

Sonderdruck aus:

Umwelt – Hochschule – Staat

Festschrift für Franz-Joseph Peine
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Lothar Knopp

Heinrich Amadeus Wolff



Duncker & Humblot · Berlin 2016

Zur Kontrolle mehrpoliger Verwaltungsentscheidungen durch einen in Personalunion prüfenden Beauftragten

Eine Kritik an Amt, Organisation und Verfahren des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Von *Martin Ibler*

I. Rechtsstaatsgebot und Demokratiegebot als Maßstäbe für Verwaltungsorganisation und -verfahren

Ein demokratischer Rechtsstaat muss die Behörden und ihre Arbeitsweise so ausgestalten, dass jede Verwaltungsentscheidung berechenbar ist und vom Staat vor den Bürgern verantwortet werden kann. Das Demokratiegebot (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) verlangt hierzu, dass jede Behördenentscheidung vom Volk legitimiert ist. Die für ein „bestimmtes Legitimationsniveau“ nötige Legitimationskette können (ggf. neben einer personellen demokratischen Legitimation des handelnden Amtsträgers) hierarchisch organisierte Behörden bilden, mit einer dem gewählten Parlament verantwortlichen Regierung an der Spitze, und eine Aufsicht der übergeordneten Behörden über die untergeordneten.¹ An die Seite dieser Legitimation durch Organisation und Verfahren tritt eine inhaltliche durch Gesetze, die mit ihren Vorgaben die Behördenentscheidung steuern. Auch Form- und Verfahrensvorschriften tragen zur demokratischen Legitimation der Verwaltung bei, wenn sie ein Handlungsinstrument, z. B. Entscheidung durch Verwaltungsakt, festlegen und das Verwaltungsverfahren lenken, z. B., indem sie einer Behörde Informationspflichten gegenüber den Bürgern auferlegen und/oder ihr eine Anhörung der Betroffenen oder gar eine öffentliche Anhörung vorschreiben. In der modernen Demokratiediskussion wird zudem der Ruf nach mehr Transparenz der Verwaltung immer lauter: Die Verwaltung soll für jedermann transparent werden, damit sich informierte Bürger bei den Wahlen rationaler entscheiden können. Eine transparente Verwaltung veröffentlicht ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Pläne und weitere Entscheidungen im Internet und beantwortet jede Frage, die ein Bürger ihr stellt.

Das Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) ordnet Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes an; entsprechend vorbereitet und organisiert müssen die Behörden sein. Sie benötigen genügend gut ausgebildetes und handlungsfähiges Personal, und ihre Verwaltungsverfahren müssen ein fehlerfreies Entscheiden erleichtern, z. B. durch

¹ Z. B. BVerfGE 135, 155 (221 ff.).

Amtsermittlungspflichten. Gegenüber Eingriffen müssen Bürger effektiv Rechtsschutz erhalten können, und zwar nicht erst vor unabhängigen Gerichten, sondern möglichst auch schon (z. B. durch Anhörung und Widerspruchsverfahren) vor der Verwaltung; zu Recht betont *Franz-Joseph Peine*, wie wichtig ein Schutz vor vollendeten Tatsachen gerade im Verwaltungsverfahren ist.² Auch in der Rechtsstaatsdiskussion ist die Forderung nach Transparenz der Verwaltung aktuell – nicht nur, damit der informierte Bürger seine Rechte besser verteidigen kann, sondern auch, damit jedermann ganz allgemein die Verwaltung mitkontrollieren kann.³

Die Anforderungen an Verwaltungsorganisation und -verfahren dürfen indes nicht überspannt werden. Die Verwaltung muss funktionsfähig bleiben, d. h. nicht nur auf traditionellen Arbeitsfeldern Gesetze ausführen und verwirklichen, sondern auch neue Herausforderungen meistern können, oft sogar schneller als dies etwa der Gesetzgeber kann oder will. Nur wenn die Verwaltung zielführend, sachgerecht und zweckmäßig, effektiv und effizient arbeitet, kann sie die für die Bürger nötigen Leistungen erbringen und Gefahren für die öffentliche Sicherheit rechtzeitig abwehren. Die Funktionsfähigkeit der Verwaltung, *Franz-Joseph Peine* spricht sinngleich von „Leistungsfähigkeit“,⁴ wird deshalb ebenfalls vom Rechtsstaatsgebot gefordert.

Demokratische Legitimation, Transparenz, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Rechtsschutz, Rechtssicherheit auf der einen Seite, und Funktionsfähigkeit auf der anderen, stehen häufig im Widerstreit, vor allem, wenn die Verwaltung viele konträre Interessen und Rechte wahren muss. Das hehre Ziel, zugleich willkürfrei, rechtmäßig, zielführend, sachgerecht, zweckmäßig, effektiv, effizient und transparent zu entscheiden, wird in der Praxis dann oft verfehlt. Immerhin, der demokratische Rechtsstaat verfolgt dieses Zielbündel mit vielen Mitteln, durch gute Gesetze, gute Auswahl und Ausbildung des Verwaltungspersonals, klare und straffe Behördenorganisation, sowie durch leistungsfähige und bürgerfreundliche Verwaltungsverfahren.

