

DVBL

311PM 3483 - 125, 1

Art.-Nr. 56521000

# DEUTSCHES VERWALTUNGSBLATT

## Schriftleitung

Prof. Dr. **Hans-Werner Rengeling**, Osnabrück (Hauptschriftleitung; Abhandlungs- und Rezensionsteil)

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. **Bernhard Stürer**, Münster/Osnabrück (Abhandlungen und Berichte)

## Beirat

Prof. Dr. **Hans-Günter Henneke**, Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages, Berlin

Prof. Dr. **Christoph Moench**, Rechtsanwalt, Berlin

Vorsitzender Richter am BVerwG a. D. Dr. **Stefan Paetow**, Berlin

Rechtsanwalt Dr. **Manfred Rebentisch**, Düsseldorf

Ministerialrat a. D. Dr. **Ernst F. Röder**, LL.M., Berlin

Vizepräsident des OVG a. D. **Hans Karsten Schmaltz**, Lüneburg

2010

125. Jahrgang



Carl Heymanns Verlag



wicklung konzentriert, muss auch vielleicht stärker als bisher Nutzungsmischungen in Kauf nehmen. Auch die Rechtsprechung zum Rücksichtnahmegebot in vorbelasteten Baugebieten weist mit der »Mittelwertrechtsprechung« und mit dem Verbot eines »Etikettenschwindels« in diese Richtung.

Im Innenbereich könnte auch der einfache Bebauungsplan mit sehr begrenzten planerischen Aussagen, wie sie etwa in den Vergnügungsstättensatzungen des BauGB-MaßnG angelegt waren, mehr Bedeutung gewinnen.

Und vielleicht kämen noch Einzelregelungen im Interesse des Klimaschutzes oder die Kindertagesstätten im Reinen Wohngebiet hinzu. Die Nutzung von erneuerbaren Energien könnte dabei durch eine Änderung der Baugebietsvorschriften oder auch im Hinblick auf Nebenanlagen nach § 14 BauGB erweitert werden. Auch könnten einzelne Maßvorschriften in den Grenzen der geordneten städtebaulichen Entwicklung gelockert werden.

Zugleich könnte die BauNVO, die traditionell eher auf die Ausweisung neuer Baugebiete im Außenbereich und damit auf die Inanspruchnahme neuer Flächen angelegt ist, als Ordnungsrahmen für die Innenentwicklung durch entsprechend differenzierende Regelungen für die auch kleinräumige Konfliktsteuerung in bereits bebauten Ortslagen ausgebaut werden.

sich mit »Anwendungsproblemen, Defizite und Reformbedarf der BauNVO«.

### 3. Keine städtebauliche Generaldebatte

Ob dies alles es allerdings rechtfertigt, einen wirklich großvolumigen Stein ins Wasser zu werfen und damit in einem Rundumschlag eine städtebauliche Generaldebatte zur Änderung des BauGB und der BauNVO auszulösen, muss wohl noch etwas sorgfältiger durchdacht werden. Denn die Praxis nimmt es erfahrungsgemäß dankbar auf, wenn nicht dauernd an dem städtebaulichen Handwerkszeug herumgebastelt wird und die bewährten Planungsinstrumente sich über längere Zeit im Handwerkskasten der Stadtbauräte, Architekten und Stadtplaner auch an der gewohnten Stelle wiederfinden lassen.

Vielleicht einer der vielen Gründe dafür, dass der »Grundsatz der Normerhaltung«<sup>113</sup> nicht nur in den Amtsstuben der Städte und Gemeinden, die sich durch häufige Gesetzesänderungen und auch ein ständiges Nachsortieren ihrer Loseblattwerke ohne kluge Referendare überfordert sehen, sondern auch unter den Planungsjuristen eine wachsende Zahl begeisterter Anhänger findet. Aufsehen erregende Turnübungen am juristischen Hochreck kommen da, selbst wenn sie einer Empfehlung von Turnvater *Friedrich Ludwig Jahn* folgend, etwa durch einen schönen Mustereinführungserlass mit einem guten Abgang verziert würde, beim ansonsten durchaus geneigten Fachpublikum wohl nicht allzu gut an. Vielmehr ist bei den Novellen des BauGB und der BauNVO solide gesetzgeberische Handwerksarbeit gefragt.

113 *Stüer*, Vom Grundsatz der Planerhaltung zum Grundsatz der Normerhaltung, DVBl 1997, 1201.

## Das Informationsfreiheitsrecht in der gerichtlichen Praxis

Von Prof. Dr. *Matthias Rossi*, Augsburg\*

*Mit dem Inkrafttreten des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes zum 1. 1. 2006 ist die grundsätzliche Zugänglichkeit aller bei Behörden vorhandenen Informationen zu einem selbständigen verwaltungsrechtlichen Teilrechtsgebiet avanciert. Dieses Informationsfreiheitsrecht findet seine gesetzlichen Grundlagen nicht nur in den allgemeinen Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und bislang elf Länder, sondern insbesondere auch in den europarechtlich determinierten Umweltinformationsgesetzen sowie in zahlreichen weiteren, gegenständlich beschränkten Zugangsgesetzen wie etwa dem Verbraucherinformationsgesetz. Insofern ist es durch vielfältige Variationen gemeinsamer Grundsätze gekennzeichnet. Der Beitrag untersucht anhand ausgewählter Entscheidungen, wie die Judikative diese legislativ angeordnete Transparenz der Exekutive interpretiert.*

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

### I. Einleitung

#### 1. Gegenstand und Begriff des Informationsfreiheitsrechts

Das Informationsfreiheitsrecht hat an Bedeutung gewonnen und an Klarheit verloren. Es ist zerfasert. Ein gemeinsames (Zwischen-)Ziel<sup>1</sup> vor Augen, die Herstellung einer transparenten Verwaltung, sind die konkreten Konditionen zu seiner Verwirklichung Gegenstand verschiedenster Gesetze, die sich zum Teil ausschließen, zum Teil ergänzen und im Übrigen weitgehend parallelisiert sind. Bei grober Betrachtung lassen sich die einzelnen Gesetze in horizontaler und vertikaler Hinsicht strukturieren: Auf horizontaler Ebene können allgemeine, gegenständlich nicht begrenzte, und besondere, gegenständlich – etwa auf Umwelt- oder Verbraucherinformationen – beschränkte Zugangsansprüche unterschieden werden, die beide durch

1 Vgl. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 67 f.

ihre Voraussetzungslosigkeit gekennzeichnet sind. In vertikaler Hinsicht können diese Ansprüche auf Bundes- oder Landesebene kodifiziert sein.<sup>2</sup> Unter Berücksichtigung dieser Struktur umfasst das Informationsfreiheitsrecht auf Bundesebene das IFG, das IWG,<sup>3</sup> das UIG und das VIG<sup>4</sup> und auf Landesebene noch einmal elf Informationsfreiheitsgesetze<sup>5</sup> und sechzehn Umweltinformationsgesetze. Hinzu kommen Spezialregelungen wie das StasiUG, das BArchG oder jüngst das GeoZG<sup>6</sup>, die in dieser Betrachtung jedoch außen vor bleiben müssen, weil sie praktisch (nicht aber dogmatisch) von geringerer Bedeutung sind.

Anders verhält es sich dagegen mit den überkommenen Akteneinsichtsrechten nach §§ 29, 30 und §§ 72 ff. VwVfG. Sie knüpfen die Zugänglichkeit von Verwaltungsinformationen an die persönliche Stellung eines Verfahrensbeteiligten und sind insoweit eher rechtsstaatlich denn demokratisch motiviert.<sup>7</sup> Beschränkt man den Begriff des Informationsfreiheitsrechts auf solche Vorschriften, die die Transparenz der Verwaltung vor allem mittels eines voraussetzungslosen Informationszugangsanspruchs herstellen wollen,<sup>8</sup> zählen diese verfahrensbezogenen Akteneinsichtsrechte nicht dazu. Gleichwohl müssen sie aus zwei Gründen mit in den Blick genommen werden: Zum einen ergänzen sich verfahrensbezogene Akteneinsichtsrechte und allgemeine Informationszugangsansprüche in zeitlicher Hinsicht – vor und nach einem Verwaltungsverfahren kommen meist allgemeine Informationszugangsansprüche in Betracht, während eines Verfahrens stehen dagegen zum Teil nur Beteiligten Akteneinsichtsrechte offen. Zum anderen komplettieren sie sich auch in inhaltlicher Hinsicht – Informationszugangsansprüche ermöglichen häufig einen breiteren, Akteneinsichtsrechte zum Teil einen tieferen Blick in die Akten der Behörden. Ähnliches gilt bei struktureller Betrachtung im Übrigen für die Auskunftsansprüche nach den Landespressegesetzen, die die Zugänglichkeit von Informationen zwar in persönlicher Hinsicht

auf Journalisten beschränken, inhaltlich aber eine im Einzelfall weitgehende Öffnung bewirken.

Versteht man das Informationsfreiheitsrecht in diesem weiteren Sinne als Summe aller Rechtsvorschriften, die den Zugang zu Informationen der Verwaltung ermöglichen, sind schließlich auch die zahlreichen Auskunftsansprüche, die die eigene Person betreffen,<sup>9</sup> sowie Registereinsichtsrechte<sup>10</sup> umfasst. Sie sollen im Folgenden aber außer Betracht bleiben.

