

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)573 D

Vorherige schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages

zur Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes

am Montag, den 24. September 2012, Berlin,

von

Universitätsprofessor Dr. Michael Sachs, Universität zu Köln

I. Zur Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes

Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ist durch *Jan Ziekow* und Mitarbeiter des von ihm geleiteten Instituts in einem unter Berücksichtigung auch der Anhänge über 550 Seiten umfassenden Gutachten evaluiert worden. Die von mir erbetene vorherige schriftliche Stellungnahme hat sich demgegenüber zu bescheiden, kann nur ausgewählte Punkte kurz ansprechen. Dabei orientiert sie sich an der Zusammenfassung und den Empfehlungen zur Weiterentwicklung des IFG (Teil V der vorgenannten Evaluation, hier zitiert nach dem neu paginierten Teilausdruck) (nach der Einladung Ausschussdrucksachen 17[4]522 A, B).

Einleitend gelangt die Zusammenfassung (S. 3) zu dem Resümee, dass aus der im Wesentlichen ausbleibenden Steigerung der Nutzung des Informationszugangs nach dem IFG nicht der Schluss gezogen werden könne, dass sich die mit dem Gesetz verfolgten Ziele nicht realisiert hätten, weil das Recht aktiv genutzt und auch gerichtlich durchgesetzt werde, wenn auch regelmäßig mit Blick auf ein konkretes (zu ergänzen: eigenes oder beruflich verfolgtes Fremd-) Interesse. Bedenkt man, dass es dem Gesetz um gesteigerte Transparenz zur Förderung erweiterter demokratischer Beteiligung der Bürger unabhängig von und damit gerade auch jenseits individueller Sonderinteressen ging, kann dem so kaum zugestimmt werden. Vielmehr sprechen die Feststellungen dafür, dass der Informationsanspruch im Wesentlichen nicht im Sinne staatsbürgerlicher Mitwirkung erhoben wird, sondern als probates Zusatzinstrument zur Förderung ganz bourgeoisem Eigennutzes. Dies wird durch die zum ersten „Konfliktfeld“ (S. 4) getroffene Feststellung bestätigt, dass das IFG hauptsächlich von Antragstellern genutzt wird, die spezielle wirtschaftliche Interessen verfolgen oder (sonst) persönlich betroffen sind.

Bei der anschließenden Feststellung der Zusammenfassung (noch S. 3), es sei auffallend, dass „von Behördenseite ein Zusammenhang zwischen einer proaktiven [sic] Informationspolitik der Behörden und der Inanspruchnahme des durch das IFG eröffneten individuellen Informationszugangs häufig nicht hergestellt wird“, bleibt offen, an welche Korrelation der Bezugsgrößen die Verfasser gedacht haben, dass eine intensiv betriebene Informationspolitik der Behörden die Bürger zum fleißigen Gebrauch ihres Informationsanspruchs anstachelt oder dass sie das Informationsbedürfnis erfüllt und damit den Rückgriff auf den Anspruch entbehrlich macht.

Im Folgenden wird zu einigen der bei den Empfehlungen bezogen auf die Bestimmungen des Gesetzes (S. 8 ff.) behandelten Fragen Stellung genommen.

Zu § 1 wird zu 2.1 1. Punkt empfohlen, das Antragsrecht von nichtrechtsfähigen Vereinigungen, insbes. Bürgerinitiativen, ausdrücklich zu regeln, obwohl das Gutachten (s. 111) feststellt, dass „diese Frage in der Praxis nicht als Problem virulent geworden“ sei. Danach besteht für die Empfehlung kein realer Anlass; trotz entstehungsgeschichtlich begründeter Zweifel ist im Übrigen zu erwarten, dass sich – ähnlich wie bei der Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG – eine auch teilrechtsfähige Gebilde einschließende Auslegung des Begriffs „Jeder“ durchsetzen wird.

Die Annahme zum 2. Punkt zu 2.1, es bestehe „gesetzlicher Handlungsbedarf“ [sic], stützt sich nur auf das bisherige Fehlen einer Regelung. Doch geben bekannt gewordene Fälle der Entfernung von Informationen aus Akten in anderem Zusammenhang wohl hinreichend Anlass, diese Problematik gesetzlich aufzugreifen. Ein Versuch, eine aus Treu und Glauben abzuleitende Wiederbeschaffungspflicht gesetzlich „zu konkretisieren“, dürfte wohl nicht einfach an die Entfernung nach Antragseingang anknüpfen, sondern müsste an (u. U. auch vorsorglich gegenüber etwa interessierten Bürgern schon vorher mögliches) treuwidriges Vereiteln des Informationszugangs geknüpft werden. Dabei wäre für die Zeit nach Antragseingang die Beweislast für das Fehlen der Treuwidrigkeit der Behörde aufzuerlegen.

