

Das ‘neue’ Akteneinsichtsrecht* **

Professor Dr. Dr. h.c. Franz-Joseph Peine

Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

< Inhalt >

- I. Einleitung
- II. Überblick über das Informationsfreiheitsgesetz
- III. Hinweise auf ausländische Akteneinsichtsgesetze
- IV. Das Verfahren nach dem Informationsfreiheitsgesetz
- V. Transparenz
- VI. Ausnahmegründe
- VII. Sonstiges
- VIII. Ausblick
- IX. Bewertung

I. Einleitung

Das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz — IFG) vom 5. September 2005²⁾ ist seit dem 1. 1. 2006 in Kraft³⁾. Mit diesem Gesetz⁴⁾ ist auf der Bundesebene ein

* 심사위원 : 임재홍, 이부하, 금태환

** Vortrag, gehalten am 29. Mai 2007 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät (College of Law) der Yeungnam University. Die Fußnoten wurden nachträglich erarbeitet. Verfasser ist Herrn Kollegen Prof. Dr. Hyun-Joon Kim zu außerordentlichem Dank für seine Einladung nach Korea verpflichtet.

2) BGBl. I. S. 27722. Vorschriften ohne nähere gesetzliche Kennzeichnung sind solche des IFG.

bedeutungsvoller Wechsel mit Blick auf das Recht der Akteneinsicht eingetreten: Während früher das so genannte Aktengeheimnis⁵⁾ herrschte, gibt es nach dem neuen Gesetz in einem bestimmten Umfang ein Recht auf Akteneinsicht für jedermann. Diese Änderung darf als eine weitreichende Neuerung im Recht der behördlichen Aktenführung betrachtet werden.

Das neue Gesetz tritt neben das Verwaltungsverfahrensgesetz. Die in diesem Gesetz geregelten Rechte der Verfahrensbeteiligten, z.B. das Recht auf Akteneinsicht nach § 29 VwVfG, bleiben bestehen⁶⁾. Ferner existieren weitere Rechte auf Akteneinsicht nach Spezialgesetzen, z. B. im Umweltinformationsgesetz zur Umsetzung der EG-Richtlinie 2003/4/EG⁷⁾, im Stasi-Unterlagen-Gesetz⁸⁾ oder in § 50 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz⁹⁾. Es gibt schließlich (einige wenige) Landesgesetze, die ein allgemeines Akteneinsichtsrecht normieren¹⁰⁾. Diese

3) S. § 15.

4) Literatur: Gurlit, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl 2003, 1119; Klöpfer/von Lewinski, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, DVBl 2005, 1277; Kugelman, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NJW 2005, 3609; Schmitz/Jastrow, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NVwZ 2005, 984; Beckemper, Das neue Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, LKV 2006, 300; Bräutigam, Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht, DVBl 2006, 950; Fluck, Verwaltungstransparenz durch Informationsfreiheit, DVBl 2006, 1406; aus der Lehrbuchliteratur s. die Einführung bei Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, Rn. 612ff.

5) S. Schmitz/Jastrow, NVwZ 2006, 984.

6) Schmitz/Jastrow, NVwZ 2006, 985.

7) Umweltinformationsgesetz vom 22. Dezember 2004, BGBl I. S. 3704.

8) Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik vom 20. Dezember 1991, BGBl I. S. 2272.

9) Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) vom 22. März 2002, BGBl I. S. 1193.

10) Brandenburg: Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) vom 10. März 1998 — das Gesetz geht auch auf Debatten in der ersten freigewählten DDR-Volkskammer zu Akten von DDR-Behörden zurück; Berlin: Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit in Berlin vom 15. Oktober 1999; Schleswig-Holstein: Gesetz über die Freiheit des Zuzug zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein vom 9. Februar 2000; Nordrhein-Westfalen: Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. November 2001. Aus dem Schrifttum zu Brandenburg:

Rechtslage gestattet folgendes Urteil: Der früher geltende Grundsatz des strengen Aktengeheimnisses ist schon in der jüngeren Vergangenheit ein wenig durchbrochen worden er hat sich zum Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit weiter entwickelt. Dieser Grundsatz ist jetzt durch das Prinzip der Akteneinsicht für jedermann abgelöst worden – soweit es den Bund in Deutschland anbelangt.

Diese Änderungen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts werden getragen von einem veränderten Bürger-Staat-Verständnis. Ursprünglich musste der Staat über der Gesellschaft stehen, um die Rechtsgleichheit aller gegenüber den Ungleichheiten innerhalb der Gesellschaft gewährleisten zu können¹¹⁾. Das Leitbild 'aktivierender Staat' mit dem wesentlichen Prinzip 'mehr Bürgerorientierung' veränderte dieses Staatsverständnis. Eine zunehmend konsensorientierte Kooperation zwischen Staat und Bürger erfordert eine gleichgewichtige Informationsverteilung¹²⁾. Der Gesetzgeber erwartet, dass eine Verbesserung der Informationszugangsrechte (sprachlich nicht korrekt Informationsfreiheit genannt) die demokratischen Beteiligungsrechte der Bürger stärkt; denn jetzt hat jedermann gegenüber Behörden und Einrichtungen des Bundes auch ohne individuelle Betroffenheit einen Anspruch auf Information. Damit soll ein Misstrauen vieler Bürger gegenüber staatlichen Institutionen, die als undurchschaubar gelten, abgebaut werden¹³⁾.

Kneifel-Haverkamp, DuD 22, 438; Partsch, NJW 1998, 2559; Breidenbach/Palenda, NJW 1999, 1307; Nordrhein-Westfalen: Wolf-Hegerbekermeier/Pelizäus, DVBl 2002, 955; Stollmann, NWVBl 2002, 216; Bischofink, NWVBl 2003, 245; Schleswig-Holstein: Weichert, DuD 24, 262; Friedersen, NordÖR 2001, 89; Nordmann, RDV 2001, 71; länderübergreifend: Stollmann, VerwRdsch 2002, 309; Brückner/Breitrick, DVP 2004, 397; Bräutigam, DÖV 2005, 376. Kurze Darstellung der Inhalte der verschiedenen Landesgesetze bei Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, aaO., Rn. 610ff.

