekommenen Begriff des Streitgegenstandes, der sich aus Antrag und dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt zusammensetzt. Dies führt dazu, dass der Kläger plötzlich das Kostenrisiko zweier Prozesse tragen muss, statt eine Verdoppelung seiner Anspruchschancen durch zwei Anspruchsgrundlagen zu genießen. Ebenso könnte man Ansprüche nach § 823 BGB und 826 BGB in zwei Verfahren aufteilen. Es fällt dem beratenen Anwalt dann schwer, den Mandanten davon zu überzeugen, dass diese keine Abwehrmechanismen einer der Exekutive folgenden Jurisdiktion sind.

Auch die Beteiligung von Drittbetroffenen wird eher als Abwehrtaktik von Gerichten, denn als Wahrung der rechtlichen Interessen empfunden.

Hat das Gericht nach IFG nur die Möglichkeit, die Behörde zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten, so führt dies bei besonders rechtswidrig handelnden Behörden zum Unterlaufen des Informationszugangsanspruchs durch Erlass eines neuen, wiederum ablehnenden Bescheids<sup>89</sup>, gegen den nur eine langwierige Klage statthaft ist. Ein besonders verstörendes Beispiel liefert die eingangs zitierte Klage vor dem VG Berlin, welches die Behörde zur Bescheidung nach StUG über die in einem Schreiben enthaltenen sogenannten Metadaten enthielt. Nach Antrag des späteren Klägers vom 29. Juni 2006 kam es am 8. September 2009 zum Bescheidungsurteil. Am 29. Juli 2010 beschied die Behörde den Antragsteller nach StUG und lehnte die Auskunft wegen unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand ab. Erst in der mündlichen Verhand-

---

digkeit des VG, wenn Anspruch nach IFG NRW offensichtlich ausgeschlossen: OVG NRW, Beschluss vom 7.9.2011 – 8 E 879/11, juris Rn. 5 ff.

<sup>87</sup> VG Saarlouis Urteil vom 12.10.2006 – 1 K 64/05; Soehring, Presserecht, § 4 Rn. 76.

<sup>88</sup> VG Saarlouis Urteil vom 12.10.2006 – 1 K 64/05.

<sup>89</sup> Vgl. Verfahren vor dem VG Potsdam 9 K 1716/10, wo das Mdl des Landes Brandenburg entgegen dem Beschluss des VG Potsdam 3 K 1716/10 entschied.

lung vom 23. April 2015 (!) wies die erste Kammer des VG Berlin den Kläger auf Zulässigkeitsbedenken hin und die gegen den Bescheid eingereichte Untätigkeitsklage als unzulässig ab, der Kläger hätte sein Glück in einem Vollstreckungsantrag suchen sollen.<sup>90</sup> Die zweite Kammer des VG Berlin wies den daraufhin eingelegten Vollstreckungsantrag ebenfalls ab, da sie weiterhin der Ansicht ist, dass der Kläger den Bescheid vom 29. Juli 2010 angreifen müsse.<sup>91</sup>

## 7. Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz

Klagen können sich über Jahre bis Jahrzehnte hinziehen. Generell sind jedoch Informationen ein schnell vergängliches Gut. Nicht nur die Presse und Nichtregierungsorganisationen haben ein berechtigtes Interesse daran, auf aktuelle Missstände hinzuweisen oder davon zu erfahren. Daher bietet sich der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO an.<sup>92</sup> Regelmäßig stellt sich hier die Frage nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache.<sup>93</sup> Wegen der Abgrenzungsprobleme hinsichtlich der Anwendbarkeit des IFG und weil die Ausschlussgründe im IFG unübersichtlich sind, gehen die Gerichte meist mit Verweis auf die bloß summarische Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Obsiegens in der Hauptsache aus.<sup>94</sup> Hinzu kommt, dass die Auskunftserteilung im Verfahren nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO regelmäßig die Hauptsache vorwegnimmt. Dies wird von den Gerichten als zusätzliche Hürde gesehen. Zwar hat das OVG Berlin-Brandenburg ausgeführt, dass die Presse auf eine zeitnahe Informationsbeschaffung angewiesen ist, da das Informationsinteresse der Öffentlichkeit maßgeblich von der Aktualität der Berichterstattung abhängt.<sup>95</sup> Das VG Köln hat aber kürzlich entschieden, dass dies nicht für Informationen gelten soll, die nicht aktuell sind, aber aus aktuellem Anlass verlangt werden.<sup>96</sup> Nur bei einem unmittelbaren Zusammenhang zu dem aktuellen Anlass solle ein Anordnungsgrund

---

<sup>90</sup> VG 1 K 233.13.

<sup>91</sup> VG 2 M 427.15.

<sup>92</sup> Ein Verfahren gem. § 123 Abs. 1 VwGO ist auch für Ansprüche nach IFG möglich: VGH Kassel, 3.7.2012 – 6 B 1209/12.

<sup>93</sup> Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, Rn. 190.

<sup>94</sup> VG Köln, Beschluss vom 6.9.2012 – 13 L 1073/12.

<sup>95</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.10.2011 – 10 S 33/11, juris Rn. 35; anerkannt wurde der Zugang nach AIG im einstweiligen Verfahren durch Beschluss des OVG Berlin-Brandenburg vom 31. Juli 2012 – 12 S 95.11 betreffend die Repräsentationsaufwendungen des brandenburgischen Ministerpräsidenten.

<sup>96</sup> VG Köln, Beschluss vom 6.9.2012 – 13 L 1073/12.

bestehen.<sup>97</sup> Für Journalisten, Wissenschaftler und Bürgerrechtsaktivisten ist dies insofern problematisch, als sie die notwendigen Informationen für ihre Publikationen teilweise erst nach Jahren, teils Jahrzehnten, erhalten. Gesetzgeberisch sollte auf ein Überwiegen der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens bei summarischer Prüfung verzichtet werden. Wie wichtig eine schnelle Entscheidung sein kann, zeigt eine Entscheidung des VG Potsdam. Ein Unternehmen war durch eine Falschnachricht im Magazin Der Spiegel schwer in seinem Ruf geschädigt. Das Unternehmen vermutete, dass diese Falschnachricht zum Teil auf einem böswilligen Schreiben mehrerer Bundespolizisten, die einen Wettbewerber bevorzugen, zumindest das klägerische Unternehmen diskriminieren wollten, fußte. Das VG Potsdam verpflichtete die Bundespolizei im einstweiligen Verfahren, die Schreiben herauszugeben.<sup>98</sup> Erst nach Kenntnis dieser Schreiben gelang es dem Unternehmen, sich erfolgreich zur Wehr zu setzen.

## 8. Das in camera Zwischenverfahren

Es hat sich gezeigt, dass zahlreiche IFG-Verfahren den in-camera-Fachsenaten der OVG/VGH und des BVerwG vorgelegt werden, §§ 99, 189 VwGO.<sup>99</sup> Zu einem Zwischenverfahren kommt es dann, wenn das Gericht der Hauptsache die Vorlage von Akten verlangt, diese aber von der Behörde auf Grund einer Sperrerklärung der obersten Aufsichtsbehörde nicht herausgegeben werden, § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO.<sup>100</sup> Nach § 99 Abs. 1 VwGO „kann“ eine Sperrerklärung nur abgegeben werden, wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen. Die Fachsenate prüfen unter Ausschluss der Öffentlichkeit an Hand der geheim gehaltenen Akten, ob die Sperrerklärung rechtmäßig war. Vor 2001 konnten Informationen, die einer Sperrerklärung unterlagen nach § 99 VwGO a.F. nicht einmal vom Gericht eingesehen werden.<sup>101</sup> Das BVerfG erklärte dies für unvereinbar mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> VG Köln, Beschluss vom 6.9.2012 – 13 L 1073/12.

<sup>98</sup> VG Potsdam, Beschluss vom 23. Juli 2015 – VG 9 L 1013/15.

<sup>99</sup> BVerwG, Beschluss vom 10.1.2012 – 20 F 1/11; BVerwG, Beschluss vom 20.9.2012 – 20 F 9/10; BVerwG, Beschluss vom 10.8.2010 – 20 F 5/10.

<sup>100</sup> BVerwG, Beschluss vom 10.1.2012 – 20 F 1/11, juris Rn. 10.

<sup>101</sup> Schemmer, DVBI 2011, 323; Paur, SächsVBI 2010, 1, 2.

<sup>102</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, juris LS 1.

Das BVerwG hat mehrfach entschieden, dass die Ausschlussgründe aus dem IFG nicht deckungsgleich sind, mit den oben genannten Gründen, die eine Sperrerrklärung rechtfertigen.<sup>103</sup> Die Ausschlussgründe des IFG sind auch keine Gesetze über die Geheimhaltung i.S.v. § 99 Abs. 2 VwGO.<sup>104</sup> Durch diese Auslegung des § 99 Abs. 1 VwGO haben sich die Gerichte die Möglichkeit bewahrt, Behörden besser kontrollieren zu können, wenn sie sich auf Geheimhaltungsgründe berufen.<sup>105</sup> Insofern fügt sich die Rechtsprechung des BVerwG in die des BVerfG ein. Oberste Aufsichtsbehörden müssen wegen § 99 Abs. 2 VwGO ihre Sperrerrklärungen nun immer nachvollziehbar begründen, auch wenn das Fachrecht überhaupt kein Ermessen einräumt.<sup>106</sup> Dies ist zu begrüßen, denn nun haben sich die obersten Aufsichtsbehörden stets zu fragen, welche Gründe dafür sprechen eine begehrte Information geheim zu halten. Weil das Verfahren der Hauptsache solange ruht, bis eine Entscheidung im Zwischenverfahren ergangen ist, § 173 VwGO i.V.m. § 251 ZPO,<sup>107</sup> kommt es hierdurch zu einer weiteren Verfahrensverzögerung. Nachdem der Fachsenat die Rechtswidrigkeit einzelner Sperrerrklärungen festgestellt hatte, haben oberste Aufsichtsbehörden teilweise erneut Sperrerrklärungen abgegeben, mit der Folge, dass der Fachsenat wieder angerufen werden musste.<sup>108</sup> Unklar ist, warum die Gerichte nicht nachgebesserte, erneute Sperrerrklärungen als präkludiert ansehen.

## 9. Kosten

Nach § 10 können Gebühren und Auslagen verlangt werden. Diese wirken prohibitiv und werden entsprechend auch von einigen Behörden zur Abschreckung benutzt. Ein besonders krasses Beispiel stellt die Aufteilung eines Antrags in 66 Bescheide dar. Das VG Berlin 2 K 232.13 hat dem mit Urteil vom 10. Juli 2014 einen Riegel vorgeschoben. Weniger krasse Abwehrmechanismen sind an der Tagesordnung und schwerer zu anzugreifen.

---

<sup>103</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.1.2012 – 20 F 3/11, juris Rn. 12; Kopp/Schenke, VwGO, § 99 Rn. 17.

<sup>104</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.1.2012 – 20 F 3/11, juris Rn. 8; BVerwG, Beschluss vom 12.4.2012 – 20 F 2/11, Rn. 8.

<sup>105</sup> Berger, Jahrbuch 2008, 226 ff; Wolfshohl, Das „in camera“-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO S. 48 f.

<sup>106</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.1.2012 – 20 F 3/11, juris Rn. 12.

<sup>107</sup> Ziekow/Debus/Musch, Evaluation des IFG, S. 369.

<sup>108</sup> VG Berlin, Beschluss vom 22.12.2011 – VG 2 K 164.11

## 10. Unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand

In der Praxis wird von den Behörden standardmäßig ein angeblicher „*unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand*“ geltend gemacht,<sup>109</sup> obwohl dieser Ausnahmegrund vom Gesetz gar nicht vorgesehen ist, sondern nur bei Schwärzungen unter den engen Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 S. 1 IFG. Gleichwohl sind einige Gerichte bereit, diesen Ausnahmegrund zu entdecken. Der VGH Kassel sieht einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand dann gegeben, „wenn der Zugangsantrag in seiner Zielrichtung und/oder in seinem Inhalt so unzureichend spezifiziert ist, dass die durch ein solches Zugangsgesuch ausgelöste aufwändige Aufarbeitung des Informationsmaterials zu dem für den Antragsteller nützlichen Informationsgehalt außer Verhältnis stünde.“<sup>110</sup> Die dauernde Annahme eines „unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes“ spricht für ein fehlerhaftes Amtsverständnis der betroffenen Behörden und Beamten, dem nur durch Schulung, Motivation und disziplinarrechtliche Maßnahmen entgegengewirkt werden kann. Die Gerichte haben dieses Argument selten akzeptiert.

## 11. Informationszugang durch Art. 10 EMRK

Der Einfluss der europäischen Menschenrechtskonvention auf die Auslegung der IFGs kommt immer dann in Betracht, wenn Antragsteller Journalisten, Blogger oder Nichtregierungsorganisationen sind. Die europäische Menschenrechtskonvention kommt als völkerrechtlicher Vertrag nach Art. 59 Abs. 2 GG in Deutschland der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu.<sup>111</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat anfangs jeden Auskunftsanspruch auf der Grundlage des Art. 10 EMRK abgelehnt. In mehreren jüngeren Entscheidungen hat der EGMR der Presse jedoch ein Recht auf Auskunft und sogar auf Zugang zu Informationen aus Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK mit der Begründung zugesprochen, dass die Presse die Rolle eines „public watchdog“ habe und die Bevölkerung ein Recht auf Empfang von Informationen: Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK verbrieft das Recht, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe zu empfangen.<sup>112</sup> Einen allgemeinen Anspruch auf Zugang zu staatlichen Informationen hat der Gerichtshof zwar ursprünglich nicht anerkannt. So ging er in der Entscheidung „*Leander v. Schwe-*

---

<sup>109</sup> BVerwG, Beschluss vom 19.4.2010 – 20 F 13/09, juris Rn. 28; OVG NRW, Urteil vom 1.3.2011 – 8 A 3357/08, UA S. 3 f.

<sup>110</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 2.3.2010 – 6 A 1684/08, juris Rn. 22.

<sup>111</sup> BVerfGE 74, 258, 370; 111, 307, 317; Wirtz/Brink, NVwZ 2015, 1166, 117.