II. Mehrpolige Verwaltungsentscheidungen

Dabei zählt es zum Verwaltungsalltag, Rechte und Interessen des einen gegenüber denen eines anderen und/oder der Allgemeinheit zu bevorzugen oder zurückzustellen. Zu einer solchen mehrpoligen – gewöhnlich zumindest das Recht eines Betroffenen einschränkenden – Entscheidung muss die Behörde durch ein Parlamentsgesetz ermächtigt sein. Das Gesetz selbst kann bestimmen, wessen Recht oder Interesse

² *Franz-Joseph Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2014, Rdnrn. 588 ff.; vgl. auch *dens.*, Einführung in das Verwaltungsverfahren, AL 2011, 85 (89).

³ Kritisch dazu insbesondere *Martin Ibler*, Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, in: Eberle/Ibler/Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm, 2002, S. 405 (412 ff.).

⁴ *Peine*, AL 2011, 85 (88).

Vorrang gebührt, oder es kann diese Entscheidung einer Gestaltung, einer Abwägung oder dem Ermessen der Behörde zuweisen.

Allerdings steht es dem Gesetzgeber nicht völlig frei, ob er selbst einem Recht oder Interesse zwingend Vorrang einräumt, oder ob er diese Entscheidung einer Behörde überträgt und ggf. wie. Die wesentlichen Entscheidungen muss das Parlament selbst treffen.⁵ Was „wesentlich“ ist, entnimmt das Bundesverfassungsgericht dem Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes⁶ sowie den tragenden Prinzipien der Verfassung.⁷ Namentlich wenn Grundrechtspositionen miteinander kollidieren können, etwa die Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) mit der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) anderer, müsse der Gesetzgeber selbst die Kollisionen zum Ausgleich bringen.⁸

Immerhin hat der Gesetzgeber, auch beim Schutz von Grundrechten, einen Gestaltungsspielraum, insbesondere bei der Art und Weise dieses Schutzes.⁹ Das Gesetz kann dazu inhaltliche Vorgaben machen, z. B. durch Gebote und Verbote. Es kann auch besonders grundrechtsschützende Verwaltungsverfahren vorschreiben. Beispiele für solchen Grundrechtsschutz durch Verfahren sind besonders formalisierte Anhörungen der Bürger, besondere Mitteilungspflichten der Behörden oder besondere Verfahren, die z. B. Daten und Geheimnisse effektiv schützen können. Das Gesetz kann auch gravierende Grundrechtseingriffe, etwa die Überwachung von Personen mit besonderen technischen Mitteln oder die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung, einem Behördenleiter¹⁰ oder sogar einem Richtervorbehalt¹¹ unterwerfen. Zudem kann der Gesetzgeber neben einem besonderen Verwaltungsverfahren eine spezielle Verwaltungsorganisation anordnen, indem er eigens zum Schutz grundrechtlicher Freiheit eine neue Behörde, z. B. einen unabhängigen Beauftragten, errichtet und mit spezifischen Aufgaben ausstattet. Einen solchen ergänzenden Grundrechtsschutz sehen das Datenschutzgesetz und das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes vor.

III. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

Das BDSG, das personenbezogene Daten natürlicher Personen schützt, hat 1977¹² einen Beauftragten für den Datenschutz geschaffen. Zu seinen Aufgaben zählt es, bei

⁵ Z. B. BVerfGE 101, 1 (34 m. w. N.); *Peine*, AL 2011, 85 (88 f.).

⁶ Vgl. z. B. BVerfGE 98, 218 (251); 101, 1 (35).

⁷ Vgl. z. B. BVerfGE 98, 218 (251); 101, 1 (34); 135, 155 (222 m. w. N.).

⁸ Vgl. BVerfGE 57, 259 (320 f.).

⁹ Zu Grenzen vgl. z. B. BVerfGE 90, 60 (101 ff.).

¹⁰ Z. B. § 22 Abs. 6 Satz 1 PolG Baden-Württemberg; § 28 Abs. 3 Satz 1 BPolG (Datenhebung mit besonderen Mitteln).

¹¹ Z. B. § 31 Abs. 5 Satz 3 PolG Baden-Württemberg; § 46 Abs. 1 Satz 1 BPolG (Wohnungsdurchsuchung).

¹² Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung vom 27. 1. 1977 (BGBl. I S. 201).

den öffentlichen Stellen des Bundes die Einhaltung dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz zu kontrollieren.¹³ Einen Gesetzesverstoß oder Mangel bei der Datenverarbeitung beanstandet er und fordert die Behörde unter Fristsetzung zu einer Stellungnahme auf (§ 25 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Das Gesetz hat den Datenschutzbeauftragten für unabhängig erklärt.¹⁴ Die hier ursprünglich bestehende Einschränkung durch Rechtsaufsicht seitens der Bundesregierung¹⁵ und Dienstaufsicht seitens des Bundesministeriums des Innern¹⁶ verstieß allerdings gegen die europäische Datenschutzrichtlinie, die eine „völlige Unabhängigkeit“ fordert. Als nötige¹⁷ Reaktion, auch auf zwei Urteile des EuGH,¹⁸ soll eine Gesetzesänderung mit Wirkung zum 1. 1. 2016 diese völlige Unabhängigkeit herbeiführen.¹⁹ Der Beauftragte wird zu einer „obersten Bundesbehörde“ aufgewertet, die Rechtsaufsicht durch die Regierung und die Dienstaufsicht durch das Innenministerium entfallen.²⁰

IV. Informationsfreiheitsgesetz (IFG) des Bundes

Auch durch das IFG²¹, das jedem gegenüber Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gewährt (§ 1 Abs. 1 Satz 1) und ausgestaltet, wurde ein Beauftragter geschaffen (§ 12). Dieser Bundesbeauftragte für die Informationsfreiheit soll darüber wachen, dass die Bundesbehörden ihre Pflichten aus dem Gesetz, insbesondere ihre Informationspflicht, einhalten.