Die Empfehlung im 3. Punkt zu 2.1, die Anspruchsverpflichteten in Bezug auf die Beteiligung an untergesetzlicher Rechtssetzung zu regeln, ist abzulehnen, weil diese nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar (mit Urteilen vom 3.11. 2011, Az. 7 C 3.11 und 7 C 4. 11, jeweils Rdn. 13 und ff. [nach juris]) den für den Behördenbegriff mit maßgeblichen Begriff der öffentlichen Verwaltung „[n]ach materiellen Kriterien“ als vollziehende Gewalt i. S. der „Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung“ bestimmt und daher das Handeln von Bundesministerien im Rahmen der Regierungsfunktion einbezogen (ablehnend etwa *Dalibor*, DVBl. 2012, 933 ff.). Dies rechtfertigt es indessen nicht, auch den Erlass von Rechtsverordnungen als „Verwaltungsaufgabe“ zu verstehen (so aber etwa *Assenbrunner*, DÖV 2012, 547 [553 f.]), weil nach dem mit Recht zugrunde gelegten funktionalen Verständnis „Verwaltung“ nicht gegeben ist, wenn es um Rechtssetzung oder Rechtsprechung geht (s. nur *Heribert Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 1 Rdn. 165 f., 253; nicht ganz klar ebda, Fußn. 455 zu Rdn. 174; auch *Schoch*, *Informationsfreiheitsgesetz*, 2009, § 1 Rdn. 78, 93). Neben dem Erlass von Rechtsverordnungen durch Bundesregierung und Bundesminister sowie kraft Subdelegation zuständige (sonstige) Bundesbehörden fällt damit auch die diesbezügliche Mitwirkung des Bundesrates aus dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 IFG heraus, ferner der Erlass von Satzungen durch bundesunmittelbare Körperschaften, auch der Erlass von Bestimmungen der

Geschäftsordnung der Bundesregierung oder der Bundesministerien. Im Übrigen bleibt auch die Mitwirkung der Bundesregierung am Erlass formeller Gesetze nach Art. 76 Abs. 1 GG als Teil des Gesetzgebungsverfahrens (s. nur *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 614 ff.) außerhalb des Anwendungsbereichs des IFG (so – wegen der Qualifikation als materieller Regierungstätigkeit – auch *Dalibor*, a.a.O., S. 939).

Bei der im 4. Punkt zu 2.1. ohne klare Empfehlung angesprochenen Möglichkeit einer „Kodifikation“ des Informationszugangsrechts wäre zur in Betracht gezogenen Variante einer Einfügung „in das VwVfG“ (S. 154 des Gutachtens), die im Übrigen wegen der Selbständigkeit des Informationsanspruchs nicht sachgerecht erscheint, zu bedenken, dass im außerhalb des IFG bestehenden System der Drei-Säulen auch das SGB X und die AO zu berücksichtigen wären (nicht recht klar dazu das Gutachten, S. 157).

Zu 2.3 wird mit dem 1. Punkt angeregt, klarer zu regeln, ob bei Vorliegen der „Ausschlussgründe der §§ 3 bis 6 IFG“ eine Pflicht oder ein Ermessen zur Versagung des Informationszugangs besteht. Für die angesprochenen Meinungsverschiedenheiten zu diesem Punkt geben allerdings die derzeit bestehenden Formulierungen des Gesetzes keinen hinreichenden Anlass, so dass es keiner Klarstellung bedarf:

§ 3 und § 6 Abs. 1 IFG schließen lediglich den Anspruch auf Informationszugang aus. Dies ist insoweit zwar eine zwingende Rechtsfolge; der Ausschluss des subjektiven Rechts des Antragstellers bedeutet aber nicht auch ein (objektivrechtliches) Verbot gegenüber den Behörden, Informationszugang zu gewähren. Dies steht der Behörde vielmehr, soweit keine anderen Rechtsnormen entgegenstehen, frei; ein Ermessen besteht allerdings nicht, weil es an einer dieses begründenden Ermessensnorm fehlt, demzufolge gibt es auch keinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Die Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz und daraus folgende Ansprüche auf Gleichbehandlung sind damit allerdings nicht ausgeschlossen (dazu nur *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, a.a.O., § 40 Rdn. 136, 143).

Die in beiden Sätzen des § 5 Abs. 1 IFG gewählte Formulierung, wonach der Zugang zu Daten nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden darf bzw. Daten nur unter bestimmten Voraussetzungen übermittelt werden dürfen, impliziert die Aussage, dass dies nicht geschehen darf, wenn die jeweiligen Voraussetzungen nicht vorliegen, also dann den Behörden verboten ist.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 IFG eröffnet als Sollvorschrift demgegenüber ein Ermessen, das allerdings für den Regelfall auf Ablehnung des Antrags auf Informationszugang ausgerichtet ist; dies ist nach der erkennbaren Zielsetzung der Regelung erweiternd dahin zu verstehen, dass

nicht nur der Antrag abzulehnen, sondern der Informationszugang zu versagen ist und nicht etwa antragsunabhängig gewährt werden darf. Einer Klarstellung bedarf es auch insoweit nicht.

