



JONAS BREYER

RECHTSANWALT
DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER

Kanzlei Breyer • Schiersteiner Straße 37a • 65187 Wiesbaden

Gericht der Europäischen Union
Rue du Fort Niedergrünwald
L-2925 Luxemburg

Rechtsanwaltskanzlei Breyer
Schiersteiner Straße 37a
65187 Wiesbaden

Jonas Breyer
Rechtsanwalt
Datenschutzbeauftragter

T +49 611 141 056 89
F +49 611 141 056 90
M +49 151 129 597 14

jbreyer@ra-breyer.de
www.ra-breyer.de

16.03.2019

Az.: B 2019-05

Az.: neu

Klageschrift (mit EuG-Formatierung)

des

Dr. Patrick Breyer, [...]

– Kläger –

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwaltskanzlei Jonas Breyer, Schiersteiner Str. 37a,
65187 Wiesbaden

gegen

Europäische Kommission

– Beklagte –

betreffend

Zugang zu Informationen.

Ich beantrage namens und in Vollmacht des Antragstellers,

1. die Entscheidung der Kommission vom 17.01.2019 zum Az. Ares(2018)6073379 für nichtig zu erklären,
2. der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Ich erkläre mich damit einverstanden, dass Zustellungen an mich per E-Mail an die Adresse [...] erfolgen.

Inhaltsverzeichnis

Klageschrift	1
I. Sachverhalt	4
II. Begründetheit	7
1. Erster Klagegrund: Fehlerhafte Anwendung des Artikels 4 Absatz 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001/EG (Schutz der geschäftlichen Interessen)	7
2. Zweiter Klagegrund: Fehlerhafte Anwendung der Artikel 7 Absatz 1 und 8 Absatz 1 VO 1049/2001/EG (Behandlung von Anträgen)	16

I. Gegenstand des Rechtsstreits

1. Der Kläger ist Jurist, Bürgerrechtler und Kandidat der Piratenpartei Deutschland zur Europawahl. Er betreibt mehrere Internetportale.
2. Im Rahmen des Horizon 2020-Programms finanziert die Kommission das Projekt „iBorderCtrl“ oder „Intelligent Portable Border Control System“ mit einem Budget von etwa 4,5 Mio. €. Das Projekt wird vollständig aus EU-Mitteln finanziert. Es wird koordiniert von der privaten, gewinnorientierten Firma EUROPEAN DYNAMICS LUXEMBOURG SA. Es soll im August 2019 abgeschlossen sein.
3. iBorderCtrl zielt auf eine verstärkte Kontrolle von (zunächst) Drittstaatsangehörigen ab, die in die EU einreisen, und zwar als Bestandteil des „Entry/Exit-Systems“. Im Rahmen des Projekts sollen neue Technologien der Grenzkontrolle erprobt werden (Pilotierung). Ziel des Projekts ist die Erreichung des Technologie-Reifegrads (Technology Readiness Level) 7, also die Entwicklung eines Prototyps, der im praktischen Einsatz getestet worden ist.
4. Unter anderem sollen Einreisewillige vor der Einreise am heimischen Rechner ein automatisiertes Interview mit einem Avatar durchführen, wobei durch automatisierte Analyse des Videobilds des Einreisewilligen bei Beantwortung der Fragen eine „Lügendetektion“ vorgenommen werden soll („Automatic Deception Detection System (ADSS“). Dabei handelt es sich um eine neuartige Technologie. Auch bei der Einreise soll mithilfe von Videoüberwachungsaufnahmen der Einreisenden eine „Lügendetektion“ erfolgen. Während die Identifizierung der Reisenden mithilfe biometrischer Körpermerkmale erfolgen soll, soll die „Lügendetektion“ „kriminelle Absichten“ erkennen. Den Grenzschutzbeamten soll bei der Einreise ein „Risikowert“ angezeigt werden, in den unter anderem das Ergebnis der automatisierten „Lügendetektion“ einfließt. Ebenfalls erfolgen soll eine Überprüfung des Einreisenden anhand von EU-Datenbanken und mithilfe sozialer Medien wie Twitter.
5. Auf der Website der Projektbetreiber wird eingeräumt, dass der Einsatz der automatisierten „Lügendetektion“ an realen Grenzkontrollpunkten nicht auf freiwilliger Grundlage erfolgen kann und dass die dazu erforderliche Rechtsgrundlage bisher nicht existiert.
6. Die Technologie zur visuellen „Lügendetektion“, die im Rahmen des Projekts eingesetzt wird, wurde zwischen 2000 und 2002 von Mitarbeitern der britischen Manchester Metropolitan University entwickelt, darunter Zuhair Bandar und James O'Shea. Sie beruht auf der Annahme, dass Aufregung, kognitive Belastung und kontrolliertes Verhalten Anzeichen von Täuschung seien und visuell automatisiert erkannt werden könnten. Die Erfinder ließen die Technologie patentieren und gründeten 2015 das Unternehmen Silent Talker Ltd., welches sie kommerziell anbietet. Zuhair Bandar und James O'Shea sind neben einer dritten Person Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Die Manchester Metropolitan University, an der sie arbeiten, ist Mitglied des iBorderCtrl-Konsortiums.
7. Es gibt wissenschaftliche Publikationen über die Technologie „Silent Talker“. So heißt es in dem Aufsatz „Silent Talker: A New Computer-Based System for the Analysis of Facial Cues to Deception“ (2006), in einem simulierten Diebstahlszenario hätte das System bei 15 Personen, welche die gestellten Fragen vorher nicht gekannt hätten, zu 80% zutreffend zwischen „Wahrheit“ und „Täuschung“ unterschieden. In dem Aufsatz „Intelligent Deception Detection through Machine Based Interviewing“ (2018) heißt es,

unter 30 Teilnehmern an einem Wahrheits- oder Täuschungsszenario betreffend das Packen von Koffern seien im Durchschnitt 75,5% der wahren und 73,6% der falschen Antworten erkannt worden. In dem Aufsatz „Commercialisation of an artificially intelligent deception detection system in the current security climate“ (2010) wird das System „Silent Talker“ näher beschrieben.