<sup>112</sup> Frowein/Peukert, EMRK, 2. Aufl. 1996, Art. 10 Rn. 13; Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 31. Ergänzungslieferung 2012, Art. 10 EMRK, Rn. 26.

den“ davon aus, dass das Recht auf Empfang von Informationen in erster Linie einer Regierung untersage, eine Person am Empfang von Informationen zu hindern, die andere ihr zukommen lassen oder beabsichtigen zukommen zu lassen. Art. 10 EMRK gewähre dem Einzelnen weder ein Recht auf Zugang zu Informationen, noch verpflichte es die Behörden, dem Einzelnen solche Informationen zur Verfügung zu stellen.<sup>113</sup> In der Entscheidung *Tarasag a Szabadsagjogokert* aus dem Jahre 2009 legte der Gerichtshof jedoch die in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK verankerte Meinungsfreiheit weit aus und nahm erstmalig einen Anspruch auf Zugang zu staatlichen Informationen von öffentlichem Interesse an.<sup>114</sup> So entschied er, dass der für die Demokratie schlechthin konstituierenden Presse ein Recht auf Informationszugang aus Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK zustehe, da sie nur so ihrer Rolle als „*public watchdog*“ gerecht werden könne. Der Gerichtshof betonte dabei die grundsätzliche Rolle der Presse in der Demokratie, durch die die Öffentlichkeit über Fragen von allgemeinem Interesse informiert werde. Damit erfülle die Presse eine Aufgabe, auf deren Erfüllung die Öffentlichkeit nach der Formulierung des EGMR aus der Informationsfreiheit ein echtes, in der Konvention gewährleistetetes Recht habe. Im dem jüngsten Fall *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia* ging der Gerichtshof 2013 davon aus, dass das Recht auf Empfang von Informationen das Recht auf Zugang zu Informationen mit umfasse. Bei dieser Annahme verweist er auf die Entscheidung *Tarasag a Szabadsagjogokert/Ungarn*.<sup>115</sup> Der Gerichtshof begründet dies u.a. mit dem Verweis auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, wie die *Joint Declaration of the United Nations Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression of December 2004*. Denn dort heißt es, dass das Recht, Informationen zu erhalten, die bei den Behörden vorhanden sind, ein fundamentales Menschenrecht sei. Es müsse sichergestellt werden, dass der Bürger Zugang zu den gesamten bei den Behörden befindlichen Informationen habe. Dabei dürfe es nur wenige Beschränkungen geben. Die Behörde müsse in jedem Einzelfall abwägen, ob Beschränkungsmöglichkeiten bestehen. Sie dürfe den Zugang zu Informationen nicht willkürlich oder generell verhindern. Weiter verweist der Gerichtshof

---

<sup>113</sup> EGMR v. 26.3.1987 – Nr. 9248/81 – Leander/Schweden.

<sup>114</sup> EGMR v. 14.4.2009 – Nr. 37374/05 – „*Tarasag a Szabadsagjogokert/Ungarn*“; ausführlich dazu Partsch, AfP 2013, 214 f. m.w.N.; Wirtz/Brink, NVwZ 2015, 1166, 1171.

<sup>115</sup> „Bzgl. der ersten Einrede merkt der Gerichtshof an, dass der Begriff „Freiheit, Informationen zu empfangen“ ein Recht auf Zugang zu Informationen umfasst.“, EGMR v. 25.6.2013 – 48135/06 – „*Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*“, EuGRZ 2014, 520, 522 Rn. 20.

auf die *Joint Declaration der United Nations Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression*, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special on Freedom of Expression of December 2006, wo es heißt, dass internationale und nationale Behörden Informationen grundsätzlich nicht für sich selbst, sondern für die Öffentlichkeit verwahren. Bezüglich dieser Informationen bestehe ein Zugangsrecht der Öffentlichkeit, welches ausschließlich engen Beschränkungen unterliege. Im Anhang dieser Entscheidung heben die Richter Sajó und Vucinic in einer sog. „*Joint Concurring Opinion*“ hervor, dass Art. 10 EMRK entsprechend der internationalen Entwicklung zu einem Informationszugangsrecht betreffend bei den Behörden vorliegender Informationen zu interpretieren sei. In seiner neuesten Entscheidung zum Recht auf Informationszugang vom November 2013 ging der EGMR noch einen Schritt weiter und entschied, dass auch dann ein Recht auf Informationszugang besteht, wenn die Informationen vor einer Herausgabe bearbeitet werden müssen, etwa um personenbezogene Daten unkenntlich zu machen. Im Fall „*Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlichen gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes gegen Österreich*“ klagte eine Nichtregierungsorganisation, nachdem ihr der Zugang zu anonymisierten Entscheidungen der Tiroler Landes-Grundverkehrskommission versagt wurde. Der EGMR entschied, dass der von der Tiroler Grundverkehrskommission geltend gemachte Aufwand, der durch Zusammenstellen der einzelnen Entscheidungen und die Unkenntlichmachung der personenbezogenen Daten entstehe, einen Anspruch auf Informationszugang aus Art. 10 Abs. 1 EMRK nicht ausschließe, da dieser Aufwand bereits durch eine aktive Veröffentlichung der einzelnen Entscheidungen hätte vermeiden werden können.<sup>116</sup> Darüber hinaus hat der EGMR in dem Urteil klargestellt, dass das Bedürfnis, eine öffentliche Debatte zu einem Thema anzustoßen, nicht auf die Presse beschränkt sein könne, sondern auch bei anderen gesellschaftlichen Akteuren wie einer Nichtregierungsorganisationen bestehe. Damit hat der EGMR Nichtregierungsorganisationen der Presse gleichgestellt, soweit diese als „public watchdog“ Zugang zu Informationen von öffentlichem Interesse begehren, um die Öffentlichkeit zu informieren oder selbst Stellung zu beziehen.<sup>117</sup> Damit zieht der EGMR das Recht aus Art. 10 EMRK langsam zu einem Jederrecht auf Informationszugang, soweit die Einsicht im öffentlichen Interesse geschieht. Diese Rechtsprechung wird von der nationalen deutschen Rechtsprechung

---

<sup>116</sup> EGMR vom 28. November 2013 – 39534/07 – „Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlichen gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes gegen Österreich“, Rn 46, 47.

<sup>117</sup> EGMR, a.a.O. Wirtz/Brink in: NVwZ 2015, S. 1166, 1171

noch nicht rezipiert bzw. unterschiedlichst begründet immer wieder abgelehnt.<sup>118</sup> Der EGMR hat mit der Annahme der Beschwerde zur Offenlegung der Namen von Brandenburgischen Richter mit MfS-Vergangenheit erkennen lassen, dass er die restriktive deutsche Informationszugangspraxis angehen will.<sup>119</sup>

## 11. Zusammenfassung

Im Ergebnis sind die verschiedenen Informationszugangsgesetze bereits vom Wortlaut zu unklar und mit zu vielen Ausnahmetatbeständen befrachtet. Hinzu kommt eine als restriktiv empfundene Auslegungspraxis durch die Gerichte. Für ein Unternehmen ist der Informationszugang nach AIG oder IFGs daher unvorhersehbar.

Hinzu kommen die langen Verfahrensdauern, die der Information als schnelllebiger Ressource nicht gerecht werden. Vereinzelt Ausnahmen der Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutz zeigen, welche wichtige Rolle der Informationszugang spielen kann, wenn die Gerichte dies erkennen.

Darüber hinaus sind die Kosten der Verfahren wenig vorhersehbar und zu hoch, um Informationszugang auch gegen den Willen der betroffenen Behörde durchzusetzen. Zwar standen Unternehmen nicht im Fokus des jeweiligen Gesetzgebers, der die Informationsfreiheitsgesetze verabschiedete. Die oben genannten Gründe gelten aber auch und verstärkt für Jeden. Daher wird die Praxis der Informationsfreiheitsgesetze den Interessen der Unternehmen wie der einer jeden Person und damit auch der Intention des jeweiligen Gesetzgebers wohl eher nicht gerecht. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR hier korrigierend und nachhaltig angesichts des Unwillens mancher Behörden und Gerichte bei der Transparenz öffentlicher Informationen eingreifen kann.

---

<sup>118</sup> BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2013 – 6 A 2.12, juris Rz. 33 mit der Begründung, die Informationen seien nicht „ready and available“ NVwZ 2013, 1006 mit Anmerkungen Huber 1010; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. März 2014 – 6 S 48.13, AfP 2015, 84, 85.

<sup>119</sup> EGMR Beschwerde 78944/12, vgl. EuGRZ 2015, 546; per Beschluss vom 25. August 2015 für unzulässig erklärt, da der Beschwerdeführer neben dem einstweiligen Verfahren auch das Hauptsacheverfahren durchlaufen müsse.



# Das Spannungsfeld Informationszugang und Informationsschutz aus Sicht einer Regulierungsbehörde

Florian Dixel, MBA



## Gliederung

- **Vorstellung Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte**
- **Umgang mit vertraulichen Informationen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und der Transparenz**
- **Transparenzregelungen im Pharmarecht auf europäischer Ebene**



## Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM)



- **Selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit**
- **Rund 1.100 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter**
  - Zulassung, Verbesserung der Sicherheit von Arzneimitteln
  - Risikoerfassung und –bewertung von Medizinprodukten
  - Überwachung des Betäubungsmittel- und Grundstoffverkehrs

## Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM)

- **Zulassung von Fertigarzneimitteln auf der Grundlage des Arzneimittelgesetzes (AMG)**

Prüfung des gesundheitlichen Nutzens, d. h.

Wirksamkeit, Unbedenklichkeit und pharmazeutische Qualität.

- **wichtige Aufgaben im Rahmen der europäischen Arzneimittelzulassung**

Zentralisiertes Zulassungsverfahren (CP) bei der Europäischen

Arzneimittelagentur (EMA, London)

Dezentralisiertes Verfahren (DCP)

Verfahren der gegenseitigen Anerkennung (MRP)

- **Oberstes Ziel: Erhöhung der Arzneimittel- und damit der Patientensicherheit**



## FEDERAL INSTITUTE FOR DRUGS AND MEDICAL DEVICES

At a glance:

<b>1.100</b>	members of staff
<b>51</b>	trainees
<b>65.010</b>	completed marketing authorisation procedures (initial marketing authorisations and subsequent procedures)
<b>94.787</b>	marketable medicinal products within the remit of the BfArM
<b>7.770</b>	marketable complementary and alternative medicinal products
<b>700</b>	approved applications for clinical trials on medicinal products
<b>50.000</b>	reports of suspected cases of adverse reactions
<b>13.000</b>	risk reports about medical devices (incidents and SAEs)
<b>400</b>	approved applications for trials of medical devices
<b>13 Mio.</b>	narcotics prescription forms issued
<b>15.000</b>	permits issued for the import or export of narcotic drugs and precursors
<b>750.000</b>	euros of external funding acquired ("Drug" research project)
<b>31</b>	ongoing research projects into the safety of medicinal products and medical devices



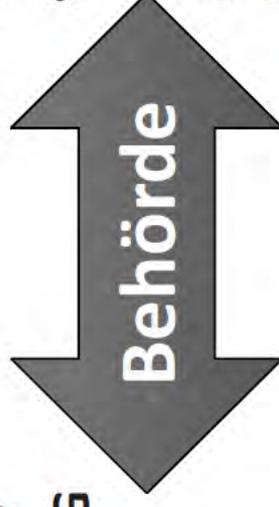
## Informationsbestand BfArM



- **Dokumentenarchiv auf 4000 Quadratmetern, Regalmeter mit einer Länge von 35 Kilometern**
- **Zunehmender elektronischer Antragszugang über die Common European Submission Platform (CESP)**

## Dilemma der Behörden

**Amtshaftungsklage  
gemäß § 839 BGB  
i. V. m. Art. 34 GG**



**Klage auf Herausgabe von  
Informationen gemäß  
§ 1 Absatz 1 IFG**

**Bürger, Konkurrent,  
Interessenverbände**

**Geheimnisträger**

## Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse



- **Schutz des Art. 8 EMRK**
- **Keine Legaldefinition**
- **Rechtsprechung:**

„Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse liegen vor, wenn Tatsachen im Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, die nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt und nicht offenkundig sind, nach dem erkennbaren Willen des Inhabers aufgrund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden sollen.“

Vgl.: Gesetzesbegründung zum IFG, BT-Drucks. 15/4493, 14

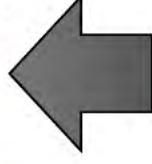


## Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

1. eine Unternehmensbezogenheit,
2. die **fehlende Offenkundigkeit** der Information,
3. einen Geheimhaltungswillen des Geheimnisinhabers,
4. und ein berechtigtes **wirtschaftliches Geheimhaltungsinteresse**.

### Schwierige Subsumtion

**Entscheidung „ob“ ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vorliegt, trifft die Behörde/ grds. kein Ermessen**



**Gerichtlich voll überprüfbar**



## Beispiele für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse



- **Qualitätsdossier**  
Hilfsstoff-Zusammensetzung oder weitergehende Informationen
- **Bestimmte Daten aus dem Arzneimittelinformationssystem (AMIS)**  
Nicht-öffentlicher Teil
- **Scientific Advice Verfahren**

## Spezialgesetzliche Transparenzvorschrift (1 von 2)

### § 34 Absatz 1 a – 1 e Arzneimittelgesetz (AMG)

- § 34 AMG: Information der Öffentlichkeit über ein Internetportal für Arzneimittel, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind
- Wesentliche Transparenzweiterungen aufgrund der geänderten Richtlinien 2001/83/EG und 2001/82/EG im 2. AMG-Änderungsgesetz 2012 u.a.:

#### **Auskunft erteilen über (auf Antrag):**

- Eingang eines ordnungsgemäßen **Zulassungsantrages** oder **Antrages auf Genehmigung** einer klinischen Prüfung
- **Genehmigung** oder **Versagung** eines Genehmigungsantrags einer klinischen Prüfung



## Spezialgesetzliche Transparenzvorschrift (2 von 2)

### § 34 Absatz 1a Satz 2 AMG

#### Abwägungsklausel:

„[...] Bei den Informationen nach Satz 1 Nummer 2 und 5 sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogene Daten zu streichen, es sei denn, ihre

**Offenlegung ist für den Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich. [...]“**

§ 34 Absatz 1a Satz 1 Nummer 2 AMG:

#### Öffentliche Beurteilungsbericht

§ 34 Absatz 1a Satz 1 Nummer 5 AMG:

#### Bedenken aus dem Pharmakovigilanz-Bereich



<b>Startseite</b>
Aktuelles
Arzneimittel-Informationssystem
Arzneimittelvermittler
Arzneimittel-Großhändler
Elektronische Änderungsanzeigen
Elektronische Standardzulassungen
Ergebnisberichte klinischer Prüfungen
Klinische Prüfungen
PEI-C Rebuild
TFG-§ 9-Register
TPG-Gewebeneinrichtungen-Register
Tierarzneimittel-Abgabemengen-Register
Behördenanwendungen

Ihre Position: Startseite

## Das Portal für Arzneimittelinformationen des Bundes und der Länder

### Arzneimitteldaten zentral und transparent

Mit PharmNet.Bund.de entsteht schrittweise ein integriertes Arzneimittel-Informationssystem des Bundes und der Länder, das die bundesweit vorliegenden amtlichen Daten im Rahmen der Zulassung/Registrierung bzw. Überwachung von Arzneimitteln in Deutschland zentral zur Verfügung stellt.

PharmNet.Bund.de ist ein Kooperationsprojekt der deutschen Zulassungsbehörden – Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), Paul-Enrich-Institut (PEI) und Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) – mit dem Robert Koch-Institut (RKI) und dem Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI), das in enger Zusammenarbeit mit den für die Arzneimittelüberwachung zuständigen Behörden der Länder koordiniert durch die Zentralstelle der Länder für Gesundheitsschutz bei Arzneimitteln und Medizinprodukten (ZLG) durchgeführt wird.