Zu 2.3 2. Punkt wird empfohlen, die Möglichkeit zur Verweigerung des Informationszugangs in Missbrauchsfällen einzuführen. Demgegenüber ist zu bemerken, dass der als Vorbild herangezogene § 8 Abs. 2 Nr. 1 UIG die Antragsablehnung *zwingend* vorschreibt; für eine Abweichung davon besteht kein Anlass. Allerdings sollte der Begriff des Missbrauchs inhaltlich ausgefüllt werden, ob dazu allein ein objektiv noch so unsinniger hoher Verwaltungsaufwand ausreichen kann, scheint fraglich (so zu § 7 Abs. 2 Satz 1 IFG als Missbrauchsklausel *Schoch*, a.a.O., § 7 Rdn. 61). Ein Missbrauch mit Blick auf die Verfolgung verfahrensfremder Zwecke kommt bei Annahme der Beliebigkeit der Motive des Informationsbegehrens, die auch eigennützig sein dürfen (vgl. *Schoch*, a.a.O., § 1 Rdn. 19), kaum ein Betracht (anders zum Missbrauchsbegriff im UIG bei Annahme einer notwendigen Ausrichtung auf Umweltschutzzwecke *Reidt/Schiller*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand 64. Ergänzungslieferung 2012, § 8 UIG Rdn. 54 und ff.); ebenso wenig kann, wie bei der Verfassungsbeschwerde (darauf bezogen etwa *Grafhof*, in: Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand 37. Erg.-Lief. Februar 2012, § 34a [Januar 2004] Rdn. 34 ff.) der Missbrauch an die (bekannte/leicht erkennbare) Aussichtslosigkeit des Antrags geknüpft werden. Alternativ oder ergänzend zu einer Missbrauchsklausel könnte ein Anspruchsausschluss bei unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand, wie er bisher in § 7 Abs. 2 Satz 1 IFG (nur) für den Fall des partiellen Bestehens eines Anspruchs auf Informationszugang geregelt ist, allgemein vorgesehen werden; § 1 Abs. 2 Sätze 2 und 3 erlauben ja aus diesem Grunde derzeit nur die Wahl einer anderen Modalität der Informationsgewährung.

Die Empfehlung der Vereinheitlichung der unterschiedlichen Bedingungsformulierungen der Ausschlussgründe zu 2. 3 3. Punkt durch Verwendung der Formulierung „soweit und solange“ könnte sinnvoll sein; allerdings sind die Ausschlussgründe nicht stets auf die Beeinträchtigung eines „Schutzgutes“ bezogen (z.B. nicht bei § 3 Nr. 5 IFG), so dass eine darauf bezogene generelle Klarstellung vermieden werden sollte.

Bei Punkt 4 zu 2.3 scheint die Notwendigkeit, die Mitteilungspflichten restriktiv präziser zu fassen, fraglich. Dies gilt zumal für § 4 Abs. 2 IFG, weil der mitzuteilende Verfahrensabschluss ohne Weiteres feststeht, aber auch für § 9 Abs. 2 IFG, wenn man der Behörde im Rahmen des „voraussichtlich“ hinreichenden Spielraum einräumt.

Den Empfehlungen unter 2.4. ist hinzuzufügen, dass der Anspruchsausschluss nach § 3 Nr. 4 IFG, soweit er sich auf eine nur durch Allgemeine Verwaltungsvorschriften begründete Geheimhaltungspflicht bezieht, gegenüber der in § 3 Abs. 1 des Council of Europe Convention on Access to Official Documents problematisch erscheint, weil danach die Begrenzungen des Zugangsanspruch „in law“ niedergelegt sein müssen. Die Übereinstimmung der in Frage kommenden Verwaltungsvorschriften mit bestehenden gesetzlichen Regelungen (dafür *Schoch*, a.a.O., § 3 Rdn. 142 ff.) mag dies derzeit faktisch entschärfen, lässt aber das grundsätzliche Problem unberührt. Ob und welche Anpassungen mit Blick auf die Konvention notwendig sein sollen, führen die Empfehlungen, die nur allgemein eine Orientierung an der Konvention ansprechen zu Punkt 1 nicht aus.

Zu den in Punkt 3 zu 2.4 genannten Punkten ist Folgendes anzumerken:

- Bei Unterpunkt 1 wird nicht ausgeführt, in welche Richtung die geforderten Änderungen der Formulierungen des Schutzniveaus gehen sollen, ob insbesondere definitiv gefasste Voraussetzungen (wie in Nr. 3: „beeinträchtigt werden“) auf die überwiegend verwendete Bezugnahme auf Möglichkeiten von Störungen etc. umgestellt werden sollen, was sich angesichts notwendiger Ungewissheiten über zukünftige Entwicklungen empfiehlt.
- Der Empfehlung zu Unterpunkt 2 ist nicht zuzustimmen. Durch die Festlegung der Ausschlussgründe für den Anspruch hat der Gesetzgeber selbst den Vorrang der jeweils berührten Interessen vor dem Informationsinteresse des jeweiligen Antragstellers festgelegt; die Behörden bleiben (wie oben erwähnt) frei, bei abweichender Einschätzung der öffentlichen Interessen im Einzelfall gleichwohl die Information bekannt zu geben.
- Die Empfehlung zu Unterpunkt 3 scheint nicht zwingend; zwar mag eine partielle Redundanz jedenfalls hinsichtlich der inneren Sicherheit bestehen, doch sind nachteilige Konsequenzen nicht erkennbar.
- Entsprechendes gilt für Unterpunkt 4; zudem ist nicht zweifelsfrei, ob wirklich jeder Fall der Nr. 3 lit. a notwendigerweise nachteilige Auswirkungen auf internationale Beziehungen i. S. der Nr. 1 lit. a haben kann.
- Die Empfehlung zu Unterpunkt 5 überzeugt ebenfalls nicht. Es scheinen durchaus Fälle denkbar, in denen – etwa durch mit der Informationsgewährung verbundene Verzögerungen – Beratungen von Behörden unabhängig von der Frage ihrer Vertraulichkeit beeinträchtigt werden.