## 2. Praktische Bedeutung des Informationsfreiheitsrechts

Das Informationsfreiheitsrecht hat normativ einen Paradigmenwechsel bewirkt, der die praktische Verwaltungstätigkeit nicht nachhaltig beeinträchtigt hat. Zwar klagen vereinzelte Stellen insbesondere auf kommunaler Ebene mit ihrem geringen Personalstand über erhebliche zusätzliche Belastungen durch die gesetzlich eingeräumten Zugangsansprüche. Doch insgesamt hat sich die Verwaltungspraxis in Bund und Ländern gut auf die Umkehr des Grundsatz-Ausnahmeverhältnisses von Opazität und Publizität, von Undurchlässigkeit und Zugänglichkeit, eingestellt. Die tatsächliche Inanspruchnahme der Zugangsrechte schwankt zwischen den einzelnen Bundesländern z. T. erheblich, wie etwa ein Blick in die Statistiken der jeweiligen Informationsfreiheitsbeauftragten zeigt. Nach den statistischen Angaben der DGIF<sup>11</sup> für das Jahr 2006 wurden in den Geschäftsbereichen der Bundesressorts 2 278 Anträge gestellt, wobei in etwa 60 % der Fälle Informationszugang ganz oder teilweise gewährt wurde und ca. 18 % der Anträge abgelehnt wurden. Gegen etwa 5 % der Entscheidungen wurde Widerspruch eingelegt. Die Antragsteller waren überwiegend Privatpersonen, nur 4 % der Anträge wurden von Journalisten gestellt. Für das Jahr 2007 sind in den Geschäftsbereichen der Bundesressorts laut Statistik des Bundesministeriums des Innern<sup>12</sup> 1 265 Anträge registriert, was einem Rückgang von ca. 44 % gegenüber dem Vorjahr entspricht. In ca. 64 % der Fälle wurde der Informationszugang zumindest teilweise gewährt, etwa 20 % der Anträge wurden abgelehnt. Im Jahr 2008 wurden laut Statistikbericht des BMI 1 548 Anträge gestellt, auf die in 52 % der Fälle nur ein teilweiser Informationszugang gewährt wurde und die zu etwa 34 % insgesamt abgelehnt wurden.

## 3. Zur Entscheidung berufene Gerichte

Mit der praktischen Bedeutung der allgemeinen Informationsfreiheitsgesetze hat auch die Bedeutung der dritten Gewalt für die Entwicklung des Informationsfreiheitsrechts zugenommen. Denn da die Entscheidung einer Behörde über den Zugang zu Informationen eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt i. S. des Art. 19 Abs. 4 GG darstellt, kann sie gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden, wie es die meisten Informationsfrei-

2 Die Ebene der Europäischen Union mit dem nun verbindlichen Art. 42 Grundrechtecharta, Art. 15 AEUV und der Transparenzverordnung soll an dieser Stelle außer Betracht bleiben.

3 Vgl. hierzu *Schoch*, NVwZ 2006, S. 272 ff.; *Hopf*, RiA 2007, S. 53 ff.; *Püschel*, DuD 2006, S. 481 ff.

4 Vgl. hierzu bspw. *Albers/Ortler*, GewArch 2009, S. 225 ff.; *Hufen*, in: Dix u. a. (Hrsg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2008, S. 123 ff.; *Kube*, ZLR 2007, S. 165 ff.; *Wustmann*, BayVBl. 2009, S. 5 ff.

5 Informationsfreiheitsgesetze haben (in chronologischer Reihenfolge) folgende Länder erlassen: Brandenburg (1998), Berlin (1999), Schleswig-Holstein (2000), Nordrhein-Westfalen (2002), Mecklenburg-Vorpommern, Bremen, Hamburg und Saarland (2006), Thüringen (2007), Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt (2008).

6 Geodatenzugangsgesetz vom 10. 2. 2009, BGBl. I S. 278, zur Umsetzung der Richtlinie 2007/2/EG auf Bundesebene.

7 Vgl. zu dieser Unterscheidung etwa *Wegener*, Der geheime Staat, 2006, S. 7 ff., 14 ff.

8 Zur Herstellung von Transparenz durch aktive Informationspflichten und passive Informationsrechte und zur ihren Vor- und Nachteilen vgl. *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 92 f.

9 Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 8 Rdnr. 112, 134 ff., 166 ff.

10 Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rdnr. 89 ff.

11 Deutsche Gesellschaft für Informationsfreiheit e. V. – vgl. [www.dgif.de](http://www.dgif.de).

12 Die Statistiken sind auf den Seiten [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de) abrufbar.

heitsgesetze ausdrücklich bestimmen und es sich im Übrigen aus allgemeinem Verwaltungsprozessrecht ergibt. Beschwer und damit klagebefugt sind immer Antragsteller, denen Informationszugang nicht, nicht im begehrten Maße, nicht in der begehrten Form oder nicht rechtzeitig gewährt wurde. Zudem können in multipolaren Informationsverhältnissen auch Dritte klagebefugt sein, deren schutzwürdige Informationen ohne Einwilligung oder unter fehlerhafter Abwägung preisgegeben wurden bzw. werden sollen. Theoretisch können die Gerichte auch von öffentlichen Stellen angerufen werden, deren Informationen von einer anderen öffentlichen Stelle zugänglich gemacht wurden oder werden sollen.

Rechtsfragen des Informationsfreiheitsrechts sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO in erster Linie der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterfallen.<sup>13</sup> Nicht auszuschließen ist allerdings, dass es im Zuge der Gewährung oder Versagung eines Informationszugangs auch zu haftungsrechtlichen Fragen kommt, die dann von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden wären. Auch Strafgerichte können mittelbar mit dem Informationsfreiheitsrecht befasst sein, etwa wenn es um die Frage der Befugnis der Offenbarung von (Dienst-)Geheimnissen nach § 353 b StGB geht oder Tatbestände der §§ 93 ff. oder §§ 201 ff. StGB auf dem Spiel stehen. Soweit es schließlich um die Abgrenzung allgemeiner Informationsfreiheitsrechte zu besonderen Zugangsbestimmungen geht, können auch einmal Gerichte der Finanz- oder Sozialgerichtsbarkeit mit Fragen des Informationsfreiheitsrechts befasst sein.

Innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind es vor allem die Verwaltungsgerichte der Länder, die über das Informationsfreiheitsrecht zu entscheiden haben. Mit dem Erlass von Informationsfreiheitsgesetzen in immerhin elf Ländern sind im Ergebnis zehn Oberverwaltungsgerichte zur letztverbindlichen Interpretation des allgemeinen Informationsfreiheitsrechts berufen. Eine Anrufung des BVerwG kommt bei einer (vermeintlichen) Verletzung des IFG eines Landes mangels revisiblen Rechts nicht in Betracht.<sup>14</sup> Nur zur Auslegung des IFG und IWG des Bundes ist das BVerwG im Rahmen einer Revision befugt.<sup>15</sup> Die dadurch mögliche oder gar noch vertiefte Zerfaserung des allgemeinen Informationsfreiheitsrechts mag aus kodifikatorischer Sicht bedauert werden, ist aber notwendige und gewollte Folge der föderalen Staatsstruktur der Bundesrepublik Deutschland im Allgemeinen und der legislativen und judikativen Kompetenzverteilung im Besonderen. Etwaige Harmonisierungswünsche sind deshalb entweder entsprechend dem Gedanken des (auch) kompetitiven Föderalismus durch die Legislative in Bund und Ländern oder bei besonderem Druck durch verfassungsrechtliche Kompetenzverschiebungen zu erfüllen. Freilich befinden sich auch die Ober-

verwaltungsgerichte in einem »Wettbewerb« um die beste, die »richtigste« Rechtsauslegung, so dass sich über Jahre hinweg möglicherweise eine einheitliche Rechtsprechung zu den verschiedenen Problemen des Informationsfreiheitsrechts entwickeln wird – eine parallele Gesetzgebung vorausgesetzt.

Anders stellt sich die Situation hinsichtlich der Umweltinformationsgesetze dar, sind sie doch alle zur Umsetzung der Umweltinformationsrichtlinie bzw. der Aarhus-Konvention erlassen. War insoweit schon die legislative Gewalt in Bund und Ländern einem Harmonisierungsrahmen unterworfen, gilt dies auch für die Gerichte. Zwar ist das BVerwG auch hier grundsätzlich nur für die Interpretation des UIG des Bundes, nicht dagegen für die Auslegung der Umweltinformationsgesetze der Länder zuständig. Sie sind kein revisibles Recht i. S. des § 137 VwGO. Insoweit entspräche eine abschließende Rechtsprechungshoheit der Landesgerichte dem gesetzlichen Gestaltungsspielraum der Bundesländer, der diesen kraft der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zusteht, die ihrerseits vom Unionsrecht unberührt bleibt. Soweit dieser Gestaltungsspielraum überschritten wird, wird nicht Bundesrecht, sondern Unionsrecht verletzt, was durch das europarechtliche Rechtsschutzsystem im Allgemeinen und insbesondere durch die Vorlagepflicht der Oberverwaltungsgerichte nach Art. 267 AEUV hinreichend geschützt ist. Indes ist die Umweltinformationsrichtlinie als sekundäres Unionsrecht ihrerseits selbst revisibel.<sup>16</sup> Zwar ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt, ob Richtlinien nur bei fehlender Umsetzung nach Ablauf der Umsetzungsfrist<sup>17</sup> oder auch in Fällen der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit revisibel sind.<sup>18</sup> Doch fungieren sie jedenfalls als Revisionsmaßstab, so dass das BVerwG Landesrecht auf die Frage des Verstoßes gegen das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung überprüfen kann.<sup>19</sup> »Ob eine vom Oberverwaltungsgericht gefundene Auslegung des an sich irreversiblen Umweltinformationsgesetzes des Landes mit der Richtlinie in Einklang steht, ist eine Frage des revisiblen Bundesrechts. Sie führt zur Zulassung der Revision, wenn in diesem Zusammenhang Fragen der Auslegung und Anwendung der Umweltinformationsrichtlinie grundsätzliche Bedeutung haben. Die klärungsbedürftige Frage muss sich mithin darauf beziehen, welche Vorgaben [...] die Umweltinformationsrichtlinie für die Auslegung und Anwendung des Landesrechts macht.«<sup>20</sup>

Gerade wegen der europa- und z. T. auch völkerrechtlichen Überlagerung des Umweltinformationsrechts dürfen die Entscheidungen der Gerichte nicht unbesehen auf das gesamte Informationsfreiheitsrecht übertragen wer-

13 Vgl. OVG Münster, NWVBl. 2006, 295 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16. 6. 2009, VI-Kart 3/09 (V), Rdnr. 4; OVG Hamburg, NordÖR 2009, 258 f.

14 Deutlich BVerwG, NVwZ 2008, 80 (81).

15 Nach Art. 99 Hs. 2 GG steht es den Ländern offen, dem BVerwG die Entscheidung über ihre Informationsfreiheitsgesetze zuzuweisen.