11) Forsthoff, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, S. 45.

12) S. dazu beispielsweise Masing, VVDStRL 63, 377, 394.

13) Zum Vorstehenden Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 985.

II. Überblick über das Informationsfreiheitsgesetz

Das Informationsfreiheitsgesetz (im Folgenden kurz: Gesetz) begründet ein 'formales' subjektiv-öffentliches Jedermannrecht auf Zugang zu Bundesinformationen, ohne dass jeweils tatsächliche Rechte des Einzelnen hinter dem Informationsbegehren stehen müssen¹⁴⁾. Es ist grundsätzlich unmittelbare Einsicht in ein Dokument möglich. In der Praxis wird zumeist in eine Kopie eines Aktenauszugs Einsicht genommen. Die Besonderheit liegt im voraussetzungslosen Zugang:

Es besteht ein Allgemeinanspruch auf Akteneinsicht¹⁵⁾. Bislang gab es diesen Anspruch nicht. Das bedingt: Wer nicht betroffen sein muss, hat materiell keine Rechtsposition; in der Folge sind Einschränkungen möglich; der Gesetzgeber bestimmt den Umfang der Einschränkungen¹⁶⁾. Das Gesetz schützt, mit unterschiedlichen Abwägungsmaßstäben, öffentliche Belange, laufende Verfahren, personenbezogene Daten und schließlich Geschäftsgeheimnisse. Im Verfahren wird der Informationszugang durch den Informationsfreiheitsbeauftragten, personengleich mit den Bundesdatenschutzbeauftragten, institutionell unterstützt. Deshalb können Konflikte zwischen Informationsrecht und Datenschutz in einem Haus ausgeglichen werden. Auskünfte sind regelmäßig kostenpflichtig. Der Verwaltungsaufwand ist zu berücksichtigen, ohne dass volle Kostendeckung besteht. Näheres regelt eine Kostenverordnung¹⁷⁾.

III. Hinweise auf ausländische Akteneinsichtsgesetze

14) So durchgehend die Literatur, Nachweis Fn. 3.

15) So durchgehend die Literatur, Nachweis Fn. 3.

16) Diese Aussage ist außerordentlich wichtig, weil sich niemand bei Geltendmachung des Anspruchs auf eine Grundrechtsposition berufen kann, weil ein Recht auf Information aus Behördenakten nicht besteht.

17) Informationsgebührenverordnung vom 2. Januar 2006, BGBl. I. S. 6.

In der öffentlichen Diskussion ist betont worden, Deutschland müsse im Recht der Akteneinsicht internationale Standards erreichen¹⁸⁾. In der Tat haben über 50 Staaten weltweit Informationsfreiheitsgesetze, in der Europäischen Union nur Luxemburg und Deutschland nicht. Die vorhandenen Regeln sind höchst unterschiedlich. Ein internationaler Standard ergibt sich beispielsweise nicht aus gemeinschaftsrechtlichen Regeln¹⁹⁾.

Die EU-Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Ansätze realisiert. Beispielhaft sei auf Schweden verwiesen, weil es oft für seine transparente Verwaltungskultur als Vorbild genannt wird. Dieses Land gibt nur als Dokument frei, was zuvor als solches registriert wurde. Gerade nicht abgeschlossene Vorgänge sind nicht registriert. Der Geheimschutz besteht ebenfalls, ist allerdings in einem gesonderten Gesetz geregelt. Datenschutzbelange sind geringer ausgeprägt als in Deutschland; der Einblick in eine Steuererklärung ist, anders als in Deutschland, grundsätzlich möglich. Jeder Schwede weiß, wie viel der König verdient²⁰⁾.

Oft werden die Vereinigten Staaten als Vorbild für Informationsfreiheit genannt. Allerdings sind die Rahmenbedingungen ganz andere als in Deutschland: Es wird eher weniger als in Deutschland aktenkundig; die Rolle von Kongressabgeordneten bei der Bürgerinformation und das anders strukturierte Petitionswesen erschweren Vergleiche. Zudem fließt Informationsfreiheit mit dem Datenschutz zusammen. Die Wartezeiten können Monate bis Jahre betragen; eine schnelle Bearbeitung muss teuer erkaufte werden²¹⁾.

IV. Das Verfahren nach dem Informationsfreiheitsgesetz

18) Schoch, Die Verwaltung 2002, 149.

19) Dazu ausführlich Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 987.

20) Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 987.

21) Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 987.

1. Antragsberechtigte

Der Anspruch auf Informationszugang steht jedem, also Deutschen und Ausländern, im In- und Ausland zu. Auch juristische Personen des Privatrechts können ihn geltend machen. Bürgerinitiativen und Verbände sind als solche nicht zugangsberechtigt. Jedes einzelne Verbandsmitglied hat jedoch ein eigenes voraussetzungsloses Zugangsrecht²²⁾.

2. Auskunftspflichtige

1) Bundesbehörden. Der Anspruch auf Informationszugang richtet sich nur gegen die Behörden des Bundes. Dabei entspricht der Behördenbegriff dem des § 1 Abs. 4 VwVfG. Auslandsvertretungen sind eingeschlossen. Teil einer Bundesbehörde sind auch dort eingegliederte beratende Bundesgremien.

