

ÖFFENTLICHE VERWALTUNG - DEMOKRATISCHE ÖFFENTLICHKEIT
- Das Demokratieprinzip als Grundlage und Grenze (?)
des Zugangs zu Verwaltungsinformationen -
von Prof. Dr. Arno Scherzberg, Erfurt

(Vortrag an der Universität Istanbul 2003, in aktualisierter Form veröffentlicht in:
Depenheuer/Dogan/Can, Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre I, 2004)

A. Einleitung

In diesen Tagen eröffnet Armenien, nach Zählung des Herald Tribune¹ als 51ster Staat der Weltgemeinschaft, seinen Bürgern einen voraussetzungslosen Zugang zu Verwaltungsinformationen. Damit setzt sich – wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung – der Siegeszug der Idee der „Freedom of Information“ und des „People’s Right to Know“ fort, der in den letzten Jahren nicht nur die Rechtslage, sondern auch die Rechtswirklichkeit in Industrie- wie Entwicklungstaaten nachhaltig verändert hat.²

So haben Informationsbegehren nach dem japanischen Zugangsgesetz des Jahres 2001 den Versuch der Regierung ans Licht gebracht, durch falsche Angaben über die Ausbreitung einer Nahrungsmittelvergiftung Entschädigungspflichten zu reduzieren. Anfragen nach dem mexikanischen Zugangsgesetz des Jahres 2002 setzten die Menschenrechtskommission der Regierung unter Druck, sich den über 3400 Beschwerden anzunehmen, die in Jahren zuvor gegen die Verwaltung eingebracht und überwiegend nicht beantwortet worden waren. In Schweden konnten englische Journalisten unter Berufung auf das dortige Informationszugangsgesetz aus dem Jahre 1766 Kopien der Korrespondenz zwischen Tony Blair und dem schwedischen Premierminister erhalten, deren Herausgabe ihnen in Großbritannien verweigert wurde, wo das Inkrafttreten des Informationsfreiheitsgesetzes auf das Jahr 2005 verschoben ist. In Südafrika nutzten Oppositionsparteien das neue Zugangsgesetz dazu, Regierungsdocumente über einen umstrittenen Öllieferungsvertrag mit Nigeria zu veröffentlichen, dessen Erträge an eine offshore-Gesellschaft statt in den südafrikanischen Haushalt fließen sollten. Irische Reporter konnten aufgrund des Informationsgesetzes aus dem Jahre 1997 eine Kollusion von vier privaten Lizenznehmern mit der Regierung aufdecken, die die Entwicklung des drahtlosen Internetzugangs in Irland blockierte. In Bulgarien schließlich hat eine Nichtregierungsorganisation mit Hilfe des dortigen Informationsfreiheitsgesetzes nachgewiesen, dass der Wissenschafts- und Erziehungsminister die Eingangslobby seiner Behörde illegal und zugunsten schwarzer Kassen an private Unternehmen vermietet hatte.³

Die weltweite Anerkennung und die tatsächlichen Erfolge des Freedom of Information- Konzepts sollten eigentlich genügend politische Gründe dafür bieten, die Öffentlichkeit der Verwaltung auch in den wenigen verbleibenden Ländern zu etablieren, die sich zwar als demokratisch verfasst und rechtsstaatlich geordnet begreifen, den freien Zugang zu Verwaltungsinformationen bislang aber nicht er-

¹ Blanton, International Herald Tribune Oct. 11/12, 2003 S. 6.

² Blanton (Fn. 1) S. 6; Banisar, the www.freedominfo.org global survey: Freedom of Information and Access to Government Record Laws around the world, www.freedominfo.org/survey/survey2003.pdf; s. ferner International Right-to-Know News Stories, www.freedominfo.org/survey.htm.

³ Weitere Erfahrungsberichte unter www.freedominfo.org/survey.htm.

öffnen. Zu diesen gehören neben Luxemburg und Italien, die den Nachweis eines persönlichen bzw. legitimen Interesses am Informationszugang fordern, die Türkei und die Bundesrepublik Deutschland.

Trotz der grundrechtlichen, demokratietheoretischen und staatspolitischen Dimension der Freiheit des Informationszugangs blieb die Forderung nach einer grundsätzlichen Öffnung des Staates, vornehmlich der Exekutive, für öffentliche Beobachtung und Kritik in Deutschland lange Zeit ohne politische Resonanz. Anstöße zu einem Wandel gingen im Jahre 1990 von der Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt und von dem sie umsetzenden Umweltinformationsgesetz aus dem Jahre 1994 aus.⁴ Während die Informationszugangsfreiheit mittlerweile auf der Ebene der Europäischen Union umfassend implementiert ist⁵ und auch in Art. 42 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Aufnahme fand,⁶ haben in der Bundesrepublik bislang nur 4 der 16 Bundesländer Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetze erlassen⁷ und ist im Bund ein entsprechendes Gesetzgebungsvorhaben in der vergangenen Legislaturperiode bereits in der Ressortabstimmung gescheitert.

Das gibt Anlass, nach verfassungsrechtlichen Vorgaben zu fragen, die als Grundlage für die Öffnung des Zugangs zu Informationen der nationalen Verwaltungsorgane dienen können.⁸ Im Mittelpunkt steht dabei im Folgenden das Demokratieprinzip. Es gibt – neben dem Rechtsstaatsprinzip und wenn man dem Beitrag von *Rolf Groeschner* auf der letzten Tagung der Staatsrechtslehrervereinigung Glauben schenken soll⁹ auch dem republikanischen Gedanken – die maßgebliche Antwort auf drei Fragen:

1. Ist die Verwaltung unter dem Grundgesetz grundsätzlich öffentlich?
2. Umfasst die Öffentlichkeit der Verwaltung ein subjektives Recht auf Informationszugang?
3. Bedarf es für die Begründung eines solchen Rechts einer gesetzlichen Grundlage?

Bevor ich mich diesen Fragen zuwende, ein kurzer Blick auf die Dogmengeschichte und auf die einfachgesetzliche Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland.

B. Historische Grundlagen und die einfachgesetzliche Rechtslage

I. Dogmengeschichtliche Hinweise

Die spürbare Zurückhaltung gegenüber der Idee eines voraussetzungslosen Zugangs zu staatlichen Datenbeständen dürfte durch die lange Tradition der Geheimhaltung öffentlicher Angelegenheiten in

⁴ Richtlinie 90/313/EWG v. 7. Juni 1990, ABl. 1990 L 158 S. 56; UIG v. 8. Juli 1994 (BGBI. I S. 1490), neue Fassung bekannt gemacht am 23. August 2001 (BGBI. I S. 2218).

⁵ Verordnung Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, Amtsblatt L 145 S. 43; Gemeinsame Erklärung zu der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den öffentlichen Zugang zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission Amtsblatt Nr. L 173 S. 5. Dazu *Bock*, DÖV 2002, 556 ff.; *Feik*, Zugang zu EU-Dokumenten: Demokratie durch Transparenz, 2002.

⁶ Charta vom 07.12.2000, ABl. Nr. C 364 S. 1 v. 18.12.2000.

⁷ Zum Informationsfreiheitsgesetz NW zuletzt *Partsch/Schurig*, DÖV 2003, 482 ff.