16 Suerbaum, in: Posser/Wolf (Hrsg.), VwGO, 1. Aufl. 2008, § 137 Rdnr. 14; P. Schmidt, in: Eyermann (Hrsg.) VwGO, 12. Aufl. 2006, § 137 Rdnr. 5; vgl. auch BVerwGE 35, 277 f.; 110, 302 (312).

17 Für diesen Fall bejaht von BVerwGE 74, 241 (246 f.).

18 Suerbaum, in: Posser/Wolf (Hrsg.), VwGO, 1. Aufl. 2008, § 137 Rdnr. 15.

19 Neumann, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 1. Aufl. 2003, § 137 Rdnr. 77; Suerbaum, in: Posser/Wolf (Hrsg.), VwGO, § 137 Rdnr. 15; BVerwG NJW 1997, 753 f.

20 So ausdrücklich BVerwG, NVwZ 2008, 80 (81).

den. So wünschenswert es wegen der mit einer Harmonisierung verbundenen Simplifizierung auch sein mag, einheitliche Abwägungsregeln etwa für den Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse an einer weitgehenden Publizität der Behördentätigkeit auf der einen Seite und schützenswerten privaten Belangen auf der anderen Seite zu entwickeln und anwenden zu können, so sehr ist doch die jeweilige gesetzliche Ausgestaltung und die in ihr zum Ausdruck kommende politische Entscheidung des jeweils zuständigen Parlaments zu beachten. Insofern kann von der Judikative allenfalls eine vorsichtige Harmonisierung, keinesfalls aber eine Unitarisierung eines Rechtsgebiets verlangt werden, das aus Gründen der legislativen Kompetenzverteilung zerfasert ist.

## II. Strukturorientierte Auswahl einzelner Entscheidungen

Der Beitrag kann und will keine vollständige Übersicht über alle jüngeren Entscheidungen zum Informationsfreiheitsrecht geben. Mit dem Ziel, die Struktur des Informationsfreiheitsrechts in ihrer verfassungsrechtlichen Determinierung<sup>21</sup> hervorzuheben, werden vielmehr exemplarische Entscheidungen zu den anspruchsbegründenden (1.) und anspruchsbegrenzenden Voraussetzungen vorgestellt (2.), ergänzt durch Urteile zu verfahrensbezogenen Bestimmungen (3.) und zum Rechtsschutz (4.). Überwiegend wird auf das IFG des Bundes, teilweise auch auf Informationsfreiheitsgesetze der Länder und auf Umweltinformationsgesetze rekurriert.

### 1. Anspruchsbegründende Voraussetzungen

Kennzeichen allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze ist es, dass »jeder« einen Anspruch auf Informationszugang hat. Voraussetzung ist allerdings, dass der Anwendungsbereich des jeweiligen Informationsfreiheitsgesetzes eröffnet ist. Außerdem muss der Antrag an die richtige Stelle und auf einen geeigneten Anspruchsgegenstand gerichtet sein.

#### a) Anwendungsbereich

Zugangsansprüche allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze setzen zunächst voraus, dass deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Diese strukturell einfache Frage ist bei näherer Betrachtung nur schwer zu beantworten, weil die Gesetze selbst ihr Verhältnis zu anderen zugangsgewährenden oder -verwehenden Gesetzen nur unzureichend bestimmen und die *lex specialis*-Regel in ihrer konkreten Anwendung zu erheblichen Unsicherheiten führen kann.<sup>22</sup> Zwar enthalten die Informationsfreiheitsgesetze von Bund und Ländern Subsidiaritätsklauseln, wonach Informationszugangsansprüche aus anderen Gesetzen einem Anspruch nach dem entsprechenden IFG vorgehen.<sup>23</sup>

21 Vgl. Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 118 f.

22 Vgl. Rossi, IFG, 2006, Rdnr. 103 ff.

23 § 1 Abs. 3 IFG, § 1 AIG, § 3 Abs. 3 IFG-Bln (der nicht auf speziellere, sondern weitergehende Ansprüche abstellt), § 17 IFG-SH, § 4 Abs. 2 IFG-NRW, § 1 Abs. 3 Satz 2 IFG-MV, § 1 Abs. 3 BremIFG, § 1 Abs. 3 IZG LSA.

Doch ob schon die tatbestandliche Einschlägigkeit oder erst die positive Rechtsfolge solch anderer gesetzlicher Vorschriften die Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsrechts sperrt, ist ungewiss<sup>24</sup> und für eine Vielzahl von Gesetzen noch nicht gerichtlich geklärt. Vor der Annahme eines strengen Alternativverhältnisses muss (auch) die Rechtsprechung jedenfalls gewarnt werden. Vielmehr sind, wie ein Beschluss des OVG Münster zutreffend zusammenfasst, »Konkurrenzfragen [...] in jedem konkreten Einzelfall durch eine systematische, an Sinn und Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung der jeweiligen Informationszugangsrechte zu klären. Um die Bestimmung des Verhältnisses verschiedener Informationszugangsrechte untereinander vornehmen zu können, müssen vor allem deren jeweilige Regelungsmaterien berücksichtigt werden. Eine Vorrangigkeit im Sinne einer Ausschließlichkeit ist nur dort anzunehmen, wo die jeweiligen Rechte die gleichen Anliegen verfolgen und/oder identische Zielgruppen erfassen. Eine Regelung in einer anderen Rechtsvorschrift im Sinne von § 1 Abs. 3 IFG liegt daher nur dann vor, wenn ihr Anwendungsbereich in sachlicher Hinsicht wegen spezifischer Anforderungen an die Informationen, die der Rechtsvorschrift unterfallen, und/oder in persönlicher Hinsicht wegen spezifischer Anforderungen an die Personen, auf welche die Rechtsvorschrift Anwendung findet, beschränkt ist. Wenn spezialgesetzliche Regelung für einen gesonderten Sachbereich oder für bestimmte Personengruppen einen begrenzten Informationsanspruch vorsehen, ist deshalb im Einzelfall zu untersuchen, ob diese Grenzen auch für den Anspruch aus § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG bindend sind. Das ist anzunehmen, wenn ein umfassender Informationsanspruch dem Schutzzweck des Spezialgesetzes zuwider laufen würde. Lässt sich derartiges nicht feststellen, gelangt der Anspruch aus § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG zur Anwendung.«<sup>25</sup>

Mit Blick auf den Schutzzweck (vermeintlich) speziellerer Gesetze sei insbesondere auf die Möglichkeit hingewiesen, den unterschiedlichen Zielsetzungen anderer Gesetze hinreichend durch eine zeitlich beschränkte Sperrung allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze gerecht zu werden. Das gilt namentlich für das Verhältnis allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze zu § 111 GWB, der das Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren betrifft. Hier wird man während der Angebots- und erneut während der Rechtsschutzphase von einem Ausschluss allgemeiner Informationszugangsansprüche ausgehen müssen, insbesondere in der Vorbereitungs- und Publizitätsphase sowie vor allem nach Abschluss des Vergabeverfahrens aber mit Blick auf die besondere Kontrollbedürftigkeit von Vergabeentscheidungen eine Anwendbarkeit allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze annehmen müssen.<sup>26</sup>

Unzutreffend ist es auch, aus einem gesetzlich verankerten Geheimnisschutz, etwa dem Schutz des Steuergeheimnisses nach § 30 AO, pauschal auf die Unanwendbarkeit

24 Vgl. Schoch, IFG, 2009, Rdnr. 158 ff.

25 OVG Münster, NWVBl. 2008, 59 f.

26 Vgl. hierzu (mit z. T. anderen Ergebnissen) Hölz/Hoff, VergabeR 2008, S. 487 ff.; Düsterdiek, NZBau 2004, S. 605 ff.; Losch, VergabeR 2008, S. 739 ff.



eines allgemeinen Informationsfreiheitsgesetzes zu schließen.<sup>27</sup> Geheimhaltungsvorschriften können einem freien Informationszugang im Ergebnis entgegen stehen, sperren aber nicht schon die Anwendbarkeit von Informationsfreiheitsgesetzen und befreien deshalb nicht von einer sorgfältigen Subsumtion im Einzelfall.<sup>28</sup> Gleiches gilt auch für das Verhältnis zwischen den Haushaltsordnungen und Informationsfreiheitsgesetzen, ohne dass damit etwas über die Zugänglichkeit von Prüfungsvermerken der Rechnungshöfe ausgesagt sei.<sup>29</sup> Auch sperren die in der InsO normierten Befugnisse eines Insolvenzverwalters nicht die Anwendbarkeit allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze, so dass ein Insolvenzverwalter als Privatperson allgemeine Informationszugangsrechte geltend machen kann.<sup>30</sup> Und prozessuale Informationsbestimmungen sind nicht per se als *leges speciales* zu allgemeinen Informationsfreiheitsgesetzen anzusehen, wie etwa für die Vorschriften über den Beweis durch Urkunden nach den §§ 421 ff. ZPO entschieden ist. Diese zivilprozessualen Vorschriften regeln nämlich nur Rechte und Pflichten der Prozessparteien zueinander und zum Gericht im anhängigen Zivilprozess, wollen jedoch nicht sonstige Rechtsbeziehungen der Parteien beeinflussen.<sup>31</sup> Ähnliches gilt für den Strafprozess. Für einen Anspruch auf Informationszugang zu den Ergebnissen von Füllmengenkontrollen, die bei Unterschreiten bestimmter Grenzen zur Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens geführt haben, ist nicht etwa § 475 StPO vorrangig, sondern bleibt das IFG anwendbar. Entscheidend ist aber, dass sich die begehrten Informationen nicht auf ein Ordnungswidrigkeiten-, sondern auf ein Verwaltungsverfahren beziehen.<sup>32</sup>

#### b) Anspruchsinhaber

Der voraussetzungslose Informationszugangsanspruch steht grundsätzlich jedem zu. Darunter fallen unstreitig alle natürlichen Personen sowie alle juristischen Personen des Privatrechts. Hinsichtlich nicht- oder teilrechtsfähiger Personen des Privatrechts bestehen indes Unklarheiten, die nicht abschließend gerichtlich geklärt sind. Angesichts der weitgehenden Nivellierung von rechts- und nichtrechtsfähigen Vereinen durch den BGH<sup>33</sup> und unter besonderer Berücksichtigung der Zielsetzung allgemeiner Informationsfreiheit sollte die formale Anknüpfung an die Rechtsfähigkeit aufgegeben werden und auch Bürgerinitiativen und Verbänden ein Anspruch auf Zugang zu Informationen zuerkannt werden.<sup>34</sup> Besonders bedeutsam ist diese Öffnung in der Praxis freilich nicht, besteht doch

immer die Möglichkeit, dass eine einzelne Person als Vertreter der Personenmehrheit einen Antrag stellt.