2) Sonderfälle. § 1 Abs. 1 Satz 2 stellt klar, dass auch Bundestag, Bundesrat, Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichte und Bundesbank einbezogen sind, soweit dort öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrgenommen werden. Der Zusatz 'rechtlich' ist gegenüber dem der öffentlichen Verwaltungsaufgaben oder -tätigkeiten²³⁾ konturenschärfer und besser mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht abgestimmt. Behörden und Einrichtungen, die nur teilweise öffentlich-rechtlich tätig werden, sind auch nur insoweit zum Informationszugang verpflichtet. Der spezifische Bereich der Wahrnehmung parlamentarischer Angelegenheiten, der Rechtsprechung und sonstiger unabhängiger Tätigkeiten sowie weite Teile der Tätigkeit des Bundespräsidialamts bleiben vom Informationszugang ausgenommen. Beratende Bundesgremien sind nicht auskunftspflichtig. Bei Bund/Länder-Behörden kann nur ein dem Bund zurechenbarer selbständiger Organisationsteil betroffen sein. Handelt die Bundesbehörde europarechtlich, gelten dessen Vorgaben.

22) S. zum Vorstehenden die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/4493, S. 5 ff.

23) S. OVG Münster, NJW 2005, 2028.

3) Private. § 1 Abs. 1 Satz 3 gewährt den Informationszugang auch in den Fällen, in denen sich die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben privater Personen oder Unternehmen bedient, ohne diese zu beleihen²⁴⁾. Erfasst sind insbesondere Verwaltungshelfer, die lediglich Dienste für die Verwaltung leisten. Anspruchsgegner ist die Behörde, deren Aufgaben der Antrag betrifft. Das Gesetz gewährt keinen Anspruch gegen Private oder öffentliche Stellen. Dies gilt auch, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts die absolute Mehrheit von Anteilen einer Gesellschaft hält, die öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt (Beteiligungsverwaltung des Bundes). Grundsätzlich unbeschränkt unterfallen dem Gesetz dagegen diejenigen Akten, die sich auf einen Privatisierungsvorgang beziehen.

3. Auskunftsgegenstand

Der Begriff 'amtliche Information', § 2 Nr. 1, erfasst alle Formen festgehaltener und gespeicherter Informationen. Dazu zählen Aufzeichnungen²⁵⁾, die elektronisch²⁶⁾, optisch²⁷⁾ akustisch oder anderweitig gespeichert sind. Ausgeschlossen sind private Informationen oder solche, die nicht mit amtlicher Tätigkeit zusammenhängen²⁸⁾. Nach dem Urheber der Information wird nicht unterschieden: Informationen mit Ursprung außerhalb des Bundes werden Bestandteil der amtlichen Information des Bundes, wenn sie dem Bund dauerhaft zugehen. Etwas anderes gilt, wenn es sich um vorübergehend beigezogene Akten handelt. Der Zugang kann insbesondere jedoch durch den Schutz öffentlicher Belange, § 3, im Einzelfall ausscheiden. Die Vorbereitung von Gesetzen in den Bundesministerien als wesentlicher Teil der Verwaltungstätigkeit fällt ebenfalls in

24) Eine Privatperson, die beleihen ist, bildet eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG; dieser Fall ist speziell nicht zu regeln, weil er geregelt ist.

25) Schriften, Tabellen, Diagramme, Bilder, Pläne, Karten und Tonaufzeichnungen.

26) Magnetbänder, Magnetplatten, Disketten, CD-Roms und DVDs.

27) Filme, Fotos auf Papier.

28) Der Terminkalender des Regierenden Bürgermeisters von Berlin ist keine Akte.

den Anwendungsbereich des Gesetzes. Wegen § 3 Nr. 3 und § 4 Abs. 1 ist ein Anspruch auf Informationszugang vor dem Kabinettsbeschluss dennoch regelmäßig ausgeschlossen. Entwürfe und Notizen, etwa handschriftliche Aufzeichnungen oder Gliederungen, sind ausgenommen, wenn sie nicht Bestandteil des Vorgangs werden sollen. Was Bestandteil des Vorgangs zu sein hat, bestimmt sich nach den Regeln der ordnungsgemäßen Aktenführung. Es gibt einen Spielraum bei der Entscheidung, was zu den Akten kommt, z. B. ob im Einzelfall ein Gesprächsvermerk gefertigt wird. Mögliche Informationsansprüche machen keine Änderung in der Aktenführung der Behörden durch Trennung von Unterlagen erforderlich. Erst für das Informationsbegehren hat die Behörde durch Trennung, Weitergabe geschwärzter Kopien oder auf andere Weise geschützte Information auszusondern, § 7 Abs. 2 Satz 1. Parallelaktenführung ist unzulässig.

Die Pflicht zum rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug ist ohne eine Dokumentation der einzelnen Verwaltungsvorgänge ebenso wenig zu erfüllen wie eine ordnungsgemäße Durchführung des Verwaltungsverfahrens²⁹⁾. Der Dokumentationspflicht genügen nur Akten, deren Inhalt über die Registratur der Behörde erschlossen werden kann. Das Gesetz löst nicht das Problem in sich wenig verständlicher oder unverständlicher Akten, die nur das Nötigste enthalten. Es verpflichtet nicht dazu, Akten für außenstehende Antragsteller verständlich anzulegen.

4. Informationszugang

Das Gesetz normiert ein Wahlrecht des Antragstellers zwischen Auskunftserteilung und Akteneinsicht, § 11 Abs. 2. Von der begehrten Art des Informationszugangs kann die Behörde nur aus wichtigem Grund absehen. Dazu zählt insbesondere, dass Schutzbelange der §§ 3 bis 6 durch einen unbegrenzten Zugang beeinträchtigt sein können. Die Behörde muss prüfen können, was der

29) Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 9 Rn. 53 ff.

Antragsteller ansehen möchte. Daher kann es ausreichen, eine Kopie von Teilen der Akte zugänglich zu machen. Ferner können Belange dagegen sprechen, dass der Antragsteller selbständig im behördeneigenen Computersystem recherchiert; ein solches System gibt es noch nicht in allen Behörden. Das Verfügbarmachen in sonstiger Weise erfasst die Fälle, in denen der Antragsteller mehr als eine bloße Auskunft will, eine Einsichtnahme in Bild oder Schrift jedoch ausscheidet³⁰⁾.