Über das PharmNet-Bund-Portal werden Informationen zu Arzneimitteln aus dem Arzneimittel-Informationssystem der Bundesoberbehörden für die Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt. Dabei sind neben administrativen Daten rund um die Zulassung von Arzneimitteln u.a. auch Fach- und Gebrauchsinformationen sowie öffentliche Beurteilungsberichte oder Ergebnisberichte Klinischer Studien enthalten.

"Elektronische Änderungsanzeigen" ist ein Teilprojekt der elektronischen Antragsstellung. Es umfasst zurzeit die Online-Erfassung aller nationalen Änderungsanzeigen und Änderungen aus dem Verfahren der gegenseitigen Anerkennung und dem dezentralisierten Verfahren beim BfArM. Für die anderen Behörden erfolgt die Komplettierung der Daten sukzessive. Der Zugriff ist auf die Bundesoberbehörden sowie pharmazeutische Unternehmer beschränkt.

### Hinweis:

Die Benutzung der Bezeichnung PharmNet erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Cerner Deutschland GmbH , die als Anbieter von IT-Lösungen für das Gesundheitswesen unter dieser Marke eine Software-Anwendung für die Verwaltung von Arzneimitteln in der hausinternen Apotheke von Krankenhäusern anbietet. Das DIMDI und die Cerner Deutschland GmbH stehen nicht in einer geschäftlichen Verbindung.

Letzte Änderung: 01.10.14 a.benhe

Ihre Position: Startseite



## Europarechtliche Transparenzvorschriften



- **European Medicines Agency (EMA)**
  - Policy on publication of clinical data
  - In Kraft seit 01.01.2015
  - Hinweise zu vertraulichen Informationen
- **EU Parlament/ Rat**
  - EU-Verordnung zu klinischen Studien (EU) Nr. 536/2014
  - Zugang zu verständlichen Zusammenfassungen der Ergebnisse klinischer Prüfungen
  - In Kraft voraussichtlich im Jahr 2016

## EMA Policy on publication of clinical data



2 October 2014  
EMA/240810/2013

European Medicines Agency policy on publication of clinical data for medicinal products for human use

POLICY/0070  
Status: Adopted  
Effective date: 1 January 2015  
Review date: No later than June 2016  
Supersedes: Not applicable

### 1. Introduction and purpose

The aim of the European Medicines Agency ('the Agency') is to protect and foster public health. Transparency is a key consideration for the Agency in delivering its service to patients and society. Although the Agency since its creation has launched several initiatives to increase transparency of

- Umfangreicher interdisziplinärer Abstimmungsprozess
- Annex 3, Ausführungen zu vertraulichen Daten
- Beispielsweise Biopharmazeutische Zusammenfassungen, Analysemethoden

## **EU-Verordnung zu klinischen Studien (EU) Nr. 536/2014**

- Einrichtung eines elektronischen Einreichungsportals mit angeschlossener Datenbank bei der EMA
- Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, sofern kein übergeordnetes öffentliches Interesse an der Offenlegung besteht
- Kritik: „[...] Nichtveröffentlichung oder stark verzögerte Veröffentlichung von Studienergebnissen und -methoden nicht mit ethischen Grundsätzen für Studien an Menschen vereinbar [...]“ (IQWiG)



## Datenbank zu Anwendungsbeobachtungen (AWB)



- AMB keine klinischen Prüfungen, lediglich Beobachtungsstudien/nicht-interventionelle Studien
- Informationen zu Titel, Ziel, Beginn und Ende, Beobachtungsplänen und Abschlussberichten der AWB
- § 67 Abs. 6 AMG
- Seit 26.03.2015 über ein Internetportal unter [awbdb.bfarm.de](http://awbdb.bfarm.de) veröffentlicht

## Zusammenfassung und Ausblick



- Größtmögliche und proaktive Transparenz und damit mehr Vertrauen der Patienten in ihre Ärzte und Medikamente
- Strenger Schutz von vertraulichen Informationen
- Umgang mit Rohdaten

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**



**efpia\***

# The Code on Disclosure in the Pharmaceutical Industry

**Marie-Claire PICKAERT**  
EFPIA Director General

Potsdam, 8<sup>th</sup> June 2015



European Federation of Pharmaceutical  
Industries and Associations  
[www.efpia.eu](http://www.efpia.eu)

# EFPIA

The aim of the European Federation of Pharmaceutical Industries & Associations, which has no profit-making purpose, is to promote pharmaceutical discovery and development in Europe and to bring to the market medicinal products in order to improve human health worldwide.

EFPIA pursues a mainly scientific aim, ensuring and promoting the technological and economic development of the pharmaceutical industry in Europe.

EFPIA's represents the pharmaceutical industry operating in Europe. Its direct membership includes 33 national associations and 40 leading companies. Two specialised groups within EFPIA represent vaccine manufacturers – Vaccines Europe (previously EVM), with 13 member companies and emerging bio-pharmaceutical companies – EBE with approx. 50 member companies.

## **What good looks like**

**Any practice that might create confusion about the real (scientific and educational) purpose of interactions between healthcare professionals and pharmaceutical companies shall not be tolerated.**

Corporations have a responsibility towards the communities in countries where they operate, and recognise that society has particularly high expectations of our industry.

Why do we do this  
**THE TONE AT THE TOP**

## Living up to expectations

The R&D-based pharmaceutical industry is committed to **working in partnership with all stakeholders** to improve healthcare across Europe.

Industry is conscious of the importance of **providing accurate, fair and objective information** about its medicines to allow rational decisions to be made about their use. As such, industry fully respects the role that (EU) legislation plays in regulating interactions between pharmaceutical companies and healthcare professionals.

In the same spirit, **industry is committed to working towards greater transparency, accountability and ethical behaviour within an industry framework of self-regulation.**

Therefore, EFPIA will continue to develop additional guidance around areas where **industry's credibility** is engaged.



## The pharma industry is legitimate

- The creation of new or improved medicines relies upon the collaboration between healthcare professionals and the pharmaceutical industry.
- Supporting clinicians' medical education is an investment in healthcare and good clinical practice, which aims to enhance patient care.
- Self-regulation has been successful in protecting clinical independence but the expectations are increasing and we need to keep up with these.
- EFPIA has supported the EU Commission "Transparency" initiative of 2009 aiming at setting a new benchmark for ethical conduct.

Regulatory framework

# **SELF-REGULATION COMPLEMENTING EU LAW**

## Legal & Self-regulatory Background

### Reference

- **EU Directive 2001/83** – areas to be addressed are covered by EU provisions – i.e. the so-called “PROMOTION” Directive, included in EU Pharmaceutical Legislation
- **National regulation** – implementing EU provisions; national legislation may be more restrictive / prescriptive
- **EFPIA “Healthcare Professionals” (HCP) / “Patient Organisations” (PO) Code** – national codes may be more restrictive; in some areas, EFPIA Codes require specific action from membership

### Industry’s leadership expects additional guidance that:

- Complement legislation and codes, towards more restrictive prescriptions
- Protect EFPIA and its membership from anti-trust accusation
- Include enforcement / monitoring mechanism

# Self-regulation at European level = CONSOLIDATION

- **Background**
  - ❖ EFPIA Code of Conduct for the Promotion of Medicines (1992)
  - ❖ Implementing Rules / Procedural Rules (1992)
  - ❖ Guidelines for Internet Websites (2001)
  
- **Code re « Healthcare Professionals » - HCP Code**
  - ❖ Interpretation of Code provisions (2003 / 2004)
  - ❖ Revision of EFPIA's Code (2004)
  - ❖ Deepening of EFPIA Code provisions (2007)
  
- **Code of Practice on Relationships with Patients Organisations – P.O. Code**  
(2007)
  
- **Pre-assessment platform e4ethics** (2012)
  
- **EFPIA and PhRMA Release Joint Principles for Responsible Clinical Trial Data Sharing** (2012)
  
- **Code on the Disclosure of Transfers of Value to HCPs/HCOs – Disclosure Code**  
(2013)



## EFPIA's "Transparency" Initiative

Increased external scrutiny of interactions between pharmaceutical companies and HCPs at national level:

- Legal provisions: Denmark, France, Portugal, Slovakia
- Self-regulatory provisions: the Netherlands, UK
- Disclosure activities outside Europe: Japan, US

*Different approaches are in place at national level where pharma companies / HCPs are required to communicate to public authorities and/or publicly disclose interactions / monetary values on publicly accessible websites.*

The EFPIA "transparency" initiatives provide the opportunity to help encourage a consistent approach to data disclosure in Europe and help guide further action at national level.

***All pharmaceutical market "segments" – including R&D-based, generics and OTC pharma industry – have signed up to the General principles for Good Governance in the Pharmaceutical Sector (Launched on 2 July 2013)***

# Consolidation of self-regulation



**PHARMA  
INDUSTRY**

- EFPIA
- EGA
- AESGP

**MEDTECH  
INDUSTRY**

- EUCOMED
- EDMA

**HCOS**

- Learned Societies
- Biomed Alliance

Disclosure Requirements

# THE EFPIA DISCLOSURE CODE

# VISION



- **TRUST** – Strengthening the reliability and confidence in industry self-regulation of marketing and information
- **CONFIDENCE** – Increasing the efficiency and operation of the Codes of Conduct
- **TRANSPARENCY** – Increasing the Codes of Conduct transparency, both within and between European countries

## New “Disclosure Code”

### EFPIA Code on Disclosure of Transfers of Value from Pharmaceutical Companies to Healthcare Professionals and Healthcare Organisations *the “EFPIA HCP/HCO Disclosure Code”*

- Each member company shall document and disclose Transfers of Value it makes, directly or indirectly, to or for the benefit of a HCP/HCO Recipient
- The first Reporting Period shall be the calendar year 2015 (disclosure in 2016)
- Each member association shall transpose the provisions of this Code into its national code by 31 December 2013
- The Code sets out the minimum standards applicable to Member Associations, expect where it is in conflict with applicable national law or regulation, in which case deviations are allowed, but only to the extent necessary to comply with such national law or regulation
- The EFPIA Codes Committee shall assist Member Associations to comply with their obligations

Compliance with the new Disclosure Code has become an obligation for membership.

# Final “Disclosure” Code

Approved by the General Assembly of 24 June 2013



Preamble

Applicability of the Code

*Applicable Law or Regulation*

Article 1 – Disclosure Obligation

Article 2 – Form of Disclosure

*Platform of Disclosure*

*Applicable National Code*

Article 3 – Individual and Aggregate Disclosure

*Methodology: each member company will publish a note summarising the methodologies used by it in preparing the disclosures and identifying Transfers of Value for each category of disclosure*

Article 4 – Enforcement

Article 5 – Amendments to, and Guidance Regarding Compliance with the Code

Schedule 1 – Definition of Terms

Schedule 2 – Model of Standardised Template

Schedule 3 – Implementation and Procedure Rules

## Article 3 – Disclosure Categories

### Individual & Aggregate

Level of Disclosure	Disclosure Categories
<p><b><u>Aggregate</u></b></p>	<p>Research &amp; Development ToV to HCPs/HCOs related to the planning and conduct of:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Non-clinical studies (as defined in the OECD Principles of GLP)</li> <li>b. Clinical trials (as defined in Directive 2001/20/EC)</li> <li>c. Non-interventional studies that are prospective in nature and that involve the collection of patient data from or on behalf of individual, or groups of, HCPs specifically for the study (cf. Section 15.02 of the EFPIA HCP Code)</li> </ul>
<p><b><u>Individual HCO Recipient</u></b></p>	<p>Donations &amp; Grants to HCOs</p> <p>Contribution to costs of events</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Sponsorship agreements with HCOs/third parties appointed by HCOs to manage an event</li> <li>➢ Registration fees</li> <li>➢ Travel &amp; accommodation</li> </ul> <p>Fee-for-service &amp; consultancy</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Fees</li> <li>➢ Related expenses agreed in the fees for service or consultancy contract</li> </ul>
<p><b><u>Individual HCP Recipient</u></b></p>	<p>Contribution to costs of events</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Registration fees</li> <li>➢ Travel &amp; accommodation</li> </ul> <p>Fees for service &amp; consultancy</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Fees</li> <li>➢ Related expenses agreed in the fees for service or consultancy contract</li> </ul>
<p>Each company shall publish a note summarising the methodologies used in preparing their disclosures and identifying transfers of value for each category described above (Methodological Note).</p>	

# Transfers of Value re Research & Development

Transfers of Value to HCP/HCO relating to Research & Development must be disclosed in aggregate.

Such Transfers of Value to the planning or conduct of:

- **non-clinical studies** (as defined in *OECD Principles on Good Laboratory Practice*);
- **clinical trials** (as defined in Directive 2001/20/EC); or
- **non-interventional studies** that are prospective in nature and that involve the collection of patient data from or on behalf of individual, or groups of, HCPs specifically for the study.

Transfers of value that do not fall within the definition of “Research and Development Transfers of Value” shall be disclosed under the category “fee for service and consultancy”.

LEGAL ASPECTS  
**IN LINE WITH APPLICABLE  
LAWS & REGULATIONS**

## Minimum standards at European level

- \* This Code sets out the **minimum standards** which EFPIA considers must apply to all EFPIA Member Associations in all member states. However, it has been strongly recommended that Member Associations **implement the EFPIA Code in full without deviations**, unless there is a strong legal mandatory requirement.
- \* All EFPIA Member Associations were required to **transpose this Code into their national codes in full by 31 December 2013**, except where its provisions are in conflict with applicable national laws or regulations, in which case deviations are allowed, but only to the extent necessary to comply with such national law or regulation.

Member Companies shall be bound by the relevant EFPIA Member Association's code in each country in Europe in which they operate (whether directly or through its relevant subsidiary).

## Disclosure Code Transposition – General findings

- \* The Disclosure Code has generally been transposed in full, with limited variations and deviations relating to legal provisions in place in the countries
- \* **Variations:**
  - OTC – in those countries with a single code covering all relationships with HCPs
  - Disclosure categories – where codes include additional categories, where it should not be possible to explain why they would be excluded from transparency
- \* **Deviations:**
  - Limited to countries where law and regulation has been in place (especially: Denmark, France, the Netherlands, Portugal)
  - Commitment of several associations to upgrade the provisions to match EFPIA Code provisions

## Managing “variations”

- \* Allowing national codes to go beyond the proposed standards could create **implementation challenges for companies**, as companies have built their Operating Models to align with the EFPIA Code. Any national variations will therefore have to be managed at the local level, in a labour-intensive way.
- \* As importantly, for the initiative to succeed in delivering meaningful transparency, there needs to be consistent implementation across Europe. External stakeholders must be able to **compare like-with-like**. This will not be possible if different Member Associations introduce different provisions that change the scope and/or nature of disclosure. Too much discretion to interpret the Code will lead to confusion rather than transparency, and so will hamper a key goal of the Code, namely to build trust.
- \* Therefore, Member Associations should be encouraged to **minimise variations** from the EFPIA Code (i.e. to include only variations that are necessary to comply with local laws and regulations). **Consistency should be the guiding principle in interpreting and implementing the EFPIA Code across Europe.**

## **Issues arising from applicable laws**

- \* Compatibility with competition law**
- \* Compatibility with laws on protection of private data**
- \* Legal framework of the protection of trade secrets and on contract law**



# COMPETITION LAW CONSIDERATIONS

## EFPIA's Code has been drafted with support of and reviewed by Legal Counsel

Legal Counsel advice gives EFPIA sufficient comfort to adopt the Code

## Member Associations will be required to transpose the EFPIA Code into national codes

- Each association will take the necessary legal opinions as to applicable laws & regulations in their countries – in principle, these should not be different, although there may be a matter of judgement.
- In some countries, self-regulation needs to be submitted for approval by national competition authorities

The Codes Committee will collect comments re national legal advice that may raise issues with transposition of the EFPIA HCP Disclosure Code

## Companies' disclosures

Each company will make its own decisions regarding its disclosures, also taking into account "commercially sensitive data".