Gewichtiger sind zwei andere Problemkreise. Zum einen gibt es vereinzelt Rechtsprechung, die die Antragsberechtigung gesetzeswidrig an das Geltendmachen eines berechtigten Interesses knüpft. Der BayVGH etwa hatte einen Fall zu entscheiden, in dem ein Verlagsunternehmen gegenüber einem Träger der gesetzlichen Unfallversicherung Zugang zu rund 186 000 Adressdatensätzen von Taxi- und Mietwagenunternehmen begehrte. Selbst wenn die (ablehnende) Entscheidung im Ergebnis auf andere Gründe gestützt wurde, entspricht es nicht der gesetzlichen Intention des IFG, das Interesse von am Wirtschaftsleben teilnehmenden Antragstellern von vorneherein gering oder sogar anspruchsausschließend einzustufen.<sup>35</sup> Der BayVGH verkennt insofern, dass der Informationszugang weder begründet noch mit einer bestimmten Intention verfolgt werden muss. Im Übrigen ist auch die wirtschaftliche Nutzung von amtlichen Informationen ein legitimes Ziel, wie die Europäische Kommission frei von idealistischem Überbau bereits 1998 im Grünbuch »Informationen des öffentlichen Sektors« erkannt hat und gesetzlich nun auch im IWG zum Ausdruck kommt. Die allgemeine Informationsfreiheit entfaltet insgesamt Grundrechtsgebrauch ermöglichende Wirkung und privilegiert nicht den politischen Gebrauch von Grundrechten, etwa zum Schutze der Umwelt oder zur Kontrolle der Verwaltung, gegenüber politisch indifferentem Handeln, so dass selbst rein wirtschaftliche Interessen nicht zum Ausschluss vom Informationsfreiheitsrecht führen.<sup>36</sup> Im Übrigen schadet die Angabe der beabsichtigten Verwendung nicht. Zutreffend wurde die Anspruchsberechtigung deshalb auch in Fällen angenommen, in denen die Geltendmachung des Anspruchs der Vorbereitung eines Zivilprozesses dienen sollte<sup>37</sup>, der Antragsteller die Informationen an Dritter weitergeben bzw. die Informationen lediglich als »Strohmann« für Dritte einholen wollte.<sup>38</sup>

Zum anderen steht die Frage im Raum, ob sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Informationsfreiheitsrechte berufen dürfen. Für das Umweltinformationsrecht ist dies für Kirchen in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Körperschaften und auch für Gemeinden anerkannt, soweit sie in ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie berührt sind.<sup>39</sup> In der Literatur wird eine solche Öffnung zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Hoheitsträgern jedenfalls dann befürwortet, wenn sie sich in einer natürlichen Personen vergleichbaren Situation befinden, also ausnahmsweise als Grundrechtsberechtigter auftreten.<sup>40</sup> Indes ist größte Zurückhaltung geboten, denn es besteht die Gefahr, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts unter Berufung auf ihre Grundrechtsberechtigung den datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz unterlaufen und an Informationen über Privatper-

27 Vgl. bspw. BFH, BFH/NV 2007, 1141, der unzutreffend aus dem Steuergeheimnis nach § 30 AO auf die Unanwendbarkeit des IFG schließt. Kritisch dazu Polenz, NJW 2009, S. 1921 (1923).

28 So auch Schoch, NJW 2009, S. 2987 (2988).

29 Vgl. hierzu VG Weimar, ThürVBl. 2009, 92.

30 Hierzu OVG Münster, NWVBl. 2008, 59 f.

31 Vgl. OVG Münster, NWVBl. 2002, 441 ff.

32 Zum IFG-SH OVG Schleswig, NordÖR 2005, 528 ff.

33 BGH, Urt. v. 2. 7. 2007 – II ZR 111/05, ZJS 2008, 64 m. Anmerkung von Meller-Hannich.

34 Vgl. schon Rossi, IFG, 2006, § 1 Rdnr. 14; Schoch, IFG, 2009, § 1 Rdnr. 48 ff.

35 BayVGH, DVBl. 2009, S. 323 ff.

36 Vgl. Rossi, Informationsfreiheitsrecht und Verfassungsrecht 2004, S. 112 ff.

37 VG Frankfurt a. M., NVwZ 2008, S. 1384 f.

38 OVG Münster, DVBl. 2008, 1384 f.

39 BVerwG, NVwZ 2008, 791 f.

40 Vgl. bspw. Schoch, NJW 2009, S. 2987 (2989).

sonen gelangen, die sie nach allgemeinen datenschutz- oder kompetenzrechtlichen Bestimmungen nicht erlangen dürfen. Dies gilt insbesondere für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, denen Private gebührenpflichtig sind. Mögen solche privaten Belange ausreichend über die jeweiligen Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze geschützt sein, darf doch nicht übersehen werden, dass das Informationsfreiheitsrecht tendenziell zu einer Schwächung des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes führt.<sup>41</sup> Denn die per Informationsfreiheitsrecht erhaltenen Daten unterliegen grundsätzlich keiner Zweckbindung und könnten dementsprechend von den Empfängern auch bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse eingesetzt werden.

### c) Anspruchsadressat

Die Anspruchsverpflichtung ist in den einzelnen Informationsfreiheitsgesetzen unterschiedlich geregelt, grundsätzlich aber entsprechend der Gesetzgebungskompetenz auf die verbandseigenen Behörden und öffentlichen Stellen beschränkt. Die erwähnte vertikale Strukturierung des Informationsfreiheitsrechts findet ihren Ausdruck somit vor allem im jeweils beschränkten Kreis der anspruchspflichtigen Stellen. Betont werden soll, dass – anders als etwa im Presserecht – die formale Verbandszugehörigkeit und nicht etwa der Sitz einer Behörde entscheidend für das anzuwendende Informationsfreiheitsrecht ist. Die Bundesbehörden mit Sitz in Berlin sind deshalb nur nach dem IFG des Bundes, nicht auch nach dem Berliner IFG zugangsverpflichtet. Von dieser vertikalen Gewaltenteilung abgesehen, begrenzen die einzelnen Informationsfreiheitsgesetze die Zugangsverpflichtung in horizontaler Hinsicht auf die Exekutive und nehmen die rechtsetzende und rechtsprechende Gewalt vom Anwendungsbereich aus. Dabei wird im Ergebnis aber keine formale, sondern eine funktionale Betrachtung gewählt, so dass neben den originären Verwaltungsbehörden auch solche Organe, Einrichtungen und Private anspruchspflichtig sind, die Verwaltungstätigkeit ausüben.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang bedurfte es häufig korrigierender Gerichtsentscheidungen, um eine zu restriktive Praxis der Adressaten von Zugangsansprüchen zu beenden.

Das OVG Berlin-Brandenburg etwa hatte darüber zu entscheiden, ob ein Auskunftsanspruch gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bei privat-rechtlichem Handeln nach dem IFG Berlin besteht.<sup>43</sup> Dem Kläger wurde die begehrte Einsicht in die der Senatsverwaltung vorgelegten Kalkulationsunterlagen zur Genehmigung der Wassertarife für das Jahr 2004 von der Beklagten, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, mit der Begründung verweigert, dass die Tarifentgelte privat-rechtlich erhoben werden. Nach dem OVG besteht ein Anspruch

gemäß IFG Berlin zutreffend aber auch dann, »wenn die in Anspruch genommene Behörde privat-rechtlich handelt«, weil andernfalls ein erheblicher Teil der Informationen entgegen dem Gesetzeszweck vom Anspruch ausgeschlossen werde oder durch die Wahl der Handlungsform ausgeschlossen werden könne.<sup>44</sup>

Restriktiv und im Ergebnis ablehnend fiel dagegen eine andere Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg aus, die am Maßstab des IFG des Bundes getroffen wurde. Die Kläger begehrten vom Bundesrat Auskunft über Unterlagen, die im Zusammenhang mit der Erteilung der Zustimmung zum Erlass von Rechtsverordnungen eines Bundesministers bei einem Ausschuss des Bundesrats angelegt wurden. Nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg war die Ablehnung des Antrags rechtmäßig. Zwar sei der Bundesrat ein sonstiges Bundesorgan i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 IFG und damit grundsätzlich auskunftsverpflichtet, soweit er öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.<sup>45</sup> Entscheidend war somit, wie die Mitwirkung des Bundesrats beim Erlass einer Rechtsverordnung der Bundesregierung zu qualifizieren ist. Das OVG betonte einerseits den formalen Aspekt der Verwaltungstätigkeit, rekurrierte letztlich aber bei materieller Betrachtung auf die Rechtsetzungstätigkeit der vollziehenden Gewalt und wies die Klage zurück.<sup>46</sup>

### d) Anspruchsgegenstand

Hinsichtlich des Anspruchsgegenstands seien drei Aspekte erwähnt. Erstens kann es Zweifel über die Begrenzung des Anspruchsgegenstands auf »amtliche« Informationen geben. Recht restriktiv hat das OVG Berlin-Brandenburg am Maßstab des § 3 Abs. 1 Satz 1 IFG Bln insofern entschieden, dass der Terminkalender des Regierenden Bürgermeisters keine Akte und deshalb nicht herauszugeben sei.<sup>47</sup>

Zweitens begründen die Informationsfreiheitsgesetze nur einen Informationszugangs-, nicht dagegen einen Informationsbeschaffungsanspruch.<sup>48</sup> Der Anspruch bezieht sich insoweit nur auf vorhandene Informationen und auch nur auf die Form, in der sie bei der Behörde verfügbar sind. Ein Anspruch auf eine bestimmte, nach Kriterien des Antragstellers geordnete Zusammenstellung von vorhandenen Informationen oder auf die Herausgabe in einer bestimmten Software besteht nicht. Auch eine Pflicht zur Wiederbeschaffung einmal vorhandener Informationen kann nicht aus allgemeinen Zugangsansprüchen

44 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. 10. 2007, Az.: 12 B 11.07, Rdnr. 18; vgl. auch OVG Münster, Beschluss vom 19. 6. 2002, Az.: 21 B 589/02.