5. Verhältnis zu anderen Auskunftsnormen

Das Gesetz regelt bewusst keinen Mindeststandard. Auf die Formulierung, dass 'weitergehende' Auskunftsrechte unberührt bleiben, wurde verzichtet. Das Gesetz geht davon aus, dass Auskunftsansprüche je nach Sachgebiet sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Konsequenter muss das Fachrecht vorgehen, und zwar vollständig, auch wenn es enger ist (z. B. Stasi-Unterlagengesetz, Lebensmittelrecht). Ein Mindeststandard würde Rechtsgrundlagen vermischen und erhebliche Anwendungsprobleme hervorrufen³¹⁾.

6. Auskunftsbewilligung

§ 7 Abs. 1 Satz 1 regelt die Zuständigkeit der Behörde. Wird eine unzuständige Behörde angesprochen, muss sie den Antragsteller hierauf hinweisen, § 25 VwVfG. Wer in der Behörde über den Antrag entscheidet, richtet sich nach der innerbehördlichen Organisation. Regelungen zur Präzisierung des Antrags und zur Beratung und Unterstützung durch die Behörde sind wegen § 25 VwVfG entbehrlich. Das Verwaltungsverfahren ist nicht förmlich, § 10 VwVfG. Der Antrag kann aus Gründen der Bürgerfreundlichkeit schriftlich, elektronisch, mündlich, telefonisch oder durch schlüssiges Handeln gestellt werden. Es liegt im Ermessen der Behörde, im Einzelfall einen schriftlichen Antrag oder eine Konkretisierung des Antrags zu verlangen³²⁾. Einen ablehnenden Bescheid muss

30) Beispielsweise das Abhören eines Tonbands.

31) Ausführlich zum Vorstehenden Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 989.

die Behörde nach § 39 VwVfG begründen.

Die ausdrückliche Regelung zum teilweisen Informationszugang (als teilweise Ablehnung des Zugangsantrags) in § 7 Abs. 2 Satz 1 ist verhältnismäßig. Der Informationszugang ist auch gewährt, wenn Teilinformationen abgetrennt, durch eine geschwärzte Kopie oder auf andere Weise unzugänglich gemacht werden. Die Abtrennung oder Schwärzung ist zu kennzeichnen. Würde die Information durch Abtrennung oder Schwärzung verfälscht, ist der Zugang unbeschadet des § 7 Abs. 4 zu verweigern. Eine Unkenntlichmachung der Daten Dritter nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ist auch möglich, sofern sich der Antragsteller damit einverstanden erklärt.

Eine Schriftform für die Bescheidung des Antrags ist auch für den Fall der Ablehnung nicht vorgesehen. Nach § 37 Abs. 2 Satz 2 VwVfG kann der Antragsteller bei berechtigtem Interesse und unverzüglich geäußertem Verlangen die schriftliche Bestätigung eines mündlich erlassenen Verwaltungsakts verlangen. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit besteht nur bei der Beteiligung Dritter, § 8 Satz 2. Die Behörde kann Auskünfte mündlich oder schriftlich erteilen, § 7 Abs. 3 Satz 1. Einfache Auskünfte können demnach unmittelbar telefonisch oder per E-Mail ohne Signatur erteilt werden. § 11 Abs. 1 Satz 2 steht dem nicht entgegen, weil er die Art des Informationszugangs betrifft, nicht aber die Form der Auskunfterteilung. Der Antragsteller kann bei Einsichtnahme in Informationen Aufzeichnungen als Gedächtnishilfe fertigen und mitnehmen. Kopien und Ausdrucke kann er sich vorbehaltlich urheberrechtlicher Vorschriften fertigen. Daraus folgt ein Anspruch auf Ausdruck gespeicherter oder verfilmter Texte.

7. Bewilligungsfrist

Bereits nach § 10 Satz 2 VwVfG ist die Behörde gehalten, das Verfahren

32) Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, aaO., § 10 Rn. 16 ff.

zünftig durchzuführen. Wegen der besonderen Bedeutung eines zeitnahen Informationszugangs verlangt § 7 Abs. 5 Satz 1, den Antrag unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), zu bescheiden. Das Gesetz verzichtet auf eine feste Frist. Allerdings konkretisiert es den Maßstab 'unverzüglich' durch eine Soll-Frist von einem Monat, soweit keine Drittbeteiligung, § 8 Abs. 2, erforderlich ist. Bei Drittbeteiligung ist Bestandskraft gegenüber dem Dritten abzuwarten, § 8 Abs. 2 Satz 2, was viele Monate dauern kann. Die einstufige, unbürokratische Regelfrist ermöglicht Ausnahmen für atypische Fälle; die Behörde muss dieses Vorgehen jedoch begründen und dem Antragsteller eine Zwischennachricht übersenden. In der Praxis dürften 80% aller Anfragen ohne Drittbeteiligung innerhalb eines Monats erledigt werden. Der Antragsteller hat jedoch etwa als Journalist selbst bei 'Berücksichtigung seiner Belange' keinen Anspruch, dass sein Antrag binnen eines Tages oder einer Woche erledigt wird. Handelt die Behörde nicht unverzüglich, sieht das Gesetz bewusst keine eigene Rechtsfolge vor. Eine Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO ist bei Vorliegen deren Voraussetzungen möglich.