1. Die „mehrpollige“ Entscheidung über den Informationsanspruch und der Schutz der Betroffenen

Der genannte Informationsanspruch hängt nicht von einem eigenen Recht oder Interesse des Anspruchstellers an der begehrten Information ab. Dieser leicht zu erhebende, angeblich „voraussetzungslose“ Auskunftsanspruch soll die Transparenz

¹³ Zu weiteren Aufgaben siehe § 26 BDSG.

¹⁴ § 17 Abs. 4 Satz 2 BDSG 1977, § 22 Abs. 4 Satz 2 BDSG 1991/2003.

¹⁵ § 17 Abs. 4 Satz 3 BDSG 1977, § 22 Abs. 4 Satz 3 BDSG 1991/2003.

¹⁶ § 17 Abs. 5 Satz 2 BDSG 1977, § 22 Abs. 5 Satz 2 BDSG 1991/2003.

¹⁷ Sarah Thomé, Die Unabhängigkeit der Bundesdatenschutzaufsicht, VuR 2015, 130 (131). Anders die früher h. M., z. B. Hans Peter Bull, Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde, EuZW 2010, 488 (489 ff.); Peter Gola/Rudolf Schomerus, BDSG, Kommentar, 9. Aufl. 2007, § 22 Rdnr. 10 m. w. N.; vgl. aber nunmehr dies., 11. Aufl. 2012, § 22 Rdnr. 10 f.

¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 9. 3. 2010 – Rs. C-518/07, juris; EuGH, Urteil vom 16. 10. 2012 – Rs. C-614/10, juris.

¹⁹ Zweites Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vom 25. 2. 2015 (BGBl. I S. 162).

²⁰ Vgl. Ziffer 9 e), f) des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/2848 vom 13. 10. 2014, S. 15 f.

²¹ Vom 5. 9. 2005 (BGBl. I S. 2722).

der Verwaltung und die Funktionsbedingungen der Demokratie verbessern.²² Aber das IFG zieht ihm Grenzen. Diese sollen u. a. personenbezogene Daten anderer Personen schützen. Die Entscheidung, ob eine Auskunft erteilt oder ob sie zum Schutz personenbezogener Daten anderer versagt wird, ist im oben genannten Sinne mehrpolig. Zugang zu solchen Daten darf nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IFG nur gewährt werden, soweit das Informationsinteresse des Antragstellers das schutzwürdige Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs überwiegt oder der Dritte eingewilligt hat. In der Regel also untersteht der Schutz personenbezogener Daten im Verhältnis zur Informationsfreiheit einem Abwägungsvorbehalt.²³

Für einige Gruppen von Daten hat der Gesetzgeber die Abwägung, ob das Informationsinteresse des Antragstellers das Interesse eines anderen an der Vertraulichkeit der Information überwiegt, selbst vorgenommen: Durch Gesetz vom Informationsanspruch ausgeschlossen sind nach § 5 Abs. 1 Satz 2 IFG (i. V. m. § 3 Abs. 9 BDSG) Informationen über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben einer Person. Das IFG selbst legt (in § 5 Abs. 2) auch fest, dass das Informationsinteresse zurücktritt, soweit Informationen aus Unterlagen begehrt werden, die mit dem Dienst- oder Amtsverhältnis oder dem Mandat eines Dritten in Zusammenhang stehen, und auch bei Informationen, die einem Berufs- oder Amtsgeheimnis unterliegen. Vom Gesetz selbst ausgeschlossen ist der Informationsanspruch zudem, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht (§ 6 Satz 1). Auch den Zugang zu Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen schließt das Gesetz selbst aus, es sei denn, der Betroffene hat in die Übermittlung der Information eingewilligt (§ 6 Satz 2).

Für andere Gruppen personenbezogener Daten hat der Gesetzgeber nicht selbst abschließend bestimmt, ob das Informationsinteresse des Antragstellers das Datenschutzinteresse eines anderen überwiegt. Immerhin geht für einige Auskünfte das Informationsinteresse dem Geheimhaltungsinteresse eines anderen nach § 5 Abs. 3 IFG „in der Regel“ vor, nämlich, wenn sich die Angabe auf Namen, Titel, akademischen Grad, Berufs- und Funktionsbezeichnung, Büroanschrift und Telekommunikationsnummer eines Dritten beschränkt, der als Gutachter, Sachverständiger oder in vergleichbarer Weise eine Stellungnahme in einem Verfahren abgegeben hat. Gleichwohl muss schon hier die Behörde in jedem einzelnen Fall darüber befinden, ob die Information ausnahmsweise versagt wird. Auch für andere Datenauskünfte ist von der Behörde eine wertende Entscheidung im Einzelfall zu treffen, nämlich nach § 5 Abs. 4 für bestimmte, den Bearbeiter der Akte betreffende Angaben, „soweit sie Ausdruck und Folge der amtlichen Tätigkeit sind“.

²² Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 15/4493 vom 14. 12. 2004, S. 1, 6.

²³ Vgl. Friedrich Schoch, Informationsfreiheit versus Datenschutz, in: Dix/Franßen/Kloepfer u. a. (Hrsg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2012, S. 123 (131).