45 Insofern besteht ein Unterschied zum Wortlaut der Normen § 2 Abs. 1 S 2 IFG NRW (»Behörde . . . ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.«).

46 Vgl. zum Ganzen OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6. 11. 2008, Az.: 12 B 50.07, Rdnr. 21 f.

47 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14. 12. 2006 – 7 – B 9.05; kritisch hierzu Dix, in: Dix u. a. (Hrsg.) Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2008, S. 41 ff.

48 So das OVG Münster, NWVBl. 2002, 441 ff. hinsichtlich des Anspruchs nach dem IFG NRW.

41 Treffend Masing, VVDStRL 63 (2003), S. 400 f., vgl. auch Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2002, S. 231 ff.

42 Für das IFG vgl. Rossi, IFG, 2006, § 1 Rdnr. 35 ff.; Schoch, IFG, 2009, § 1 Rdnr. 72 ff.

43 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. 10. 2007, Az.: 12 B 11.07.

eines allgemeinen Informationsfreiheitsgesetzes zu schließen.<sup>27</sup> Geheimhaltungsvorschriften können einem freien Informationszugang im Ergebnis entgegen stehen, sperren aber nicht schon die Anwendbarkeit von Informationsfreiheitsgesetzen und befreien deshalb nicht von einer sorgfältigen Subsumtion im Einzelfall.<sup>28</sup> Gleiches gilt auch für das Verhältnis zwischen den Haushaltsordnungen und Informationsfreiheitsgesetzen, ohne dass damit etwas über die Zugänglichkeit von Prüfungsvermerken der Rechnungshöfe ausgesagt sei.<sup>29</sup> Auch sperren die in der InsO normierten Befugnisse eines Insolvenzverwalters nicht die Anwendbarkeit allgemeiner Informationsfreiheitsgesetze, so dass ein Insolvenzverwalter als Privatperson allgemeine Informationszugangsrechte geltend machen kann.<sup>30</sup> Und prozessuale Informationsbestimmungen sind nicht per se als *leges speciales* zu allgemeinen Informationsfreiheitsgesetzen anzusehen, wie etwa für die Vorschriften über den Beweis durch Urkunden nach den §§ 421 ff. ZPO entschieden ist. Diese zivilprozessualen Vorschriften regeln nämlich nur Rechte und Pflichten der Prozessparteien zueinander und zum Gericht im anhängigen Zivilprozess, wollen jedoch nicht sonstige Rechtsbeziehungen der Parteien beeinflussen.<sup>31</sup> Ähnliches gilt für den Strafprozess. Für einen Anspruch auf Informationszugang zu den Ergebnissen von Füllmengenkontrollen, die bei Unterschreiten bestimmter Grenzen zur Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens geführt haben, ist nicht etwa § 475 StPO vorrangig, sondern bleibt das IFG anwendbar. Entscheidend ist aber, dass sich die begehrten Informationen nicht auf ein Ordnungswidrigkeiten-, sondern auf ein Verwaltungsverfahren beziehen.<sup>32</sup>

#### b) Anspruchsinhaber

Der voraussetzungslose Informationszugangsanspruch steht grundsätzlich jedem zu. Darunter fallen unstreitig alle natürlichen Personen sowie alle juristischen Personen des Privatrechts. Hinsichtlich nicht- oder teilrechtsfähiger Personen des Privatrechts bestehen indes Unklarheiten, die nicht abschließend gerichtlich geklärt sind. Angesichts der weitgehenden Nivellierung von rechts- und nichtrechtsfähigen Vereinen durch den BGH<sup>33</sup> und unter besonderer Berücksichtigung der Zielsetzung allgemeiner Informationsfreiheit sollte die formale Anknüpfung an die Rechtsfähigkeit aufgegeben werden und auch Bürgerinitiativen und Verbänden ein Anspruch auf Zugang zu Informationen zuerkannt werden.<sup>34</sup> Besonders bedeutsam ist diese Öffnung in der Praxis freilich nicht, besteht doch

immer die Möglichkeit, dass eine einzelne Person als Vertreter der Personenmehrheit einen Antrag stellt.

Gewichtiger sind zwei andere Problemkreise. Zum einen gibt es vereinzelt Rechtsprechung, die die Antragsberechtigung gesetzeswidrig an das Geltendmachen eines berechtigten Interesses knüpft. Der BayVGH etwa hatte einen Fall zu entscheiden, in dem ein Verlagsunternehmen gegenüber einem Träger der gesetzlichen Unfallversicherung Zugang zu rund 186 000 Adressdatensätzen von Taxi- und Mietwagenunternehmen begehrte. Selbst wenn die (ablehnende) Entscheidung im Ergebnis auf andere Gründe gestützt wurde, entspricht es nicht der gesetzlichen Intention des IFG, das Interesse von am Wirtschaftsleben teilnehmenden Antragstellern von vorneherein gering oder sogar anspruchsausschließend einzustufen.<sup>35</sup> Der BayVGH verkennt insofern, dass der Informationszugang weder begründet noch mit einer bestimmten Intention verfolgt werden muss. Im Übrigen ist auch die wirtschaftliche Nutzung von amtlichen Informationen ein legitimes Ziel, wie die Europäische Kommission frei von idealistischem Überbau bereits 1998 im Grünbuch »Informationen des öffentlichen Sektors« erkannt hat und gesetzlich nun auch im IWG zum Ausdruck kommt. Die allgemeine Informationsfreiheit entfaltet insgesamt Grundrechtsgebrauch ermöglichende Wirkung und privilegiert nicht den politischen Gebrauch von Grundrechten, etwa zum Schutze der Umwelt oder zur Kontrolle der Verwaltung, gegenüber politisch indifferentem Handeln, so dass selbst rein wirtschaftliche Interessen nicht zum Ausschluss vom Informationsfreiheitsrecht führen.<sup>36</sup> Im Übrigen schadet die Angabe der beabsichtigten Verwendung nicht. Zutreffend wurde die Anspruchsberechtigung deshalb auch in Fällen angenommen, in denen die Geltendmachung des Anspruchs der Vorbereitung eines Zivilprozesses dienen sollte<sup>37</sup>, der Antragsteller die Informationen an Dritter weitergeben bzw. die Informationen lediglich als »Strohmann« für Dritte einholen wollte.<sup>38</sup>

Zum anderen steht die Frage im Raum, ob sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Informationsfreiheitsrechte berufen dürfen. Für das Umweltinformationsrecht ist dies für Kirchen in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Körperschaften und auch für Gemeinden anerkannt, soweit sie in ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie berührt sind.<sup>39</sup> In der Literatur wird eine solche Öffnung zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Hoheitsträgern jedenfalls dann befürwortet, wenn sie sich in einer natürlichen Personen vergleichbaren Situation befinden, also ausnahmsweise als Grundrechtsberechtigter auftreten.<sup>40</sup> Indes ist größte Zurückhaltung geboten, denn es besteht die Gefahr, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts unter Berufung auf ihre Grundrechtsberechtigung den datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz unterlaufen und an Informationen über Privatper-

27 Vgl. bspw. BFH, BFH/NV 2007, 1141, der unzutreffend aus dem Steuergeheimnis nach § 30 AO auf die Unanwendbarkeit des IFG schließt. Kritisch dazu Polenz, NJW 2009, S. 1921 (1923).

28 So auch Schoch, NJW 2009, S. 2987 (2988).

29 Vgl. hierzu VG Weimar, ThürVBl. 2009, 92.

30 Hierzu OVG Münster, NWVBl. 2008, 59 f.

31 Vgl. OVG Münster, NWVBl. 2002, 441 ff.

32 Zum IFG-SH OVG Schleswig, NordÖR 2005, 528 ff.

33 BGH, Urt. v. 2. 7. 2007 – II ZR 111/05, ZJS 2008, 64 m. Anmerkung von Meller-Hannich.

34 Vgl. schon Rossi, IFG, 2006, § 1 Rdnr. 14; Schoch, IFG, 2009, § 1 Rdnr. 48 ff.

35 BayVGH, DVBl. 2009, S. 323 ff.

36 Vgl. Rossi, Informationsfreiheitsrecht und Verfassungsrecht, 2004, S. 112 ff.

37 VG Frankfurt a. M., NVwZ 2008, S. 1384 f.

38 OVG Münster, DVBl. 2008, 1384 f.

39 BVerwG, NVwZ 2008, 791 f.

40 Vgl. bspw. Schoch, NJW 2009, S. 2987 (2989).

sonen gelangen, die sie nach allgemeinen datenschutz- oder kompetenzrechtlichen Bestimmungen nicht erlangen dürfen. Dies gilt insbesondere für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, denen Private gebührenpflichtig sind. Mögen solche privaten Belange ausreichend über die jeweiligen Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze geschützt sein, darf doch nicht übersehen werden, dass das Informationsfreiheitsrecht tendenziell zu einer Schwächung des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes führt.<sup>41</sup> Denn die per Informationsfreiheitsrecht erhaltenen Daten unterliegen grundsätzlich keiner Zweckbindung und könnten dementsprechend von den Empfängern auch bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse eingesetzt werden.