8. Im Rahmen des iBorderCtrl-Projekts wurden unter anderem folgende Dokumente erstellt, die der EU-Kommission vorliegen:

D1.1 Ethics advisor's first report (Confidential, already submitted to the European Commission)

D1.2 Ethics of profiling, the risk of stigmatization of individuals and mitigation plan (Confidential, already submitted to the European Commission)

D1.3 Ethics Advisor (Confidential, already submitted to the European Commission)

D2.1 Requirement Analysis Report (Confidential, already submitted to the European Commission)

D2.2 Reference Architecture and components specifications (Confidential, already submitted to the European Commission)

D2.3 EU wide legal and ethical review report (Confidential, already submitted to the European Commission)

D3.1 Data Collection Devices - specifications (Confidential, already submitted to the European Commission)

D3.2 First version of all technological tools and subsystems (Portable unit, ADDS, DAAT, portable radar, FMT, Avatar based dialogue) (Confidential, already submitted to the European Commission)

D3.3 Second version of all technological tools and subsystems for integration (Confidential, already submitted to the European Commission)

D4.1 First version of the iBorderCtrl software platform (Confidential, already submitted to the European Commission)

D4.2 Second version of the iBorderCtrl software platform (Confidential, already submitted to the European Commission)

D5.1 Integration Plan (Confidential, already submitted to the European Commission)

D5.2 Early version of the integrated prototype (limited functionality) (Confidential, already submitted to the European Commission)

D6.1 Experimental Design for Pilot Deployment and Evaluation (Confidential, already submitted to the European Commission)

D7.1 Project Web Portal (veröffentlicht)

D7.2 Project flyer (veröffentlicht)

D7.3 Dissemination and communication plan (Confidential, already submitted to the European Commission)

- D7.4 Early Business Plan (Confidential, already submitted to the European Commission)
 - D7.6 Yearly communication report including communication material (veröffentlicht)
 - D7.7 Project Flyer 2 (veröffentlicht)
 - D7.8 Dissemination and communication plan 2 (Confidential, already submitted to the European Commission)
 - D8.1 Quality Management Plan (Confidential, already submitted to the European Commission)
 - D8.3 Periodic Progress Report (Confidential, already submitted to the European Commission)
 - D8.4 Annual Report (Confidential, already submitted to the European Commission)
 - D8.5 Periodic Progress Report 2 (Confidential, already submitted to the European Commission)
 - D8.7 Annual Report 2 (Confidential, already submitted to the European Commission)
9. Am 05.11.2018 hat der Kläger bei der Kommission Zugang zu den folgenden Dokumenten beantragt:
- D1.1 Ethics advisor's first report
 - D1.2 Ethics of profiling, the risk of stigmatization of individuals and mitigation plan
 - D1.3 Ethics Advisor
 - D2.1 Requirement Analysis Report
 - D2.2 Reference Architecture and components specifications
 - D2.3 EU wide legal and ethical review report
 - D3.1 Data Collection Devices - specifications
 - D7.3 Dissemination and communication plan
 - D7.6 Yearly communication report including communication material
 - D7.8 Dissemination and communication plan 2
 - D8.1 Quality Management Plan
 - D8.3 Periodic Progress Report
 - D8.4 Annual Report
 - D8.5 Periodic Progress Report 2
 - D8.7 Annual Report 2
10. Außerdem hat der Kläger Zugang zu allen Dokumente betreffend die Genehmigung des Forschungsprojekts beantragt.
11. Mit Ausgangsbescheid vom 23.11.2018 hat die EU-Kommission dem Kläger mitgeteilt, dass das Dokument D7.6 bereits veröffentlicht ist. Sie hat das Dokument D3.1 Data

Collection Devices – specifications teilweise zugänglich gemacht und den Antrag im Übrigen abgelehnt, weil personenbezogene Daten und kommerzielle Interessen zu schützen seien. Der Bescheid und die Anlagen dazu sind veröffentlicht unter https://www.asktheeu.org/en/request/iborderctrl_forschungsprojekt_ho#incoming-19436

12. Mit Zweitantrag vom 26.11.2018 hat der Kläger seinen Antrag bekräftigt. Er hat unter anderem einer Schwärzung personenbezogener Daten zugestimmt. Auszugsweise heißt es in dem Schreiben (Original in englischer Sprache):

„I am filing the following confirmatory application with regards to my access to documents request 'iborderctrl-Forschungsprojekt (Horizon 2020)' (Ares(2018)5639117).

As to the protection of privacy, I do not object to blackening the names of natural persons involved in the project.

As to the protection of commercial interests, public access to the documents requested does not ‚undermine‘ the protection of commercial interests and there is an overriding public interest in disclosure.

First of all, this is a publicly funded project. The public has a legitimate interest in accessing the results of publicly funded research (open access). A lot of details on the project have been disclosed already. This confirms that the iborderctrl project cannot in its entirety be considered the intellectual property of the private actors involved. Especially reports on ethical issues, the legal framework or communication strategy do not (or not mostly) contain intellectual property.

Most of all, there is a overriding public interest in finding out whether the development of unethical and/or unlawful interferences in the human right to privacy are being publicly funded. The iborderctrl project is being critically discussed in the media as aiming at establishing a new means of mass surveillance. Access to the requested documents is needed so that an informed public and democratic debate on the proposed system can take place. I intend to use the requested information politically and for media reporting.“

13. Mit Zweitbescheid vom 17.01.2019 hat die EU-Kommission mir Zugang zu Teilen der Dokumente D7.3 und D7.8 (Dissemination and communication plan) gewährt und den Antrag im Übrigen abgelehnt, weil kommerzielle Interessen zu schützen seien. Das Dokument D3.1 Data Collection Devices – specifications wurde in einer anderen Fassung teilweise (in anderen Teilen als zuvor) zugänglich gemacht. Der Bescheid und die Anlagen sind veröffentlicht unter https://www.asktheeu.org/en/request/iborderctrl_forschungsprojekt_ho#incoming-20002

II. Begründetheit

1. Erster Klagegrund: Fehlerhafte Anwendung des Artikels 4 Absatz 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001/EG (Schutz der geschäftlichen Interessen)