⁸ Die folgenden Überlegungen schließen an meine Vorarbeiten in *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 289 ff. und in ThürVBl. 2003, 193, 196 ff. an.

⁹ Vgl. demnächst *Groeschner*, VVDStRL 63 (2004); die Überlegungen Groeschners beruhen – nach der derzeit vorliegenden Manuskriptfassung – allerdings auf einer Zusammenschau dogmengeschichtlicher, verfassungstheoretischer und verfassungsrechtsdogmatischer Gesichtspunkte, die „sichere“ verfassungsrechtsdogmatische Ableitungen nicht ohne weiteres erlaubt.

Deutschland bedingt sein, die noch in die Zeit vor der Entwicklung der modernen Staatlichkeit zurückreicht.¹⁰ Sie lässt sich schon in den Rechtsstrukturen des ausgehenden Mittelalters nachweisen und entstammt dort dem Zusammentreffen zweier Phänomene: der zunehmenden Leitbifunktion, die die kirchliche Jurisprudenz und das kirchenrechtliche Verfahren für die königliche Verwaltung übernahm und der weitgehenden Verselbständigung des politischen Denkens des frühneuzeitlichen Staates gegenüber religiösen und moralischen Bindungen.

Erstmals betonte *Niccolò Machiavelli* in seiner im Jahre 1503 verfassten Schrift „Principe“ die machtpolitischen Interessen des Staates und fasste sie im Begriff der „ragion di stato“, der Staatsraison, zusammen als Summe der Kenntnisse und Mittel, die ein Herrscher anwenden kann, um sich an der Macht zu halten und seine Herrschaft zu erweitern. War der Staat zur Verfolgung machtpolitischer Interessen legitimiert, bedurfte es aber nicht nur eines auf den Herrscher verpflichteten Behördenapparats, sondern auch der Geheimhaltung des zur Herrschaftsausübung erforderlichen Wissens. Die Verwaltung und ihre Handlungsinstrumente gehörten damit zu den *arcana imperii*, der zum Schutz der bestehenden Ordnung errichteten Geheimsphäre des Staates,¹¹ und entwickelten sich zu einem Eckpfeiler vordemokratischer staatlicher Macht. Nicht zuletzt die Verknüpfung der Staatsentwicklung mit dem Berufsbeamtenamt ließ die Geheimhaltung in Deutschland auch nach dem Übergang zur Demokratie als eine Selbstverständlichkeit öffentlicher Verwaltung erscheinen. Tatsächlich bildet sie freilich den Restbestand einer autoritären, allein auf die Absicherung und Effektivierung von Herrschaft gerichteten Tradition.¹²

II. Das heutige Informationsverwaltungsrecht

1. Der Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit

a) Auch das sich nach dem 2. Weltkrieg ausbildende ungeschriebene Verwaltungsrecht war vom Grundsatz der Nichtöffentlichkeit des Verwaltungshandelns geprägt und stellte die Gewährung von Akteneinsicht grundsätzlich in das Ermessen der zuständigen Behörden.¹³

Erst die im Jahre 1976 erlassenen Verwaltungsverfahrensgesetze räumen den Beteiligten am Verwaltungsverfahren ein grundsätzliches Akteneinsichtsrecht ein.¹⁴ Es setzt allerdings voraus, dass die Kenntnis des Akteninhalts zur Geltendmachung oder Verteidigung rechtlich geschützter Interessen eines Verfahrensbeteiligten von Bedeutung sein kann.¹⁵ Das macht seine beschränkte Zielrichtung deutlich: Es dient nicht der Herstellung von Transparenz im Verfahren, sondern dem Schutz des im Verfahren betroffenen subjektiv-öffentlichen Rechts und ist damit Ausdruck des allgemeinen Anspruchs auf

¹⁰ Umfassend zur Tradition der Geheimhaltung *Trantas*, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, Berlin 1998 S. 257 m.w.N. sowie *Stolleis*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990 S. 37 ff., an deren Darstellungen sich die nachfolgenden Erörterungen orientieren.

¹¹ Vgl. auch *Jestaedt*, AÖR 126 (2001), 204, 212 m.w.N. in Fn. 32.

¹² Dazu bereits *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1964 S. 165 f., 731, 1085.

¹³ *König*, DÖV 2000, 45 f. m. w. N. in Fn 7.

¹⁴ *König*, DÖV 2000, 46; zum Akteneinsichtsrecht aktuell *Höffler*, Akteneinsichtsrechte des Bürgers bei deutschen Verwaltungsbehörden, 2002.

¹⁵ Dazu *Schoch*, Die Verwaltung 35 (2002), 149, 153; *Steike*, NVwZ 2001, 868 ff.

rechtliches Gehör.¹⁶ Gleiches gilt für die weitergehenden Zugangsrechte des VwVfG und einiger Fachgesetze im Rahmen von Planfeststellungs- und Anlagegenehmigungsverfahren.¹⁷

b) Außerhalb des Anwendungsbereichs der skizzierten Zugangsregelungen und bei Fehlen einer ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen steht die Informationsgewährung nach wie vor im Ermessen der zuständigen Behörde.¹⁸ Das gilt etwa für die Gewährung von Akteneinsicht an nicht am Verfahren beteiligte Dritte und betrifft auch Informationen im Zusammenhang mit verwaltungsprivatrechtlichem, fiskalischem und schlicht-hoheitlichem Handeln.

Ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist nach allgemeinem Verständnis nur begründet, wenn die das Ermessen eröffnenden oder die bei der Ausübung des Ermessens zu beachtenden Regelungen nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Interesse des Antragstellers zu dienen bestimmt sind.¹⁹ Insoweit kommen vor allem grundrechtliche Bestimmungen als anspruchsbegrundend in Betracht. Ein berechtigtes Interesse soll nach der Rechtsprechung aber beispielsweise fehlen, wenn ein Rechtsanwalt ohne konkretes Mandat Einsicht in verwaltungsinterne Weisungen begeht, um künftige Mandanten besser beraten zu können. Ein noch unspezifischeres, allgemeinpolitisches Interesse an der betreffenden Information würde gleichfalls nicht als berechtigtes Interesse anerkannt. Damit kann in solchen Fällen Akteneinsicht verwehrt werden, ohne dass diese Entscheidung gerichtlich überprüfbar wäre.²⁰

2. Erweiterungen des Informationszugangs

Neben den Regeln über die beschränkte Aktenöffentlichkeit im Verfahren kennt das deutsche Recht eine Reihe verfahrensunabhängiger, bereichsspezifischer Zugangsrechte. Sie dienen, wie das bereits erwähnte Umweltinformationsgesetz²¹ und die Pressegesetze der Länder, der fortlaufenden Rückkopplung des politisch-administrativen Geschehens an die allgemeine soziale Kommunikation oder, wie die Archivgesetze und das Stasi-Unterlagen-Gesetz, seiner nachträglichen wissenschaftlichen und journalistischen Aufarbeitung. Daneben stehen Auskunftsrechte Betroffener zu den über sie gespeicherten Daten und eine Reihe von Einsichtsrechten in öffentliche Register.²² Allgemeine und voraussetzungslose Zugangsbefugnisse gewähren derzeit nur die Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetze der Länder Brandenburg, Berlin, Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen.²³

Fraglich ist, ob die - außerhalb der genannten Bundesländer - nur punktuelle und bereichsspezifische Zugänglichkeit der Datenbestände der öffentlichen Verwaltung den verfassungsrechtlichen Determinanten des Informationsverwaltungsrechts, vornehmlich dem Demokratieprinzip genügt. Wir kommen damit zurück zu den drei Ausgangsfragen:

- Ist demokratische Verwaltung grundsätzlich öffentlich?