### c) Anspruchsadressat

Die Anspruchsverpflichtung ist in den einzelnen Informationsfreiheitsgesetzen unterschiedlich geregelt, grundsätzlich aber entsprechend der Gesetzgebungskompetenz auf die verbandseigenen Behörden und öffentlichen Stellen beschränkt. Die erwähnte vertikale Strukturierung des Informationsfreiheitsrechts findet ihren Ausdruck somit vor allem im jeweils beschränkten Kreis der anspruchspflichtigen Stellen. Betont werden soll, dass – anders als etwa im Presserecht – die formale Verbandszugehörigkeit und nicht etwa der Sitz einer Behörde entscheidend für das anzuwendende Informationsfreiheitsrecht ist. Die Bundesbehörden mit Sitz in Berlin sind deshalb nur nach dem IFG des Bundes, nicht auch nach dem Berliner IFG zugangsverpflichtet. Von dieser vertikalen Gewaltenteilung abgesehen, begrenzen die einzelnen Informationsfreiheitsgesetze die Zugangsverpflichtung in horizontaler Hinsicht auf die Exekutive und nehmen die rechtsetzende und rechtsprechende Gewalt vom Anwendungsbereich aus. Dabei wird im Ergebnis aber keine formale, sondern eine funktionale Betrachtung gewählt, so dass neben den originären Verwaltungsbehörden auch solche Organe, Einrichtungen und Private anspruchspflichtig sind, die Verwaltungstätigkeit ausüben.<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang bedurfte es häufig korrigierender Gerichtsentscheidungen, um eine zu restriktive Praxis der Adressaten von Zugangsansprüchen zu beenden.

Das OVG Berlin-Brandenburg etwa hatte darüber zu entscheiden, ob ein Auskunftsanspruch gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bei privat-rechtlichem Handeln nach dem IFG Berlin besteht.<sup>43</sup> Dem Kläger wurde die begehrte Einsicht in die der Senatsverwaltung vorgelegten Kalkulationsunterlagen zur Genehmigung der Wassertarife für das Jahr 2004 von der Beklagten, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, mit der Begründung verweigert, dass die Tarifentgelte privat-rechtlich erhoben werden. Nach dem OVG besteht ein Anspruch

gemäß IFG Berlin zutreffend aber auch dann, »wenn die in Anspruch genommene Behörde privat-rechtlich handelt«, weil andernfalls ein erheblicher Teil der Informationen entgegen dem Gesetzeszweck vom Anspruch ausgeschlossen werde oder durch die Wahl der Handlungsform ausgeschlossen werden könne.<sup>44</sup>

Restriktiv und im Ergebnis ablehnend fiel dagegen eine andere Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg aus, die am Maßstab des IFG des Bundes getroffen wurde. Die Kläger begehrten vom Bundesrat Auskunft über Unterlagen, die im Zusammenhang mit der Erteilung der Zustimmung zum Erlass von Rechtsverordnungen eines Bundesministers bei einem Ausschuss des Bundesrats angelegt wurden. Nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg war die Ablehnung des Antrags rechtmäßig. Zwar sei der Bundesrat ein sonstiges Bundesorgan i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 IFG und damit grundsätzlich auskunftsverpflichtet, soweit er öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.<sup>45</sup> Entscheidend war somit, wie die Mitwirkung des Bundesrats beim Erlass einer Rechtsverordnung der Bundesregierung zu qualifizieren ist. Das OVG betonte einerseits den formalen Aspekt der Verwaltungstätigkeit, rekurrierte letztlich aber bei materieller Betrachtung auf die Rechtsetzungstätigkeit der vollziehenden Gewalt und wies die Klage zurück.<sup>46</sup>

### d) Anspruchsgegenstand

Hinsichtlich des Anspruchsgegenstands seien drei Aspekte erwähnt. Erstens kann es Zweifel über die Begrenzung des Anspruchsgegenstands auf »amtliche« Informationen geben. Recht restriktiv hat das OVG Berlin-Brandenburg am Maßstab des § 3 Abs. 1 Satz 1 IFG Bln insofern entschieden, dass der Terminkalender des Regierenden Bürgermeisters keine Akte und deshalb nicht herauszugeben sei.<sup>47</sup>

Zweitens begründen die Informationsfreiheitsgesetze nur einen Informationszugangs-, nicht dagegen einen Informationsbeschaffungsanspruch.<sup>48</sup> Der Anspruch bezieht sich insoweit nur auf vorhandene Informationen und auch nur auf die Form, in der sie bei der Behörde verfügbar sind. Ein Anspruch auf eine bestimmte, nach Kriterien des Antragstellers geordnete Zusammenstellung von vorhandenen Informationen oder auf die Herausgabe in einer bestimmten Software besteht nicht. Auch eine Pflicht zur Wiederbeschaffung einmal vorhandener Informationen kann nicht aus allgemeinen Zugangsansprüchen

44 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. 10. 2007, Az.: 12 B 11.07, Rdnr. 18; vgl. auch OVG Münster, Beschluss vom 19. 6. 2002, Az.: 21 B 589/02.

45 Insofern besteht ein Unterschied zum Wortlaut der Normen § 2 Abs. 1 S 2 IFG NRW (»Behörde . . . ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.«).

46 Vgl. zum Ganzen OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6. 11. 2008, Az.: 12 B 50.07, Rdnr. 21 f.

47 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14. 12. 2006 – 7 – B 9.05; kritisch hierzu Dix, in: Dix u. a. (Hrsg.) Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2008, S. 41 ff.

48 So das OVG Münster, NWVBl. 2002, 441 ff. hinsichtlich des Anspruchs nach dem IFG NRW.

<sup>41</sup> Treffend Masing, VVDStRL 63 (2003), S. 400 f., vgl. auch Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2002, S. 231 ff.

<sup>42</sup> Für das IFG vgl. Rossi, IFG, 2006, § 1 Rdnr. 35 ff.; Schoch, IFG, 2009, § 1 Rdnr. 72 ff.

<sup>43</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. 10. 2007, Az.: 12 B 11.07.

abgeleitet werden. Um allerdings eine Umgehung des Informationsfreiheitsrechts zu verhindern, muss eine Stelle Akten wiederbeschaffen, die sie erst nach Eingang des Antrags auf Informationszugang an eine andere Stelle abgegeben hat.<sup>49</sup>

Wenn es drittens hinsichtlich der Frage, welche Informationen vorhanden sind, ausweislich des Wortlauts und des gesetzgeberischen Willens nur auf eine (auf Dauer angelegte) tatsächliche, nicht hingegen auf eine rechtliche Verfügungsbefugnis ankommt,<sup>50</sup> sind insbesondere bei vertikaler Kompetenzüberschreitung, etwa im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung, Streitfälle vorhersehbar. So fragt sich, ob das Bundesamt für Strahlenschutz nach dem IFG des Bundes zur Preisgabe von Informationen aus den Ländern verpflichtet ist, über die es (dauerhaft) verfügt. Aber auch auf einer horizontalen Ebene kann es zu (Kompetenz-)Konflikten kommen, wenn etwa ein Bauamt über Informationen des Grundbuchamts verfügt, das bei diesem nur unter den besonderen Voraussetzungen der GBO einsehbar ist. Gleichwohl stellt die Rechtsprechung nur sehr bedingt auf eine rechtliche Verfügungsbefugnis ab und lässt sie im Interesse eines umfassenden Informationszugangs auch nur im Binnenverhältnis zwischen den Behörden gelten.

## 2. Anspruchsbegrenzende Voraussetzungen

Da ein freier Informationszugang nach dem Willen und Charakter von Informationsfreiheitsgesetzen die Regel, seine Beschränkung die Ausnahme ist, entscheidet im Ergebnis die Reichweite der Ausnahmen über die Frage, ob und in welchem Umfang tatsächlich ein Zugang zu Informationen der Behörden gewährt wird. Die Gesetze differenzieren hier regelmäßig zwischen Ausnahmen zu Gunsten öffentlicher Belange, die stets berücksichtigt werden müssen, und Ausnahmen zu Gunsten privater Belangen, die in tri- oder multipolaren Informationsverhältnissen den Informationszugang zu Gunsten personenbezogener Daten, zu Gunsten von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder zum Schutz des geistigen Eigentums beschränken können.

### a) Schutz internationaler Beziehungen

Besonderen Schutz genießen in der Rechtsprechung internationale Beziehungen, § 3 Nr. 1 a) IFG.<sup>51</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass für diesen Ausschlussbestand keine Gefährdungslage bestehen muss. Schon wegen der hohen Schutzbedürftigkeit des Rechtsguts billigt die Rechtsprechung bspw. einem Bundesministerium eine weite Einschätzungsprärogative zu und unterwirft das Verwaltungshandeln in diesem Zusammenhang nur einer qualifizierten Plausibilitätsprüfung. Die Behörde müsse lediglich Tatsachen nachvollziehbar darlegen, dass eine über bloße Beden-

ken hinausgehende hinreichende Besorgnis nachteiliger Auswirkungen auf internationale Beziehungen besteht.<sup>52</sup>

### b) Finanzaufsicht

Eng ausgelegt wird hingegen der Ausschlussbestand für Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Finanzaufsicht nach § 3 Nr. 1 d) IFG. Das VG Frankfurt<sup>53</sup> weist darauf hin, dass es sich dabei nicht um eine allumfassende Bereichsausnahme handele, wie sich bei systematischer Hinsicht schon aus § 3 Nr. 7 IFG ergebe. Für etwaige entgegenstehende Belange Privater sei der Schutz nach §§ 5, 6 IFG ausreichend. Im Übrigen könne die Informationsfreigabe aber nachteilige Auswirkungen i. S. des § 3 Nr. 1 d) IFG auf Kontroll- und Aufsichtsaufgaben haben, wenn sie den Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtige.