Each company will develop a Methodological note

# PRIVACY LAWS & REGULATIONS

*Memo DrinkerBiddle&Reath re Transparency Code & Data Protection – 30 August 2012*

## **Ref.: EU Data Protection Directive**

Transposition in national legislation & regulations

## **Consent of the Data Subject**

*Article 29 WP opinion (data protection authorities' consensus view)*

Where ToV to a HCP occur in the context of a contract, the contract provides a ready mechanism to obtain the data subject's consent to the processing of his/her personal data for the purpose of meeting that member's obligations under the Code → as a matter of good practice, data controllers should create and retain evidence showing that the consent was indeed given

## **Legitimate Interests of the Data Controller**

A company (as a data controller) may have legitimate interest in disclosing data – for instance: to promote confidence in its relationships with HCPs. This legitimate interest must be outweighed by the data subject's interests → the legal basis is significantly strengthened when a data controller can say that consent had been obtained

**Data Privacy Requirements must be checked at national level (including: legislation, regulations and jurisprudence)**

# TRADE SECRETS

**Trade secrets are relevant in the exchange of knowledge between businesses and research institutions in the context of R&D and innovation.**

Legal Counsel provisions protecting against unlawful acquisition, use and disclosure are subject to national laws. Restrictions to the use of trade secrets can be justified; the assessment of whether and to what extent such restrictions are necessary is subject to judicial control.

**Definitions of “trade secret” usually include common elements:**

- Information that is not generally known or ascertainable by others
- Information that provides economic or competitive value to its owners
- Information that is subject to confidentiality restrictions within the organisation of the owner and when used in the owner’s business dealings

Not any business dealing is a trade secret.

**The EFPIA Disclosure Code provides for individual disclosure of ToV in 3 categories:**

- Donations and Grants (prohibited to individual HCPs)
- Contributions to costs related to Events
- Fees-for-Service and Consultancy (exempting R&D ToV, that are disclosed in aggregate)

These activities are typically not within scope of the protection of trade secrets.

Activities within scope of the EFPIA Code entrusted to PCOs do not constitute “trade secrets”. Where applicable, they will be disclosed as INDIRECT ToV.

## CONTRACT LAWS

**It is a matter for individual companies to determine whether their contracts with HCOs / PCOs prevent them from making the required disclosures.**

Absent confidentiality arrangements explicitly included in the contracts, or other duties, the disclosure in respect of HCOs required under the Code should not constitute an unlawful disclosure of “trade secret”.

EFPIA has encouraged companies to ensure confidentiality agreements do not prevent disclosure of ToV in accordance with the provisions of the EFPIA Disclosure Code. This would, among others, apply to the written contracts with HCOs (or PCOs that receive indirect ToV directed to HCOs).

### **Actions “orchestrated” by medical associations**

Imposing a common attitude to HCPs that are members of these medical associations, may raise problematic collusion which EFPIA considers unacceptable.

## License to Operate

- \* Trust will be measured by the quality of the dialogue with competent authorities
- \* Eradicating the feeling that there is something wrong between industry and HCPs
- \* Action is required to stay ahead of governments' initiatives
- \* The R&D Industry must keep the lead, while making its best efforts to engage in this initiative with the generics industry, but without delaying the process



**efpia\***

**EFPIA Brussels Office**  
Leopold Plaza Building  
Rue du Trône 108  
B-1050 Brussels - Belgium  
Tel: +32 (0)2 626 25 55

[www.efpia.eu](http://www.efpia.eu)

## **Gerhard Grill**

Der Europäische Bürgerbeauftragte, Direktor<sup>1</sup>

### **Expertengruppen der Europäischen Kommission**

#### **I. Amt und Aufgaben der Europäischen Bürgerbeauftragten**

Das Amt des Europäischen Bürgerbeauftragten wurde durch den am 7. Februar 1992 in Maastricht unterzeichneten Vertrag über die Europäische Union geschaffen. Der Bürgerbeauftragte wird vom Europäischen Parlament für die Dauer von dessen Wahlperiode ernannt, übt sein Amt jedoch in völliger Unabhängigkeit aus (Art. 228 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU – AEUV).

Nach Art. 228 AEUV ist der Bürgerbeauftragte befugt, Beschwerden über Missstände bei der Tätigkeit der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Gemeinschaft, mit Ausnahme des Gerichtshofs (und des Gerichts erster Instanz sowie des Gerichts für den öffentlichen Dienst) in Ausübung seiner Rechtsprechungsbefugnisse, entgegenzunehmen. Außerdem hat er das Recht, von sich aus Untersuchungen durchzuführen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass ein Missstand vorliegen könnte. Von zentraler Bedeutung für die Tätigkeit des Bürgerbeauftragten ist daher der Begriff des Missstands in der Verwaltung<sup>2</sup>. Da sich im EU-Recht keine Definition findet, sah sich der Bürgerbeauftragte mit der Notwendigkeit konfrontiert, den Inhalt dieses Begriffes selbst näher zu bestimmen. Nach der vom Bürgerbeauftragten bereits recht früh aufgestellten Definition liegt ein solcher Missstand vor, wenn eine öffentliche Einrichtung nicht im Einklang mit für sie verbindlichen Regeln oder Grundsätzen handelt<sup>3</sup>.

Im Juli 2013 wurde Frau Emily O'Reilly vom Europäischen Parlament zur Europäischen Bürgerbeauftragten gewählt. Frau O'Reilly verfolgt bei ihrer Tätigkeit – neben dem selbstverständlichen Bestreben, die Effizienz ihrer Dienststelle zu verbessern – insbesondere drei Ziele, die im Engli-

---

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag gibt ausschließlich die persönlichen Ansichten des Verfassers wieder.

<sup>2</sup> Die englische und die französische Fassung („maladministration“) bringen deutlicher als die deutsche Fassung zum Ausdruck, dass es sich um einen Missstand in der *Verwaltung* handeln muss. Für die Untersuchung *politischer* Missstände ist der Bürgerbeauftragte daher nicht zuständig.

<sup>3</sup> Jahresbericht des Europäischen Bürgerbeauftragten 1997, S. 26.

schen mit den Begriffen *relevance*, *impact* und *visibility* umschrieben werden. Es geht dabei darum, sich auf Bereiche zu konzentrieren, die relevant sind, die Wirksamkeit der Tätigkeit der Bürgerbeauftragten zu stärken und diese Tätigkeit zumal in der Öffentlichkeit wahrnehmbarer zu machen.<sup>4</sup>

Im Lichte dieser Zielsetzung ist es nur natürlich, daß die derzeitige Europäische Bürgerbeauftragte Untersuchungen, die sie aus eigener Initiative einleitet, besondere Bedeutung beimisst. Ein gutes Beispiel dafür ist die Untersuchung aus eigener Initiative OI/10/2014/RA, die am 29. Juli 2014 eröffnet und am 6. Januar 2015 abgeschlossen wurde und in der die Bürgerbeauftragte beachtliche Verbesserungen hinsichtlich des Zugangs zu Dokumenten erreichte, die sich auf die Verhandlungen für ein Freihandelsabkommen mit den USA („TTIP“) beziehen.<sup>5</sup>

Während sich die Europäische Bürgerbeauftragte früher darauf beschränkte, zu prüfen, ob ein Missstand vorliegt und – falls ja – sich zu bemühen, diesen Missstand (durch einen Vorschlag für eine gütliche Einigung, mittels einer Empfehlung oder im Wege eines Sonderberichts an das Parlament) aus dem Wege zu schaffen, wird sie heute auch vermehrt proaktiv tätig und unterbreitet der Verwaltung Vorschläge, Richtlinien oder Verbesserungsvorschläge, um dafür zu sorgen, dass die Grundsätze guter Verwaltungstätigkeit möglichst frühzeitig und weitgehend beherzigt werden.

Der Bereich der Expertengruppen der Kommission liefert hierfür ein gutes Beispiel. Im Jahre 2010 wurde dem damaligen Europäischen Bürgerbeauftragten eine Beschwerde vorgelegt, die diesen Bereich betraf. Nach einer Prüfung dieses Falles unterbreitete der Europäische Bürgerbeauftragte der Kommission einen Vorschlag für eine gütliche Einigung. Der Fall wurde schließlich auf der Grundlage der Antwort der Kommission und der Anmerkungen des Beschwerdeführers abgeschlossen. Als die Europäische Bürgerbeauftragte sich diesem Gebiet im Jahre 2014 wieder zuwandte, eröffnete sie eine Untersuchung aus eigener Initiative,

---

<sup>4</sup> Eine genauere Beschreibung der Ziele der Bürgerbeauftragten findet sich in ihrem Dokument „Die Strategie der Europäischen Bürgerbeauftragten – Die nächsten Schritte bis 2019“ (verfügbar unter <http://www.ombudsman.europa.eu/de/resources/strategy/strategy.faces#hl13>).

<sup>5</sup> Die Entscheidung zum Abschluss dieses Verfahrens ist (in englischer Sprache) verfügbar auf der Webseite der Bürgerbeauftragten (<http://www.ombudsman.europa.eu/de/cases/decision.faces/en/58668/html.bookmark>).

in der sie – nach einer öffentlichen Konsultation – der Kommission konkrete Verbesserungsvorschläge vorlegte.

## **II. Expertengruppen der Kommission – Allgemeines**

Aufgrund ihrer weitreichenden Zuständigkeiten bedarf die Europäische Kommission zu ihrer Tätigkeit der Expertise in einer Vielzahl von Bereichen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Kommission – mit bestimmten Ausnahmen – das alleinige Recht hat, dem EU-Gesetzgeber Vorschläge für EU-Gesetzgebungsakte zu unterbreiten. Die Zahl der Bediensteten der Kommission ist freilich beschränkt. Es ist daher nicht überraschend, dass die Kommission schon seit langem bestrebt ist, vom Fachwissen externer Experten zu profitieren.

Aus dem EU-Recht ergibt sich, dass sich das Handeln der Kommission insoweit jedoch an bestimmten Maßstäben – insbesondere denen der Transparenz – messen lassen muss.

Artikel 11 des Vertrages über die Europäische Union („EUV“) bestimmt hierzu:

„Die Organe pflegen einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft“ (Absatz 2).

„Um die Kohärenz und die Transparenz des Handelns der Union zu gewährleisten, führt die Europäische Kommission umfangreiche Anhörungen der Betroffenen durch“ (Absatz 3).

Bereits sehr früh setzte die Kommission Expertengruppen im Bereich der Landwirtschaft ein, der anfangs das bedeutendste Gebiet für Gesetzgebung durch die EU darstellte. Erst im Laufe der Jahre wurden erste Regelungen getroffen, was die Einsetzung und die Arbeitsweise dieser Expertengruppen betrafen, die freilich nur Teilbereiche betrafen. Angesichts der Bedeutung, die der Tätigkeit der Expertengruppen beigemessen wurde, gab das Fehlen ausreichender Regeln zunehmend Anlass zu Kritik, insbesondere von Seiten von Nichtregierungsorganisationen.

Im Jahre 2010 erließ die Kommission eine Rahmenregelung für Expertengruppen, die im anschließenden Abschnitt vorgestellt werden wird.

Etwa zur gleichen Zeit wandte sich eine Nichtregierungsorganisation mit einer Beschwerde an den Europäischen Bürgerbeauftragten, die den Bereich der damals existierenden Expertengruppen betraf (Beschwerde 1682/2010/BEH). Wie bereits erwähnt, unterbreitete der damalige Europäische Bürgerbeauftragte in diesem Fall der Kommission einen Vorschlag für eine gütliche Einigung. Nach einer Würdigung der Antwort der Kommission und der Anmerkungen des Beschwerdeführers schloss die neugewählte Europäische Bürgerbeauftragte diese Untersuchung im Dezember 2013 ab, kündigte jedoch zugleich an, dass sie zu diesem Bereich eine Untersuchung aus eigener Initiative eröffnen würde.

Die Kritik an der Praxis der Kommission führte dazu, dass das Europäische Parlament im Jahre 2012 die Gewährung von Haushaltsmitteln für Expertengruppen der Kommission blockierte. Eine solche Blockade drohte auch im Jahre 2014, konnte aber von der Kommission letztlich abgewendet werden.

Am 16. Dezember 2013 erließ die Kommission einen Beschluss zur Einrichtung eines Rahmens für den zivilen Dialog im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik.<sup>6</sup> Obwohl es sich dabei um die in Art. 11 Abs. 2 EUV geregelte Frage des Dialogs mit repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft handelt, ist zu beachten, dass die Kommission selbst die entsprechenden Gruppen als Expertengruppen betrachtet.

Am 12. Mai 2014 eröffnete die Europäische Bürgerbeauftragte zwei Untersuchungen aus eigener Initiative. Das erste dieser Verfahren (OI/6/2014/NF) betrifft die Expertengruppen der Kommission. Das zweite Verfahren ((OI/7/2014/NF) gilt den Gruppen für den zivilen Dialog im Bereich der Landwirtschaft.

Die Untersuchung im Fall OI/6/2014/NF begann mit einer öffentlichen Konsultation, die zu 60 Stellungnahmen an die Europäische Bürgerbeauftragte führte.

Am 27. Januar 2015 richtete die Europäische Bürgerbeauftragte sodann ein Schreiben an die Kommission, in dem sie ausführliche Vorschläge zur Verbesserung der Auswahl der Experten und der Arbeitsweise der Expertengruppen machte.

Die Kommission nahm zu diesen Vorschlägen in einem Schreiben vom 29. Mai 2015 Stellung.

---

<sup>6</sup> Beschluss 2013/767/EU (ABl. 2013 L 338, S. 115).

Sowohl das Schreiben der Europäischen Bürgerbeauftragten als auch die Antwort der Kommission sind auf der Internetseite der Europäischen Bürgerbeauftragten in englischer Sprache verfügbar.