- Auch der Empfehlung zu Unterpunkt 6 ist nicht zu folgen. Die Anspruchsvoraussetzung der Verfügungsbefugnis muss nicht stets fehlen, kann etwa dann gegeben sein, wenn die Stelle, der die Information primär zuzuordnen ist, die Bundesstelle zur Verfügung über die vorübergehend überlassene Information ermächtigt hat.
- Die Empfehlung zum 7. Unterpunkt erweckt schon deshalb Bedenken, weil der Schutz des geistigen Eigentums nach § 6, auch wenn er ausdrücklich auf den Bund und Sozialversicherungsträger erstreckt würde, doch mit Rücksicht auf die insoweit nicht eingreifenden Grundrechtsbestimmungen nicht in demselben Umfang wie bei Privaten bestehen müsste. Zudem erfasst ein solcher Schutz nicht alle denkbaren Fälle, in denen fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr durch das Bekanntwerden einer Information beeinträchtigt werden; dies kann auch bei Informationen der Fall sein, die mit geistigem Eigentum des Bundes nichts zu tun haben.
- Die Empfehlung zum 8. und letzten Unterpunkt vernachlässigt, dass § 4 IFG mit der Rechtsfolge der Soll-Ablehnung über den bloßen Ausschluss in den Fällen des § 3 IFG hinausgeht (dazu schon oben).

Die Empfehlung zu 2.6 1. Punkt könnte sich im Hinblick auf Betriebsübertragsverträge im Zusammenhang von Privatisierungen zumindest als Klarstellung empfehlen.

Die Empfehlung zu 2.7 1. Punkt gibt Anlass zu überprüfen, ob nicht eine grundsätzlichere Regelung bezüglich eines Ausschlusses wegen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes eingefügt werden sollte; der gegenwärtige Bezugspunkt des zum Teil bestehenden Anspruchs in § 7 Abs. 2 Satz 1 IFG ist systematisch unbefriedigend (s. schon oben). Zutreffend weisen Unterpunkt 3 und 4 auf die Unsicherheiten hin, die in diesem Zusammenhang mit dem Begriff der Unverhältnismäßigkeit verbunden sind. Unklarheit besteht schon über das die Verhältnismäßigkeitsprüfung leitende Ziel, das in der Erlangung der Information als solcher oder in dem durch die Erlangung der Information geförderten (Fern-) Ziel von Antragsteller oder Allgemeinheit bestehen könnte. Die Frage der Eignung stellt sich nur bei letztgenanntem Verständnis, die der Erforderlichkeit deckt jedenfalls sich jedenfalls zum Teil mit § 9 Abs. 3 IFG. Die Proportionalität schließlich könnte nicht geprüft werden, wenn es keine Abwägung zwischen dem nötigen Verwaltungsaufwand und dem Informationsinteresse gäbe, was Unterpunkt 4 offenbar für denkbar hält. Diesen Aspekten sollte bei einer Regelung zur „Verhältnismäßigkeit“ des Aufwands Rechnung getragen werden.

Der Empfehlung zu 2.7. 2. Punkt ist zuzustimmen, auch wenn das angestrebte Ergebnis wohl auch im Wege der Analogie erreichbar wäre.

Die in 2.7 3. Punkt empfohlene gesetzliche „Klarstellung“ würde dem entstehungsgeschichtlichen Willen des Gesetzgebers wohl eher konstitutiv Rechnung tragen (vgl. *Schoch*, a.a.O., § 7 Rdn. 72).

Die Empfehlung zu 2.7 4. Punkt greift über den Kontext des IFG hinaus, für das § 7 Abs. 3 Satz 2 IFG die Pflicht zur Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit und damit auch alle etwa an die Verletzung einer solchen Pflicht anknüpfenden Haftungsfolgen ausschließt. Die für eine „proaktive Informationstätigkeit“ geltenden Pflichten (vgl. dazu etwa den Glykolbeschluss des BVerfG, BVerfGE 105, 252 [272], insbesondere zum grundsätzlichen Gebot inhaltlicher Richtigkeit; enger nur gegen „verfälschende Darstellungen“ BVerfGE 105, 279 [294] – Osho) und etwaige Haftungsfolgen sind demgegenüber ganz eigenständige Fragen, die daher nicht im Kontext des IFG geregelt werden sollten.

Gegenüber 2.7. Punkt 4 der Empfehlungen empfiehlt sich die Ergänzung des Absatzes 3 um einen Satz 2, der die Behörden verpflichtet, dem Antragsteller die für die Ablehnung maßgebliche allgemein zugängliche Quelle mitzuteilen; eine solche Pflicht ergibt sich nicht ohne Weiteres aus § 25 VwVfG (darauf verweisend *Schoch*, a.a.O., § 9 Rdn. 44; zu den Grenzen der Pflichten aus § 25 VwVfG allgemein *Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, a.a.O., § 25 Rdn. 10 ff.), zumal die Selbstinformation, auf die verwiesen wird, nicht Teil des Informationszugangsverfahrens ist.