### c) Besondere Geheimnispflichten

Häufiger Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist § 3 Nr. 4 IFG. Diese Norm schließt den Informationszugangsanspruch aus, wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift oder durch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlussachen geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt. Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 3 Nr. 4 IFG hat das OVG Berlin-Brandenburg keine Bedenken.<sup>54</sup> Insbesondere genüge die Vorschrift dem Vorbehalt des Gesetzes. Darüber hinaus hebt das BVerwG hervor, dass das IFG selbst keine Pflichten zur Vertraulichkeit und Geheimhaltung beinhalte, sondern diese voraussetze und deshalb auch nicht näher zu regeln brauche. Darin liege keine unzulässige dynamische Verweisung auf eine Verwaltungsvorschrift (Verschlussachsanweisung). Vielmehr knüpfe nur die Rechtsfolge der Norm an außerhalb des IFG nach der Verschlussanweisung getroffene Entscheidungen an. Anknüpfungspunkt seien damit Einzelakte.<sup>55</sup> Zugleich wird in der Rechtsprechung regelmäßig darauf hingewiesen, dass der Ausschlussbestand des § 3 Nr. 4 zwingend ist, so dass einerseits kein Raum für eine behördliche Abwägung besteht, andererseits aber eine volle gerichtliche Kontrolle möglich ist.<sup>56</sup> Als Rechtsvorschrift i. S. des § 3 Nr. 4 IFG wurden beispielsweise § 67 I SGB X<sup>57</sup>, § 65 SGB VIII<sup>58</sup>, § 30 AO 1977<sup>59</sup> und – in Bezug auf die BaFin – § 8 Abs. 1 Satz 1 WpHG anerkannt, wobei im Einzelnen nach dem Inhalt der im Rahmen der Aufsichtstätigkeit gewonnenen Erkenntnisse differenziert werden müsse, um nicht eine

49 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, NJ 2008, 232, sowie OVG Berlin-Brandenburg, Grundeigentum 2007, 1697 ff.

50 OVG Schleswig, NordÖR 2005, 208 f.; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, NJ 2008, 232.

51 Zu den Ausschlussbeständen, welche das Verhältnis der einzelnen Bundesländer zueinander betreffen (bspw. § 9 Nr. 1 Var. 3 IFG-SH) vgl. OVG Schleswig, NordÖR 2005, 208 ff.

52 Vgl. BVerwG, DVBl. 2010, 120.

53 VG Frankfurt a. M., NVwZ 2008, 1384 ff.

54 Kein Erfordernis einer verfassungs- oder europarechtskonformen Auslegung, OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6. 11. 2008, Az.: 12 B 50.07.

55 BVerwG, DVBl. 2010, 120 ff.

56 Siehe BayVG, DVBl. 2009, 323 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6. 11. 2008, Az.: 12 B 50.07, Rdnr. 26 ff.

57 BayVG, DVBl. 2009, 323 ff.

58 OVG Münster, JAmt 2008, 389.

59 BFH, NJW 2007, 1311 f.

gesetzlich nicht intendierte Bereichsausnahme zu Gunsten der Finanzaufsicht zu bewirken.<sup>60</sup>

*d) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*

Von besonderer Bedeutung für die Praxis ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Der Schutz solcher Geheimnisse ist neben dem Schutz personenbezogener Daten und dem Schutz Geistigen Eigentums ein zentraler Aspekt zur Sicherung privater Informationen, über die Behörden – häufig auf Grund hoheitlich auferlegter Informationspflichten Privater – umfänglich verfügen. Er soll verhindern, dass Private über eine Behörde an Informationen gelangen, die sie direkt vom Privaten nicht (oder jedenfalls nicht so kostengünstig) erhalten würden. In den einzelnen Informationsfreiheitsgesetzen ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterschiedlich ausgestaltet. Während das IFG des Bundes etwa die Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen strikt an die Einwilligung des Geheimnisherrn knüpft, enthalten die Umweltinformationsgesetze und viele Informationsfreiheitsgesetze der Länder daneben auch einen Abwägungsvorbehalt. Dies gilt es bei der Verallgemeinerung der Rechtsprechung zu diesem Thema zu berücksichtigen. Im Übrigen ist insbesondere die diesbezügliche zum UIG ergangene Rechtsprechung des BVerwG durchaus auf das gesamte Informationsfreiheitsrecht übertragbar, weil der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verfassungsrechtlich determiniert ist und in diesen verfassungsrechtlichen Grundzügen im gesamten Informationsfreiheitsrecht zu beachten ist.

Mit mehreren Entscheidungen des BVerwG aus dem Jahr 2009 hat der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht nun hinreichende Konturen gewonnen. Das gilt zunächst für den Begriff selbst, der vom Informationsfreiheitsrecht nicht definiert wird. Die Rechtsprechung zieht die Definitionen teilweise aus § 17 UWG heran<sup>61</sup> oder greift auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück. »Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden allgemein alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen.«<sup>62</sup> In der Literatur und früheren Rechtsprechung wird regelmäßig noch ein viertes Tatbestandsmerkmal gefordert, nämlich der subjektive Wille zur Geheimhaltung,<sup>63</sup> doch mag es in der Tat insoweit von geringerer Bedeutung für die Rechtsprechung sein, als dieser Geheimhaltungswille stets

schon durch den Rechtsstreit um die Offenlegung zum Ausdruck kommt.

Ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis setzt demnach zunächst einen Mangel an Offenkundigkeit voraus. Diesbezüglich stellt das BVerwG hohe Anforderungen an die Offenkundigkeit. Offenkundig sind Informationen danach noch nicht, wenn sie über den Geschäftsbereich hinaus irgendwelchen Personen und vielleicht sogar dem Antragsteller (inoffiziell) bekannt sind. Entscheidend ist allein, ob die Informationen einem unbegrenzten Personenkreis bekannt sind.<sup>64</sup> Deshalb wird eine Information auch noch nicht dadurch offenkundig, dass sie Gegenstand eines Zivilverfahrens in öffentlicher Verhandlung war.<sup>65</sup>

Erforderlich ist darüber hinaus ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an der Nichtverbreitung der begehrten Informationen. Ein solches Interesse besteht, »wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen.«<sup>66</sup> Das Interesse muss wettbewerbsrechtlicher Natur sein.<sup>67</sup> Entscheidend ist insoweit die Möglichkeit, Rückschlüsse auf die Kundenstruktur, auf die Betriebsführung, auf die Kostenkalkulation, auf den Umfang des Exportgeschäfts oder die Finanzierungsstruktur, auf Marktaktivitäten und -strategien sowie Marktanteile und Umsätze zu ziehen. Außerdem wird ein schützenswertes Interesse dann angenommen, wenn ein Preiskampf ausgelöst, bestimmte Kunden abgeworben oder die Geschäftsentwicklung und Kundengewinnung beeinträchtigt werden können.<sup>68</sup> Die überraschende, gleichwohl logische Konsequenz dieser Schutzrichtung ist, dass Daten eines Monopolisten grundsätzlich nicht schutzwürdig sein können, da dem Geheimnisträger aus der Preisgabe der Informationen keine Wettbewerbsnachteile entstehen können. Nur in Ausnahmefällen sei ein Schutz zu gewähren, wenn der Monopolmarkt lokal begrenzt sei und die Daten das Umland betreffen.<sup>69</sup> Diese räumliche Ausnahme muss wohl aber durch eine zeitliche Dimension ergänzt werden, weil Monopolisten ihre Stellung als solche verlieren können und in einem Wettbewerb dann u. U. wieder auf Betriebs- und vor allem Geschäftsgeheimnisse angewiesen sind, die sie in ihrer Zeit als Monopolist erworben haben.

Im Zusammenhang mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen hat das BVerwG Stellung zu einem zentralen Problem des gesamten Informationsfreiheitsrechts genommen. Da nämlich der Zweck des Informationsinteresses nach den Informationsfreiheitsgesetzen

60 VG Frankfurt a. M., NVwZ 2008, 1384 ff.

61 OVG Schleswig, NordÖR 2005, 528 ff.

62 BVerwG, NVwZ 2010, 189 (192), unter Verweis auf BVerwG, NVwZ 2009, 1113 und BVerfGE 115, 205 (230 f.). Vgl. auch OVG Schleswig, NVwZ 2009, 1113 f.

63 Vgl. Rossi, IFG, 2006, § 6 Rdnr. 66 m. w. N.; Schoch, IFG, 2009, § 6 Rdnr. 52.

64 OVG Schleswig, NVwZ 2007, 1448 f.

65 VGH Kassel, NVwZ 2009, 60 f. und OVG Berlin-Brandenburg, Grundeigentum 2007, 1697.

66 BVerwG, NVwZ 2009, 1113 f.

67 OVG Berlin-Brandenburg, Grundeigentum 2007, 1697 ff.

68 BVerwG, NVwZ 2009, 1113 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Grundeigentum 2007, 1697 f.

69 OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 2. 10. 2007, Az.: 12 B 11.07, Rdnr. 44 und 12 B 12.07, Rdnr. 44.

grundsätzlich<sup>70</sup> nicht angegeben werden muss, stellt sich bei Abwägungsentscheidungen die Frage, wie das Informationsinteresse gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse zu gewichten ist.<sup>71</sup> Das BVerwG hat für das UIG nun klargestellt, dass das öffentliche Interesse nur überwiegt, »wenn mit dem Antrag ein Interesse verfolgt wird, das über das allgemeine Interesse hinausgeht, das bereits jeden Antrag rechtfertigt. Es genügt nicht das allgemeine Interesse der Öffentlichkeit, Zugang zu Informationen über die Umwelt zu erhalten. Andernfalls überwäge das öffentliche Interesse stets; die Abwägung im Einzelfall wäre entbehrlich.«<sup>72</sup> Diese Entscheidung ist konsequent, verdeutlicht aber zugleich auch die Schwächen des Informationsfreiheitsrechts. Denn auf diese Weise können zunächst die Behörden und später die Gerichte entscheiden, ob etwa der Zugang zu Informationen im Zusammenhang mit dem Störfall in einem Kernkraftwerk von größerem Belang ist als die Nutzung der erbetenen Daten zu wirtschaftlichen Zwecken. Dem individuellen Zugangsinteresse wird diese »objektivierte« Betrachtung sicherlich nicht immer gerecht.

Ungeachtet dieser generellen Fragestellung hat das BVerwG für den Bereich des UIG zutreffend und deutlich unterschieden, dass Informationen über Emissionen grundsätzlich nicht unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fallen.<sup>73</sup> Was den Schornstein verlässt, ließe sich bildlich ausdrücken, ist wegen der besonderen Außenwirkung überhaupt nicht mehr schützenswert.