¹⁶ Dazu VGH München BayVwBl 1990, 622, 624; zust. *Steike*, NVwZ 2001, 868.

¹⁷ Dazu und zur Begrenztheit dieses Zugangsanspruchs *Scherzberg* (Fn. 8), 2000, S. 389 f.

¹⁸ Vgl. etwa BVerwGE 30, 154, 160 f.; 61, 15, 22 f.; 69, 278, 279 ff.

¹⁹ Dazu im vorliegenden Kontext *Schoch*, Die Verwaltung 35 (2002), 149, 153 mit Fn. 29.

²⁰ *König*, DÖV 2000, 46; BVerwGE 69, 278, 279 f.; a.A. *Nolte*, DÖV 1999, 363 ff.

²¹ Hierzu etwa *Schoch/Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002 Einl. Rn. 18 f.; *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002 § 10 Rn. 28 ff.; *Scherzberg*, DVBl. 1994, 733 ff.

²² Übersicht bei *Schoch/Kloepfer* (Fn. 21) Einl. Rn. 16 f.

²³ Nachweise, auch zur Literatur, bei *Scherzberg*, ThürVBl. 2003, 193, 202.

- Umfasst die demokratische Öffentlichkeit der Verwaltung ein subjektives Recht auf Informationszugang?
- Bedarf es für die Begründung eines solchen Rechts einer gesetzlichen Grundlage?

C. Die Öffentlichkeit der Verwaltung als Demokratiegebot

I. Öffentlichkeit als prozeduralisierte Volkssouveränität

Mit der Feststellung des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG „alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, nimmt das Grundgesetz die seit dem Mittelalter vorherrschende, seinerzeit aber politisch noch weitgehend folgenlose Idee der Volkssouveränität auf und stellt sie, wie Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2, Art. 28 Abs. 1, Art. 29 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 1 GG zeigen, in den Kontext konkreter Verfahren mittelbarer und – vereinzelt – unmittelbarer Demokratie. Das „Ausgehen“ der Staatsgewalt vom Volke wird in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG also nicht als historisch-einmaliges, womöglich idealistisches Konstrukt, sondern als kontinuierlicher und praktisch erfahrbarer Prozess demokratischer Selbstbestimmung konzipiert.²⁴

Der Verfassungswortlaut lässt offen, ob das Volk der französischen Tradition folgend als homogene, überindividuelle Gemeinschaft oder der anglo-amerikanischen Vorstellung folgend als Summe der ihm angehörigen Individuen konzipiert wird. Vergegenwärtigt man sich, dass Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 GG zwischen individueller und kollektiver Meinungs- und Willensbildung unterscheiden und die erstgenannte Gewährleistung in einen grundrechtlich-rechtsstaatlichen, die zweite Regelung in einen demokratietheoretischen Kontext stellen, liegt nahe, das Volk i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG mit der heute wohl herrschenden Meinung als Kollektiv, als rechtliche verfasste Personengesamtheit zu betrachten, deren Substanz sich nicht auf die einzelnen Angehörigen radizieren lässt.²⁵ Es ist mithin nicht die Summe der Individuen in ihrer Vereinzelung, sondern die aus ihrem Verbund entstehende Gemeinschaft, das **Kollektiv**, auf dem die Staatsgewalt des Grundgesetzes ruht.

Das Volk als Kollektiv ist aber kein vorfindliches soziales Substrat.²⁶ Es besteht nicht also solches, sondern wird erst durch die und als die kollektive Identität seiner Bürger existent.²⁷ „Wir sind ein Volk“ war das Motto der deutschen Wiedervereinigung. Eine solche kollektive Identität lässt sich durch den Zusammenschluss von Individuen mit den Mitteln des Staatsangehörigkeitsrechts allein nicht erwirken, sondern wird – wie jede Sozialisation – durch Sprache, Erziehung und Kultur, mithin durch Kommunikation hergestellt.²⁸ Als politische Einheit mit historischer Kontinuität, als Verbund von Bürgern mit gemeinschaftlicher politischer Identität, **entsteht** das Volk erst durch Öffentlichkeit.²⁹

Die öffentliche Kommunikation ist indes nicht nur Medium zur Konstituierung einer gemeinsamen poli-

²⁴ Näher Scherberg (Fn. 8) S. 291 ff.

²⁵ Grawert, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 14 Rn. 7.

²⁶ Rinken, in: Winter (Hrsg.), Das Öffentliche heute, 2002, S. 7, 34 f.

²⁷ Vgl. Grimm, in: Tinnefeld/Philipps/Heil (Hrsg.), Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, 1995, S. 211, 227.

²⁸ Rinken (Fn. 26), S. 39.

²⁹ Grimm (Fn. 27), S. 211, 227; ähnlich Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971, S. 249 ff., 256: „Das Volk ist nur als verfasste Öffentlichkeit“; ferner Käßler, Die Öffentlichkeitsfunktion des Deutschen Bundestages, 1976, S. 72 f.

tischen Identität. Sie ist auch ein Instrument der fortlaufenden Meinungs- und Willensbildung im Volk. Auf der Grundlage öffentlicher Kommunikation werden im konkreten politischen Diskurs Themen, Werte und Perspektiven selektiert, Kontroversen inszeniert und „öffentliche Meinungen“ aggregiert. Nimmt das Volk dergestalt in öffentlicher Kommunikation seine politischen Informations- und Einflussmöglichkeiten wahr,³⁰ manifestiert sich in ihr der Anspruch der Bürgergemeinschaft, die Angelegenheiten des Gemeinwesens selbst zu verhandeln. Öffentlichkeit ist mithin **prozeduralisierte Volkssouveränität**.

II. Öffentlichkeit als Medium demokratischer Legitimation

Dieser Befund kann nicht ohne Rückwirkung auf das Verständnis des die demokratische Herrschaftsordnung kennzeichnenden Verfahrens der Legitimation politischer Macht bleiben.³¹ Soll die Ausübung der Staatsgewalt gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG einen Ausdruck der Freiheit und der politischen Selbstbestimmung des Volkes bilden, ist die im Staat konzentrierte politische Macht so zu organisieren, „dass sie sich in ihrer Einrichtung und Ausübung stets vom Willen des Volkes herleitet bzw. auf ihn zurückgeführt werden kann.“³² Das Volk muss dazu in den Worten von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* „effektiven Einfluss ... auf die Ausübung der Staatsgewalt“ haben.³³ Deren Akte bedürfen also einer Rückkopplung an den außerhalb des staatlichen Organisationssystems stehenden Souverän, einer „demokratischen Legitimation“.³⁴