Hat aber der Gesetzgeber des IFG nicht selbst die Abwägung durch § 5 Abs. 2–4 vorgezeichnet oder durch § 6 ausgeschlossen, bleibt es beim Grundsatz der „datenschutzrechtlichen Abwägungsklausel“²⁴ des § 5 Abs. 1: Wird der Zugang zu personenbezogenen Daten verlangt, ohne dass derjenige, um dessen Daten es geht, darin eingewilligt hat, entscheidet allein die angerufene Bundesbehörde, ob das Informationsinteresse des Antragstellers das Datenschutzinteresse des Dritten überwiegt.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 5 Abs. 1 Satz 1 erklärt zu dieser Abwägung im Wesentlichen: „[Es] kann sich die Behörde über eine fehlende Zustimmung hinwegsetzen, wenn sie zu dem Ergebnis kommt, dass das Informationsinteresse des Antragstellers ein schutzwürdiges Interesse des Dritten überwiegt. [...] Im Rahmen der Interessenabwägung ist zugunsten des Antragstellers das Informationsinteresse der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Die mit dem Informationsfreiheitsgesetz bezweckte Transparenz dient nicht nur dem Einzelnen, sondern ebenso der Öffentlichkeit insgesamt.“²⁵

Tatsächlich erleichtert es der so formulierte Gesetzeszweck der Behörde, in Konfliktfällen eine Preisgabe von Daten zu begründen. Im Lichte dessen hilft auch die IFG-Ausnahmevorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 3 dem Datenschutz nur wenig, indem sie für solche Informationsanträge, die schutzwürdige Daten Dritter (i. S. v. § 5 Abs. 1 und 2 oder § 6) betreffen, eine Antragsbegründung verlangt. Einen weiteren verfahrensrechtlichen, aber ebenfalls eher geringen Schutz bietet dem Datenschutzberechtigten ein inhaltlich beschränktes und befristetes Recht zur Stellungnahme, bevor die Behörde dem Informationsantrag stattgibt (§ 8 Abs. 1). Auch die Pflicht der Behörde zur Bekanntgabe ihrer Entscheidung gegenüber dem Dritten (§ 8 Abs. 2 Satz 1) und die anschließende Wartefrist vor der Informationspreisgabe (§ 8 Abs. 2 Satz 2) sollen den Datenschutzberechtigten verfahrensrechtlich schützen. Wegen der Möglichkeit der Behörde, die sofortige Vollziehung ihrer Entscheidung anzuordnen (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2), bleibt ein gerichtlicher Primärrechtsschutz des Datenschutzberechtigten aber u. U. auf das nur summarische Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO beschränkt. Weder eine Fortsetzungsfeststellungs- noch eine Amtshaftungsklage können ein Preisgeben der Daten verhindern. Mit einem Hinweis auf einen – ohnehin grundsätzlich unzulässigen und auch vom IFG nicht vorgesehenen – vorbeugenden Rechtsschutz darf der Datenschutzberechtigte nicht getröstet werden.²⁶

Lehnt die Bundesbehörde demgegenüber einen Antrag auf Informationszugang ab, kann der Anspruchsteller Widerspruch einlegen und bei erfolglosem Widerspruch vor dem Verwaltungsgericht klagen (vgl. § 9 Abs. 4 IFG). Der Informationsbegehrende kann also effektiven Rechtsschutz erlangen. Was dies aber für den Da-

²⁴ Malte Hilpert, Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes, DSB 2005, 9 (10).

²⁵ Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 15/4493 vom 14. 12. 2004, S. 13.

²⁶ So aber wohl Michael Kloepfer/Kai von Lewinski, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG), DVBl 2005, 1277 (1286).

tenschutzberechtigten bedeutet, ist weniger klar. Nur wenn die Behörde unter den Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO die Weitergabe der bei ihr vorhandenen personenbezogenen Daten an das Gericht verweigert,²⁷ ist der Datenschutzberechtigte vor Akteneinsicht durch den Informationsbegehrenden geschützt, auch im ggf. folgenden „in-camera“-Verfahren (vgl. § 99 Abs. 2 VwGO). Eine solche Verweigerung steht allerdings nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO im Behördenermessen²⁸; ausreichenden subjektiven (Datenrechts-)Schutz bietet dies dem Datenschutzberechtigten nicht. Entscheidet sich die Behörde dagegen für die Freigabe der Daten, versucht das Bundesverwaltungsgericht zwar, dem „missglückten Wortlaut“ des § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der diesen Fall nicht erwähnt, kurzerhand durch „erweiternde Auslegung“ abzuhelpfen.²⁹ Deren Reichweite und Folgen sind aber unklar und umstritten.³⁰

Neu vom IFG eingeführt ist, dass außerdem jeder, wenn er sein Recht auf Informationszugang nach diesem Gesetz als verletzt ansieht, den Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit anrufen kann (§ 12 Abs. 1). Kontrolliert der Beauftragte, ob die Bundesbehörde das IFG eingehalten hat, muss er nicht nur nachprüfen, ob sie bei ihrer Entscheidung über den Informationsanspruch das Gesetz rechtmäßig ausgelegt und rechtmäßig subsumiert hat, sondern auch, ob eine etwa erforderliche Abwägung des Informationsinteresses mit Rechten anderer fehlerfrei war (vgl. § 12 Abs. 3 und die dort in Bezug genommenen Vorschriften des BDSG).³¹ Stellt der Beauftragte einen Gesetzesverstoß oder sonstige Mängel fest, beanstandet er dies und fordert die Behörde zur Stellungnahme auf, ggf. unterrichtet er gleichzeitig die zuständige Aufsichtsbehörde derjenigen Behörde, die den Fehler begangen hat (vgl. § 12 Abs. 3 IFG i. V. m. § 25 BDSG).