### 3. Verfahrensbezogene Bestimmungen

Hinsichtlich des Zugangsverfahrens schützt das IFG – im Unterschied etwa zum UIG oder auch zum allgemeinen Verwaltungsrecht nach §§ 29, 30 VwVfG – die betroffenen Dritten vorbildlich. Nach § 8 Abs. 1 IFG gibt die Behörde einem Dritten, dessen Belange durch den Antrag auf Informationszugang berührt sind, schriftlich Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb eines Monats, sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss des Informationszugangs haben kann. Außerdem sind in Abs. 2 gewisse zeitliche Sperrungen vorgesehen. Der VGH Kassel hat hervorgehoben, dass diese Bestimmungen dem Dritten eine selbständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtsposition einräumen, die auch gerichtlich geschützt ist. Zugleich hat der VGH Kassel die schutzwürdigen Belange nach § 8 IFG konsequent beschränkt. Schutzwürdige Belange i. S. des § 8 IFG können nur solche der §§ 5, 6 IFG sein, da nur diese Ausschlussstatbestände den Schutz Dritter bezwecken. Ausreichend ist allerdings schon nach dem Wortlaut der Norm die bloße Möglichkeit der Rechtsbetroffenheit.

Wenn dafür auch eine konkrete und nicht nur abstrakte Möglichkeit der Rechtsbetroffenheit erforderlich ist, wird die Schwelle in der Rechtsprechung doch recht niedrig angesetzt. Sie sei immer dann gegeben, wenn sie nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint.<sup>74</sup>

### 4. Rechtsschutz

Im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz soll abschließend auf zwei Entscheidungen des BVerwG zum in-camera-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO hingewiesen werden. Ein solches Verfahren kann nach Ansicht des BVerwG nur dann eingeleitet werden, wenn das Gericht der Hauptsache die Entscheidungserheblichkeit der nicht vorgelegten Akten bejaht. Vorrangig hat jedoch das Gericht der Hauptsache den Sachverhalt nach § 86 VwGO umfassend aufzuklären. Erforderlich für ein Zwischenverfahren sei zumindest ein förmlicher Beweisbeschluss des Gerichts der Hauptsache oder die offensichtliche Entscheidungserheblichkeit der nicht vorgelegten Akten.<sup>75</sup>

Darüber hinaus hat das BVerwG den Maßstab konkretisiert, an dem sich die Ermessensentscheidung der zuständigen obersten Aufsichtsbehörde nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu orientieren hat. Unter Bezugnahme einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>76</sup> erklärt das BVerwG »neben dem privaten Interesse am effektivem Rechtsschutz und dem – je nach Fallkonstellation – öffentlichen oder privaten Interesse an Geheimnisschutz auch das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung« zum Maßstab der Ermessensentscheidung. Dieses »öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung« tritt als spezifischer Belang des Gerichtsverfahrens neben die Abwägungskriterien des jeweiligen materiellen Rechts. Das BVerwG betont deshalb auch, dass die Ermessensentscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO über die Sperrerklärung im Verwaltungsprozess eine andere Entscheidung ist als die (allein) am jeweiligen Fachgesetz orientierte Sachentscheidung im Verwaltungsverfahren. Freilich räumt es ein, dass die Gründe für die Sachentscheidung im Verwaltungsverfahren einerseits und die Sperrerklärung im Verwaltungsprozess deckungsgleich sein können, aber eben nicht müssen.

Außerdem hebt das BVerwG deutlich hervor, dass das Ergebnis der Ermessensausübung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insbesondere dann rechtlich zwingend vorgezeichnet sein kann, wenn »ein privates Interesse an der Geheimhaltung besteht, das grundrechtlich geschützt ist. Denn Beeinträchtigungen von Grundrechten sind nur dann zulässig, wenn sie durch hinreichende, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügende Gründe gerechtfertigt werden.« Damit wird die abwehrrechtliche Funktion geheimnisschützender

70 Eine Ausnahme bestimmt insoweit die Begründungspflicht in mehrpoligen Informationsverhältnissen nach § 7 Abs. 1 Satz 3 IFG. Vgl. Rossi, IFG, 2006 Rdnr. 14; Schoch, IFG, 2009, § 7 Rdnr. 23.

71 Vgl. zu dieser Problematik Rossi, Informationsfreiheitsrecht und Verfassungsrecht, 2004, S. 157 ff.

72 BVerwG, NvwZ 2010, 189 (193).

73 BVerwG, NvwZ 2010, 189 (191).

74 Vgl. zum Ganzen VGH Kassel, NVwZ 2009, 60 f.

75 BVerwG, Beschluss vom 31. 8. 2009, Az.: 20 F 10/08, Ls. VR 2010, 34.

76 BVerfGE 115, 205 (240).

Grundrechte Dritter betont, die das Abwägungsergebnis in multipolaren Informationszugangskonstellationen determinieren können: »In solchen Fällen sind neben dem öffentlichen und privaten Interesse an der Wahrheitsfindung und an effektivem Rechtsschutz auch die dem Rechtsstreit zu Grunde liegenden und seinen Inhalt prägenden widerstreitenden Individualinteressen in die Entscheidung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen. Ergibt sich dabei, dass die auf die Aktenvorlage gerichteten und durch die genannten öffentlichen Interessen verstärkten privaten Interessen an Bedeutung hinter dem grundrechtlich gebotenen Geheimnisschutz zurückbleiben, muss sich dieser Schutz durchsetzen.«<sup>77</sup>

77 BVerwG, DVBl. 2008, 655 f.

### III. Ausblick

Im Ergebnis zeigt die knappe Übersicht, dass die Rechtsprechung in manchen Punkten zu einer Konsolidierung des Informationsfreiheitsrechts beigetragen hat, zu einer weitgehenden Vereinheitlichung aber schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht befugt ist. Wünsche nach einer harmonisierenden Kodifizierung in einem Informationsgesetzbuch<sup>78</sup> sind deshalb ausschließlich an die Gesetzgeber in Bund und Ländern zu richten, die sich hinsichtlich des Inhalts aber ihrerseits durch die rechtsstaatlich-nüchterne Interpretation des z. T. politisch-ideologisch aufgeladenen Informationsfreiheitsrechts durch die Gerichte beeinflussen lassen sollten.

78 Vgl. Sydow, NVwZ 2008, 481 ff.; Kloepfer, K&R 1999, 241 ff.

## Privatisierung kommunaler Aufgaben – Ansatzpunkte und Umfang verwaltungsgerichtlicher Kontrolle

Von Prof. Dr. iur. habil. Katrin Stein, Wiesbaden\*

*Die Kommunen haben sich die mit der Attestierung eines besonderen »Privatisierungspotentials« durch die Politik<sup>1</sup> einhergehende Forderung nach mehr Privatisierungen offenbar zu Herzen genommen: Sie sind in den letzten Jahren zu einem zentralen Experimentierfeld unterschiedlichster Privatisierungsmodelle avanciert. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der Privatisierung auf kommunaler Ebene. Dabei wird darauf verzichtet, die Rechtsprechungspraxis für jedes Detailproblem nachzuzeichnen. Anliegen des Beitrags ist es vielmehr, die wesentlichen Ansatzpunkte für die gerichtliche Überprüfung von Privatisierungsentscheidungen aufzuzeigen. Einen Schwerpunkt bildet insofern die Neujustierung des Spannungsverhältnisses zwischen materieller Privatisierung und Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverwaltungsgericht.*

### I. Einleitung

Im Zuge der globalen Kapitalmarkt- bzw. Bankenkrise hat das »Zauberwort Privatisierung«<sup>2</sup> an Magie verloren. Während die Anhänger einer möglichst weitgehenden Überführung der Erledigung öffentlicher Aufgaben in die Verantwortung Privater bislang eher als Modernisierer<sup>3</sup> verkrusteter Hierarchien wahrgenommen wurden, sa-

hen sich die Befürworter öffentlich-rechtlicher Strukturen lange Zeit in die Rolle von Apologeten eines überholten Staats- und Gesellschaftsbildes gedrängt. Die Erschütterung des unbedingten Marktvertrauens im Herbst 2008 hat das Pendel nunmehr in die entgegengesetzte Richtung ausschlagen lassen: Seitdem sogar die Verstaatlichung privater Banken kein Tabu mehr darstellt<sup>4</sup>, ist auch die Republizierung privatisierter Aufgaben(-erfüllung) wieder *en vogue* geworden.<sup>5</sup>

Jenseits des – nicht selten ideologisch aufgeladenen und im Hintergrund von massiven wirtschaftlichen Interessen bestimmten – (rechts-)politischen Meinungskampfs um »mehr« oder »weniger« Staat ist die abstrakte Privatisierungsdiskussion im verwaltungsrechtlichen und -wissenschaftlichen Schrifttum nie gänzlich verstummt; sie ist – abhängig von der Stärke der Impulse, die sie aus dem politischen Raum empfangen hat – lediglich mit unterschiedlicher Lautstärke geführt worden. Dass sich Staatsrechtslehrertagungen<sup>6</sup>, etliche Monographien<sup>7</sup> sowie un-

4 Zu den rechtlichen Determinanten, vgl. nur M. Droege, DVBl 2009, 1415 ff.; M. Ruffert, NJW 2009, 2093 ff.

5 Zuvor bereits kritisch S. Broß, vorgänge 2008, 56 ff.; ders., WSI Mitteilungen 2008, 577 ff.; A. Rincken, in: Essays in Honour of Gerd Winter, 2003, S. 203 ff.

6 Vgl. nur die Referate in: VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff.; 62 (2003), S. 220 ff.

7 Aus neuerer Zeit, vgl. nur M. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; C. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001; J. A. Kämmerer, Privatisierung, 2001; T. Lämmerzahl, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, 2007; B. Remmert, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003; W. Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002.

\* Die Verfasserin ist Professorin an der Verwaltungsfachhochschule Wiesbaden, Abt. Mühlheim a. Main.

1 So der Bericht der Bundesregierung zur Zukunftssicherung des Standortes Deutschland, BT-Drucks. 12/5620, S. 16, 51 f.

2 So J. Ipsen, in: ders. (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S. 1.

3 Zum Begriff »Modernisierung« in diesem Zusammenhang, vgl. A. Voßkuhle, VerwArch 92 (2001), S. 184 (188 ff.).