Diese wird durch die punktuelle Willensbetätigung des Volkes durch „Wahlen und Abstimmungen“ i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG allein nicht hergestellt.³⁵ Abstimmungen sieht das Grundgesetz ohnehin nur für den Ausnahmefall der Neuordnung des Bundesgebietes gem. Art. 29 GG vor. Wahlen lassen als punktuelle und hochgeneralisierte Willensakte wenig Raum, um die Vielfalt der gesellschaftlichen Meinungsbilder zu den politischen Sachfragen der Zeit einzufangen. Sie erschöpfen sich in der Regel in der Artikulation politischer Stimmungen. Allenfalls in personeller, kaum jedoch in sachlicher Hinsicht vermögen sie einen wirksamen Zurechungszusammenhang zwischen Volk und politischem System zu begründen. Setzt demokratische Legitimation aber einen „effektiven Einfluss“ des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt voraus, darf die politische Meinungs- und Interessenvermittlung zwischen Volk und Staatsorganen nicht auf Wahlen und ihre Vorwirkungen beschränkt bleiben. Demokratie steht, wie *Dieter Grimm* richtig bemerkt, unter dem Grundgesetz deshalb „nicht mit Parlamentarismus gleich“.³⁶

Eine wirksame demokratische Rückkopplung setzt über die wiederkehrende Auswahl der parlamentarischen Repräsentanz hinaus eine kontinuierliche Wechselwirkung zwischen der Meinungsbildung des

³⁰ v. *Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 509.

³¹ *Badura*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 29 (1971), 95, 97; zu den Funktionen des Demokratieprinzips als Herrschaftsform und als Methode der Legitimation von Herrschaft *Schuppert*, AöR 120 (1995), 32, 63 ff.

³² So *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1995 § 22 Rn. 1; vgl. auch BVerfGE 83, 60, 72; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 355.

³³ *Böckenförde* (Fn. 32) § 22 Rn. 14; s. auch BVerfGE 83, 60, 72.

³⁴ Vgl. etwa *Frenz*, Rechtstheorie 24 (1993), 513, 521; zum Begriff der Legitimation ferner *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994 S. 206 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 32), 329, 331

³⁵ Dazu näher *Scherzberg* (Fn. 8), S. 296 ff.

³⁶ *Grimm* (Fn. 27) S. 211, 223 f.; *Hofmann/Dreier*, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 5 Rn. 18.

Volkes und der Willensbildung der Staatsorgane voraus.³⁷ Demokratische Legitimation ist demnach als fortlaufender Prozess zu konzipieren. Sie ist nur bei beständiger Kopplung des politischen Systems an die allgemeine gesellschaftliche Kommunikation gewahrt.³⁸ Modus dieser Kopplung ist wiederum die Öffentlichkeit. Der auf das Ziel der Selbstbestimmung des Volkes verpflichtete Staat muss sich also für öffentliche Beobachtung und Kritik öffnen und die informationellen Grundlagen für den gesellschaftlichen Diskurs bereitstellen.

Das Gebot der demokratischen Legitimation umfasst indes nicht nur die Verpflichtung zur *formalen* Rückkopplung der Staatsgewalt an das Volk, sondern zielt gleichermaßen auf die Sicherung des *materiellen* Gemeinschafts- und Gemeinwohlbezugs staatlichen Handelns. Herkömmlich soll der Gemeinwohlbezug staatlichen Handelns durch die Verknüpfung der personellen Legitimation mit dem Amtsprinzip gesichert werden, das die staatlichen Funktionsträger auf den „objektivierten Willen der Allgemeinheit“ und „die Belange des Volkes insgesamt“ verpflichtet.³⁹

Indes ist die dem Amtsprinzip unterliegende Vorstellung, Gemeinwohlfindung könne exklusiv dem staatlichen Organisationssystem zugewiesen werden, angesichts der polyzentrischen Struktur der modernen Gesellschaft fragwürdig geworden. Im ausdifferenzierten Gemeinwesen sind gemeinwohlorientierte Entscheidungen nicht mehr durch Selbstbesinnung staatlicher Instanzen herstellbar. Dies zum einen, weil sich die übrigen Teilsysteme der Gesellschaft wie Wirtschaft oder Wissenschaft einer einseitig-hoheitlichen Beeinflussung teilweise entziehen, und zum anderen, weil das politische System selbst einer spezifischen Eigenlogik und perspektivischen Verengung unterliegt, die sich auch dem Bereich des Staatlichen vermittelt.

Die ideale Konzeption einer abschließenden Repräsentation des Souveräns durch den Amtsträger bricht sich an der Eigenrationalität der Politik, am Maßstab der politischen Opportunität und der engen Kopplung staatlicher und parteipolitischer Willensbildung. Der parteipolitisch codierte Staat unterscheidet sich in seiner Selbstbezüglichkeit nicht von anderen sozialen Kommunikationsgefügen, denen gleichfalls keine spezifisch repräsentative Qualität und Integrationskraft für das gesellschaftliche Ganze zukommt. Ist dem politischen System aber keine am Allgemeininteresse orientierte Funktionslogik eigen, lässt sich die Verantwortung für das Gemeinwohl nicht mehr „auf den Staat abschieben“.

Der Gemeinwohlauftrag der Verfassung an die Politik richtet sich deshalb nicht auf eine einseitig-autistische Festlegung und Implementation allgemeinverbindlicher Werte. Das Grundgesetz kennt „kein der gesellschaftlichen Sphäre entrücktes abstraktes Gemeinwohl“.⁴⁰ Es organisiert die politische Gemeinwohlfindung vielmehr auf eine Weise, die eine fortlaufende, wenn auch indirekte Einflussnahme der Gesellschaft auf den politischen Prozess erlaubt. Dessen grundsätzliche Öffnung für externe, herrschaftsbegleitende Kritik, die Öffentlichkeit des das Volk repräsentierenden Handelns, lenkt die Auf-

³⁷ Dazu BVerfGE 20, 56, 98 f.; 44, 125, 139 f.; *Kloepfer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 1987, § 35, Rn. 19; *Jerschke*, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, 1971, S. 120 ff.; *Kempen*, Grundgesetz, amtliche Öffentlichkeitsarbeit und politische Willensbildung, 1975, S. 220.

³⁸ *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. III 1988, § 69 Rn. 80; *E. Klein*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II 1987, § 40 Rn. 39; *Kempen* (Fn. 37) S. 187.

³⁹ Dazu *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland B. III § 57 Rn. 60 f. und E.-W. Böckenförde, ebenda Bd. II § 30 Rn. 19.