8. Beteiligung Dritter bei der Bewilligung

§ 8 ist eine Verfahrensvorschrift. Wer Dritter ist, richtet sich nach dem verwaltungsverfahrenrechtlich geprägten § 2 Nr. 2. § 8 gilt danach für Personen, deren personenbezogene Daten, geistiges Eigentum, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse betroffen sind. Das kann in bestimmten Fällen eine Behörde sein; in diesem Fall bleiben die Vorschriften zur Beteiligung Dritter unberücksichtigt. Die Beteiligung erfolgt von Amts wegen. Erklärt sich der Antragsteller von vornherein oder auf Nachfrage durch die Behörde einverstanden, die Daten des betroffenen Dritten unkenntlich zu machen, entfällt das Erfordernis der Beteiligung. Ebenso ist die Beteiligung unnötig, wenn sich der Dritte erkennbar nicht rechtzeitig äußern kann oder seine mutmaßliche Einwilligung erkennbar ist. Liegt ein Regelbeispiel des § 5 Abs. 3 Satz 1 vor, ist eine Beteiligung nur erforderlich, wenn die Behörde ausnahmsweise Anlass zu der

Annahme hat, Belange des Dritten könnten überwiegen. Im Interesse des Datenschutzes sollte die Behörde den Antragsteller zunächst fragen, ob er hinsichtlich der Daten des Dritten einer Schwärzung oder Teileinsicht zustimmt. Im Übrigen ist der Dritte auch zu beteiligen, wenn die Behörde im Einzelfall der Ansicht ist, dass sein Geheimhaltungsinteresse das Informationsinteresse des Antragstellers nicht überwiegt, da es durchaus möglich ist, dass die Behörde die Interessenlage des Dritten nicht umfassend kennt oder der Dritte selbst mit der Offenbarung der ihn betreffenden Information einverstanden ist.

Abweichend vom Grundsatz der Formfreiheit, § 7, erlässt die Behörde einen schriftlichen Bescheid, wenn ein Dritter beteiligt ist, der neben dem Antragsteller zu bescheiden ist, § 8 Abs. 2. Damit soll zur erleichterten gerichtlichen Nachprüfbarkeit eine einheitliche Begründung sichergestellt werden. Der Dritte kann einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO erlangen.

9. Rechtsschutz gegen verweigerte Auskünfte

Gegen eine ablehnende Entscheidung sind Widerspruch und Verpflichtungsklage zulässig, § 9 Abs. 4 Satz 1. Die Festlegung auf die Verpflichtungsklage ist bürgerfreundlicher als ein bloßer Verweis auf den Rechtsweg. Klagen gegen die Verweigerung einer Information nach dem Gesetz dürften keine Aussichten auf Erfolg haben, wenn die Behörde einen der Weigerungsgründe dieses Gesetzes auch nur plausibel anführt. Ist der Auskunftsanspruch selbst Streitgegenstand, kann das zuständige Gericht nicht verlangen, dass die Behörde die Akten vorlegt, die die begehrten Informationen enthalten. Anderenfalls würde mit der Aktenvorlage eine Entscheidung in der Hauptsache regelmäßig obsolet denn nach § 100 VwGO können alle Beteiligten die Gerichtsakten und die dem Gericht vorgelegten Akten einsehen. Werden also die begehrten Informationen aus Gründen der Geheimhaltung nicht offenbart, bleibt ein Rechtsschutzbegehren, ob gesetzliche Gründe dafür vorliegen, den Informationsanspruch abzulehnen, zumeist wohl erfolglos. Die Behörden werden für Anträge auf Informationszugang gesonderte

Verfahrensakten anlegen, die bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung vorgelegt werden können³³⁾.

Der Rechtsschutz kann insbesondere nicht im Rahmen der Beweiswürdigung unter Rückgriff auf Beweislastgrundsätze erweitert werden. Selbst wenn die Behörde die Weigerungsgründe glaubhaft macht und dieses Vorgehen gerichtlich kontrollieren lässt, bleibt eine Detailkontrolle ausgeschlossen. Die Gründe, die die Behörde dafür vorträgt, dass sie dem Kläger keine Auskunft erteilt, fallen mit denjenigen zusammen, mit denen sie im anschließenden gerichtlichen Verfahren inhaltlich glaubhaft macht, dass sie die Aktenvorlage verweigern durfte.

Man kann feststellen: Mit dem Gesetz werden subjektiv-öffentliche Rechte begründet, die über das verfassungsrechtlich Erforderliche hinausgehen. Dass diese Rechte weniger durchsetzungsfähig ausgestaltet werden, begegnet keinen Bedenken: Es bleibt ein Mehr an Rechten als verfassungsrechtlich vorgegeben.

10. Kosten

Die Gebühren müssen die Kosten der Verwaltung nicht decken, sie dürfen auch nicht abschrecken. Niemand muss befürchten, dass Behörden Kosten nutzen, um Anfragen abzuwehren. Der Gebührentatbestand knüpft an eine Amtshandlung und nicht die bloße Informationsübermittlung an, da das Gesetz die Entscheidung über die Auskunft als Verwaltungsakt sieht. Die Ablehnung eines Antrags ist kostenfrei. Das Nähere regelt eine Rechtsverordnung³⁴⁾.

Einfache Auskünfte sind kostenfrei. Diese Entscheidung ist sinnvoll: Die Behörde wird ohnehin erst dann Kosten berechnen, wenn der (nicht geringe) Verwaltungsaufwand für einen Gebührenbescheid lohnt. Die Einsichtnahme bei der Behörde ist hingegen nicht kostenfrei; sie kann sehr teuer sein, wenn z. B. ein

33) So Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 990.

34) S. Fn. 16.

Raum (für die Einsicht von Plänen oder zahlreicher Akten) oder eine Videoanlage zur Verfügung gestellt werden muss.

V. Transparenz

1. Schutz öffentlicher Interessen

Streitig im parlamentarischen Verfahren waren Abwägungsmaßstab und Ausnahmen³⁵⁾.