14. Artikel 4 Absatz 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001/EG bestimmt:

15. „Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde: - der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums, [...] es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung.“

a) Erstes Element des ersten Klagegrundes: Keine Beeinträchtigung des Schutzes geschäftlicher Interessen

Vorbringen der Kommission

16. Die Kommission führt an, die angeforderten Dokumente enthielten vertrauliche Informationen des iBorderCtrl-Konsortiums darüber, wie das Konsortium die Projektziele erreichen wolle, u.a. technische Informationen über das zu entwickelnde System. Die Informationen seien als „geistiges Eigentum“ des Konsortiums anzusehen. Sie seien von kommerziellem Wert und ihre Veröffentlichung könne sich negativ auf die Möglichkeiten zur Verwendung der Projektergebnisse durch die Mitglieder des iBorderCtrl-Konsortiums auswirken. Eine Veröffentlichung würde Wettbewerbern ungerechtfertigte Vorteile erstens bei der Bewerbung um Ausschreibungen und zweitens bei der Entwicklung eigener Produkte eröffnen. Drittens sei das zu entwickelnde System überhaupt nur von kommerziellem Wert, wenn seine Funktionsweise geheim bleibe. Und viertens drohe infolge einer Veröffentlichung eine Schädigung der Reputation des Konsortiums und der daran Beteiligten.
17. Die Kommission verweist weiter auf Artikel 3 VO 1290/2013/EU, in dem es heißt: „Vorbehaltlich der in den Durchführungsvereinbarungen oder -beschlüssen oder in den Verträgen festgelegten Bedingungen sind sämtliche Daten, Kenntnisse und Informationen, die im Rahmen einer Maßnahme als vertrauliche Daten, Kenntnisse oder Informationen weitergegeben werden, als solche zu behandeln, wobei das Unionsrecht zum Schutz von Verschlussachen und zum Zugang dazu gebührend zu berücksichtigen ist.“ In Artikel 36 des „Model Grant Agreements“ heißt es: „During implementation of the action and for four years after the period set out in Article 3, the parties must keep confidential any data, documents or other material (in any form) that is identified as confidential at the time it is disclosed (‘confidential information’). [...] The confidentiality obligations no longer apply if: [...] (e) the disclosure of the information is required by EU or national law.“ Die Dokumente, zu denen der Kläger Zugang verlangt, seien in der Finanzierungsvereinbarung als vertraulich eingestuft worden. Die Kommission zitiert insoweit das Urteil in der Rechtssache Technion, T-480/11, Abs. 58.
18. Die Kommission beruft sich außerdem auf die Verschwiegenheitspflicht von Bediensteten der Union in Artikel 339 AEUV.

Zum anwendbaren Recht (Prüfungsmaßstab)

19. Vorab ist festzuhalten, dass Prüfungsmaßstab im vorliegenden Fall die Verordnung 1049/2001/EG ist und nicht die Verordnung 1290/2013/EU, Vertragsklauseln oder Artikel 339 AEUV.
20. Die Verschwiegenheitspflicht des Artikel 339 AEUV ist von vornherein nicht einschlägig. Sie gilt nur für einzelne Beamte und Organmitglieder, regelt aber nicht die Veröffentlichung von Informationen durch die Organe (wie die Kommission) selbst. Für diese gilt primärrechtlich Artikel 15 EU und Artikel 42 der Grundrechtecharta.
21. Weiter ergibt sich aus Artikel 3 VO 1290/2013/EU, dass das Unionsrecht über den Zugang zu Dokumenten gebührend Berücksichtigung finden soll. Der Verordnung 1290/2013/EU soll also keinen Vorrang gegenüber der Verordnung 1049/2001/EG zukommen. Artikel 4 Absatz 2 erster Gedankenstrich der Verordnung 1049/2001/EG gewährleistet einen ausreichenden Schutz kommerzieller Interessen und bedarf keiner stärkeren Einschränkung im Bereich öffentlich finanzierter Forschungsprojekte.

22. Außerdem gilt Artikel 3 VO 1290/2013/EU nur vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen. In der Vereinbarung mit dem iBorderCtrl-Konsortium ist mutmaßlich entsprechend der Mustervereinbarung festgehalten worden, dass die vertragliche Vertraulichkeitspflicht entfällt, wenn Informationen nach Unionsrecht (etwa der Verordnung 1049/2001/EG) zu veröffentlichen sind. Damit ist klargestellt, dass unionsrechtliche Transparenzbestimmungen unberührt bleiben.
23. Ohnehin könnte durch Vertrag nicht von der Verordnung 1049/2001/EG abgewichen werden. Verträge können stets nur im Rahmen geltender Rechtsvorschriften geschlossen werden.

Zur Entscheidung in der Rechtssache Technion

24. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung in der Rechtssache Technion, auf die sich die Kommission beruft, aus mehreren Gründen nicht einschlägig: In dieser Entscheidung ging es um den Zugang zu Unterlagen, welche im Rahmen der Rechnungsprüfung erlangt worden waren, insbesondere um Unterlagen über die Tätigkeit einer bestimmten natürlichen Person. Das Urteil behandelt den Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten (Artikel 4 Absatz 2 dritter Gedankenstrich VO 1049/2001/EG). Die Tätigkeit der Rechnungsprüfung, die nur im Schutz der Vertraulichkeit wahrheitsgemäße Angaben und Kooperation erwarten lässt, ist nicht zu vergleichen mit der Vergabe von Fördermitteln, die problemlos an die Bedingung geknüpft werden kann, Forschungsergebnisse öffentlich zugänglich zu machen (Open Access). Im Fall Technion ging es um den Schutz der öffentlichen Prüfungstätigkeit, während es im vorliegenden Fall um den Schutz kommerzieller privater Interessen geht.
25. Vor allem war im Fall Technion vertraglich vereinbart worden, dass die Rechnungsprüfung vertraulich erfolgen sollte. Demgegenüber ist im vorliegenden Fall vertraglich vereinbart worden, dass unionsrechtliche Publikationspflichten die Vertraulichkeit entfallen lassen. Damit liegt der hier zu entscheidende Fall vollkommen anders.