### **III. Die Rahmenregelung der Kommission für Expertengruppen**

#### **1. Überblick**

Am 10. November 2010 richtete der Präsident der Kommission eine Mitteilung mit dem Titel „Rahmenregelung für Expertengruppen der Kommission: Horizontale Bestimmungen und öffentliches Register“ an die Kommission<sup>7</sup> (im folgenden als die „Mitteilung“ bezeichnet). Die Rahmenregelung für Expertengruppen (die „Rahmenregelung“) findet sich im Anhang dieser Mitteilung. Die Mitteilung wird begleitet von einem (nur auf Englisch verfügbaren) „Commission Staff Working Document“<sup>8</sup> vom selben Tag, das selbst wiederum vier Anhänge enthält (Vermerk zum Register der Expertengruppen, Modell einer Entscheidung zur Einsetzung einer Expertengruppe, Modell für eine Ausschreibung für Experten sowie Modell einer Verfahrensordnung für eine Expertengruppe).

Die Mitteilung verweist auf die im Juli 2005 eingeführte frühere Rahmenregelung für Expertengruppen, die bereits horizontale Bestimmungen für die Einsetzung und Arbeitsweise von Expertengruppen enthielt sowie die Schaffung eines öffentlichen Online-Registers dieser Gruppen vorsah. Diese frühere Regelung ergänzte die Initiativen, die die Kommission auf der Grundlage des Weißbuchs „Europäisches Regieren“<sup>9</sup> ergriffen hatte, insbesondere ihre Mitteilungen über die Grundsätze und Leitlinien für die Einholung und Nutzung von Expertenwissen durch die Kommission<sup>10</sup> sowie über allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien.<sup>11</sup>

Diese Regeln wurden im Jahre 2009 evaluiert und in der Folge überarbeitet. Die Mitteilung gibt das Ergebnis dieser Überarbeitung wieder.

---

<sup>7</sup> SEK(2010) 1360 endgültig.

<sup>8</sup> Verfügbar unter [http://ec.europa.eu/dgs/internal\\_market/docs/expert\\_groups/SEC\\_2010\\_1360\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/docs/expert_groups/SEC_2010_1360_en.pdf)

<sup>9</sup> KOM(2001) 428 endg. vom 25. Juli 2001.

<sup>10</sup> KOM(2002) 713 endg. vom 11. Dezember 2002.

<sup>11</sup> KOM(2002) 704 endg. vom 11. Dezember 2002.

## 2. Begriffsbestimmung

Unter Expertengruppen sind laut der Mitteilung Beratungsgremien zu verstehen, die von der Kommission oder ihren Dienststellen eingesetzt werden, mindestens sechs Mitglieder umfassen und mehr als einmal zusammenkommen. Ihr Zweck besteht darin, die Kommission und ihre Dienststellen zu beraten und ihnen im Hinblick auf folgende Aufgaben Sachverstand zur Verfügung zu stellen: (a) Erarbeitung von Rechtsetzungsvorschlägen und politischen Initiativen, (b) Erarbeitung delegierter Rechtsakte gemäß Art. 290 AEUV und (c) Umsetzung bestehender EU-Rechtsvorschriften, Programme und Strategien sowie diesbezügliche Koordinierung und Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten.<sup>12</sup>

Die Rahmenregelung unterscheidet dabei zwischen formalen Expertengruppen, die durch einen Beschluss der Kommission eingesetzt werden, und informellen Expertengruppen, die durch Kommissionsdienststellen eingesetzt werden.<sup>13</sup>

Die in Kapitel IV der Rahmenregelung enthaltenen Transparenzbestimmungen gelten zudem auch für „andere ähnliche Einrichtungen“, worunter Beratungsgremien zu verstehen sind, die nicht von der Kommission oder ihren Dienststellen eingesetzt wurden, deren Funktion aber derjenigen von Expertengruppen entspricht oder ihr ähnelt und für deren Verwaltung und Haushaltsführung die Kommissionsdienststellen Sorge tragen.<sup>14</sup>

Die Mitteilung betont, dass Expertengruppen keine verbindlichen Entscheidungen treffen, sondern hauptsächlich ein Forum für Diskussionen und Brainstorming sind. Expertengruppen können Stellungnahmen und Empfehlungen abgeben oder Berichte vorlegen.

Die Mitteilung weist darauf hin, dass sich die Kommission Expertenwissen auch aus anderen Quellen beschaffen kann.<sup>15</sup>

## 3. Mögliche Mitglieder von Expertengruppen

Gemäß Bestimmung 8 der Rahmenregelung können Expertengruppen folgende Arten von Mitgliedern angehören:

---

<sup>12</sup> Siehe Ziffer II.1 der Mitteilung und Absatz 1 der Bestimmung 2 der Rahmenregelung.

<sup>13</sup> Absätze 2 und 3 der Bestimmung 2 der Rahmenregelung.

<sup>14</sup> Bestimmung 1, Abs. 2 und Bestimmung 3, Abs. 4 der Rahmenregelung.

<sup>15</sup> Siehe Ziffer II.1 der Mitteilung.

1. *ad personam* ernannte Mitglieder;
2. zur Vertretung eines gemeinsamen Interesses, das von maßgeblichen Interessenträgern in einem bestimmten Politikbereich geteilt wird, ernannte Mitglieder; sie vertreten keinen einzelnen Interessenträger.
3. Organisationen im weiten Sinne des Wortes, einschließlich Unternehmen, Verbände, Nichtregierungsorganisationen, Gewerkschaften, Hochschulen, Forschungsinstitute, Unionsagenturen, Unionsgremien und internationale Organisationen.
4. Nationale, regionale oder lokale Behörden der Mitgliedstaaten.

#### **4. Regeln für die Auswahl der Mitglieder**

Die Regeln für die Auswahl der Mitglieder sind in Bestimmung 9 der Rahmenregelung niedergelegt. Hier sollen lediglich die Bestimmungen über die Auswahl von Mitgliedern, die nicht von Behörden der Mitgliedstaaten stammen, betrachtet werden:

Werden Mitglieder der ersten Kategorie ernannt, erfolgt die Ernennung in einem Verfahren, das „ein hohes Maß an Sachverstand“ gewährleisten soll. Dabei wird eine möglichst ausgewogene geographische Verteilung und ein ausgewogenes Verhältnis von Männern und Frauen angestrebt (wobei mittelfristig ein Anteil von jeweils mindestens 40 % anzustreben ist). Die betreffenden Mitglieder müssen „unabhängig und im öffentlichen Interesse“ handeln.

Im Hinblick auf Mitglieder der zweiten Kategorie sollen die Kommissionsdienststellen „eine möglichst ausgewogene Vertretung der einschlägigen Interessenvertreter“ gewährleisten und die spezifischen Aufgaben der Expertengruppe und die Art des erforderlichen Sachverständnisses berücksichtigen. Auch hier ist ein ausgewogenes Verhältnis von Männern und Frauen angestrebt (wobei mittelfristig ein Anteil von jeweils mindestens 40 % anzustreben ist)

Was Mitglieder der dritten Kategorie betrifft, fehlt es an spezifischen Bestimmungen. In der Mitteilung wird allerdings allgemein darauf hingewiesen, dass sich die Kommissionsdienststellen „bemühen“ sollen, eine „ausgewogene Vertretung der einschlägigen Kompetenz- und Interessensbereiche“ herbeizuführen.

Es kann vorgesehen werden, Stellvertreter zu benennen, die abwesende oder verhinderte Mitglieder ersetzen. Für die Auswahl der Vertreter gelten die gleichen Bedingungen wie für die Mitglieder selbst.<sup>16</sup>

## 5. Verfahren der Auswahl

Bei der Einsetzung einer Expertengruppe sind die Arten von Mitgliedern, aus denen sich diese Gruppe zusammensetzen soll, zu bestimmen.<sup>17</sup>

Für die Auswahl von Mitgliedern der ersten Kategorie sind „nach Möglichkeit“ öffentliche Ausschreibungen durchzuführen. Die englische Fassung ist hier etwas bestimmter („as far as reasonably practicable“).<sup>18</sup>

Im Übrigen enthält die Rahmenregelung keine Maßgaben im Hinblick auf die Art und Weise der Bestimmung der Mitglieder. Das von der Kommission erarbeitete Modell für eine Ausschreibung für Experten bezieht sich ausdrücklich nur auf die erste Kategorie von Mitgliedern.

Das eben genannte Modell erwähnt allerdings auch die Notwendigkeit („need“), für eine ausgewogene Zusammensetzung der Gruppe zu sorgen, was die Repräsentativität der Antragsteller, ihr Geschlecht und ihre geographische Herkunft anlangt.

Was Mitglieder der dritten Kategorie betrifft, sieht die Rahmenregelung vor, dass Vertreter einer Organisation zurückgewiesen werden können, wenn die Kommission deren Ernennung „nicht für angemessen“ hält und dies durch die „bei der Errichtung der Gruppe oder in der Geschäftsordnung [der Expertengruppe] angeführten Gründe gerechtfertigt ist“. In einem solchen Fall wird die Organisation gebeten, einen anderen Vertreter zu benennen.<sup>19</sup>

## 6. Sonstige Mitglieder von Expertengruppen

Expertengruppen werden in der Regel von einem Vertreter der Kommission oder einer von den Kommissionsdienststellen ernannten Person geleitet. Der Vertreter der Kommission hat das Recht, zusätzliche Experten mit einer besonderen Fachkompetenz auf einem Gebiet, das auf der Tagesordnung steht, auf einer ad-hoc Basis zu Treffen der Expertengruppe hinzuzuziehen. Er kann zudem Einzelpersonen, Organisationen und Mit-

---

<sup>16</sup> Bestimmung 9, Abs. 5 der Rahmenregelung.

<sup>17</sup> Bestimmung 4, Abs. 5 der Rahmenregelung.

<sup>18</sup> Bestimmung 9, Abs. 2 der Rahmenregelung.

<sup>19</sup> Bestimmung 10, Abs. 2 der Rahmenregelung.

gliedstaaten, denen der Kandidatenstatus zuerkannt worden ist, als Beobachter zulassen.<sup>20</sup>

Auf Antrag des Europäischen Parlaments können die Kommissionsdienststellen das Parlament einladen, Experten zu den Sitzungen der Expertengruppen zu entsenden.<sup>21</sup>

## **7. Interessenkonflikte**

Die Rahmenregelung enthält keine erschöpfenden Vorschriften zur Frage von Interessenkonflikten. Wie bereits erwähnt, ist allerdings im Hinblick auf Experten der ersten Kategorie die Rede davon, dass Interessenkonflikte zu vermeiden seien. Eine Regelung findet sich lediglich in dem (abdingbaren) Modell für eine Geschäftsordnung. Danach sind Interessenkonflikte zu Beginn einer Sitzung anzuzeigen und im Bericht zu erwähnen. Die Kommissionsdienststellen haben im Falle eines Interessenkonflikts die Möglichkeit, den betroffenen Experten aus der Gruppe oder von der Sitzung auszuschließen. Sie können aber auch verfügen, dass der Betroffene sich enthält, was die Diskussion über den fraglichen Punkt auf der Tagesordnung oder die Abstimmung darüber angeht.<sup>22</sup>

## **8. Verfahren der Expertengruppen**

Wie bereits erwähnt, werden Expertengruppen in der Regel von einem Vertreter der Kommission oder einer von den Kommissionsdienststellen ernannten Person geleitet. Die Kommission oder ihre Dienststellen können aber auch beschließen, dass die Expertengruppe ihren Vorsitzenden mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit wählt.<sup>23</sup>

Expertengruppen werden auf Ersuchen der Kommission oder ihres Vorsitzenden nach Absprache mit den Kommissionsdienststellen tätig.

In Abstimmung mit der Kommission können Expertengruppen auf der Grundlage eines klar festgelegten Mandats Untergruppen zur Prüfung spezifischer Fragen einsetzen.<sup>24</sup>

Die Mitglieder der Expertengruppen sind zur Wahrung des Berufsgeheimnisses, das nach den EU-Verträgen für die Mitglieder der Kommis-

---

<sup>20</sup> Bestimmung 11, Abs. 4 der Rahmenregelung.

<sup>21</sup> Bestimmung 13 der Rahmenregelung.

<sup>22</sup> Art. 11 des Modells einer Geschäftsordnung.

<sup>23</sup> Bestimmung 11 Abs. 1 der Rahmenregelung.

<sup>24</sup> Bestimmung 11 Abs. 1-3 der Rahmenregelung.

sion und ihre Bediensteten gilt, verpflichtet. Sollten sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, kann die Kommission „entsprechende Maßnahmen“ ergreifen.<sup>25</sup>

Die Tätigkeit der Mitglieder der Expertengruppen wird grundsätzlich nicht vergütet. Ausnahmen sind nur in ausreichend begründeten Fällen möglich. Die für die Teilnahme an den Tätigkeiten der Expertengruppen anfallenden Reise- und Aufenthaltskosten werden den Mitgliedern jedoch erstattet.<sup>26</sup>

## 9. Transparenz

Alle Expertengruppen und andere ähnliche Einrichtungen sind im Register der Expertengruppen<sup>27</sup> zu veröffentlichen, wobei die Kommissionsdienststellen für die „erforderlichen Angaben“ im Register sorgen.<sup>28</sup>

Die Namen der Mitglieder der ersten und der zweiten Kategorie sind im Register zu veröffentlichen. Bei Mitgliedern der dritten Kategorie sind die Namen der Organisationen (nicht der von ihnen bestellten Vertreter) zu veröffentlichen. Einzelpersonen, die wünschen, dass ihr Name nicht veröffentlicht wird, können eine Ausnahme beantragen, die aber nur gewährt wird, wenn die Veröffentlichung des Namens des Experten eine Gefahr für dessen Sicherheit oder Integrität darstellen oder seine Privatsphäre in unangemessener Weise beeinträchtigen könnte.<sup>29</sup>

Bestimmung 19 sieht zudem vor, dass „Angaben“ zu den Tätigkeiten der Expertengruppen unmittelbar im Register oder über einen Link vom Register zu einer entsprechenden Webseite veröffentlicht werden.

Das Modell der Geschäftsordnung sieht vor, dass zusammenfassende Protokolle über die Beratungen zu erstellen sind, die nicht die individuellen Positionen der Mitglieder erwähnen.<sup>30</sup>

Die Beratungen der Expertengruppe sind vertraulich. Eine Expertengruppe kann aber mit einfacher Mehrheit und im Benehmen mit den

---

<sup>25</sup> Bestimmung 11 Abs. 5 der Rahmenregelung.

<sup>26</sup> Bestimmung 16 der Rahmenregelung.

<sup>27</sup> <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert>

<sup>28</sup> Bestimmung 17 Abs. 1-2 der Rahmenregelung.

<sup>29</sup> Bestimmung 18 der Rahmenregelung.

<sup>30</sup> Art. 9.

Kommissionsdienststellen beschließen, ihre Beratungen der Öffentlichkeit zu öffnen.<sup>31</sup>

#### **IV. Die Untersuchung zu der Beschwerde 1682/2010/BEH**

In der im Herbst 2010 eingereichten Beschwerde 1682/2010/BEH rügte der Beschwerdeführer unter anderem, dass die Kommission nicht die Vollständigkeit ihres Registers sichergestellt, keine allgemeinen Kriterien für die Auswahl von Experten entwickelt und nicht für eine ausgewogene Zusammensetzung ihrer Expertengruppen gesorgt habe.