Die externe Finanzkontrolle in § 3 Nr. 1 ist tatbestandlich eng auf den Bundesrechnungshof zugeschnitten, der dafür durch den Maßstab der möglichen nachteiligen Auswirkungen auch stark geschützt ist. Der Beeinträchtigten-Maßstab bei der Vertraulichkeit behördlicher Beratungen in § 3 Nr. 3 gibt weniger Schutz, wofür der Tatbestand der Vertraulichkeit wiederum weit und vielschichtig ist. Eine Anpassung der Abwägungsmaßstäbe hätte ungleiche Sachverhalte gleich behandelt, manches zu stark, anderes zu wenig geschützt. Bei dem Abwägungsmaßstab vor allem der Nr. 1 war zu berücksichtigen, dass es international und national keine einheitlichen Formulierungen gibt. Während etwa das umweltrechtliche Aarhus-Übereinkommen in Art. 4 Abs. 4 von 'nachteilige Auswirkungen hätte' ('would affect', auch: 'haben könnte') spricht, sprechen andere Texte von 'haben kann' oder von 'haben'. Der Gesetzgeber hat sich für eine vermittelnde Position entschieden: 'haben kann'. Die Behörde muss damit im Einzelfall darlegen, dass durch die Auskunft die konkrete Möglichkeit besteht, dass ein Schutzgrund nachteilig beeinträchtigt ist. Das schließt nicht aus, zur Verwaltungsvereinfachung auch formularmäßig bestimmte typische Ablehnungsbegründungen zu verwenden, wenn diese auf einen Einzelfall zutreffen. Vor allem muss die Behörde die Ablehnungsgründe nicht so detailliert schildern,

35) S. BT-Innenausschuss, A-Dr. 15(4)216.

dass Rückschlüsse auf die geschützte Information möglich sind.

Kritisiert wurde die Zahl der Ausnahmen. § 3 versucht, bestimmte Fallkonstellationen in Gesetzessprache zu fassen. Diese Technik führt zwar zu zahlreichen, dabei aber wenig abstrakten und griffigen Formulierungen. Dem Bürger und den Behörden erleichtert dies gegenüber Generalklauseln wie in § 30 VwVfG, den Inhalt der Schutzgründe zu erfassen.

Die Gründe können nebeneinander anwendbar sein. Unnötige Doppelungen sind bei näherer Sicht gleichwohl nicht enthalten; jeder Schutzgrund hat seinen nur ihm eigenen Inhalt. Überlappungen in Teilgebieten erscheinen hinnehmbar, vor allem, wenn sie den Inhalt der Schutzgründe deutlicher und verständlicher übermitteln. In den einzelnen Ausnahmegründen liegen Kernkompromisse. Es ist sinnvoll, typische Anwendungsfälle zu betrachten.

Internationale Beziehungen in § 3 Nr. 1 lit. a entsprechen begrifflich dem Umweltinformationsgesetz. Typischerweise handelt es sich um grundlegende politische Fragen im Bereich des Auswärtigen Amts, bei denen eine Auskunft Beziehungen etwa zu ausländischen Staaten negativ betreffen kann. Verhandlungen mit ausländischen Staaten und innerhalb inter- sowie supranationaler Organisationen, insbesondere im Rahmen der EU, betreffen hingegen alle Ministerien; sie sind in § 3 Nr. 3 angesprochen. Beide Ausnahmegründe können sich ergänzen praxisrelevanter dürfte § 3 Nr. 3 sein.

Aus dem Bereich des Bundesverteidigungsministeriums spricht § 3 Nr. 1 lit. b nicht von der 'Verteidigung', sondern genauer von sicherheitsempfindlichen Belangen der Bundeswehr. In der Tat gehen militärische und zivile Sachverhalte ineinander über. 'Sonstige sicherheitsempfindliche Belange' sind nicht-militärische, zivile Sachverhalte, die jedoch Rückschlüsse auf militärische Sachverhalte, Truppenstärke oder Waffenausrüstung, zulassen. Wer wissen möchte, welche Ausrüstung angeschafft wird, kann hieraus auf die Truppenstärke schließen.

Eine Generalklausel für Sicherheitsbelange, insbesondere der Sicherheitsbehörden des Bundes, findet sich in § 3 Nr. 1 lit. c.

Den Geschäftsbereich des Finanz- und des Wirtschaftsministeriums, Kontrolltätigkeit von Finanz-, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, betrifft § 3 Nr. 1 lit. d. Diese Ausnahme verhindert, dass Mitbewerber interne Marktanalysen des Bundeskartellamts erfragen und durch angepasstes Verhalten das Kartellrecht umgehen; sie erweitert damit den Schutz über § 6 (Geschäftsgeheimnisse) hinaus.

Der Bundesrechnungshof wird in § 3 Nr. 1 lit. e angesprochen. Wäre er voll auskunftspflichtig, wäre seine Aufgabe der vertraulichen Ermittlung insbesondere bei der Korruptionsbekämpfung beeinträchtigt, wenn auch diejenigen Auskünfte erhalten, die als Person Gegenstand der Ermittlung sind.

Maßnahmen etwa der Wirtschaftsbehörden auszuforschen, die den Außenwirtschaftsverkehr regulieren, soll durch § 3 Nr. 1 lit. f vermieden werden.

Behörden sind als Beteiligte eines Gerichts- oder ähnlichen Verfahrens nach § 3 Nr. 1 lit. g nicht zur Aktenfreigabe gezwungen, wenn dadurch das Verfahren nachteilig beeinflusst werden könnte. In laufenden Zivilprozessen müssen Bundesbehörden dem Prozessgegner auch nicht zur schlüssigen Begründung seiner Klage verhelfen.

Die klassische ordnungsrechtliche Gefahrenabwehr wird in § 3 Nr. 2 erfasst. Angesichts des sehr weiten Anwendungsbereichs des Gesetzes erschien eine Begrenzung auf wesentliche Schutzgüter nicht sinnvoll; sie hätte auch neue Auslegungsprobleme aufgeworfen.

Ein übergreifender Schutz wird durch die Vertraulichkeit von Beratungen

gewährleistet, § 3 Nr. 3. Zu diesem unbestimmten Rechtsbegriff dürfte sich eine Fallrechtsprechung entwickeln. Die Norm selbst unterscheidet internationale (lit. a) und innerstaatliche (lit. b) Vertraulichkeit. Im Unterschied zu § 4 gilt dies gerade auch außerhalb laufender Entscheidungsprozesse. Gedacht ist an vielfältige Sachverhalte wie laufende Beratungen in Brüsseler Ratsarbeitsgruppen, aber auch interne Abstimmungen zwischen Ressorts im Vorfeld eines Gesetzentwurfs oder bei der Fertigung eines Schriftsatzes für den EuGH.