2. Die Personalunion zwischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsbeauftragtem

Der Bundesbeauftragte für die Informationsfreiheit ist 2006 mit dem IFG zwar neu geschaffen worden. Aber der Gesetzgeber knüpfte an das BDSG an und bestimmte in § 12 Abs. 2 IFG: „Die Aufgabe des Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit wird von dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz wahrgenom-

²⁷ Vgl. dazu z. B. Friedrich Schoch, Verselbständigung des „in camera“-Verfahrens im Informationsfreiheitsrecht?, NVwZ 2012, 85 (86).

²⁸ Zu gewissen objektiven Ermessensgrenzen vgl. BVerwGE 130, 236 (244 f.).

²⁹ BVerwGE 118, 350 (350 f.).

³⁰ Vgl. die Kritik bei Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Elisabeth Musch, Evaluation des Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) im Auftrag des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, 2012, S. 390; Nicolai Schroeter, Defizite beim Verfahren der gerichtlichen Überprüfung von Informationsbegehren nach dem Informationsfreiheitsgesetz, NVwZ 2011, 457 (460); Wolf Rüdiger Schenke, Der Geheimnisschutz Privater im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NVwZ 2008, 938 (939 ff.).

³¹ Zum Prüfungsumfang vgl. auch z. B. Gola/Schomerus (o. Fn. 17), § 25 Rdnr. 2.

men.“ Zugleich – wenn auch nur im BDSG (warum eigentlich nicht auch im IFG?) – benannte der Gesetzgeber den Bundesbeauftragten für den Datenschutz um in „Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit“. Diese Regelungstechnik, die zu einer „Personalunion“³² führt, ersparte dem Gesetzgeber eine Aufzählung der Aufgaben des Bundesbeauftragten im IFG. Stattdessen verweist § 12 Abs. 3 IFG auf das BDSG und erklärt: „Die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes über die Kontrollaufgaben des Bundesbeauftragten für den Datenschutz (§ 24 Abs. 1 und 3 bis 5), über Beanstandungen (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4, Satz 2 und Abs. 2 und 3) sowie über weitere Aufgaben gemäß § 26 Abs. 1 bis 3 gelten entsprechend.“ Die Gesetzesbegründung rechtfertigt die Personalunion äußerst knapp: „Erfahrungen im Ausland und in den Ländern, die bereits über Informationsfreiheitsgesetze verfügen, zeigen, dass ein Beauftragter bürgernah Informationsfreiheit und Datenschutz in Ausgleich bringen kann.“³³ Zuvor hatte der 20. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz (2003–2004) ausgeführt, Informationsfreiheit und Datenschutz seien zwei Seiten der gleichen Medaille, gehe es doch in beiden Fällen um Offenheit und Transparenz. Eine beiden Seiten gesetzlich gleichermaßen verpflichtete Stelle könne unnötige Frontstellungen, die weder dem Datenschutz noch der Informationsfreiheit dienen würden, vermeiden.³⁴ Ganz in diesem Sinne beruft sich eine die Personalunion stützende Literatur (oft handelt es sich um Stellungnahmen der Informations- und Datenschutzbeauftragten)³⁵ auf „Synergieeffekte“³⁶ „angesichts der partiellen Überschneidungen der Aufgabebereiche insbesondere bei der Beschränkung des Informationszugangs durch die Datenschutzregel des § 5 IFG“.³⁷ Auf höchster Abstraktionsebene wird sogar eine gemeinsame Zielsetzung von Datenschutz und Informationsfreiheit formuliert, um die Personalunion zu verteidigen: Datenschutz solle mit der freiheitsrechtlichen Stärkung des Individuums staatliche Macht begrenzen, und darum gehe es letztlich auch bei der Informationsfreiheit, wenn dem Individuum in einer demokratischen Gesellschaft ein Anspruch auf Teilhabe am vorhandenen Wissen in Staat und Verwaltung eingeräumt werde; ein Interessenkonflikt zwischen einem allgemeinen Informationszugang und Datenschutz bestehe deshalb „in Wirklichkeit kaum“.³⁸ Es mehrten sich sogar Empfehlungen, die gebündelten Kompetenzen des Beauftragten für

³² So *Friedrich Schoch*, IFG, Kommentar (2009), § 12 Rdnr. 1; *Alfred G. Debus*, Die behördlichen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, DÖV 2012, 917 (918).

³³ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 15/4493 vom 14.12.2004, S. 17.

³⁴ *Peter Schaar*, 20. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz (2003–2004), 2005, S. 26.

³⁵ Z. B. *Bettina Sokol*, Informationsfreiheit im Bund – ein zögerlicher erster Schritt, CR 2005, 835 (837); *Schaar* (o. Fn. 34), S. 26.

³⁶ *Schoch* (o. Fn. 32), § 12 Rdnr. 54 f.; ähnlich *Michael Kloepfer*, Informationszugangsfreiheit und Datenschutz – Zwei Säulen des Rechts der Informationsgesellschaft, DÖV 2003, 221 (230).

³⁷ *Debus*, DÖV 2012, 917 (919).