⁴⁰ *Dreier*, AÖR 113 (1988), 450, 466 f.

merksamkeit der Entscheidungsträger auf die Belange der Gesellschaft und regt den politischen Prozess dazu an, deren Interessen und Perspektiven auch antizipierend zu berücksichtigen. Publizität rationalisiert mithin politische Herrschaft.⁴¹

Nicht nur die parlamentarische Öffentlichkeit wird dergestalt zu einem unabdingbaren Bestandteil der Demokratie. Das Gebot kommunikativer Rückkopplung der Staatgewalt entfaltet eigenständige Wirkkraft auch gegenüber Regierung und Verwaltung. Deren sachlich-inhaltliche Legitimation „über das Gesetz“ hat im Zuge der gesellschaftspolitisch und technologisch bedingten Verminderung gesetzlicher Gestaltungskraft⁴² an Bedeutung eingebüßt. Auch das Gewicht ihrer personellen Legitimation wird durch Einschränkungen der faktischen Durchsetzungsmacht der Behörde in kooperativen Entscheidungsprozessen und ihrer fachlichen Beurteilungskompetenz gegenüber privaten Normungs- und wissenschaftlichen Beratungsgremien zunehmend relativiert. Verwalten ist heute nicht mehr der überwiegend zweckfreie Vollzug abschließend formulierter normativer Programme, wie noch im Bürokratiemodell Max Webers⁴³, sondern eine normativ nur unvollkommen angeleitete und deshalb notwendig eigenständige, politisch wertende Wirklichkeitsgestaltung. Diese zunehmende Eigenständigkeit der Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Planungs-, Abwägungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielräume fordert eine entsprechend eigenständige kommunikative Rückkopplung an das Volk. Aus dem Demokratieprinzip trifft Regierung und Verwaltung deshalb die **Pflicht zu eigener Publizität**.⁴⁴

Unsere erste Ausgangsfrage beantwortet sich deshalb – übrigens im Einklang mit der durchaus herrschenden Meinung im Schrifttum⁴⁵ – wie folgt: Demokratische Verwaltung ist grundsätzlich öffentlich.

D. Verwaltungsöffentlichkeit als subjektives Recht⁴⁶

Entspricht dieser Öffentlichkeitspflicht auch ein subjektives Recht auf Informationszugang? Als Rechtssubjekt, dem gegenüber Öffentlichkeit herzustellen sein könnte, kommen einerseits die Medien, andererseits auch die einzelnen Staatsbürger als „jedermann“ in Betracht.

I. Die Medien als Begünstigte der demokratischen Öffentlichkeit

Ob aus den Grundrechten der Presse- und Rundfunkfreiheit ein subjektives Informationszugangsrecht der Medien folgt, ist umstritten.⁴⁷ Wenn man ein solches Zugangsrecht bejaht, weil die Medien doch erst dadurch in die Lage versetzt werden, die ihnen in der freiheitlichen Demokratie eröffnete Rolle wirksam wahrzunehmen,⁴⁸ und es auch keinen Sinn ergibt, die für ihre Aufgabenerfüllung wesentliche Beschaf-

⁴¹ Häberle, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, 1980 S.126, 134.

⁴² Näher Scherzberg (Fn. 8) S. 104 ff.

⁴³ Dazu Scherzberg, in: Ehlers/Krebs, Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, S. 21, 23 ff.

⁴⁴ Ausführlich dazu, auch mit Nachweisen zum Streitstand, Scherzberg (Fn. 8) S. 305 ff.

⁴⁵ Nachweise bei Scherzberg (Fn. 8) S. S. 310 Fn. 171; aus neuerer Zeit Gurlit, DVBl. 2003, 1119, 1125; Masing, demnächst in VVDStRL (2004) Leitsatz 10.

⁴⁶ Die folgenden Überlegungen enthalten eine Weiterentwicklung meiner früheren Überlegungen zur Begründung eines grundrechtlichen Informationszugangsanspruchs, dazu Scherzberg (Fn. 8) S. 336 ff.

⁴⁷ Ferner Jarass, DÖV 1986, 721, 722; Groß, DÖV 1997, 133, 135 ff. mit älteren Nachweisen.

⁴⁸ BVerfGE 50, 234, 240 für die Presse; BVerfG NJW 1998, 1627, 1629 für die Fernsehberichterstattung (Einschub vom Verf.).

fung von Informationen gerade aus dem politisch-administrativen Raum lediglich einem objektivrechtlichen Schutz zu unterstellen, fragt sich weiter, ob die Medien insoweit eine privilegierte Stellung gegenüber dem Bürger einnehmen und sie die Zugangsrechte der Öffentlichkeit gegenüber dem Staat möglicherweise abschließend mediatisieren.

Hiergegen sprechen vor allem zwei Gesichtspunkte: Zum einen begründet die Rechtsordnung keine Pflicht der Medien, ihre Tätigkeit an ihrer „öffentlichen Aufgabe“ und der damit implizierten gesellschaftspolitischen Verantwortung zu orientieren. Im Gegenteil verstärken heute Wettbewerb und Kommerzialisierung die systemspezifischen Eigengesetzlichkeiten der Massenkommunikation, in der medienöffentlich vor allem das wird, was medienwirksam veranstaltet, d.h. unterhaltsam gezeigt und vermarktet werden kann. Zum anderen ist die Informationsfreiheit des Bürgers aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. GG nicht auf die Kenntnisnahme der Medienprodukte beschränkt, also nicht als Verlängerung der Medienfreiheit konzipiert.⁴⁹ Ihr Bezug auf allgemein zugängliche Quellen meint nicht nur eine Unterrichtung „aus einer Quelle“, sondern umfasst auch die Unterrichtung „an der Quelle“, also am Informationsgegenstand selbst.⁵⁰ Das Grundgesetz räumt damit dem Interesse des Einzelnen, sich über öffentlich zugängliche Ereignisse unmittelbar zu informieren, den gleichen grundrechtlichen Schutz ein wie dem Zugangs- und Vermittlungsinteresse der Medien. Deren Privilegierung bei der Herstellung der Öffentlichkeit von Regierung und Verwaltung entspricht der grundgesetzlichen Informationsordnung demnach nicht.⁵¹

II. Jedermann als Begünstigter der demokratischen Öffentlichkeit

Damit ist freilich noch nicht entschieden, ob sich die Freiheit des Einzelnen auf Unterrichtung aus allgemeinzugänglichen Quellen nach Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. GG auch auf staatliche Datenbestände erstreckt, die Informationsfreiheit also auch die Informationszugangsfreiheit umfasst.

Die allgemeine Zugänglichkeit einer Informationsquelle bemisst sich nach überwiegender Auffassung grundsätzlich danach, ob sie tatsächlich geeignet und auch dazu bestimmt ist, einem individuell nicht begrenzten Personenkreis Informationen zu verschaffen.⁵² Behördliche Datenbestände sind zwar, soweit buch- oder aktenmäßig angelegt, zur öffentlichen Auslegung oder Weitergabe, und, soweit elektronisch gespeichert, zur Einsichtnahme über Bildschirmgeräte geeignet.⁵³ Als öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch sind die Datenträger jedoch der Nutzung durch die öffentliche Verwaltung gewidmet⁵⁴

⁴⁹ Scherzberg (Fn. 8) S. 316 m.w.N. in Fn. 214

⁵⁰ BVerfGE 103, 44, 60.

⁵¹ So im Ergebnis auch Rubbert, Saal- und Medienöffentlichkeit mündlicher Verhandlungen zwischen Verwaltung und Bürgern, 1985 S. 199 f.; Kempen, Grundgesetz, amtliche Öffentlichkeitsarbeit und politische Willensbildung, 1975 S. 222. Allenfalls eine Beschränkung der tatsächlichen Zugangskapazitäten kann demnach, etwa im Rahmen von mündlichen Verhandlungen, im Einzelfall Anlass für eine Privilegierung der Medien bieten, vgl. Rubbert aaO S. 77 ff.; die Gerichtsöffentlichkeit hat das BVerfG zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens sogar auf die Saalöffentlichkeit beschränkt und damit die mediale Berichterstattung erheblich eingeschränkt, vgl. BVerfGE 103, 44, 58 ff.