Geschäftliche Interessen

26. Diverse Teile der Dokumente, zu denen der Kläger Zugang begehrt, können veröffentlicht werden, ohne dass geschäftliche Interessen des iBorderCtrl-Konsortiums berührt wären.
27. So macht bezüglich der angeforderten Antragsunterlagen (Beantragung von Fördermitteln) nicht einmal die Kommission geltend, dass eine Offenlegung geschäftliche Interessen beeinträchtigen würde.
28. Bezüglich der im Rahmen des Projekts erstellten Unterlagen sind kommerzielle Interessen insoweit nicht tangiert, wie die Unterlagen keine wesentlichen neuen Informationen enthalten (vgl. EuG, Urteil in der Rechtssache Deza vom 13.01.2017, Az. T-189/14, Abs. 60 ff.). Schon aufgrund der bisher veröffentlichten Projektunterlagen, aufgrund wissenschaftlicher Veröffentlichungen und auch der Website zu dem iBorderCtrl-Projekt (z.B. auf <https://www.iborderctrl.eu/Technical-Framework>) ist eine Vielzahl von Informationen über die Funktionsweise des Systems bekannt, das entwickelt werden soll. Hinzu kommt, dass das System zurzeit an Einreisenden getestet wird und sich auch Wettbewerber der Konsortialunternehmen als Testteilnehmer Einblicke verschaffen können. Die Kommission hat es versäumt, die Projektunterlagen

im Einzelnen darauf durchzusehen, inwieweit darin überhaupt wesentliche neue Informationen enthalten sind.

29. Auch muss der Begriff der „geschäftlichen Interessen“ präzisierend im Einklang mit der Richtlinie 2016/943/EU über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen ausgelegt werden. Um die in Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Verordnung Nr. 1049/2001/EG vorgesehene Ausnahmeregelung anzuwenden, muss nachgewiesen werden, dass die streitigen Dokumente Angaben enthalten, deren Veröffentlichung die geschäftlichen Interessen einer juristischen Person verletzen kann. Dies ist der Fall, wenn vor allem die beantragten Dokumente sensible Geschäftsinformationen insbesondere zu den geschäftlichen Strategien der betreffenden Unternehmen oder ihren Geschäftsbeziehungen enthalten oder wenn sie Angaben zum Unternehmen selbst enthalten (EuG, Urteil in der Rechtssache Deza vom 13.01.2017, Az. T-189/14, Abs. 56). Es besteht grundsätzlich ein schutzwürdiges geschäftliches Interesse an der Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen. Nicht ausreichen kann aber jegliches kommerzielle Geheimhaltungsinteresse, welches sich auf andere Informationen als Geschäftsgeheimnisse bezieht. Ein Unternehmen hat, um ungestört seinen Profit maximieren zu können, beispielsweise durchaus ein kommerzielles Interesse daran, dass Rechtsvorschriften über Verbraucherrechte, Datenschutz, Umweltschutz oder andere demokratische Beschränkungen seiner Geschäftstätigkeit möglichst unbekannt bleiben. Dennoch liegt auf der Hand, dass Artikel 4 Absatz 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001/EG solche Interessen nicht schützen soll. Der berechtigte Schutz „geschäftlicher Interessen“ kann nicht so weit gehen, dass er nicht unternehmensbezogene Informationen erfasst, bei denen es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt.
30. Im vorliegenden Fall dürften beispielsweise die ethische Bewertung, die Prüfung des rechtlichen Rahmens und auch die Kommunikationsstrategie keine Geschäftsgeheimnisse der Konsortialpartner enthalten. Besonders die ethischen und rechtlichen Bewertungen behandeln allgemeine Fragen der Bewertung „automatischer Täuschungserkennung“ oder automatisierter „Risikobewertung“. Diese Fragen der Technologiebewertung stellen sich unabhängig von der konkreten Systemgestaltung und dem konkreten Projekt des Konsortiums.
31. Ganz grundsätzlich fehlt geht die Kommission darin, von geschäftlichen Interessen des „Konsortiums“ zu sprechen. Das „Konsortium“ existiert als Rechtspersönlichkeit nicht und kann deshalb auch keine eigenen geschäftlichen Interessen haben. Auch viele Mitglieder des Konsortiums sind wissenschaftliche Einrichtungen, die per se keine geschäftlichen Interessen verfolgen, weil dies nicht zu ihren Aufgaben gehört. In Frage stehen also allenfalls geschäftliche Interessen einzelner Empfänger der Fördermittel wie z.B. die Interessen des Projektkoordinators. Insoweit ist allerdings fraglich, warum die öffentlich finanzierten und teilweise von öffentlichen Institutionen wie Universitäten mit erarbeiteten Projektergebnisse einzelnen kommerziellen Mitgliedern des Konsortiums exklusiv zustehen sollten. Als Geschäftsgeheimnis in Betracht kommt allenfalls, was kommerzielle Mitglieder des Konsortiums selbst erarbeitet und beigesteuert haben, wobei auch diesbezüglich auf die Auswirkungen der öffentlichen Finanzierung noch einzugehen sein wird.
32. Der Kommission ist zuzustimmen, dass die Veröffentlichung der Projektunterlagen auch für Wettbewerber der kommerziellen Konsortialmitglieder von Vorteil sein kann. Falsch ist aber, dass solche Vorteile von Wettbewerbern „ungerechtfertigt“ wären. Sie rechtfertigen sich vielmehr aus der 100-prozentigen öffentlichen Finanzierung des

Projekts. Die Ergebnisse öffentlich finanzierter Forschung sollten der Öffentlichkeit (einschließlich Wettbewerbern der kommerziellen Konsortialmitglieder) zugute kommen. Ein funktionierender Wettbewerb um die beste Technologie ist für die Öffentlichkeit von Vorteil, sollte sich die EU jemals zum Einsatz und zur Ausschreibung eines derartigen Systems entscheiden.