³⁸ *Sokol*, CR 2005, 835 (837).

den Datenschutz und die Informationsfreiheit künftig auf das Umweltinformationsgesetz und das Verbraucherinformationsgesetz zu erstrecken.³⁹

3. Erste Bedenken gegen die Personalunion

Aber Datenschutz und Informationsfreiheit können leicht miteinander in Konflikt geraten. Der Datenschutz erweist sich nachgerade als das Hauptproblem der Informationszugangsfreiheit⁴⁰ – und umgekehrt⁴¹. Speziell bei „mehrpolygonen“ Verwaltungsentscheidungen über die Preisgabe personenbezogener Daten Dritter geht es nicht nur um die Informationsfreiheit als Begrenzung staatlichen Machtwissens, sondern eben auch um den Schutz von (Grund-)Rechten Dritter. Befürwortet der Beauftragte hier eine Informationsfreigabe, akzeptiert er, dass Daten eines Dritten preisgegeben werden. Handelt es sich dabei um personenbezogene Daten oder gar um geheimhaltungsbedürftige, entsteht typischerweise ein Konflikt mit dem Datenschutz. Aufgaben, Kompetenzen und Handeln des „Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit“ sind damit von vornherein konfliktgeladen; dieser leicht vorhersehbare und geradezu programmierte Konflikt ist, wie noch zu zeigen sein wird (VII.), unnötig und intransparent. Rechtspolitisch lässt dieser Geburtsfehler Raum für zwei gegensätzliche Befürchtungen: Womöglich räumt der Beauftragte aus Tradition seinen klassischen Aufgaben des Datenschutzes Vorrang ein. Oder er befürwortet umgekehrt, angespornt vom modernen Wunsch nach einer transparenten Verwaltung, vorschnell die Preisgabe der angeforderten Information. Ob und wie der eine oder der andere Gedanke seine Entscheidung beeinflusst, lässt sich von außen nicht erkennen.

V. Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Beurteilung eines „Beauftragten für den Datenschutz und für die Informationsfreiheit“ in Personalunion

Für die Organisation von Bundesbehörden und ihr Verfahren enthält das Grundgesetz keine Regeln, die ausdrücklich eine Personalunion verbieten. Dem demokratisch gewählten Gesetzgeber bleibt damit ein beträchtlicher organisatorischer Spielraum. Gleichwohl setzt das Grundgesetz dem Gesetzgeber Schranken. Sie sind jedoch meist sehr abstrakt und müssen durch Verfassungsauslegung erst noch präzisiert werden. Die wichtigsten Schranken enthalten Art. 20 Abs. 3 GG, der den Gesetzgeber an das Rechtsstaatsprinzip bindet, und Art. 1 Abs. 3 GG, der alle Grundrechte ausdrücklich auch dem Gesetzgeber gegenüber zu unmittelbar bindendem Recht erklärt. Hier kann insbesondere die Auslegung derjenigen Grundrechte, die für die In-

³⁹ *Schoch* (o. Fn. 23), S. 123 (125 f.); *Ziekow/Debus/Musch* (o. Fn. 30), S. 405, 453.

⁴⁰ Vgl. z. B. *Friedrich Schoch*, Informationszugangsfreiheit im Verwaltungsrecht, in: Krebs (Hrsg.), Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen, 2004, S. 247 (260).

⁴¹ Vgl. *Kloepfer*, DÖV 2003, 221 (224 f.).

formationsfreiheit und für den Datenschutz wichtig sind, Maßstäbe ans Licht bringen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG), auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) und auf das Grundrecht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten (Art. 5 Abs. 1 GG).

1. Die Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)

Eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG scheint auf den ersten Blick ausgeschlossen zu sein. Denn gegen die Entscheidung der Behörde über den Informationszugang kann jeder, dessen Informationsanspruch oder dessen persönliche Daten und Geheimnisse beeinträchtigt werden, nach erfolglosem Widerspruch Klage erheben. Außerdem kann er – anstelle des Widerspruchs und der Klage oder zusätzlich zu diesen Rechtsbehelfen – den Beauftragten für den Datenschutz und für die Informationsfreiheit anrufen. Schließlich kann der Betroffene auch noch gegen eine für ihn nachteilige Entscheidung des Bundesbeauftragten gerichtlich vorgehen.⁴² Es scheint also, als habe sich der Rechtsschutz sogar verbessert.

Tatsächlich jedoch ist er komplizierter und undurchsichtiger geworden: Das IFG erlaubt zwar, den Beauftragten anzurufen, aber es verschweigt, dass der gerichtliche Rechtsschutz verloren geht, wenn gegen die angegriffene Entscheidung nicht innerhalb Monatsfrist zusätzlich Widerspruch eingelegt und schließlich ggf. Klage erhoben wird. Das ist umso ärgerlicher, als der Beauftragte keinen vollwertigen Rechtsschutz bieten kann. Er ist zwar ein „unabhängiger“ Überwacher, aber er ist kein Richter; vor allem kann er eine Fehlentscheidung der Behörde nicht aufheben, sondern nur beanstanden. Welche Rechtsfolgen eine solche „Beanstandung“ hat, klärt das Gesetz ebenfalls nicht hinreichend. Sicher ist nur, dass die beanstandete Behörde daraufhin eine „Stellungnahme“ abgeben muss. Das Gesetz sieht auch keine Konsequenz für den Fall vor, dass zwar das Gericht die Entscheidung der Behörde für rechtmäßig hält, aber der Beauftragte für den Datenschutz und für die Informationsfreiheit zu einem anderen Ergebnis kommt. Dem Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG, der einen effektiven Rechtsschutz verlangt, dient dies alles nicht.

2. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG)

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützt die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen

⁴² Zur gerichtlichen Durchsetzung eines Anspruchs aus § 12 IFG gegen den Beauftragten z. B. Annette Guckelberger, in: Fluck/Theuer (Hrsg.), IFG, Kommentar, Loseblatt (Stand März 2007), § 12 Rdnr. 72.

persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.⁴³ In dieses Grundrecht hat der Gesetzgeber eingegriffen, als er 2006 im IFG den Informationszuganganspruch geschaffen und ausgestaltet hat. Denn dieser erlaubt den Behörden, auch solche Informationen weiterzugeben, die personenbezogene Daten enthalten, und zwar selbst dann, wenn die Person, um deren Daten es sich handelt, eine Weitergabe ablehnt. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann dies (nur), wenn eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage besteht, wenn das Übermaßverbot eingehalten wird, wenn die Weitergabe der Daten einer verfassungsgemäßen Zweckbestimmung folgt und wenn der Gesetzgeber genügend organisatorische und verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen gegen eine rechtswidrige Informationsfreigabe trifft. Ob das IFG diese Anforderungen erfüllt, ist nicht zweifelsfrei. Einerseits verbietet der Gesetzgeber (in § 6) für genau bestimmte personenbezogene Daten und Geschäftsgeheimnisse deren Weitergabe; dies ist unbedenklich. Andererseits überlässt er (in § 5) für andere personenbezogene Daten die Weitergabe einer Abwägung der Behörden, ohne dass er diese Abwägung im Gesetz klar genug vorzeichnet. Der verfahrensrechtliche Schutz des Datenschutzberechtigten bleibt ebenfalls schwach (o. IV. 1.). Auch die Gesetzeszwecke „Verbesserung der Transparenz der Verwaltung“ und „Verbesserung der Funktionsbedingungen der Demokratie“ sind so allgemein, dass sie eine im Einzelfall gebotene Abwägung nicht hinreichend steuern können. Hinzu kommen die mehrfach erwähnten organisatorischen Schwächen, die in der Konstruktion einer Personalunion des Beauftragten für den Datenschutz und für die Informationsfreiheit liegen.

3. Das Grundrecht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)

Ob das Grundrecht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten, dem Gesetzgeber des IFG Schranken setzen kann, ist nicht von vornherein klar. Für viele Autoren wird dieses Grundrecht durch das IFG gar nicht betroffen. Es schützt nur, sich „aus allgemein zugänglichen Quellen“ ungehindert unterrichten zu können, aber Informationen in Behördenakten und -dateien seien nicht „allgemein zugänglich“. Doch überzeugt diese Ansicht heute nicht mehr, weil der Gesetzgeber mit dem „voraussetzungslosen“ neuen Anspruch jedermanns auf Zugang zu amtlichen Informationen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 IFG) diese Informationen mittlerweile allgemein zugänglich gemacht hat.⁴⁴ „Legt der Gesetzgeber die Art der Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich das Ausmaß der Öffnung dieser Informationsquelle fest, so wird in diesem Umfang zugleich der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet.“⁴⁵ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erweist sich insoweit als „norm-

⁴³ BVerfGE 65, 1 (42).

⁴⁴ Näher Martin Ibler, Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht?, in: Ibler (Hrsg.), Verwaltung, Verfassung, Kirche. Konstanzer Symposium für Hartmut Maurer, 2012, S. 1 (4 ff.); Marion Albers, Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze, ZJS 2009, 614 (617 ff.).

⁴⁵ BVerfGE 103, 44 (61).

geprägtes“ bzw. „normprägbares“ Grundrecht.⁴⁶ Doch ist die Befugnis des einfachen Gesetzgebers, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auszuformen, nicht schrankenlos. Es kommt deshalb darauf an, ob die Verfassung, einschließlich Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, für eine Personalunion des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Maßstäbe enthält, und wenn ja, welche. Verlangt die Verfassung vom Gesetzgeber, wenn er den Schutzbereich des Grundrechts durch Schaffung neuer allgemein zugänglicher Quellen eröffnet, dass er dies ohne die (o. IV. 3.) geschilderten Unklarheiten bewältigt? Immerhin: Der Gesetzgeber muss die Rechtsordnung möglichst widerspruchsfrei gestalten.⁴⁷ Diese aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Forderung gilt auch für die Ausgestaltung der Informationsfreiheit. Wenn der Gesetzgeber die Transparenz des Staatshandelns fördern will, stehen Organisations- und Verfahrensvorschriften über eine Personalunion, die einer Transparenz entgegenwirken, damit nicht in Einklang.

VI. Folgerungen für die Personalunion

Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber also durch die Ausgestaltung des Informationszugangsanspruchs im IFG einige Grundrechte – insbesondere die Rechtsschutzgarantie und das Datenschutzgrundrecht – verletzt, möglicherweise auch das Grundrecht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Allein die Wahrscheinlichkeit einer Grundrechtsverletzung aber macht ein Gesetz noch nicht verfassungswidrig; erst recht nicht die bloße Möglichkeit. Unbestreitbar stellen Datenschutz, rechtsstaatliche Transparenz und Demokratie große Herausforderungen an den Staat. Die damit verbundenen Konflikte werden vom Grundgesetz nicht eindeutig vorentschieden. Ist also die Gestaltungsfreiheit des demokratisch gewählten Gesetzgebers noch eingehalten?