Aus Erwägungen der inneren Sicherheit eingestufte Dokumente, etwa 'Verschlussache — nur für den Dienstgebrauch', sowie solche unter einem besonderen, oft berufsbezogenen Amtsgeheimnis sind durch § 3 Nr. 4 geschützt. Von einer anderen Behörde beigezogene Akten sind von § 3 Nr. 5 erfasst. Diese Akten sind bei der Ursprungsbehörde einzusehen, die die Schutzbedürftigkeit besser einschätzen kann.

Die fiskalischen Bundesinteressen nach § 3 Nr. 6 sind durch die Worte 'im Wirtschaftsverkehr' präzisiert. Handelt der Staat wie ein Privater, darf er auch nicht weniger als dieser geschützt sein, namentlich vor der Ausforschung durch Mitbewerber. Dies betrifft Kredit- und Bankgeschäfte des Bundes, aber auch Krankenkassen und Sozialversicherungsträger. Der Schutz der Interessen der Sozialversicherer ist gesichert gedacht ist vor allem Ausforschung durch Mitbewerber außerhalb geschützter Sozialdaten.

Einen Schutz von Hinweisgebern und Informanten ('whistleblower') bezweckt § 3 Nr. 7, und zwar auch außerhalb der von § 3 Nr. 1 lit. d erfassten wirtschaftsrechtlichen Bereiche. Ohne entsprechende Hinweise gerade innerhalb einer Organisation wäre Korruption schwerer zu bekämpfen. Dem entspricht aber ein Schutzbedürfnis des Hinweisgebers, der Nachteile für sich vermeiden möchte. Diese Norm hat auch Appellcharakter, weil sie dem Hinweisgeber zeigt, dass er anonym bleiben kann.

Die einzige echte Bereichsausnahme findet sich in § 3 Nr. 8 zu Gunsten der Nachrichtendienste und sonstiger sicherheitsempfindlicher Aufgaben. Solche Teilaufgaben nimmt beispielsweise die Bundespolizei wahr.

2. Schutz laufender Verwaltungsverfahren

§ 4 schützt laufende Verwaltungsverfahren, bis eine Entscheidung oder Maßnahmen ergangen ist. Geschützt wird nicht nur die Vereitelung einer Entscheidung, sondern bereits deren Gefährdung. Die Definition des Vereitels entspricht der Gefährdung nach einer Prognose. Sofern im Bereich der Wissenschaft, Forschung und Kulturförderung Gutachten für Bundesbehörden erstellt werden, können zumindest die Namen der Gutachter geschwärzt werden. Zudem darf die Behörde, wie das Wort 'regelmäßig' in § 4 Abs. 1 Satz 2 andeutet, darlegen, dass ein solches Gutachten ausnahmsweise doch eine Maßnahme vorbereitet. Nach Absatz 2 soll der Antragsteller nach Abschluss des Verfahrens unterrichtet werden, was ihm ermöglicht, zu diesem späteren Zeitpunkt einen Auskunftsantrag zu stellen.

3. Datenschutz

Staatliche Akten enthalten viele personenbezogene Daten. § 5 schützt sie durch eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz und dem Informationsinteresse. Der Zugang nach § 1 setzt kein Interesse voraus; dennoch spielt es datenschutzrechtlich bei § 5 eine Rolle. Die Abwägung ergänzt eine Einwilligungslösung: Willigt der Dritte ein, entfällt die Abwägung. Regelbeispiele finden sich im Gesetzestext. § 5 Abs. 2 stellt eine Vermutung auf, was nicht herauszugeben ist. Gedacht ist an einen unmittelbaren beruflichen Bezug. Zu beachten ist, dass gerade das Mandat bereits weitgehend keine Verwaltungstätigkeit betrifft und damit nicht dem Gesetz unterfällt. Der Gesetzgeber hat gleichwohl für die verbliebenen Randbereiche eine Regelung getroffen. Da § 5 Abs. 2 von besonderen Amtsgeheimnissen spricht, genügt die allgemeine Pflicht zur

Amtsverschwiegenheit nicht mehr, die Information zu verweigern. § 5 Abs. 3, 4 betrifft Gutachter- und Amtsträgerdaten. Im Datenschutzrecht fehlt für Angaben über Gutachter und Bearbeiter eine allgemeine Regel. Bearbeiter sollen aber vor persönlichem Druck im Privatleben durch ihre Amtstätigkeit geschützt werden. Deshalb werden nur bestimmte bürobezogene Amtsträgerdaten veröffentlicht.

4. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie geistiges Eigentum

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie geistiges Eigentum (Marken, Muster, Warenzeichen und Patente) schützt § 6 absolut. Die Herausgabe erfolgt nur bei Einwilligung. Nach einer Einwilligung liegt überhaupt kein Geschäftsgeheimnis mehr vor. Eine Abwägungsentscheidung könnte die Behörde gerade der Regulierungsverwaltung in schwierigen Fällen überfordern: Gegebenenfalls wäre sie Amtshaftungsansprüchen der Unternehmen ausgesetzt. Ferner ist das Geschäftsgeheimnis in der Rechtsprechung hinreichend konturiert; ein Missbrauch liegt nicht nahe. Eine Begriffsbestimmung von Geschäftsgeheimnissen im Gesetz selbst wurde zu Recht abgelehnt.

Das Gesetz regelt nicht, wie die Behörde die Einwilligung überprüft. Die Prüfung wird nur in Zusammenarbeit zwischen Antragsteller, Behörde und betroffenem Unternehmen möglich sein. Im Regelfall wird die Behörde das betroffene Unternehmen befragen und keine abweichende Entscheidung treffen können. Alternativ kann sich der Antragsteller unmittelbar an das Unternehmen wenden.