Nach einer gründlichen Prüfung des überaus umfangreichen Falles, der eine Vielzahl von Expertengruppen betraf, unterbreitete der damalige Europäische Bürgerbeauftragte der Kommission einen Vorschlag für eine gütliche Lösung des Falles. In diesem Brief schlug er der Kommission insbesondere vor, ihr Register zu komplettieren, Kriterien zur Auswahl von Experten festzulegen und weitere Maßnahmen zu ergreifen, um für eine ausgewogene Zusammensetzung ihrer Expertengruppen zu sorgen.

In ihrer Antwort legte die Kommission dar, welche Maßnahmen sie in diesem Bereich inzwischen ergriffen hatte oder noch ergreifen werde. Die Stellungnahme des Beschwerdeführers zu dieser Antwort war gleichwohl negativ.

In ihrer Entscheidung<sup>32</sup> zum Abschluss der Untersuchung dieses Falles konstatierte die Europäische Bürgerbeauftragte, dass die Kommission wichtige Fortschritte erzielt hatte, was das Bemühen anlangt, für eine ausgewogene Zusammensetzung ihrer Expertengruppen zu sorgen. Ihres Erachtens konnte die Untersuchung daher eingestellt werden. Die Europäische Bürgerbeauftragte kündigte jedoch zugleich an, dass sie im Jahre 2014 eine Untersuchung aus eigener Initiative zur Frage der Expertengruppen einleiten werde, um neuere Entwicklungen zu untersuchen und um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, sich zu äußern.

#### **V. Die Rahmenregelung für den zivilen Dialog im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik**

Am 16. Dezember 2013 erließ die Kommission einen Beschluss zur Einrichtung eines Rahmens für den zivilen Dialog im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik.<sup>33</sup> Mit diesem Beschluss wird der Rahmen für die

<sup>31</sup> Art. 14 des Modells der Geschäftsordnung.

<sup>32</sup> <http://ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/52942/html.bookmark>

<sup>33</sup> Beschluss 2013/767/EU (ABl. 2013 L 338, S. 115).

Gruppen für den zivilen Dialog festgelegt, die sich mit Fragen der Gemeinsamen Agrarpolitik befassen.

Die Gruppen müssen aus Vertretern von Nichtregierungsorganisationen mindestens auf europäischer Ebene bestehen, darunter repräsentative Verbände, Vertreter wirtschaftlich-sozialer Interessengruppen, Einrichtungen der Zivilgesellschaft und Gewerkschaften, die im Europäischen Transparenzregister registriert sind.<sup>34</sup> In Frage kommen also lediglich Nichtregierungsorganisationen, die im Transparenzregister registriert sind.

Der Generaldirektor der Generaldirektion Landwirtschaft der Kommission entscheidet über die Zusammensetzung der Gruppen auf der Grundlage einer Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen. Er sorgt dabei für eine ausgewogene Vertretung aller oben erwähnten Interessen.<sup>35</sup>

Die auf der Grundlage dieses Beschlusses im Jahre 2014 eingesetzten Gruppen unterscheiden sich zwar von den Expertengruppen der Kommission im Hinblick auf ihr Mandat und ihre Zusammensetzung. Nach Ansicht der Europäischen Bürgerbeauftragten bestehen jedoch zwischen den beiden Arten von Gruppen auch große Ähnlichkeiten, so dass die Regelungen des Beschlusses für die Gruppen für den zivilen Dialog im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik als Modell für den Bereich der Expertengruppen herangezogen werden können.<sup>36</sup>

## **V. Die Untersuchung aus eigener Initiative OI/6/2014/NF**

Die Untersuchung aus eigener Initiative OI/6/2014/NF wurde am 12. Mai 2014 eingeleitet und begann mit einer öffentlichen Konsultation.

### **1. Das Schreiben der Bürgerbeauftragten an die Kommission**

Auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Konsultation richtete die Bürgerbeauftragte am 27. Januar 2015 ein ausführliches Schreiben an die Kommission.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Art. 4 Abs. 2.

<sup>35</sup> Art. 4 Abs. 1 und 3.

<sup>36</sup> Siehe das Schreiben der Bürgerbeauftragten an die Kommission vom 27. Januar 2015.

<sup>37</sup> <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/58861/html.bookmark>

In diesem Schreiben verwies die Bürgerbeauftragte darauf, dass die Stellungnahmen, die sie erhalten hatte, überwiegend negativ gewesen waren. Als hauptsächliche Probleme wurden darin identifiziert (a) der Mangel an Konsistenz bei der Kategorisierung der Experten, (b) der Umstand, dass nach wie vor wirtschaftliche Interesse die Expertengruppen dominierten, (c) die Mangelhaftigkeit der im Register verfügbaren Informationen und (d) der Umstand, dass eng mit bestimmten Interessen verknüpfte Einzelpersonen als Experten ernannt würden, ohne eine angemessene Regelung für Interessenkonflikte vorzusehen.

Die Europäische Bürgerbeauftragte erklärte, dass es ihr wegen der Mängel, welche die geltende Rahmenregelung und das Register aufwiesen, nicht möglich gewesen sei, die Zusammensetzung einzelner Expertengruppen angemessen zu überprüfen.

Obwohl sie eine Reihe von positiven Ansätzen registrierte, bestand daher nach Ansicht der Bürgerbeauftragten ein erheblicher Bedarf an Verbesserungen in diesem Bereich.

Sie unterbreitete der Kommission aus diesem Grunde insgesamt 22 Verbesserungsvorschläge, von denen hier nur die wohl wichtigsten zusammengefasst werden sollen:

(1) Erforderlich sei eine rechtlich verbindliche Rahmenregelung, die ein Gebot zu einer ausgewogenen Zusammensetzung der Expertengruppen und das Erfordernis enthält, für jede Expertengruppe festzulegen, was Ausgewogenheit im Hinblick auf diese Gruppe bedeutet. Zudem sollten allgemeine Kriterien für die Unterscheidung zwischen Interessen wirtschaftlicher Natur und solchen nichtwirtschaftlicher Natur aufgestellt werden.

(2) Die Kommission solle für jede Expertengruppe eine Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen veröffentlichen.

(3) Die Kommission solle die im Transparenzregister verwendeten Kategorien auch zur Einteilung von Mitgliedern in Expertengruppen verwenden.

(4) Für jedes Mitglied, das als individueller Experte ernannt wird, solle die Kommission einen ausreichend detaillierten Lebenslauf und eine Interessenerklärung veröffentlichen.

## 2. Die Stellungnahme der Kommission

Die Kommission unterbreitete ihre Stellungnahme am 29. Mai 2015.<sup>38</sup>

In ihrem Schreiben bekräftigte die Kommission, sie sei „fully committed to a balanced representation of relevant areas of expertise and areas of interest in expert groups and to high standards of openness, ethics, and transparency as regards their composition and work“.

Die Kommission äußerte sich zudem zu den meisten der von der Bürgerbeauftragten vorgelegten Verbesserungsvorschlägen.

Ich werde mich auch hier auf die oben erwähnten wichtigsten Punkte beschränken.

(1) Die Kommission machte geltend, die Rahmenregelung aus dem Jahre 2010 funktioniere in zufriedenstellender Weise. Etwaige Probleme ließen sich auf Einzelfallbasis lösen. Die Kommission führte aus, sie halte es daher nicht für angemessen, neue Regeln einzuführen, die keinen Mehrwert mit sich bringen würden. Was den kritischen Hinweis der Bürgerbeauftragten betraf, die geltende Regelung sehe vor, dass die Kommission sich lediglich im Rahmen des Möglichen („as far as possible“) um eine ausgewogene Zusammensetzung der Expertengruppen bemühen müsse, machte die Kommission geltend, dies erlaube es, mögliche besondere Umstände oder Schwierigkeiten im Einzelfall zu berücksichtigen. Die Kommission gab zu bedenken, dass nicht vorhersehbar sei, wer sich auf eine Ausschreibung hin bewerben würde. Zudem würde ein Versuch, Definitionen aufzustellen, konzeptuelle Probleme („conceptual problems“) aufwerfen. Es gäbe auch keine Gewähr, dass sich solche Definitionen in der Praxis bewähren würden.

Die Kommission führte aus, es sei besser, das Auswahlverfahren transparenter und inklusiver zu gestalten, insbesondere indem in den Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen klar beschrieben werde, welche Expertise und Interessenvertretung verlangt werde.

(2) Die Kommission stimmte zu, grundsätzlich für jede Expertengruppe eine Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen zu veröffentlichen und eine Frist von 4 Wochen für Bewerbungen vorzusehen.

---

<sup>38</sup> <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/60019/html.bookmark>

(3) Die Kommission wies darauf hin, dass sich das Transparenzregister und das Register der Expertengruppen deutlich unterscheiden. Gleichwohl stimmte die Kommission zu, die im Transparenzregister verwendeten Kategorien auch für die Zwecke des Registers der Expertengruppen zu verwenden, wo dies angebracht („appropriate“) sei.

(4) Was die Frage der Transparenz betrifft, wies die Kommission darauf hin, dass neue Regeln für den Umgang mit Interessenkonflikten in Vorbereitung seien. Die Kommission bereite zudem ein Formular vor, auf dem Interessenkonflikte zu deklarieren sein werden, sowie eine Anleitung zum Ausfüllen dieses Formulars. Die ausgefüllten Formulare würden über das Register der Expertengruppen öffentlich zugänglich gemacht werden, allerdings vorbehaltlich der Bestimmungen über den Datenschutz.

Anstatt eine jährliche Vorlage zu verlangen, werde die Kommission vorsehen, dass Experten die Kommissionsdienststellen zu informieren haben, sobald eine Änderung in ihren Verhältnissen eintritt. Die Experten würden dann das entsprechende Formular neu ausfüllen müssen.

Die Kommission fügte hinzu, dass sie den Europäischen Datenschutzbeauftragten bereits im Februar 2015 zu diesen neuen Regeln für den Umgang mit Interessenkonflikten konsultiert und von diesem im April 2015 eine Reihe von Empfehlungen erhalten habe.

Was die Zugänglichkeit von Dokumenten zur Arbeit der Expertengruppen betrifft, führte die Kommission aus, dass die derzeitige Praxis fortzuführen sei. Die Vertraulichkeit der Beratungen von Expertengruppen sei wichtig. Die Kommission wies noch einmal darauf hin, dass die Möglichkeit besteht, im Einzelfall von dieser Vertraulichkeit Abstand zu nehmen.

## **VI. Ausblick**

Die Stellungnahme der Kommission wurde in der Öffentlichkeit kritisch aufgenommen. Es ist nun an der Europäischen Bürgerbeauftragten, diese Stellungnahme zu prüfen und zu entscheiden, wie weiter zu verfahren ist.

## **Nevena Nastić Dragutinović**

Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection

### **State-Owned Companies and Freedom of Information**

#### **INTRODUCTION**

When we talk about freedom of information, it seems that there is no doubt in the right to freedom of information and availability of the right to access to information of public importance provided by government bodies, more specifically covering: the National Assembly, the President, the Government, ministries and bodies comprised within them or the external ones. However, when we consider businesses and companies, either those founded by the state, or those who have been entrusted with public authorities, it seems as if there is a certain dilemma. The causes are multiple, but the ones that are launched most often (usually the companies themselves launch them, so as the advocates promoting equality in running a business on the market between such companies and private companies that have no similar obligations) are the following: market freedom, equal competition with respect to private companies, secrecy of business information, managers' full freedom to decide on and recruit personnel, etc. In all these cases, deliberately or not, it has been forgotten that exactly in such companies freedom of information and transparency of work is something that is the basic postulate for prevention of corruption, political and party privileged status, prevention of misspending and/or redirecting of the state capital into areas that do not represent the interests of citizens.

#### **LAW ON FREE ACCESS TO INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE**

The Law on Free Access to Information of Public Importance was enacted in the Republic of Serbia in 2004, and with the Act amendments made in 2007, 2009 and 2010 it has been in use for eleven years already. According to the right to information of public importance ranking made by two internationally recognized organizations, the *Spanish Access Info Europe* and the *Canadian Centre for Law and Democracy*, the Serbian Law on Free Access to Information of Public Importance has been rated as the best law in that field in the world.

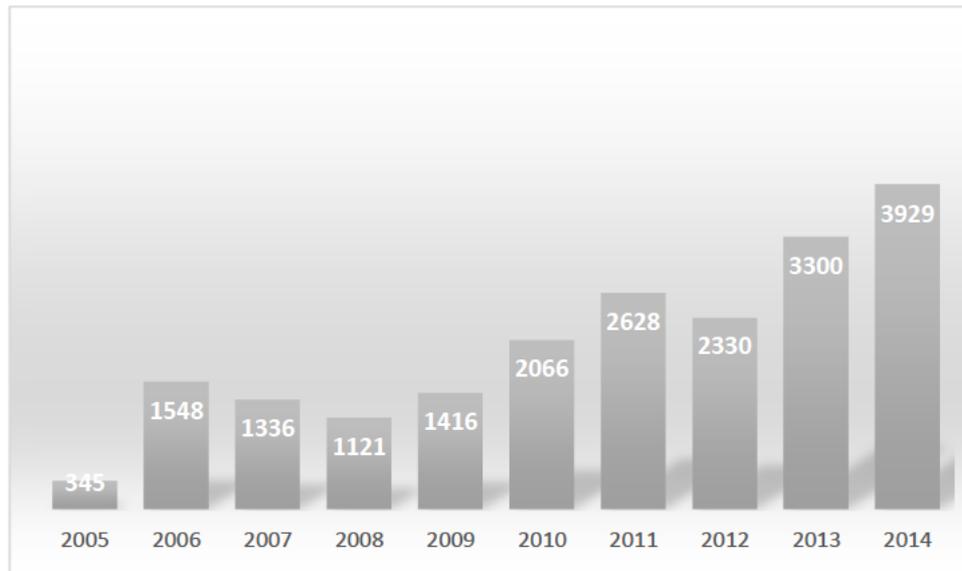
The basic concept making this Law highly ranked is primarily the extent of comprehensiveness of implementation which is compulsory for all forms of the state authority – legislative, judiciary and executive. Then, the absence of absolute and a priori given exemptions from free access to information of public importance and introduction of reconsideration of exemptions in each particular case through the public interest test by which the public authorities weigh the prevalent interest between the applicant's and the public interest in disclosure of information and the damage that might occur if a free access to the requested information would be enabled in the particular case. Furthermore, one of the significant characteristics of this Law is setting a relatively simple procedure through which one can exercise the right to access information of public importance and an efficient rights protection system by an independent authority, as well as the fact that there are no limitations for the reuse of already obtained information.

This Law also contains a specific concept of a proactive publishing of information, therefore, the public authority is responsible to publish an integral document containing all important data referring to its work on its internet page – the so called Directory, as well as to keep information updated on year basis. In addition to the basic data on the public authority (name, address, organizational structure and authorized persons) this document, among other things, must contain a description of the rules concerning transparency of work, description of powers and actions there under, a review of data on services rendered, data on revenues and expenditures, public procurements, state aid, paid salaries, wages and other incomes, data on the instruments of labor, data on storing information mediums, types of information the government body possesses and types of information it allows access to, as well as information on submitting a request for access.