Die Empfehlung zu 2.7 5. Punkt geht richtigerweise davon aus, dass eine Beschleunigung in komplizierten Fällen und solchen mit Drittbeteiligung von Grundrechtsträgern nur begrenzt durch „Änderungen des Normprogramms“ möglich sind. Die gleichwohl für eine Verbesserung vorgeschlagenen Änderungen können an § 42a VwVfG nur hinsichtlich der äußeren Fristen pp. anknüpfen; das zentrale Element der Bestimmung, der Eintritt der Fiktionswirkung durch Fristablauf, ist nicht übertragbar. Auch sonst fehlt es, jenseits einer etwaigen Haftung für Amtspflichtverletzung und der Kostenlast bei Verurteilung im Verwaltungsprozess, auch unter Berücksichtigung der Vorschläge zur „Verbesserung“ an jeglicher Sanktion für die Fristversäumnis.

Die Empfehlung nach 2.8 Punkt 2 1. Absatz, die in der Tat unklare Verweisung in § 8 Abs. 2 Satz 3 IFG zu streichen, würde zwar in der Tat die Möglichkeiten von (Anfechtungs-) Widerspruch und Anfechtungsklage klarer erkennen lassen, bliebe aber hinter dem aktuellen Regelungsgehalt zurück, da mangels gegenteiliger Regelung bei der von einer obersten Bundesbehörde getroffenen Entscheidung, den Informationszugang zu gewähren, kein Vorverfahren stattzufinden hätte, § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO. Für eine solche Abweichung von § 9

Abs. 4 Satz 2 IFG ist kein Grund ersichtlich; daher wäre die Verweisungsbestimmung des § 8 Abs.2 Satz 3 IFG ggf. insoweit beizubehalten oder durch eine parallele eigenständige Regelung zu ersetzen.

Die Empfehlung zu 2.9 Punkt 1 den bisher nur in der Überschrift angesprochenen Rechtsweg auch wirklich zu regeln, und zwar durch Zuweisung der Streitigkeiten zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, verdient Zustimmung.

Die Regelung zur Klageart ist mit der Empfehlung zu 2.9. Punkt 2 als jedenfalls entbehrlich anzusehen.

Auch der Empfehlung zu 2.9 Punkt 3 hinsichtlich einer Neuregelung des Verhältnisses von Aktenvorlagepflicht und Akteneinsichtsrecht im Prozess zum Anspruch auf Informationszugang nach dem IFG ist zu folgen; Einzelheiten einer denkbaren Gestaltung können wegen der Komplexität der Problematik hier nicht behandelt werden.

Die Empfehlung in 2. 10 1. Punkt Unterpunkt 1, zu erhebende Gebühren nicht anhand des wirtschaftlichen Interesses zu erheben, überzeugt in den Fällen nicht, in denen das Instrument des IFG-Anspruchs zur Verfolgung eigener ökonomischer Interessen eingesetzt wird. Immerhin erkennen die Empfehlungen bei den Gerichtskosten (nach Punkt 3) ausdrücklich an, dass die Bewertung des Kostenrisikos davon abhängen kann, ob der Antragsteller eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt oder nicht.

Zur Begründung der Empfehlung in 2. 10 1. Punkt Unterpunkt 1, die Kostenregelung aufzuheben, ist zu bemerken, dass dort im zweiten Satz die Stärkung der demokratischen Beteiligungsrechte der Bürger und die Steigerung der Partizipation praktisch gleichgestellt werden. Dabei ist nach dem empirischen Befund des Gutachtens doch klar, dass sich trotz erfolgter Stärkung der Rechte die Häufigkeit ihres Gebrauchs nicht, wie erhofft, gesteigert hat.

Die mit der Empfehlung zu 2.10 1. Punkt Unterpunkt 3 in Betracht gezogene Missbrauchsgebühr könnte bei sachgerechter Abgrenzung der Missbrauchsfälle (zur Problematik schon oben zu 2.3 2. Punkt) sinnvoll sein; die in Bezug genommene Judikatur des Bundesverfassungsgerichts dürfte allerdings wegen der wie oben erwähnt unterschiedlichen Ausgangssituation kaum hilfreiche Anhaltspunkte bieten.

Die Empfehlungen machen zu 2.11. Punkte 3, 4 Vorschläge zur behördlichen Informationspolitik, die teilweise (wohl) nicht auf Änderungen des Gesetzes, sondern der behördlichen Praxis abzielen (so zur Gestaltung des Internetauftritts). Ob die gesetzliche Einführung von

Informationsregistern den Bedürfnissen der Bürger entspricht, ist offenbar ungewiss; ob demgegenüber der sicher zu erwartende Kostenaufwand zu rechtfertigen ist, scheint fraglich.

Der zu 2.11. Punkt 5 gemachte Vorschlag, im IFG einen behördlichen Informationsbeauftragten zu verankern, überzeugt nicht. Abgesehen von grundsätzlichen Bedenken gegen die Vielzahl von Beauftragten für unterschiedliche Anliegen überzeugt das erkennbare Ziel nicht, über einen solchen „Kümmerer“ das offenbar als nicht ausreichend empfundene Volumen an einschlägigen Anträgen künstlich steigern zu wollen. Erkennt man ein solches Ziel als gerechtfertigt an, dürfte ein „Informations-main-streaming“ insbesondere auch mit Blick auf eigeninitiierte Informationsarbeit der Behörden wirkungsvoller sein als das Abschieben der einschlägigen Fragen auf das Abstellgleis eines Beauftragten.