Angesichts der Wichtigkeit des Datenschutzes in der Informationsgesellschaft hat das Bundesverfassungsgericht früh nach Grenzen für den Gesetzgeber gesucht und sie durch Grundrechtsauslegung und mit Hilfe der Verfassungsdogmatik gefunden: Soll ein Gesetz Konflikte zwischen wichtigen Grundrechten, etwa dem (Datenschutz-)Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und anderen Verfassungsvorgaben bewältigen, so muss das Parlament, falls ihm präzise Abgrenzungen (noch) nicht gelingen, den Grundrechtsschutz durch Vorgaben für die Organisation der Behörden und für das von ihnen anzuwendende Verfahren sichern.⁴⁸ Dies aber ist dem Gesetzgeber beim IFG, wie gezeigt, gerade nicht gelungen.⁴⁹ Der „datenschutzrechtliche Abwägungsgrundsatz“ in § 5 Abs. 1 überlässt den grundrechtlich gebote-

⁴⁶ Vgl. z. B. *Friedrich Schoch*, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, Jura 2008, 25 (29); *Matthias Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 207 f.; vgl. auch *Michael Kloepfer/Florian Schärdel*, Grundrechte für die Informationsgesellschaft – Datenschutz und Informationszugangsfreiheit ins Grundgesetz?, JZ 2009, 453 (459).

⁴⁷ Zur Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung vgl. z. B. BVerfGE 98, 106 (131 ff.).

⁴⁸ Vgl. z. B. BVerfGE 65, 1 (49 ff.).

⁴⁹ Vgl. dazu auch die Kritik bei *Kloepfer/von Lewinski*, DVBl 2005, 1277 (1283).

nen Datenschutz noch zu oft allein der Behörde. Die gesetzlichen Organisations- und Verfahrensregeln (§§ 7 und 8) gleichen diese materiell-rechtliche Schwäche nicht aus (o. IV. 1.). Die Personalunion verschleiert vielmehr Konflikte zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit. Auch die Bewältigung dieser Konflikte mit Hilfe ein- und desselben Beauftragten bleibt, dem Wunsch des Gesetzgebers nach transparenter Verwaltung zuwider, intransparent. Das unzulänglich koordinierte Nebeneinander von Verfahren vor dem Bundesbeauftragten und Widerspruchs- bzw. gerichtlichem Verfahren führt den Datenschutz und den Informationsfreiheitsanspruch in unübersichtliche Sphären und verkompliziert zudem den Rechtsschutz. Diese Mängel werden auch nicht dadurch entschärft, dass das geänderte Gesetz künftig eine völlige Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit anstrebt.

VII. Lösungsvorschläge

Wie könnten andere Lösungen aussehen? Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen drei Gedanken eine erneute Diskussion anregen.

1. Will das Parlament an einem Abwägungsmodell festhalten, um Konflikte zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit zu lösen, sollte es selbst – mehr und präziser als bisher – materiell-rechtliche Abwägungsmaßstäbe vorgeben.
2. Auch einem ergänzenden Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren ist stärker Rechnung zu tragen. Es könnten z. B. zwei getrennte Beauftragte geschaffen werden, einer für den Datenschutz, der andere für die Informationsfreiheit. Sie könnten einen Konflikt zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit transparenter als bisher austragen.
3. Der Gesetzgeber könnte auch einen Richtervorbehalt anordnen: Schon im Verwaltungsverfahren, in dem es im Einzelfall darum geht, ob der Schutz eines personenbezogenen Datums oder die Informationsfreigabe Vorrang erhält, sollte nicht die Behörde, sondern ein von ihr anzurufender unabhängiger Richter entscheiden. Der Vorbehalt könnte wegen der Eigenheiten dieser mehrpoligen Entscheidung besonders ausgestaltet werden: Beim Richtervorbehalt für bestimmte nur „zweipolige“ Entscheidungen, beispielsweise über eine Wohnungsdurchsuchung, muss die vorherige Kenntnis des Betroffenen ausgeschlossen sein (in diesem Beispiel, um den Erfolg der Durchsuchung nicht zu gefährden). Bei der mehrpoligen Entscheidung des Richters über den Informationszugang könnte dagegen derjenige, um dessen Daten es geht, am Verfahren so beteiligt werden, dass er sogleich vollständigen richterlichen Rechtsschutz erhält. Gäbe stattdessen allein die Behörde die Daten frei, wäre für ihn nachträglicher gerichtlicher Rechtsschutz nicht i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG effektiv: Der Datenschutzberechtigte könnte die Preisgabe seiner Daten nicht mehr verhindern (trotz § 8 Abs. 2 Satz 2 IFG, s. o. IV. 1.); ihm bliebe allenfalls ein in der Praxis schwer durchsetzbarer, nur Schadensersatz bietender Sekundärrechtsschutz. Demgegenüber wäre zwar der Rechtsschutz dessen, der die Information begehrt, in einem Verwal-

tungsverfahren mit Richtervorbehalt noch nicht vollwertig: Erlaubte man auch ihm eine Einsichtnahme in die Akten des Richters, wäre die Entscheidung über Datenschutz oder Informationspreisgabe obsolet. Stattdessen könnte aber daran gedacht werden, den Informationsfreiheitsbeauftragten als Wahrer des Anspruchs des Informationsbegehrenden – und des Interesses der Öffentlichkeit – zu beteiligen; insoweit könnte man von einem „partiellen oder asymmetrischen in-camera-Verwaltungsverfahren bei Richtervorbehalt“ sprechen. Dem Informationsbegehrenden könnte anschließend, anders als dem Datenschutzberechtigten, auch nachträglicher Rechtsschutz effektiv helfen, will er noch gegen die Verwaltungsentscheidung mit Richtervorbehalt kämpfen.