The Commissioner publishes and updates a guidebook with practical instructions for an efficient exercise of the right to access information in Serbian and other languages officially used in the Republic of Serbia and issues instructions for Directory writing and publishing.

The Law has been very well accepted by citizens who understood that in the procedure before the Commissioner they could enforce their right to access information of public importance, while on the other hand, the public authorities obviously still deal, not adequately enough, with their requests what is best demonstrated by the graph of the number of complaints in the period from 2005, with 345 of them, to 2014, when their number considerably increased to 3,929.

Chart 1 – Overview of the number of complaints 2005-2014 in the field of access to information



## **COMMISSIONER'S COMPETENCE REGARDING ACCESS TO INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE**

The Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection is an autonomous government body appointed by the National Assembly and independent in executing its competences. The Commissioner provides for data protection as a second-instance authority. Commissioner's decisions are binding, final and enforceable, and are subject to judicial control.

In executing these competences, the most significant powers of the Commissioner under the Law on Free Access to Information of Public Importance are to:

- Consider complaints against the decisions of public authorities that violate the rights regulated by the Law on Free Access to Information of Public Importance and complaints resulting from the public authority's failure to act under the applicant's request for information or because the applicant's right to information has been otherwise rendered impossible;
- Monitor the respect of obligations by the public authorities regulated by this Law and report thereof to the public and the National Assembly and propose to public authorities measures to be taken to improve their work;

- Undertake necessary measures to train employees in government agencies and bodies and to inform the employees of their obligations regarding the rights to access information of public importance with the aim of an efficient implementation of this Law;
- Exercise the right of access to and inspection of any information medium referred to by this Law;
- Since 2008, under the Law on Personal Data Protection, the Commissioner has been competent for personal data protection.

Under the Law on Personal Data Protection, the Commissioner's powers to inspect each information medium are partly restricted, so that for certain classified information the Commissioner needs a *security clearance certificate* issued by the Office of the Council for National Security and Classified Information Protection. Based on the decision of this body, the Commissioner is issued with a certificate and thereby established the right of access to classified information of the highest level of secrecy – “state secret”. The Law stipulates that based on the Commissioner's ruling made in the procedure upon an appeal in accordance with the Law on Free Access to Information of Public Importance, an authorized person of the public authority shall revoke the secrecy of information, i.e., the secrecy of a document containing a classified information and shall enable the applicant's right to access information to be enforced.

## **OBLIGATION TO ACT IN ACCORDANCE WITH THE LAW ON FREE ACCESS TO INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE**

According to the Serbian Law on Free Access to Information of Public Importance, the status of public authorities subject to this Law implementation is acquired based on one of the following criteria: way of founding, way of financing and granting of public powers, consequently we can talk about

1. A state-founded public authority
2. An entirely or predominantly state-financed public authority, and
3. A public authority entrusted with public powers.

1. The first group includes authorities in a narrower sense: the National Assembly and the President of the Republic of Serbia, the Government,

ministries, administrative authorities within ministries, special organizations, courts, prosecutors' offices, attorneys' offices, Constitutional Court, the National Bank of Serbia, etc., and also territorial autonomy authorities and local self-government units.

2. The second group includes legal entities founded or financed entirely or mainly by the state, to wit, a government body, which is practically a term implying public enterprises and institutions that have not been entrusted with the exercise of public powers under the Law and here belong all public enterprises whose founder can be the Republic, the Autonomous Province, local self-governments, agencies founded by cities, towns, municipalities, etc.

3. The third group of public authorities includes organizations entrusted with the exercise of public powers such as: enterprises, institutions, organizations and individuals that have been entrusted with the exercise of such public powers under the Law (centers for social work, schools, faculties, some republic public enterprises expressly entrusted with the exercise of public powers under the Law, such as the Serbian Business Registers Agency or the Privatization Agency, etc.). In addition to the aforementioned organization entrusted with the exercise of public powers, the public authorities can also be associations, e.g. such as the Automobile and Motorcycle Association of Serbia (AMSS), entrusted with public powers. Similarly, we can mention, as an interesting example, the Belgrade Stock Exchange JSC from Belgrade, which is a joint stock company with a majority of private stock capital. Nevertheless, in accordance with the Law on Capital Market, the Belgrade Stock Exchange has been entrusted with public powers that apply to admission of securities for trading on the market, listing, temporary suspension of trading and exclusion of securities from the market, and ipso facto it belongs to the authorities in a larger sense, therefore it is liable to give out information of public importance to the applicants who requested them, absolutely taking care of personal data protection.

The Law on Public Enterprises defines the concept of a public enterprise as an enterprise founded by the Republic of Serbia, the Autonomous Province or a local self-government unit, carrying out an activity of general interest. Activities of general interest are regarded as activities of strategic significance for the Republic of Serbia and they are defined by separate laws.

An activity of general interest can be carried out by corporations whose founder is the Republic of Serbia, the Autonomous Province or a local

self-government unit, when the relevant organ entrusts them to carry out such activity, where such companies, namely entrepreneurs, have an identical position as public enterprises while performing activities of general interest.

In compliance with the above said, the Law on Free Access to Information of Public Importance is also applied to public companies founded by the state, to wit, a government body. All these companies are treated as public authorities and they are liable to make the information they possess accessible to citizens and other persons requesting them.

Wishing to help the applicants requesting information, the Commissioner made a Catalogue of Public Authorities in line with the Law on Free Access to Information of Public Importance. The Catalogue is available on the Commissioner's webpage and currently contains about 11,000 entities viewed as public authorities. The number of public authorities is variable, and the Catalogue is updated regularly. The Catalogue is not of a constitutive but of informative character and each possible disputable status of a certain public authority from the perspective of public powers is checked in the procedure instigated upon appeal.

The standing of the existing Law on Free Access to Information of Public Importance is such that it compels the state-owned companies to allow access to information of public importance created during their work or related to their work, and not only in the part in which these enterprises implement their public powers. An issue of justifiability of such standing of the Law has been raised in practice so as the need to change it, starting precisely from comments that the state-owned companies have been brought to an unequal position as compared to competitive companies that are under no obligation to provide free access to information of public importance. This issue is interesting since private companies are not subject to obligation to present information under the Law on Free Access to Information of Public Importance. Nevertheless, these entities too can be under the magnifying glass of the public if in the matter are information i.e., documents in possession of a public authority which was deciding on some of the rights and obligations of those entities in due exercise of its public powers. However, such information, by their character, may represent information of public importance, and that is assessed in each particular case.

## **PROBLEMS IN APPLYING THE LAW TO STATE-OWNED COMPANIES**

Out of the total number of complaints lodged in 2014, amounting to 3,929, 650 complaints against the state-owned companies were filed with the Commissioner, which represents around 16,5%. However, what is the cause of concern is the relationship of these companies towards the obligations under the Law. Out of 541 cases that have been decided and/or ruled so far, complaints were founded in 93% of cases. Among these, in 205 cases the Commissioner did not have to make a formal decision ordering a company to give information, because the company, after the first intervention of the Commissioner, that is the request for explanation, would give previously withheld information to the applicant requesting it. In 297 cases, the Commissioner had to make a decision ordering a company to give information. Although the Commissioner's decisions are final, binding and enforceable under the Law, the state-owned companies the decisions referred to did not act upon them in 113 or 38% of cases.

A figurative indicator of the state-owned enterprises' behavior towards obligations under the Law is the percentage of efficiency of the Commissioner's interventions regarding complaints against the state-owned companies vis-à-vis the efficiency of interventions with all public authorities subject to the implementation of the Law, as well as the number of failures to obey decisions, i.e. to carry out the Commissioner's orders made in procedures upon complaints lodged due to violation of the right to access information. That percentage of the efficiency of the Commissioner's interventions in relation to all public authorities is around 93%, whereas regarding the state-owned companies it is only 77%. Consequently, the percentage of the Commissioner's unproductive interventions related to all public authorities is slightly above 6%, while related to the state-owned companies it is no less than 23%. Besides, in more than 60% of cases with respect to all public authorities, the Commissioner's intervention has been positively ended as early as after the request for explanation upon the complaint and there was no need for the Commissioner to formally order the submission of information. On the other hand, that percentage is considerably lower as regards the state-owned companies and is less than 40%.

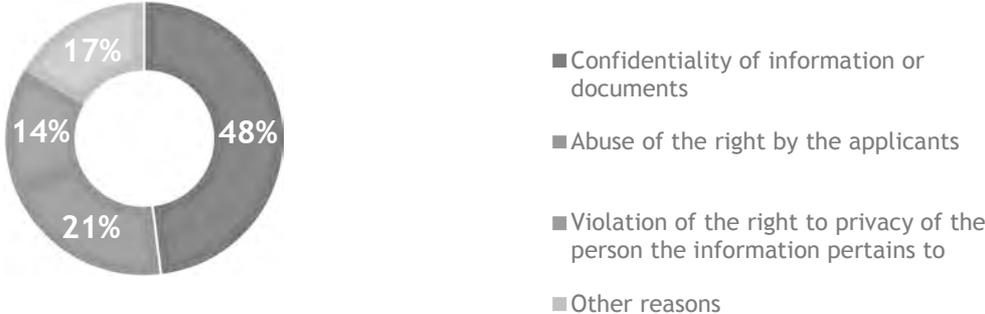
The most expressive is the percentage of a failure to carry out an order with respect to the number of decisions taken by the Commissioner, ordering the state-owned companies to make information accessible to the public, i.e. applicants, which amounts to 38%. This shows that more

than one third of the Commissioner’s decisions, i.e. orders have not been carried out by these companies in spite of the fact that those decisions are final, binding and enforceable under the Law and that withholding of information and a failure to proceed according to the Commissioner’s ruling are sanctioned as an offence. The percentage of unsatisfied decisions is around 20% at general level.

Information withheld from the public by the state-owned companies refer to the following: financial statements, state-guaranteed credit indebtedness, amounts of received budgetary resources, contracts of public procurements of equipment, works and services, contracts of business cooperation, donations to media and other entities/persons, sponsorships, entertainment allowance, incentives, etc.

The most common reasons for lodging complaints against the state-owned companies with the Commissioner are a total disregard for requests, i.e., a failure to get whatever answers. In cases where applicants’ requests were rejected, the following reasons were mentioned: secrecy of information or documents (48%), then, misuse of the right by the applicant (20.8%), and, in the third place, the reason was violation of the right to privacy of a person such information referred to (14.5%), as well as other reasons (16.6%).

Chart 2 – Reasons for rejecting requests by applicants



**EXAMPLE**

Particularly extreme are the cases where some of these enterprises refused to acknowledge that the Law was applicable on them. Such examples in the Commissioner’s practice are many, but as one of more interesting is the case of a telecommunications company Telekom Srbija a.d. Belgrade, which is a very important and profitable Serbian company with the highest number of unexecuted rulings. In the appellate procedure held before the Commissioner for free access to information

of public importance, Telekom Srbija has been contesting the complaints by applicants requesting information, stating that it is not bound to act under the Law on Free Access to Information of Public Importance, that this Law does not refer to Telekom Srbija because that company does not have public powers, that it was founded for acquisition of gain and that it has been operating on several markets, and that it has no status of a public authority. The arguments of this company are that it is not liable under the Law on Free Access to Information of Public Importance, that other companies operating on the communications market like Orion, SBB, Telenor, VIP and others, which have the same powers to do business as Telekom Srbija are not liable under this Law. Furthermore, it was founded neither by the state nor by a government body but by the Public Enterprise for Postal Services and it has not been statute-entrusted with public powers. This enterprise has also referred to the Law on Electronic Communications and pointed that binding only one among a number of operators issued with licenses and certificates on the competitive market for electronic communications would damage the principle of equality in doing business, competition on the electronic communications market, and that this Law was *lex specialis* in this particular case.

Ruling in the cases upon complaints against Telekom Srbija, the Commissioner asserted that Telekom Srbija was liable under the Law on Free Access to Information of Public Importance and that it had the status of a public authority on the grounds of the way it had been founded. Namely, the Commissioner assumed that the state was the founder of the Public Enterprise for Postal Services within whose system Telekom had operated as an organizational part which subsequently separated as an autonomous enterprise, implying that the state was the founder of this enterprise and that it had been exercising founding rights as it was still a majority owner of Telekom with more than 50% in the capital stock.

Telekom Srbija a.d. was opposing such Commissioner's attitude before the court and kept refusing to implement the Law even after the Supreme Court and Administrative Court dismissed its several claims and in each of those cases confirmed the Commissioner's attitude that on the ground of founding and exercising founding rights by the Government of the Republic of Serbia, Telekom Srbija had the status of a public authority.

## CHALLENGES

It is obvious from the above-mentioned facts that there is a lack of liability regarding the implementation of the Law on Free Access to Information of Public Importance to the state-owned companies, which refers primarily to the state-owned companies' failure to act upon the applicant requesting information within the time prescribed by the Law, failure to execute the Commissioner's decision, failure to publish the information which fall within legal obligation and to publish them on a proactive basis.

It is quite certain that a consistent implementation of the rules on liability for infringement of the Law would contribute to establishing a more appropriate relation towards the execution of the Commissioner's order and other commitments under the Law by the state-owned companies. An additional problem is nonfunctioning of liability mechanism for the infringement of the Law, since the Commissioner has no power to request instigation of offence proceedings for misdemeanors occurring through the failure to implement the Law. Likewise, the prescribed mechanisms for the provision of the Commissioner's ruling enforcement do not function, and they are within the Government's competence.

Considering all mentioned problems and having in mind the promotion and a more efficient implementation of the Law, the Commissioner has initiated amendments to the Law on Free Access to Information of Public Importance, which, in one part, would refer to the state-owned companies in a manner defining more clearly the notion of public authorities under Article 3 of the Law, thus that the circle of entities for which this status is established would be extended, assuming that in reality there exist or have been established new categories of entities that have significant public powers and which have not been subject to the implementation of the Law, or other entities that have not been entrusted with public powers even though they have them based on contracts, deeds of incorporation or other instruments of the authority (for example, utility services).

Moreover, the aforementioned amendments would state precisely the issue of the scope of information that should be provided by the entities that carry out some activities of general interest or have public powers or are financed by other authorities. We are talking about associations or entities in private ownership, which, in addition to the information of undoubtedly public importance, also have a lot of information that have no connection whatsoever with the performance of a public work or

funding from public resources. It has been provided for such entities to have the property of a public authority and liabilities with respect to those pieces of information that refer to the performance of a public work and/or funding from public resources, rather than all information in their possession.

The provisions of the Law concerning proactive publishing of information would be also improved, to contribute to a better and easier enforcement of the right of the public to know, and with the amendments to the provisions of the Law with respect to the circle of entities/authorities to which this liability refers, as well as the obligation to present the annual report and to train the employees would enable more efficient measures that can be taken by the Commissioner in relation with publishing of up-to-date information.