Die Empfehlungen zu 2.12 im Hinblick auf den Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit sind eher klarstellender Natur, daher kaum vordringlich. Angesichts des geringen Umfangs der in der Praxis erhobenen Informationsbegehren könnte erwogen werden, diesen Bundesbeauftragten, dessen Einführung durch den im IFG gesehenen Paradigmenwechsel legitimiert wird (*Schoch*, a.a.O., § 12 Rdn. 6), wieder abzuschaffen.

II. Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 5 - Informationszugangsgrundrecht), BT-Dr 17/9724

Der Gesetzentwurf sollte abgelehnt werden.

1. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Verfassung durch die vorgeschlagene Bestimmung weiter aufgebläht werden sollte. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass – wie in der Problembeschreibung des Entwurfs behauptet wird – die nur durch einfache (immerhin formelle) Gesetze erfolgte Regelung von Informationsansprüchen deren Wirksamkeit behindert hätte.

Die Wirksamkeit „einfachrechtlicher“ Informationsansprüche ist in vollem Umfang gegeben. Aufgrund der Bindung von Rechtsprechung und Verwaltung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG sind die Staatsorgane im Rahmen dieser Staatsfunktionen zur Beachtung verfassungsgemäßer Rechtsnormen, zumal formeller Gesetze, in vollem Umfang verpflichtet, insbesondere also die der Informationspflicht unterworfenen Behörden dazu, den Zugang zu ihren Informationen im gesetzlich vorgesehenen Umfang zu gewähren. Die Garantie des Rechtswegs nach Art. 19 Abs. 4 GG greift bei der Verletzung aller Individualrechte, auch solcher aus „einfachrechtlichen“ Bestimmungen (näher *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 19 Rdn. 127 m.w.N.), ein, so dass auch der gerichtliche Rechtsschutz im Falle der Verweigerung durch die verpflichteten Behörden von Verfassungs wegen sichergestellt ist.

Weitergehende Wirkungen als ein „einfachrechtlich“ begründetes Individualrecht hat ein als Grundrecht im Grundgesetz garantiertes subjektives Recht zum einen aufgrund der Bindung auch der Gesetzgebung an die Grundrechte, Art. 1 Abs. 3 GG, und die verfassungsmäßige Ordnung überhaupt, Art. 20 Abs. 3 GG, zum anderen dadurch, dass zur Verteidigung des Rechts (grundsätzlich nach Erschöpfung des Rechtswegs) der Rechtsbehelf der Grundrechtsverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zur Verfügung steht. Dass das Fehlen dieser Grundrechtswirkungen bisher zu Nachteilen für die informationsinteressierten Bürger geführt hätte, behauptet auch die Begründung des Gesetzentwurfs nicht.

Sie beklagt allerdings (zu A. Allgemeines, S. 4 rechte Spalte unten/linke Spalte oben), dass die nur gesetzlich normierten Ansprüche deshalb leergelaufen seien, weil ihnen öffentliche und private Geheimhaltungsanliegen entgegengestanden hätten. In der Tat sieht das geltende IFG ebenso wie verwandte Gesetze vor, dass der Informationsanspruch zugunsten solcher Interessen ausgeschlossen wird. Sofern dies als zu weitgehend eingeschätzt wird, könnte – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – das IFG entsprechend geändert werden. Die

Verankerung eines einschlägigen Grundrechts ist dazu nicht erforderlich; ein solches Grundrecht könnte nur den Gesetzgeber hindern, weitergehende Einschränkungen zu erlauben oder allenfalls zur Folge haben, dass sich bestehende Einschränkungen, die als vermeintlich mit dem neu zu schaffenden Grundrecht in Einklang stehend nicht gesetzlich aufgehoben werden, als Verstöße gegen das neue Grundrecht erweisen.

Wenn die Begründung in diesem Zusammenhang auf die häufige Zurücksetzung des Informationsanspruchs aufgrund vorzunehmender Abwägungen mit den gegenläufigen Interessen verweist (a.a.O., auch Satz 4, auch rechte Spalte oben), wird verkannt, dass – jedenfalls nach dem IFG – zumeist eine Abwägung nicht zu erfolgen hat. Dies gilt zumindest für die in § 3 IFG vor allem (s. aber auch Nr. 7 zum Interesse des Informanten) vom Informationsanspruch mit Rücksicht auf besondere öffentliche Belange ausgenommenen Fälle, aber auch für den Vorrang des geistigen Eigentums und insbesondere der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 6 IFG. Auch die Regelpflicht zur Ablehnung des Anspruchs nach § 4 IFG bei Vereitelung des Erfolgs behördlicher Entscheidungen bzw. Maßnahmen setzt keine Abwägung voraus. Damit bleibt als Fall der Abwägung der Konflikt mit dem Schutz personenbezogener Daten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. IFG, wobei die weiteren Bestimmungen des § 5 IFG durch gesetzliche Festlegungen auch hier die Abwägung entbehrlich machen.

Dass auch nur in diesem begrenzten Kontext der Verfassungsrang des betroffenen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung häufig dazu führt, dass „im Ergebnis der einfachgesetzliche Informationsanspruch zurücktreten muss“, wie es die Begründung des Gesetzentwurfs (a.a.O., rechte Spalte oben) ganz umfassend behauptet, wäre zu belegen. Jedenfalls hindert das genannte Grundrecht den Gesetzgeber keineswegs daran, es zugunsten weitergehender Informationsansprüche stärker als bisher einzuschränken.