33. Falsch ist die Behauptung der Kommission, das zu entwickelnde System sei überhaupt nur von kommerziellem Wert, wenn seine Funktionsweise geheim bleibe. Schon aus Sicherheitsgründen kann Informationstechnologie nur dann hinreichend sicher eingesetzt werden, wenn ihre Funktionsweise und ihr Code öffentlich zugänglich sind und dadurch auch öffentlich überprüft und auf Schwachstellen getestet werden können. Aber auch aus kommerziellen Gründen ist es von Vorteil, wenn die Funktionsfähigkeit einer Technologie von unabhängiger Seite (z.B. wissenschaftlich) geprüft und bestätigt wird. Bevor eine öffentliche Institution Geld für eine Grenzkontrolltechnologie ausgibt, muss die Funktionsweise dieser Technologie bekannt und überprüft sein. Exemplarisch zeigt die Komponente der „automatischen Lügendetektion“, dass deren Funktionsweise in wissenschaftlichen Publikationen schon im eigenen Interesse der Entwickler offen gelegt und diskutiert wird.
34. Soweit die Kommission schließlich Reputationsschäden im Fall einer Veröffentlichung der Projektunterlagen behauptet, muss dies bestritten werden. Die Kommission macht keinerlei nachvollziehbare Angaben dazu, inwiefern Unterlagen über ein öffentlich finanziertes Forschungsprojekt die Reputation der Konsortialmitglieder beschädigen könnten. Falls Inhalte der Projektunterlagen tatsächlich die Beteiligten in ein schlechtes Licht rücken sollten, begründete gerade dieser Umstand ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Offenlegung. Denn die Öffentlichkeit hat ein überragendes Interesse daran zu erfahren, wenn öffentliche Gelder für zwielichtige Zwecke eingesetzt werden (dazu näher sogleich).

b) Zweites Element des ersten Klagegrundes: Überwiegendes öffentliches Interesse

Auffassung der Kommission

35. Die Kommission vertritt die Auffassung, das öffentliche Interesse an der Verbreitung der streitigen Dokumente überwiege nicht die kommerziellen Interessen der Konsortialmitglieder. Dem Transparenzinteresse der Öffentlichkeit werde durch ausgewählte Veröffentlichungen ausreichend Rechnung getragen. Ethischen und grundrechtlichen Gesichtspunkten würde im Rahmen des Projekts Rechnung getragen. Ohnehin sei Gegenstand des Projekts nur die Erprobung und nicht die praktische Umsetzung der Technologien.

Öffentliches Interesse an der Verbreitung

36. Ein öffentliches Interesse an der Verbreitung ergibt sich erstens bereits daraus, dass das iBorderCtrl-Projekt vollständig öffentlich finanziert wird. Die Öffentlichkeit, die Forschung (letztlich) finanziert, hat ein Interesse daran, Zugang zu den Forschungsergebnissen zu erhalten und den allgemeinen gesellschaftlichen Zugang zu den öffentlich finanzierten Forschungsergebnissen sicherzustellen. Nur veröffentlichte Forschungsergebnisse lassen sich bestmöglich nutzen. Das Horizon 2020-Programm erkennt dieses Interesse auch grundsätzlich an, vgl. Artikel 43 Abs. 2 VO 1290/2013/EU: „Vorbehaltlich etwaiger Einschränkungen aufgrund des Schutzes geistigen Eigentums, von Sicherheitsvorschriften oder von legitimen Interessen verbreitet jeder Teilnehmer so rasch wie möglich auf angemessene Weise die Ergebnisse, deren Eigentümer er ist.“

Nachdem die Kommission selbst zur Offenheit verpflichtet ist, soll sie sich dieser Verpflichtung nicht durch Einschaltung Privater entziehen können.

37. Zweitens ist das wissenschaftliche Interesse an der Verbreitung zu berücksichtigen. Die Kommission selbst ist Mitglied der „cOAlition S“ zur Umsetzung des Open-Access-„Plans S“. In dessen Präambel (<https://www.coalition-s.org/why-plan-s/>) heißt es: Universalität ist ein Grundprinzip der Wissenschaft. Nur Forschungsergebnisse, die diskutiert, kritisiert, getestet und von anderen reproduziert werden können, können als wissenschaftlich eingeordnet werden. Neue Forschung basiert stets auf den Ergebnissen der bisherigen Forschung. Wissenschaft als Institution organisierter Kritik kann nur funktionieren, wenn Forschungsergebnisse veröffentlicht werden.
38. Konkret ist in der Wissenschaft streitig, ob eine „visuelle Lügendetektion“ tatsächlich funktioniert und ob entsprechende Forschungsergebnisse aussagekräftig sind.
39. In dem Aufsatz „The datafication of borders and management of refugees in the context of Europe“ (2018, <https://datajusticeproject.net/wp-content/uploads/sites/30/2018/11/wp-refugees-borders.pdf>) wird kritisiert, schon die Grundanlage der Experimente zur „automatisierten Täuschungserkennung“ (ADSS) sei fragwürdig. Es sei schwer, wenn nicht unmöglich, experimentell Täuschungsverhalten zu evaluieren. Bei der Arbeit „Intelligent Deception Detection through Machine Based Interviewing“ (2018) seien beispielsweise ausschließlich Personen herangezogen worden, die eine Rolle spielten (und nicht tatsächlich täuschten). Außerdem täuschten mittlere Erkennungsquoten von 74-76 % darüber hinweg, dass die Erkennungsgenauigkeit von Fall zu Fall um 24-34 % variere. Schließlich sei fragwürdig, dass die Daten derselben Probanden sowohl zum Trainieren als auch zum Evaluieren des Erkennungssystems heran gezogen worden seien.
40. Soweit das ADSS-System eine signifikant höhere Erkennungsrate von Täuschungen als Zufall gewährleisten soll, fehlt es an einem Vergleich mit den Erkennungsraten von ausgebildeten Grenzschutzbeamten.
41. Auch die Arbeit „Dynamic Interviewing Agents: Effects on Deception, Non-verbal Behavior and Social Desirability“ (2015, <https://pdfs.semanticscholar.org/d698/467004e5793abe819d3549a7f69d8ae6cefb.pdf>) warnt: Wenn Täuschungen in Studien keine Konsequenzen hätten, könnten die Studienergebnisse erheblich von realen Situationen abweichen.
42. Zu älteren, invasiveren Modellen von „Lügendetektoren“ hat der deutsche Bundesgerichtshof im Jahr 1998 entschieden, deren Ergebnisse seien als Beweismittel im Strafprozess „völlig ungeeignet“ (BGHSt 44, 308). Man könne schon im Grundsatz nicht davon ausgehen, dass sich bestimmte emotionale Zustände in entsprechenden Reaktionsmustern niederschlagen. Bereits die theoretischen Grundannahmen und -zusammenhänge des Kontrollfragenverfahrens seien wissenschaftlich nicht belegt. So könne auch ein zu Unrecht Beschuldigter negative Konsequenzen eines falschen Testergebnisses befürchten und entsprechend körperlich reagieren. Der dem Kontrollfragenverfahren als wesentliche Prämisse zugrundeliegende Unterschied bezüglich des Erregungsgrades zwischen Täter und Nichttäter bestehe nicht zwingend und sei wissenschaftlich nicht zu belegen. Veröffentlichte „Trefferquoten“ von ca. 70 bis 90 % begegneten so tiefgreifende Bedenken, dass Polygraphen-Testergebnissen selbst eine (minimale) indizielle Bedeutung nicht zukomme: Analogstudien, also Experimente anhand fingierter oder induzierter Delikte, gewährleisteten nicht, dass die Testanordnung eine der Realität - insbesondere in emotionaler und motivationaler