⁵² BVerfGE 27, 71, 83; 90, 27, 32; 103, 44, 60; BayVerfGH DVBl. 1991, 1254, 1256 zu Art. 112 Abs. 2 BayVerf.; so auch Lerche, Jura 1995, 561, 565 f.; Schmidt-Jortzig, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. VI, 1989, § 141 Rn. 32 f.

⁵³ Burkert, Informationszugang und Datenschutz, 1992, S. 22; Kahl, in: Haratsch/Kugelmann/Repkewitz (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, 1996 S. 9, 28.

⁵⁴ Zu Akten als öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch Merkel, Das Recht auf Akteneinsicht bei Verwaltungsbehörden, 1972, S. 105 f.; BW VGH ESVGH 7, 145 f.

und hierdurch dem Zugriff des Bürgers ohne besondere Zulassung entzogen. Deshalb unterfällt der Zugang zu staatlichen Datensammlungen nach heute herrschender Auffassung dem grundrechtlichen Schutzbereich nicht.⁵⁵

Gegen diese Sichtweise werden seit langem Bedenken vor allem für Fälle erhoben, in denen der Behörde gar keine Verfügungsbefugnis über das Informationsmaterial zukommt oder eine einfachgesetzliche Regelung der Beschränkung des Informationszugangs entgegensteht.⁵⁶ In diesen Fällen sei darauf abzustellen, ob die fragliche Informationsquelle allgemein zugänglich zu halten sei. Dem hat sich auch das Bundesverfassungsgericht im n-tv-Urteil aus dem Jahre 2001 angeschlossen.⁵⁷ Einem solchen **normativen Verständnis** des Merkmals der allgemeinen Zugänglichkeit stehen allerdings Einwände aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut der Grundrechtsbestimmung entgegen.⁵⁸ Das Grundrecht war als Reaktion auf die nationalsozialistische Unterdrückung der Rezipientenfreiheit und damit als Schutz vor staatlichen Informationsbeschränkungen konzipiert.⁵⁹ Es bezweckt deshalb die Disziplinierung des zugangsbeschränkenden, nicht des zugangseröffnenden Hoheitsträgers.⁶⁰

Auch wenn die Informationsfreiheit selbst historisch nicht darauf zielt, den Bereich allgemein zugänglicher Quellen zu erweitern, kann ihre Interpretation doch den Umstand nicht außer Acht lassen, dass andere Verfassungsbestimmungen den Kreis der öffentlich zu machenden staatlichen Vorgänge und Datenbestände definieren. Ausgangspunkt der Auslegungsbemühungen um den Begriff der „allgemein zugänglichen Quellen“ muss insoweit die Feststellung sein, dass es sich dabei um einen Verfassungsbegriff handelt.⁶¹ Dieser kann nicht ohne Blick auf die übrigen, die informationellen Beziehungen zwischen Staat und Bürger prägenden Verfassungsbestimmungen verstanden werden. Der Grundsatz der Einheit der Verfassung⁶² und das methodische Postulat einer systematischen, d.h. am Sinnganzen eines Regungsgefüges orientierten Auslegung⁶³ stehen einer isolierten Betrachtung des Grundrechts entgegen und legen nahe, seinen Schutzbereich unter Einbeziehung der Aussagen des Demokratie-, Rechtsstaats- und – so man *Rolf Groeschner* folgt – auch des republikanischen Prinzips sowie der noch zu erörternden verfassungsrechtlichen Ausnahmen von der grundsätzlichen Öffentlichkeit staatlichen Handelns zu definieren.

Agieren Regierung und Verwaltung nach dem Demokratieprinzip grundsätzlich öffentlich, werden ihre

⁵⁵ VGH BW NVwZ 1998, 987, 990; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Bd. 1, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 49.

⁵⁶ Etwa *Gurlit* (Fn. 45), 1119, 1121; *Bizer*, Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung, 1992 S. 113 ff.; *Degenhart*, in: Bonner Kommentar, Stand September 2002, GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 342, 361; *Dürig*, AÖR 81 (1956), 117, 139.

⁵⁷ BVerfGE 103, 44, 60.

⁵⁸ Näher dazu *Scherzberg* (Fn. 8), S. 339.

⁵⁹ BVerfGE 27, 71, 84.

⁶⁰ S. etwa BayVGH DVBl. 1991, 1260, 1261; *Scherzberg* (Fn. 8), S. 339 f.; irrtümlich anders meine Ausführungen in ThürVB1. 2003, 193, 200 im Text bei Fn. 73.

⁶¹ Vgl. in diesem Sinne auch BVerfGE 103, 44, 61: „Folgt ... aus Verfassungsrecht, dass der Zugang als solcher weiter oder gar unbeschränkt hätte eröffnet werden müssen, kann dies vom Träger des Grundrechts der Informationsfreiheit ... geltend gemacht werden.“

⁶² Dazu *Ehmke*, VVDSrl 20 (1963), 77 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methode im Prozess der Rechtsanwendung, 1996 S. 205; BVerfGE 1, 14, 32; 19, 206, 220; 34, 165, 183; 49, 24, 56; kritisch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 8. Aufl. 2002 Rn. 383 ff.

⁶³ Dazu *Looschelders/Roth* (Fn. 62) S. 149 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 145 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl. 1999, § 8, § 10 III; *Raisch*, Juristische Methoden, vom antiken Rom bis zur Gegenwart, 1995, S. 147 f.

Datenbestände von Verfassung wegen zur öffentlichen Einsicht gestellt und wäre es widersprüchlich, den verfassungsrechtlich eröffneten Zugang grundrechtlicher Gewährleistung zu entziehen. Denn die demokratisch intendierte Öffentlichkeit kann gerade nur dadurch angemessen hergestellt werden, dass der Zugang zu staatlichem Wissen für jedermann ohne Nachweis eines besonderen Interesses in durchsetzbarer Weise, also in Form eines subjektiv-öffentlichen Zugangsrechts, eröffnet wird. Eine an der Kohärenz der Verfassung orientierte Auslegung der Informationsfreiheit wird daher diejenigen Datensammlungen als allgemein zugänglich i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. GG zu qualifizieren haben, denen die Verfassung diese Qualität andernorts selbst zumisst.⁶⁴

Für die Datenbestände Privater verweist das Grundgesetz insoweit – nicht zuletzt durch den Schutz des geistigen Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG⁶⁵ – auf die private Disposition. Hier kann es bei der tradierten Anknüpfung an die tatsächliche Eignung und Bestimmung der Informationsquelle durch den Berechtigten bleiben. Für die staatlicher Verfügung unterstehenden Datensammlungen hingegen trifft die Verfassung diese Bestimmung selbst und begründet deren grundsätzliche Zugänglichkeit. Die der staatlichen Verfügung unterliegenden Datenbestände sind deshalb von Verfassung wegen allgemein zugängliche Quellen i.S.d. der grundrechtlichen Informationsfreiheit.