Das Bundesverfassungsgericht hat vor beinahe zwei Jahren (mit Urteil des Ersten Senats vom 24.11.2010, BVerfGE 128, 1 [48]) festgestellt, dass die „Schaffung von Transparenz [...] einen eigenständigen und legitimen Zweck der Gesetzgebung“ darstelle; es erklärte es für gegenüber dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung „legitim, bestimmte Daten der Öffentlichkeit allgemein und insoweit ohne weitere Bindung an bestimmte Zwecke zugänglich zu machen“ (ebda.), und zwar mit Rücksicht darauf, dass die fraglichen Daten „innerhalb der demokratischen, pluralistischen Gesellschaft einen wichtigen Beitrag zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess“ leisteten. Der Senat folgte dabei einem Beschluss der 1. Kammer vom 25.02.2008, 1 BvR 3255/07 (hier zit. nach juris), der die Schaffung von Transparenz und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit unter ausdrücklichem Hinweis auf

das IFG als legitimen Zweck von erheblichem Gewicht anerkannte (a.a.O., Rdn. 24, 36), der sich gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch hinsichtlich sensibler Daten und tief greifender Eingriffe (Veröffentlichung der Einkünfte von Bürgern) durchsetzen konnte.

Es ist demgegenüber nicht erkennbar, dass es nötig sein sollte, durch eine Erhebung des Informationszugangsanspruch in den Verfassungsrang eine Grundlage für noch gravierendere Einschnitte in die informationelle Selbstbestimmung zu schaffen, wenn diese denn wirklich gewollt sein sollten. Im Übrigen besteht ohnehin bereits eine grundgesetzliche Fundierung für den Informationszugang; namentlich hat das Bundesverfassungsgericht schon 2001 den „im Demokratieprinzip verankerten Grundsatz der Zugänglichkeit von Informationen, die für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung von Bedeutung sind“, anerkannt (BVerfGE 103, 44 [65]).

Zudem besteht im Rahmen der Freiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, bereits Grundrechtsschutz, den die Begründung des Gesetzentwurfs zu A. Allgemeines (S. 4 rechte Spalte Mitte) in seiner Reichweite wohl unterschätzt. Mit einer dort (ohne Beleg) in Bezug genommenen „herrschende[n] Meinung“ ist allerdings in der Tat anzunehmen, dass es sich nicht um ein auf Verschaffung von Informationen gerichtetes Leistungsrecht handelt. Auch dürften die Dispositionen öffentlicher Stellen über die Zugänglichkeit ihrer eigenen Informationen nicht ihrerseits am Grundrecht der Informationsfreiheit zu messen sein (so möglicherweise *Bethge*, in: Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rdn. 57, 57b m.w.N.). Doch kann durch Gesetz die allgemeine Zugänglichkeit der Informationen öffentlicher Stellen hergestellt sein (s. etwa *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 1413 m.w.N.), und zwar auch gegen den Willen der jeweiligen Stelle, deren Bestimmungsrecht nur im Rahmen der Gesetze besteht. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 103, 44 [60]) hat schon 2001 festgestellt: „Das Grundrecht umfasst allerdings ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf Zugang in Fällen, in denen eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Informationsquelle auf Grund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist, der Staat den Zugang aber verweigert.“ Da öffentliche und allgemeine Zugänglichkeit dabei offenbar synonym verstanden werden, greift danach der Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. GG durch, soweit jedem ein Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gesetzlich eröffnet ist, wie dies nach dem IFG und ähnlichen Gesetzen des Fall ist. Die gesetzwidrige Verweigerung des Zugangs zu Informationen öffentlicher Stellen verletzt das Grundrecht; die Beachtung solcher Gesetze ist damit zugleich grundrechtlich garantiert.

2. Abgesehen von den aufgezeigten grundsätzlichen Bedenken gegen die Aufnahme eines einschlägigen Grundrechts in das Grundgesetz überhaupt begegnet auch die jetzt vorgeschlagene Grundrechtsformulierung im Speziellen Bedenken.

Gegenüber dem nach der Problemschilderung des Entwurfs (a.a.O, S. 1) „leider“ ohne Mehrheit gebliebenen Entwurf aus dem Jahre 2008 (BT-Dr 16/9607)¹ geht die jetzt vorgeschlagene Formulierung des Art. 5 Abs. 2a GG bei der Umschreibung der vom Informationszugang betroffenen Stellen in Satz 1 weiter, strebt auch gegenüber den bestehenden Gesetzen eine Ausweitung an. Inwieweit dies im Einzelnen reichen würde und sinnvoll ist, soll hier nicht diskutiert werden.

Wichtiger ist, dass die Regelung, als Grundrechtsbestimmung den Grenzen der Verbandskompetenz für die Gesetzgebung enthoben, auch auf den Bereich der Länder übergreift; sie schafft dabei en passant, ohne dies näher zu erläutern oder zu begründen, durch den Vorbehalt der *bund*esgesetzlichen Regelung des Näheren in Satz 3 eine übergreifende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, die wegen der intensiven Auswirkungen auf den Bereich der Landesverwaltungen so nicht unproblematisch ist.