Hinsicht - vergleichbare Situation schaffe. Auch Feldstudien anhand echter Fälle begegneten durchgreifende Bedenken: Diese seien dadurch statistisch verzerrt, dass nur Fälle einbezogen worden seien, bei denen das Ergebnis der polygraphischen Untersuchung anhand eines Prüfungsmaßstabs bestätigt werden konnte, und nicht eine repräsentative Gesamtmenge. Lügendetektoren sollten gerade in Fällen zum Einsatz kommen, die nicht verifizierbar seien. Insgesamt seien die „Trefferquoten“ nicht aussagekräftig und statistisch wertlos. Schließlich berücksichtigten sie nicht, dass Probanden die Ergebnisse bewusst manipulieren könnten.

43. Um den neuartigen iBorderCtrl-Prototypen wissenschaftlich fundiert diskutieren, kritisieren, testen und verifizieren zu können, ist die Offenlegung der Projektunterlagen erforderlich. Die Forschung zu dieser Technologie darf nicht länger auf Forscher beschränkt bleiben, die ein eigenes wirtschaftliches Interesse an ihrem Einsatz haben.
44. Ein öffentliches Interesse an der Verbreitung ergibt sich drittens daraus, dass das iBorderCtrl-Projekt ethisch und aus Sicht der Grund- und Menschenrechte äußerst fragwürdig ist. Aus nicht zu beeinflussendem, unterbewussten Verhalten eine Risikoeinschätzung alleine aufgrund statistischer Wahrscheinlichkeitswerte herleiten zu wollen, droht in hohem Maße diskriminierend zu wirken. So kann das Verhalten behinderter oder allgemein nervöser Menschen alleine wegen deren Unterschiedlichkeit vom „Durchschnittsmenschen“ als Anzeichen einer „Täuschung“ gewertet werden. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1981 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht selbst den ausdrücklich gewünschten Einsatz eines Lügendetektors als Verletzung des Persönlichkeitsrechts angesehen, weil eine derartige „Durchleuchtung“ die Aussage als die ureigenste Leistung des Befragten entwerte und den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates werden lasse (BVerfG, Dreierausschussbeschluss vom 18. August 1981 – 2 BvR 166/81 –, juris). Die geringe Aussagekraft des Verfahrens stehe außer Verhältnis zu der Schwere des erforderlichen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte. Eine echte Entscheidungsfreiheit habe der von empfindlicher Freiheitsstrafe bedrohte Angeklagte nicht. Das iBorderCtrl-System ist kaum auf freiwillige Mitwirkung angelegt, weil sich niemand freiwillig einer so aufwändigen Prozedur unterziehen würde. Käme als Anreiz demgegenüber eine erheblich verkürzte Wartezeit bei der Einreise zum Einsatz, könnte man wiederum bei Personen in Eile (z.B. Geschäftsreisenden) von einer wirklich freiwilligen Einwilligung nicht sprechen.
45. Es besteht viertens ein publizistisches Interesse an der Veröffentlichung der Unterlagen. Die Vielzahl von Berichterstattung über das iBorderCtrl-Projekt (siehe nur <https://iborderctrl.no/archive:start>) belegt das hohe mediale Interesse. Der Kläger möchte die Projektunterlagen der Presse und Öffentlichkeit zugänglich machen, was bereits die Verwendung der öffentlichen Plattform asktheeu zur Einreichung des Antrags zeigt.
46. Fünftens besteht ein demokratisches, politisches Interesse an der Veröffentlichung der Projektunterlagen. Das iBorderCtrl-Projekt zielt erkennbar auf die Entwicklung eines Prototypen zur verschärften Kontrolle von Einreisenden ab, für dessen praktischen Einsatz in einem nächsten Schritt eine rechtliche Grundlage geschaffen werden müsste. Damit eine informierte öffentliche Diskussion erfolgen und eine demokratische Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob eine solche Kontrolltechnologie wünschenswert ist, ist voller Zugang zu den Projektunterlagen unabdingbar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die einmal entwickelte Technologie der „automatisierten Lügendetektion“ anhand von Videoaufnahmen bald schon in anderen Situationen, auch im privaten und kommerziellen Bereich, zum Einsatz kommen und zum Standard

werden könnte, um Menschen auszuforschen und ihre Angaben zu kontrollieren. Auch die Bildung von Risikowerten kann schnell in allen möglichen Lebensbereichen zum Einsatz kommen, wie etwa bei dem in China entwickelten „Social Scoring“-System. Der Kläger beabsichtigt als Kandidat der Piratenpartei Deutschland zur Europawahl, die beantragten Informationen im Rahmen seiner politischen Tätigkeit zu nutzen. Das Wahlprogramm seiner Partei spricht sich gegen „automatisierte Lügendetektion“ aus. Diese Technologie war auch Gegenstand einer parlamentarischen Anfrage einer anderen Europaabgeordneten, was das politische Interesse daran unterstreicht.