Damit ist die zweite Ausgangsfrage beantwortet: Die Informationsfreiheit gewährt – entgegen der herrschenden Auffassung – dem Bürger ein subjektives Recht gegen die Exekutive auf Herstellung des ihr von der Verfassung abverlangten Informationszugangs.⁶⁶ Das schließt den Anspruch auf Einsicht gerade auch in die bislang nicht öffentlich geführten staatlichen Datenträger ein.⁶⁷ Der Informationsfreiheit ist insoweit eine positive Leistungspflicht der betreffenden Stellen zu entnehmen, die dem verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgebot unterliegenden Informationen so aufzubereiten, dass sie individueller Einsichtnahme zugänglich sind, und auch im übrigen die organisatorischen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die praktische Wahrnehmung des Grundrechts zu erfüllen.⁶⁸

E. Das grundrechtliche Zugangsrecht und der Vorbehalt des Gesetzes

Damit stellt sich die dritte und letzte unserer Ausgangsfragen, ob die Durchsetzung der Informationszugangsfreiheit eine gesetzliche Regelung des Zugangsrechts voraussetzt. Grundsätzlich sind grundrechtliche Ansprüche, auch wenn sie über Abwehrrechte hinausgehen, keiner gesetzlichen Ausgestaltung bedürftig.⁶⁹ Grundrechte sind gem. Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar anwendbares Recht. Anderes könnte aber gelten, soweit es einer Abwägung des Öffentlichkeitsprinzips mit gegenläufigen Verfassungsprinzipien bedarf. Diese Abwägung könnte aufgrund der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte und des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes, und damit mittelbar auch des Demokratieprinzips selbst, gesetzlicher Ausgestaltung vorbehalten sein.

⁶⁴ Ebenso BVerfGE 103, 44, 61.

⁶⁵ Dazu *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999 S. 198 ff.

⁶⁶ So im Ergebnis auch *Angelov*, Grundlagen und Grenzen eines staatsbürgerlichen Informationszugangsanspruchs, 2000 S. 80, 93, 99; *Rinken* (Fn. 26) S. 52 Fn. 157; a. A. etwa *Schoch*, Die Verwaltung 35 (2002), 149, 152 f.; *Bull*, ZG 17 (2002), 201, 208; *Reinhardt*, Die Verwaltung 30 (1997), 161, 166 ff.

⁶⁷ Näher *Scherzberg*, ThürVBl. 2003, 193, 200 f.

⁶⁸ *Scherzberg* (Fn. 8) S. 349 ff., 355 f.; angedeutet auch bei *Degenhart* (Fn. 56) Rn. 342, 361 f.; zur Bedeutung verfahrensrechtlicher Sicherungen etwa *Kugelmann*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 329 ff.

⁶⁹ So umfasst das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch den (verfassungsrechtlichen) Anspruch auf Auskunft über die über den Betroffenen gespeicherten Daten, vgl. BVerfGE 65, 1.

I. Verfassungsrechtliche Ausnahmebestimmungen

Verfassungsrechtliche Geheimhaltungsgebote knüpfen vornehmlich an das Sicherheitsbedürfnis der Gemeinschaft, an das Anliegen eines wirksamen Verwaltungsvollzugs und an personale und betriebliche Vertraulichkeitsinteressen an. An dieser Stelle müssen hierzu einige knappe Anmerkungen genügen:⁷⁰

1. Die Funktionsfähigkeit der vollziehenden Gewalt

Die Funktionsfähigkeit der vollziehenden Gewalt ist als Schutzwert der Verfassung anerkannt, steht allerdings im Rahmen des von ihr konstituierten „politisch-administrativen Gesamtsystems“, das grundsätzliche Transparenz, Einsichtigkeit und Kontrollierbarkeit der öffentlichen Gewalt als Element der demokratischen Gesellschaftsordnung fordert. Das Grundgesetz konstituiert den Staat nicht als **forum internum**, das sich öffentlicher Beobachtung und Kritik nur insoweit öffnet, wie dies der staatlichen Selbstdarstellung nutzt. Zwar geht der vielfach auf Akzeptanz und Kooperation angewiesene Staat heute zunehmend dazu über, wie ein privates Unternehmen für sich und seine Produkte zu werben. Auch lässt sich soziologisch feststellen, dass die Identität und Stabilität des Staatlichen vordergründig besonders dadurch gesichert werden kann, dass der Staat sein Erscheinungsbild durch Symbole, Idealisierungen und geschickte Themenwahl selbst steuert. Der demokratische Staat basiert aber nicht auf einer inhaltlich bestimmten politischen Einheit, sondern auf der Einheit einer Differenz, der Differenz und jederzeitigen Austauschbarkeit von Regierung und Opposition. Er gewinnt Identität gerade aus dem Wettbewerb von Handlungsalternativen und darf deshalb die Kontingenz seiner Entscheidungen nicht verschleiern. Geheimhaltung darf er deshalb nicht um seiner Selbstdarstellung willen, sondern nur zur Abwehr einer Gefahr für seinen Bestand und seine Funktionsfähigkeit betreiben. Die Verfolgung einer **anders gearteten Staatsraison** ist dem demokratischen Staat anders als dem Staat Machiavellis verwehrt.

Allerdings kann ein ungehinderter Zugang zu staatlichen Informationen konkrete Störungen im Ablauf behördlicher Entscheidungsprozesse befürchten lassen. Die Unbefangenheit, Unabhängigkeit und **Neutralität der Entscheidungsfindung** wäre in Frage gestellt, wenn auch vorläufige und vorbereitende, nicht auf Ausgewogenheit oder Vollständigkeit angelegte Akte unmittelbarer öffentlicher Beobachtung und Kritik zugänglich wären. Den staatlichen Entscheidungsträgern ist insoweit ein „amtsbezogener Überlegungsspielraum“, eine Phase öffentlichkeitsfreier schöpferischer Planung, Abwägungsvorbereitung und Entscheidungsfindung einzuräumen. Dieser kommt Entwürfen, vorbereitenden Vermerken und ähnlichen Aktenbestandteilen sowie der Abstimmung zwischen Behörden und der Beratung von Kollegialorganen zugute. Ihm unterliegen auch die Abstimmungs- und Aushandlungsprozesse zwischen Verwaltung und Privaten. Andernfalls würde die Eigengesetzlichkeit kooperativer Entscheidungsfindung verkannt, in der das offene Wort gelegentlich der verschlossenen Türen bedarf.

2. Der Schutz laufender Verwaltungsverfahren

Besonders umstritten ist das Bestehen von Zugangsrechten zu Angelegenheiten eines laufenden Verwaltungsverfahrens. Insoweit ist aus der Warte des Demokratieprinzips daran zu erinnern, dass die Vorgaben des Gesetzgebers im modernen Gemeinwesen zunehmend „in und durch Verfahren“ praktikabel gemacht und umgesetzt werden. Dem Verwaltungsverfahren kommt also eine eigenständig gestaltende Funktion bei der politischen Integration der Gesellschaft zu. Das verleiht der Forderung nach kommunikativer Transparenz einen besonderen Sinn.

⁷⁰ Näher dazu Scherzberg (Fn. 8), S. 358 ff. m.w.N.

kativer Rückbindung der Verwaltung **im Verfahren** besonderes verfassungsrechtliches Gewicht. Dort wird die „öffentliche Gewalt“ ausgeübt, um deren Disziplinierung willen sich der demokratische Staat gesellschaftlicher Beobachtung unterwirft. Der legitimierenden und rationalisierenden Kraft des Öffentlichen bedarf es deshalb auch und gerade im fallbezogenen administrativen Entscheidungsprozess. Das Konzept des Verwaltungsverfahrensgesetzes, das wie oben gezeigt, den Informationszugang auf die Verfahrensbeteiligten beschränkt und damit allenfalls eine **nachträgliche Verfahrenspublizität** ermöglicht, ist deshalb verfassungsrechtlich unzureichend.