Im Übrigen lässt Satz 1 nähere Konturen des Rechts vermissen. Die Formulierung „Recht auf Zugang“ lässt nicht einmal die Struktur des Rechts erkennen. Die Nähe zu Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG mit seiner Informationsfreiheit und die grundsätzliche Ausrichtung des grundgesetzlichen Grundrechtskatalogs lässt zunächst an ein Freiheitsrecht, sich aus den Informationen der genannten Stellen selbst zu unterrichten, denken, das aber gänzlich unpraktikabel wäre; tatsächlich kann es wohl nur um ein Leistungsrecht im Sinne eines Anspruchs gegen die Informationsinhaber gehen kann, wie ihn § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG treffend bezeichnet. Ob sich das Recht auf jeden erwünschten Zugang und auf alle oder nur auf einige, wie auch immer zu bestimmende Informationen richtet, ist gleichfalls offen. Offenbar ist das Grundrecht im Einzelnen in mehrfacher Hinsicht auf die nähere Bestimmung seines Inhalts und Umfangs durch gesetzliche Regelungen angewiesen, wie dies wiederum sehr anschaulich in § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG zum Ausdruck gebracht ist, der den Informationsanspruch explizit nur „nach Maßgabe dieses Gesetzes“ gewährt. Man wird dem Satz 1 daher überhaupt nur einen praktikablen Sinn

¹ Der damals vorgeschlagene Artikel 5a lautete: „Jeder hat das Recht auf Zugang zu Daten öffentlicher Stellen. Beschränkungen dieses Rechtes dürfen nur auf gesetzlicher Grundlage und nur dann erfolgen, wenn öffentliche Interessen die Vertraulichkeit zwingend gebieten oder ein überwiegendes Interesse Dritter an der Vertraulichkeit besteht.“ Ähnlich auch der im Evaluationsgutachten (S. 54 Fußn. 90, nach JZ 2009, 453 [461]) zitierte Vorschlag von *Kloepfer/Schärdel*.

beimessen können, wenn man schon den Inhalt des Rechts auf Zugang der näheren gesetzlichen Regelung nach Satz 3 überantwortet (dazu noch unten).

Satz 2 erstreckt den Informationszugang sodann auf Informationen der nichtöffentlichen Stellen, womit offenbar grundsätzlich alle, auch materielle Privatpersonen gemeint sein sollen, deren Informationen bei fehlendem Bezug zu öffentlichen Aufgaben jedem zugänglich sein sollen, „soweit dies [...] den überwiegenden Interessen der Allgemeinheit dient.“ Dieser bezüglich offenbar aller Informationen und inhaltlich aller denkbaren Allgemeininteressen überaus weit reichende Ansatz wird allein durch das vage Kriterium des Überwiegens dieser Interessen eingeengt, das kaum direkte Kraft besitzt. Insoweit wird denn auch in der Einzelbegründung des Entwurfs (a.a.O., S. 5, rechte Spalte unten) „dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum“ zugestanden, der allein unmittelbarer Adressat einer grundrechtlichen Gewährleistungspflicht sein soll (so die Einzelbegründung, a.a.O., S. 5 linke Spalte Mitte). Praktische, juristisch greifbare Relevanz hätte eine derartige Regelung damit kaum.

Der Vorbehalt der (bundesgesetzlichen) Regelung des Näheren in Satz 3 ist gegenüber der Gewährleistungspflicht nach Satz 2 (abgesehen von der damit auch hier für alle Lebensbereiche pauschal gelösten Frage der schon erwähnten Gesetzgebungskompetenz) ohne selbständige Bedeutung, da diese wegen des mit der Eröffnung des Zugangs gegebenen Eingriffs in die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Privaten ohnehin nur im Wege der Gesetzgebung zu erfüllen ist.

Gegenüber dem Zugangsgrundrecht nach Satz 1 erlaubt ein Vorbehalt des Näheren, wie ihn Satz 3 jetzt abweichend vom zitierten früheren Entwurf, der einen durch recht strenge Anforderungen qualifizierten Gesetzesvorbehalt für „Beschränkungen“ des Rechts enthalten hatte, nurmehr beinhaltet, keine einschränkende, sondern allein ausgestaltende Regelungen (vgl. zu Art. 4 Abs. 3 Satz 2 GG BVerfGE 12, 45 [53]; 28, 243 [269f.]; 48, 127 [163]; 69, 1 [12]); diese mögen regeln, unter welchen Modalitäten das garantierte Recht auszuüben ist, dürfen aber keine Verkürzung des garantierten Rechts vorsehen oder zulassen. Diese im Grundrechtsbereich anerkannte Bedeutung der Formulierung von der Regelung des Näheren wird bei der im Entwurf verwendeten Kennzeichnung als „offen gefasster Regelungsvorbehalt“ (a.a.O., S. 5, rechte Spalte unten) ersichtlich verkannt, sollen doch auf dieser Grundlage die berührten Allgemein- und Individualinteressen gegenüber dem Informationszugangsrecht zur Geltung gebracht werden, was zwangsläufig mit Einschränkungen dieses Rechts verbunden ist, wenn man nicht von vornherein die abschließende Festlegung des effektiven Umfangs des Rechts dem Gesetzgeber überlässt. Die übliche Trennung der Festlegung des Schutzge-

genstands eines Grundrechts und der Einschränkungsmöglichkeiten wäre damit aufgegeben. Auch Satz 1 wäre – wie Satz 2 – kein der gesetzlichen Regelung vorgelagertes Recht, sondern erst das Produkt der gesetzlichen Regelung.