47. Sechstens hat die Öffentlichkeit auch ein Interesse daran, diskutieren zu können, ob die EU überhaupt die Entwicklung derart invasiver und fragwürdiger Kontrolltechnologien, deren Einsatz nach geltendem Recht unzulässig ist, mit öffentlichen Mitteln fördern sollte (vgl. auch Art. 5 lit. b RiL 2016/943/EU zur Aufdeckung illegaler Tätigkeiten). Solche Forschung schafft die Gefahr, dass vollendete Tatsachen geschaffen, Handlungsdruck erzeugt wird und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers faktisch eingeengt werden. Außerdem besteht ein haushaltsrechtliches Interesse daran, dass keine Mittel in die Erforschung von Technik investiert werden, die aus rechtlichen Gründen nicht eingesetzt werden darf oder aus politischen Gründen nicht eingesetzt werden soll (Unwirtschaftlichkeit). Die Sicherheitsforschung der EU steht seit langem in der Kritik. Der Kläger tritt für die Piratenpartei Deutschland zur Europawahl 2019 an, in deren Programm es heißt:
48. „PIRATEN unterstützen generell die Finanzierung von Forschung durch die EU. Jedoch zeigt die häufige Beteiligung von Regierungsbehörden bei Unternehmungen im Bereich Überwachung und Internetzensur, wie z. B. bei INDECT und CleanIT, die klare Absicht, solche Technologien als öffentlich finanzierte Werkzeuge für die Demontage der Bürgerrechte zu nutzen. Wir fordern, dass die EU keine Technologien finanziert, die dazu dienen, die Grundrechte einzuschränken.“
49. Soweit die Kommission darauf verweist, dass ein Teil der Unterlagen bereits veröffentlicht worden sei, trägt dies den öffentlichen Interessen offensichtlich nicht ausreichend Rechnung. So ist eine wissenschaftliche Diskussion und Hinterfragung des Projekts und seiner Ergebnisse nur bei vollständiger Offenlegung der Unterlagen möglich.
50. Soweit die Kommission darauf verweist, dass ethische und rechtliche Fragen von den Projektbeteiligten bereits berücksichtigt würden, verkennt sie, dass die Beantwortung dieser Fragen Sache der Öffentlichkeit, der Wissenschaft, der Presse und der Parlamente ist und diese für eine informierte Diskussion auf die vollständigen Projektunterlagen angewiesen sind.

Abwägung

51. In der Abwägung wiegen die kommerziellen Interessen der Konsortialmitglieder nicht sonderlich schwer. Eine Vielzahl von Informationen über das iBorderCtrl-Projekt sind bereits öffentlich bekannt oder publiziert worden. Es ist fraglich, ob die angefragten Projektunterlagen überhaupt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Es mag sich daraus zwar ergeben, wie das iBorderCtrl-System konzipiert ist. Jedoch dürfte beispielsweise der Quellcode der entwickelten iBorderCtrl-Softwareplattform nicht in den Berichten enthalten sein. Gegenstand des Projekts scheint eher die Erprobung und Zusammenfügung vorhandener Technologie („tools and subsystems“) als die Entwicklung neuer Technologie zu sein.

52. Vor allem ist zu beachten, dass die Veröffentlichung der Projektunterlagen den rechtlichen Schutz der eingesetzten Systemkomponenten und auch des Gesamtsystems unberührt lässt. So ist das System zur Lügendetektion bereits durch Patente geschützt. Auch der urheberrechtliche Schutz von Programmcode, der im Zuge des Projekts entwickelt worden sein mag, bleibt durch Veröffentlichung der Projektberichte unberührt. Dürfen Wettbewerber rechtlich geschützte Informationen nicht nutzen, kommt diesen Informationen kein kommerzieller Wert im Sinne des Art. 2 Nr. 1 lit. b RiL 2016/943/EU zu. Das Gericht hat einen solchen Schutz in der Vergangenheit berücksichtigt (Urteil in der Rechtssache PTC Therapeutics, Az. T-718/15, Abs. 91) und darauf hingewiesen, dass Konkurrenzunternehmen ungeachtet der Veröffentlichung gleichwohl noch erhebliche eigene Forschung und Entwicklung durchführen müssten. Eine Veröffentlichung der iBorderCtrl-Unterlagen mag daher die Wettbewerbsposition und Gewinnaussichten gewissen Konsortialteilnehmer im Vergleich zu Wettbewerbern schmälern, entwertet ihre Erfindungen letztlich aber nicht.
53. Auf der anderen Seite wiegt das Transparenzinteresse der Öffentlichkeit schwer: Schon aus der Tatsache, dass das Projekt vollständig öffentlich finanziert wird, ergibt sich ein überwiegendes Interesse des Steuerzahlers an einem freien Zugang zu den von ihm bezahlten Forschungsergebnissen, insbesondere seitens der Wissenschaft. Ein überwiegendes öffentliches Interesse ergibt sich daneben daraus, dass das konkrete Projekt iBorderCtrl besonders fragwürdig und umstritten ist und Grundfragen des Einsatzes „künstlicher Intelligenz“ und nach deren Auswirkungen auf unsere Gesellschaft aufwirft. Der Einsatz der erprobten Technologie wäre nach geltendem Recht unzulässig. Schon daraus, dass hier verbotene Technologien zur Massenkontrolle am demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei erprobt werden, ergibt sich ein hohes öffentliches Interesse an der Verbreitung der Projektunterlagen.
54. Besonders evident ist das überwiegende öffentliche Interesse bezüglich Unterlagen, die allenfalls eine schwache Beziehung zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aufweisen, die aber öffentlich von besonderem Interesse sind, wie etwa ethische und rechtliche Bewertungen, Pläne zur öffentlichen Kommunikation (Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung), der Qualitätsmanagementbericht oder Dokumente betreffend die Genehmigung des Forschungsprojekts. Fragen der Ethik, der rechtlichen Zulässigkeit, der Beeinflussung der öffentlichen Debatte, des Qualitätsmanagements und der öffentlichen Finanzierung sind öffentliche Angelegenheiten und keine Privatangelegenheit der Mittelempfänger. Warum die Kommission beispielsweise im Dokument „D7.3 Dissemination and communication plan“ ausgerechnet die Passagen zur Verbreitung an politische Entscheidungsträger (policy makers) und Medien schwärzt, obwohl gerade daran ein überragendes Interesse besteht, ist unerfindlich. Auch wenn der Kläger der Schwärzung von Personennamen zugestimmt hat, gilt dies selbstverständlich nicht für Amtsträger.
55. Jedenfalls wenn man alle öffentlichen Interessen an einer Verbreitung der Projekt- und Genehmigungsunterlagen zusammen nimmt, wiegen diese schwerer als die kommerziellen Geheimhaltungsinteressen.
56. Es mag sein, dass der öffentliche Zugang zu öffentlich finanzierter Forschung dazu führen könnte, dass bestimmte Informationen künftig nicht mehr in Forschungsberichte aufgenommen werden. Jedoch ist im Grundsatz kein berechtigtes Interesse der Kommission anzuerkennen, zu den Ergebnissen öffentlich finanzierter Forschung einen weiter gehenden Zugang zu erhalten als die Öffentlichkeit, die dafür bezahlt hat. Umgekehrt ist ein exklusiver Zugang der Kommission zu Forschungsergebnissen