## **CONCLUSION**

From the all aforementioned, we think that the freedom of information is a key to the achievement of transparency of the state-owned enterprises' work, as well as one of the forms to control their work, resulting in the prevention of corruption and rationalization of expenditure in those companies. Specific requests filed by applicants mostly referring to access to contracts and other instruments these companies conclude, make and issue to third parties (economic and business agreements, contracts of employment and service contracts for temporary and occasional jobs, etc.), spending of funds for designated purposes or misuse of funds provided for by financial plans of those companies, public procurements, etc., represent a noteworthy aspect of control and a form of the suppression of corruption in such companies and of the care of assets and economical business operations therein. If we take into consideration that the participation of these companies in the gross national wealth has a high percentage, we can comprehend the importance of this aspect of control of their work. In that respect, the Law on Free Access to Information of Public Importance has substantially opened the door to the public to consider the work of the state-owned companies, which had been the sacrosanct bastions that had a free use of the state property and ipso facto were one of the major bases and a lever of political power of the ruling party. Thenceforth, the ruling party, positioning its folk to lead such companies, without public view and questions, had a free use of considerable state resources. In that respect, the anticorruption aspect of this Law is undisputable. Besides, there is another important reason contributing towards providing the public with a free access to information of public importance that refer to

the work of public authorities, specifically, grants that the government gives to these companies, which completely justifies the right of access to these enterprises' work.

Arguments against freedom of information in the state-owned companies in a larger sense are negligible in relation to arguments for. When we talk about the difficulties in implementation of the Law and providing of the right to free access to information of public importance, they can be overcome through tightening of a penal policy, making it possible for the Commissioner to lodge charge sheets against irresponsible state-owned companies, then, through rational staff organization, training of persons in charge of access to information of public importance in those companies, as well as by enhancing the proactive and prompt publishing of information that will enable, in addition to monitoring of current tendencies and pressing requests, a complete and timely fulfillment of obligations towards applicants. It should be remembered that transparency of work of an entity, even when private companies are in the matter, represents a guarantee of stability and economic power of any company that has nothing to hide from the public and that openly presents its activities, and all these are undeniably necessary when we talk about state-owned companies. The statutory mechanism, so-called ***the public interest test***, which implies assessing the interest between the right of the public to know and companies' legitimate business interests is a guarantee that a fair balance will be found between these, sometimes confronting interests.

Therefore we do have any doubts that the answer to the dilemma - Freedom of information and economy – Worlds apart? – No, not at all!

Belgrade, 25, May, 2015.

Nevena Nastić Dragutinović  
Senior Adviser



Access to Information  
Programme

[WWW.AIP-BG.ORG](http://WWW.AIP-BG.ORG)

## **Freedom of Information as a Means to Prevent and Tackle Corruption**

Alexander Kashumov,

Head of AIP legal team Access to  
Information Program

Steigenberger Hotel Sanssouci

Potsdam, 08 June 2015

## Access Situation in Bulgaria

- AIP works since 1997: advocacy, legal help, monitoring
- There is Access to information law since 2000
- Between 9 and 24 thousand FOI requests a year
- AIP has provided 4000 consultations and supported 400 court cases in the years
- Majority of FOI court cases won by info requesters

## Access Situation in Bulgaria

- Access to Public Information Act & Access to Environmental Information is a chapter in 2001 Environment Protection Act;
- In 2014: 11 462 requests to central executive bodies and local authorities, 1851 made by journalists; 1248 denials
- 417 out of 576 authorities report they did not deny access in 2014. 138 appeals against denials and 69 against other decisions

# Access to Information & Businesses

- The scope of Access to Public Information Act (2000) as amended in 2008:
  - State and municipal bodies
  - Persons receiving funds from state budget, EU funds
  - Bodies governed by public law – entities operating in general interest (cf Art.2.1(4) of Directive 2014/24/EU):
    - Whose income for last year comes more than 50% from state, municipal, social or health insurance fund or;
    - Majority of management bodies determined by a public body;
    - Controlled by a public body.

# Access to Information & Businesses

- According to the Protection of Environmental Information Act (Chapter 2, Access to Environmental Information, Every legal or natural person is obliged to provide information on request, if it meets the following criteria :
  - Provides public services
  - Related to the environment
  - Is under the oversight by a state or municipal body

# Access to Information & Businesses

- Applicable exemptions that protect commercial/ economic interests :
  - Business secret (subject to public interest test)
  - Third party interests exemption (subject to public interest test)
  - Official secrets (protected for 6 months)
  - Professional secrets (e.g. bank secrets)

## Cases of access to contracts

- Crown Agents case: signed with Ministry of Finance in 2001; denial based on the classification of the contract as connected with national security
- Tracia highway construction contract signed in 2005; denial based on the classification of the contract as office secret
- Concession, procurement, consultancy contracts (2003-2007) – business secrets and public interest; cases of Guseva (see ECHR case), NGO Razgrad case

## Cases of access to contracts

- Concession, procurement, consultancy contracts (2008-2014) – business secrets and public interest after the amendment of the law stating that contracts with public bodies are presumed public
- William Popov case 2010: access to all consultancy contracts in Ministry of Justice
- Dnevnik and Sega dailies – exposing the practice of private companies donations to local police stations 2011 – as a result public register of donations created, then practice entirely prohibited

## Cases of access to other business information

- Payments made on consultancy and construction contracts of a municipality (Videlina local outlet)
- William Popov case access to all report on the implementation of the said consultancy contracts
- Ekoglasnost case no 1: Documents related to emergency cases in a nuclear power plant 2006
- Ekoglasnost case no 2 (2010): documents related to license for use of new type of nuclear fuel
- South Stream project Ministry of economy & energy correspondence & negotiation records 2014

# Development of the legal environment

- Access to Information law 2000: protection of third parties & business secrets; court practice – contracts generally not available
- 2004 – 2008: court practice - business secrets protect from unfair competition; public bodies obliged to prove the relevance of the protection
- 2008-2014: amendment in access law – access to contracts is presumed free against business secrets
- Since October 2014: amendment in procurement law – public procurement contracts, payments & related documents published online

## Results since the 2014 obligation for proactive publication online

- According to AIP 2015 survey on Transparency procurement contracts published by 54,20 % of all executive, local government and some other public bodies
- According to AIP 2015 survey on Transparency documents for payment on contracts published by 29,20% of all executive, local government and some other public bodies

# Thank you!

- [kashumov@aip-bg.org](mailto:kashumov@aip-bg.org)

**Dr. Anselm Brandi-Dohrn**

Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V.

## **Schlusswort**

Mir fällt die ehrenvolle Aufgabe zu, die Schlussworte zu sprechen, was nach einer so dichten, mit Diskussionspunkten und zahlreichen Anregungen und Denkanstößen gespickten Veranstaltung nicht leicht fällt.

Das Internationale Symposium der LDA Brandenburg begleitet seit Erlass der gesetzlichen Regelungen zur Informationsfreiheit und zum Zugang zu Informationen kritisch und vor allem rechtsvergleichend die Umsetzung der Europäischen Richtlinien in verschiedenen Mitgliedstaaten. Es hat sich im Verlauf dieser Veranstaltung gezeigt: Diese Veranstaltung ist nicht nur eine Institution geworden, sie ist auch ein einmaliges Forum zum Austausch auf rechtsvergleichender Ebene zwischen den EU-Mitgliedstaaten und sogar darüber hinaus. Wenn wir uns die Teilnehmer ansehen – so zum Beispiel aus Norwegen, Montenegro, aus der Schweiz –, dann hängt das teilweise sicherlich mit dem autonomen Nachvollzug von EU-Bestimmungen in Ländern außerhalb der EU zusammen; teilweise aber auch damit, dass es sich offensichtlich um eine Problemstellung handelt, die all unsere demokratischen Systeme über die EU hinaus grundsätzlich beschäftigt. Das ist umso wichtiger, als auch die heutige Veranstaltung gezeigt hat, wie divergierend die Umsetzung dieser Richtlinien schon innerhalb der EU ist und wie sehr es daher aus unserer Sicht notwendig ist, sich auf ganz persönlicher Ebene im Rahmen einer solchen Veranstaltung ein Netzwerk zu schaffen, in dem man auch einmal auf dem „kleinen Dienstweg“ Probleme, Anfragen, Auslegungsgrundsätze mit parallelen Behörden anderer Mitgliedsstaaten abstimmen – oder vielleicht auch nur dortige Lösungsansätze abfragen – kann.

Das heutige Generalthema „Informationsfreiheit und die Wirtschaft – zwei Welten?“ hat nach meiner persönlichen Einschätzung diese Divergenzen und Umsetzungsdefizite geradezu exemplarisch gezeigt. Wenn wir aus Schottland erfahren, dass die Entscheidung, welche Aktivitäten eines privaten Unternehmens als *public function* – wir würden das vielleicht als Daseinsvorsorge übersetzen – anzusehen sind, dass diese Entscheidung letztlich von der öffentlichen Hand getroffen wird, dann liegt die Frage nach dem Risiko von Interessenkonflikten natürlich nahe. Und wie lässt sich der derzeitige Stand der praktischen Umsetzung mit

den *effet-utile*-Grundsätzen des Europäischen Gerichtshofs in Übereinstimmung bringen? Dann müssen wir aus Norwegen – noch nicht einmal ein EU-Land – erfahren, dass dort im Rahmen der nicht gebotenen Umsetzung Umweltinformationen viel weitgehender abgefragt werden können als innerhalb der EU. Ja sogar, und das fand ich persönlich sehr interessant, der Interessierte Informationen auch innerhalb der *supply chain* abfragen kann oder diese Anfrage zumindest durchgereicht werden muss. Da müssen wir uns fragen, warum wir uns von einem Nicht-EU-Land vormachen lassen müssen, wie man dem Geist eines Gesetzes nachlebt. Desgleichen in Serbien und Bulgarien – hier zeigt sich ein Befund, den wir schon in den Veranstaltungen der letzten Jahre festgestellt haben: Offensichtlich ist jenseits des ehemaligen „Eisernen Vorhangs“ das Verständnis dafür viel stärker als im ehemaligen Westen, dass Offenheit und Transparenz, das Offenlegen von Informationen, ein grundsätzliches Bedürfnis innerhalb einer demokratischen Ordnung ist. Und dem stellen wir die Situation in Deutschland gegenüber – hier hat Herr Rechtsanwalt Partsch besonders prägnante und stoßende Beispiele der (mangelnden) Umsetzung der Informationsfreiheitsrechte in Deutschland dargestellt. Es ist uns klar geworden, dass die derzeitige Formulierung jedenfalls der deutschen Gesetze einen erheblichen Spielraum für eine sehr engherzige Auslegung des Anspruchs auf Informationszugang lässt.

Welchen Schwierigkeiten sich sowohl betroffene Unternehmen wie die beteiligten Behörden gegenübersehen können, hat uns das Branchenbeispiel der pharmazeutischen Industrie gezeigt, insbesondere der Umgang mit sensiblen Daten rund um klinische Studien. Hier zeigt sich aus meiner Sicht einer der fundamentalen Webfehler jedenfalls in der deutschen Umsetzung oder praktischen Anwendung des EU-Rechts – das strikte und ohne Ermessen durchzusetzende Verbot, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von Dritten offenzulegen, führt dazu, dass die angefragte Behörde schon grundsätzlich dazu angehalten wird, auf die bloße Behauptung eines Geheimhaltungsinteresses hin die Herausgabe der Informationen zu verweigern – schließlich kann die Behörde ja auch schwer (jedenfalls deutlich schwerer als das betroffene Unternehmen) einschätzen, ob und in welchem Umfang eine solche Information tatsächlich schützenswert ist. Dieses Dilemma wird verstärkt, weil die über den Informationszugang entscheidende Behörde in Deutschland – anders als ein Richter – in vollem Umfang einer Rechtmäßigkeitskontrolle mit Schadensersatzsanktionen unterliegt. Die Behörde haftet unbeschränkt, wenn sie Geschäftsgeheimnisse unerlaubt offenbart, der Richter nicht – also überlässt die Behörde die Entscheidung dem Gericht. Das ist theoretisch betrachtet eine wirtschaftlich sinnvolle Entscheidung,

aber sie entspricht nicht dem Geist des Gesetzes. Besonders kritisch wird die Situation in solchen Branchen, die einerseits rechtlich stark reguliert und – ich will es einmal neutral formulieren – prozessaffin sind und bei denen andererseits die Preisgabe der Informationen oder Daten potenziell zu hohen Schäden führen kann. Das trifft sicherlich auf klinische Daten und die pharmazeutische Industrie zu. Wer mag es dem einfachen Sachbearbeiter einer Behörde verdenken, wenn er dieses Haftungsrisiko scheut – sowie einen eventuellen Vermerk in seiner Personalakte: „Hat leider seine Behörde in den Ruin getrieben“.

Was heißt das für uns? *De lege ferenda* muss vor allem für den Bereich der Geschäftsgeheimnisse eine Enthftung der Behörden vorgesehen werden. Wenn die Behörde eine Auskunft erteilt, dann haftet sie nicht, außer sie wusste positiv, dass sie zu der Auskunft nicht verpflichtet war. Das klingt revolutionär, ist es aber keineswegs, sehen Sie sich einmal § 101 Abs. 6 des Urheberrechtsgesetzes an. Dort haben wir eine nahezu identische Regelung schon vorgesehen und zwar für den Fall der Provider, die die Netzzugangsdaten des potenziellen Urheberrechtsverletzers an den potenziellen Urheberverletzten herausgeben. Solche Regelungen gibt es dort, damit ein Unternehmen wie z. B. die Telekom nicht haftet, wenn aufgrund einer irrtümlichen Herausgabe der falschen Zugangsdaten (der falschen TK-Daten) der angebliche Verletzer einem nicht gerechtfertigten Prozessrisiko gegenübersteht.

*De lege lata* bleibt uns nur, uns innerhalb und außerhalb der EU zu vernetzen und über die jeweilige Praxis in der Umsetzung der Richtlinien auszutauschen. Dazu, meine Damen, meine Herren, dient dieses Symposium, dessen Mitveranstalter zu sein eine Ehre für die DGRI ist. Die Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik, die als think tank für IT-Recht in Deutschland – Eigenwerbung – allen offensteht, die an einem wissenschaftlichen Austausch zum IT- und Datenschutzrecht interessiert sind, beobachtet die Entwicklung der Umsetzung dieser Richtlinien mit einer gewissen Beunruhigung und fördert daher diesen rechtsvergleichenden Austausch nach Kräften. Meine Damen und Herren, auch insofern ist allerdings Transparenz geboten: Die DGRI ist Mitveranstalter, aber die Organisation der Veranstaltung liegt allein in den Händen der LDA Brandenburg und dort insbesondere in den Händen von Frau Hartge und Herrn Müller, denen ich hiermit im Namen der DGRI und, ich nehme an, aller Teilnehmer meinen herzlichen Dank ausspreche. Mir bleibt nur, Ihnen eine gute Heimreise mit inspirierenden Gedanken und Lösungen zu wünschen und ich hoffe, sie tragen auch im nächsten Jahr zur anregenden Diskussion in unserem rechtsvergleichenden Austausch bei.