3. Der Schutz der informationellen Selbstbestimmung sowie von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Im Rahmen des grundrechtlichen Schutzes der informationellen Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist das Interesse an demokratischer und rechtsstaatlicher Transparenz mit dem Schutzinteresse des einzelnen abzuwägen. Ein generell überwiegender Publikationsinteresse dürfte vorwiegend bei „Daten mit Sozialbezug“, etwa solchen über den Familienstand anzuerkennen sein. Stets muss das Maß der Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung in einem angemessenen Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck stehen. Ggf. ist eine Anonymisierung der Daten geboten oder die Veröffentlichung auf Auszüge zu beschränken.

Auch der Eingriff in ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis- oder in das Urheberrecht setzt nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eine Abwägung unter Beachtung des Übermaßverbots voraus. Auch dabei kann ein überwiegender „Sozialbezug“ der Daten das Geheimhaltungsinteresse schmälen. Auch insoweit muss die Verbreitung des Geheimnisses zur Wahrung des Veröffentlichungsinteresses erforderlich sein. Ist eine Existenzgefährdung des Unternehmens zu gewärtigen, dürfte regelmäßig ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vorliegen.

II. Die Informationszugangsfreiheit und der Vorbehalt des Gesetzes

Inwieweit ist diese Zuordnung von Öffentlichkeitsgrundsatz und bereichspezifischen Ausnahmetatbeständen nun einer gesetzlichen Regelung vorbehalten?

Die grundrechtlichen Gesetzesvorhalte schließen eine verfassungsumittelbare Ableitung von Zugangsrechten aus, soweit die Offenlegung der gewünschten Informationen mit einem Eingriff in Grundrechte Dritter verbunden ist. Zu einer Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG und der als Eigentum gem. Art. 14 Abs. 1 GG geschützten gewerblichen Geheimnisse ist die Verwaltung ohne gesetzliche Grundlage nicht befugt.

Außerhalb eines Eingriffs unterliegen „wesentliche“ Fragen der Ausgestaltung der Grundrechtssphäre dem aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gespeisten Vorbehalt des Gesetzes. Darum handelt es sich bei der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Öffentlichkeitsgrundsatz und den die öffentlichen Belange betreffenden Geheimhaltungstatbeständen des Grundgesetzes.

Die Anforderungen des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes können indes, anders als die des grundrechtlichen Eingriffsvorbehalts, grundsätzlich auch durch die Verfassung als förmliches Gesetz selbst

erfüllt werden.⁷¹ Das muss jedenfalls dann gelten, wenn der unmittelbare Rückgriff auf die Verfassung die dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes unterliegenden demokratischen und rechtsstaatlichen Anliegen stärkt. So bei der hier zu entscheidenden Fragen: andernfalls könnte der Gesetzgeber, durch Unterlassen der Konkretisierung der Grenzen des Öffentlichkeitsgebots, die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Zugangsanspruchs hindern, der gerade die Legitimität und Rationalität der Ausübung auch der dem Gesetzgeber selbst übertragenen öffentlichen Gewalt sichert. Mittelbar geht es schließlich auch beim Zugang zu Verwaltungsinformationen nicht selten um die öffentliche Kontrolle der Ausübung der parlamentarischen Kontrollrechte über die Administration.

Die Bestimmung der Grenzen des demokratischen Publizitätsgebots zugunsten verfassungsrechtlich geschützter öffentlicher Geheimhaltungsinteressen kann deshalb eine gesetzliche Regelung nicht erfordern. Die „praktische Konkordanz“ zwischen demokratischer und rechtsstaatlicher Funktionssicherung ist vielmehr durch Rechtsprechung und Rechtsdogmatik im Wege der Verfassungsinterpretation herzustellen. Ganz ähnlich haben sich übrigens auch die Voraussetzungen und Grenzen des gleichfalls grundrechtlich begründeten Folgenbeseitigungsanspruchs ohne gesetzliche Regelung im Zuge der Rechtsprechungsentwicklung konkretisiert.

Angesichts des verfassungsrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Transparenz und Geheimhaltung lässt sich dergestalt freilich nur der Kernbereich des Vertraulichkeitsschutzes für die öffentliche Gewalt sichern. Über dieses Maß hinaus sind öffentliche Interessen an den Beschränkungen des Zugangsrechts ohne gesetzliche Grundlage nicht geeignet, die Informationszugangsfreiheit zu begrenzen. Sie lassen sich nur im Rahmen eines Informationsfreiheitsgesetzes durchsetzen, für das die Kollegen *Schoch* und *Kloepfer* im letzten Jahr einen detaillierten und ausgewogenen Entwurf vorgelegt haben.⁷² Nicht verfassungsrechtlich geboten und damit ohne gesetzliche Grundlage nicht durchsetzbar ist beispielsweise eine Beschränkung der Freigabe von noch nicht aufbereiteten Daten.

Nicht durch das Grundgesetz vorentschieden sind auch die Verfahrensmodalitäten und Fristenregelungen des Informationszugangs. Dazu zählen die Anforderungen an Inhalt und Form des Antrags sowie an Art und Frist seiner Bescheidung und Regelungen über die Modalitäten der Zugangsgewährung. Dabei handelt es sich aber vorn vornherein nicht um „wesentliche“ Elemente der grundrechtlichen Informationsvorsorge, die den allgemeinen demokratischen und rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes auslösen könnten.⁷³ Das grundrechtliche Zugangsrecht ist auch ohne entsprechende Detailregelungen vollziehbar, das Ermessen der Verwaltung an der „praktischen Wirksamkeit“ der Zugangsgewährung zu orientieren.

G. Fazit

Ein einfachgesetzliches Informationszugangsrecht ist in der Bundesrepublik noch weitgehend rechtspolitisches Desiderat. Ob sich die Absicht der Koalitionsparteien verwirklicht, das vor zwei Jahren gescheiterte Gesetzgebungsvorhaben in der laufenden Legislaturperiode zur Vollendung zu bringen, ist offen. In dieser Lage weist die Verfassungsrechtsdogmatik darauf hin, dass das Grundgesetz nicht nur zur grundsätzlichen Öffentlichkeit der Ausübung von Staatsgewalt verpflichtet, sondern öffentli-

⁷¹ *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, § 67 IV 1 (S. 722 f.); *Scherzberg* (Fn. 8) S. 356.

⁷² *Schoch/Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002.

⁷³ *Scherzberg*, (Fn. 8) S. 356 f.

che Datenbestände auch zu allgemein zugänglichen Quellen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. GG zählt und dem Bürger damit verfassungsunmittelbar die Befugnis einräumt, die demokratische Öffentlichkeit der Verwaltung im Wege grundrechtlicher Inanspruchnahme zu realisieren. Aufgabe der Verwaltungsrechtsdogmatik ist es dann, den Anspruch auf Zugang zu Verwaltungsinformationen – ähnlich dem Folgenbeseitigungsanspruch – als Rechtsinstitut des Verwaltungsrechts weiter zu entfalten.