bedenklich, weil die Kommission ausgehend von solchen Informationen Gesetzgebungsvorschläge erarbeiten kann, deren vollständiger Hintergrund den zur Entscheidung berufenen Gesetzgebungsorganen und der Öffentlichkeit verborgen bleibt.

2. Zweiter Klagegrund: Fehlerhafte Anwendung der Artikel 7 Absatz 1 und 8 Absatz 1 VO 1049/2001/EG (Behandlung von Anträgen)

57. Die Kommission hat ferner die Artikel 7 Absatz 1 und 8 Absatz 1 VO 1049/2001/EG dadurch verletzt, dass sie den Antrag auf Zugang zu den Dokumenten betreffend die Genehmigung des iBorderCtrl-Forschungsprojekts nicht behandelt hat. Sowohl der Ausgangsbescheid wie auch der Zweitbescheid befassen sich ausschließlich mit den im Zuge des Projekts erarbeiteten Unterlagen. Unter der Überschrift „Reichweite des Antrags“ wird im Ausgangsbescheid nicht einmal aufgeführt, dass der Kläger auch Zugang zu den Genehmigungsdokumenten beantragt hat. Dazu zählen die Antrags- und Genehmigungsunterlagen einschließlich der geschlossenen Durchführungsvereinbarung. Auch der Zweitbescheid geht auf diesen Teil des Antrags nicht ein.

Mit freundlichem Gruß

Jonas Breyer
(Rechtsanwalt)

Anlagen:

Anlagenverzeichnis
Zusammenfassung der Klagegründe und wesentlichen Argumente

Verzeichnis der Anlagen

Anlage A1:

Kopie des Antrags des Klägers vom 05.11.2018

Anlage A2:

Kopie des Ausgangsbescheids der Kommission vom 23.11.2018 zum Az. Ares(2018)6073379

Anlage A3:

Kopie des Zweitantrags des Klägers vom 26.11.2018

Anlage A4:

Kopie des angefochtenen Zweitbescheids der Kommission vom 17.01.2019 zum Az. Ares(2018)6073379

Anlage A5:

Anwaltsausweis

Hinweis: Die Entscheidung der Kommission liegt bislang nicht in deutscher Übersetzung vor, diese mag erforderlichenfalls von der Kommission angefordert werden.

Zusammenfassung der Klagegründe und wesentlichen Argumente

I. PARTEIEN

Kläger: Patrick Breyer

Wohnort: Kiel, Deutschland

Vertreter: Rechtsanwalt Jonas Breyer, Wiesbaden, Deutschland

Beklagte: Kommission

II. GEGENSTAND

Antrag gemäß Art. 263 AEUV auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 17.01.2019 zum Az. Ares(2018)6073379 über einen Antrag nach der Informationsfreiheitsverordnung 1049/2001/EG betreffend den Zugang zu Dokumenten bezüglich des Forschungsprojekts iBorderCtrl, dessen Gegenstand die Erforschung neuer Technologien zur Einreisekontrolle wie den Einsatz „automatisierter Lügendetektion“ und der Errechnung eines Risikowerts ist

III. ANTRÄGE

Der Kläger beantragt,

1. die Entscheidung der Kommission vom 17.01.2019 zum Az. Ares(2018)6073379 für nichtig zu erklären,
2. der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

IV. KLAGEGRÜNDE UND WESENTLICHE ARGUMENTE

Zur Stützung der Klage macht der Kläger zwei Klagegründe geltend.

1. Erster Klagegrund: Fehlerhafte Anwendung des Artikels 4 Absatz 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001/EG (Schutz der geschäftlichen Interessen)

Es beeinträchtigt nicht den Schutz geschäftlicher Interessen, Dokumente über die Genehmigung und Durchführung des iBorderCtrl-Forschungsprojekts zu verbreiten, dessen Gegenstand die Erforschung neuer Technologien zur Einreisekontrolle wie den Einsatz „automatisierter Lügendetektion“ und der Errechnung eines Risikowerts ist.

Jedenfalls überwiegt das öffentliche Interesse an der Kenntnis der Dokumente.

2. Zweiter Klagegrund: Fehlerhafte Anwendung der Artikel 7 Absatz 1 und 8 Absatz 1 VO 1049/2001/EG (Behandlung von Anträgen)

Die Kommission hat nur den Antrag auf Zugang zu Dokumenten über die Durchführung des iBorderCtrl-Forschungsprojekts behandelt, nicht aber den Antrag auf Zugang zu Dokumenten betreffend die Genehmigung des Projekts.