VI. Ausnahmegründe

Das Gesetz erwähnt den exekutiven Kernbereich nicht. Nach der Gesetzesbegründung³⁶⁾ darf sich die Behörde gleichwohl verfassungsunmittelbar auf den exekutiven Kernbereich berufen. Was die Exekutive nicht dem

Gesetzgeber oder einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss mitteilen muss, darf sie erst recht gegenüber dem Bürger geheim halten. Der Text des Gesetzes verwendet den verfassungsrechtlichen Begriff des Kernbereichs nicht, um keinen Raum für gerichtliche Auslegung zu öffnen.

VII. Sonstiges

1. Veröffentlichungspflichten

Um dem Bürger die Suche von Informationen zu erleichtern, veröffentlichen die Bundesbehörden Informationssammlungen, Organisations- und Aktenpläne, § 11. Diese Begriffe sind nicht definiert. Die Behörde hat Ermessen, was und mit welchem Detail sie veröffentlicht. Die E-Government-Initiative der Bundesregierung verbreitet bereits aktiv Informationen.

2. Bundesbeauftragter für die Informationsfreiheit

Der Informationsfreiheits-Beauftragte entscheidet, wie ein Ombudsmann, nicht, er vermittelt. Die Datenschutzbeauftragten der Länder verteidigten die Personalunion mit dem Bundesdatenschutzbeauftragten. In den Ländern habe es keine Probleme gegeben. Sie haben sich durchgesetzt.

VIII. Ausblick

Die Länder haben früh abgelehnt, dass der Bund ein umfassendes, auch die Landesverwaltungen einbeziehendes Gesetz vorlegt. Die Bundesregelung dürfte inhaltlich zukünftige Landesgesetze erheblich beeinflussen.

36) BT-Drs. 15/4493, S. 5 ff.

In § 14 Satz 2 gibt sich der Gesetzgeber selbst den Auftrag, das Gesetz auf wissenschaftlicher Grundlage zu evaluieren. Inhalt der Bewertung wird sein, ob sich das Gesetz zukünftig enger in das Verwaltungsverfahren-, Datenschutz-, Umwelt- und Verbraucherinformationsrecht einbeziehen lässt. Es geht um die Verwirklichung des Gedankens, das Informationszugangsrecht in Form und Inhalt zu vereinheitlichen. Hierzu gibt es beispielsweise folgende Möglichkeit: eine Einbindung in das Verwaltungsverfahrensgesetz für alle denkbaren Fälle des Informationszugangs. Wie die zukünftige Lösung aussehen wird, ist zur Zeit vollkommen ungeklärt³⁷⁾.

IX. Bewertung

Das Gesetz ist in Wirkung wie Zielen vielschichtig. Es soll positiv

- der Verwaltungsmodernisierung und Transparenz in einem aktivierenden Staat dienen,
- die demokratische Teilhabe stärken,
- die Korruption bekämpfen,
- an internationale Standards anschließen.

Auf der negativen Seite werden ein erhöhter Verwaltungsaufwand und eine Beeinträchtigung des Daten- und Geheimschutzes für Staat und Wirtschaft befürchtet.

Die tatsächliche Wirkung lässt sich durch diese Stichworte nicht vollständig erfassen. Alle genannten Aspekte fließen ein, aber nur teilweise. Informationsrechte wirken auf den Bürger zunächst als Gewinn, gerade wenn sie, wie nach § 11 Abs. 3, mit elektronischer Informationsverbreitung verbunden

37) S. den Vorschlag eines bundesweiten Informationsfreiheitsgesetzes bei Schoch/Kloepfer, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE): Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2002.

sind. Zu bedenken ist aber: Bundesinformationen betreffen weit weniger das tägliche Leben des Bürgers als z. B. der kommunale Bereich. Der Bund hat nur begrenzt unmittelbaren Bürgerkontakt (z. B. Bundesverwaltungsamt, Rentenversicherungsträger). Die Länder verfügen über klein strukturierte Behörden; diese bearbeiten regelmäßig nicht, wie etwa die Sozialversicherungsträger des Bundes, Millionen von Anträgen jährlich. Ein Bild, die Information gehöre dem Bürger, er müsse freiauf alle Information zugreifen können, verkennt diese Wirklichkeit.

Hauptnutzer der Informationsfreiheit des Bundes wird nicht der Normalbürger, sondern werden Presse und Lobbyorganisationen sein. Politikwissenschaftlich wird die organisierte Durchsetzung von Einzelinteressen unter der Behauptung des Allgemeinwohls und der Nutzung politischer Gremien mit dem Begriff des Neokorporatismus verbunden. Demokratische Teilhabe für den Bürger wird durch diesen Nutzerkreis nur mittelbar und eingeschränkt gestärkt. Schon jetzt zeigen umfangreiche Veröffentlichungen, dass es verbesserter Recherchemöglichkeiten von Journalisten jedenfalls im Bundesbereich nicht bedurft hätte. Die Pressegesetze begründen weitgehende Auskunftspflichten der Behörden. Diese Verschiebung des Nutzerkreises wird in der öffentlichen Diskussion nur wenig bemerkt.

Wie stark das Auskunftsrecht umgekehrt genutzt und damit die Verwaltung gefordert wird, kann nur abgewartet werden. Es gibt mehr als ein Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch keine Zahlen und noch keinen Prozess vor einem Verwaltungsgericht. Gerade auf Großbehörden, wie die Sozialversicherungsträger, wird zu achten sein, ebenso darauf, ob andere Aufgaben der Behörden beeinträchtigt werden.

In der Tat wird im Ansatz Korruption vermieden, wenn dem Bearbeiter klar ist, dass seine Akten eingesehen werden können.

Die bisherige Aktenführung geht in der Praxis oft über das Mindestmaß

hinaus. Es besteht die Gefahr einer eingeschränkten Aktenführung. Wer Nachteile durch eine Auskunft erwartet, wird nur das aktenkundig machen, was er zwingend muss; für einen Außenstehenden ist das aber nur begrenzt verständlich.

Alles in allem erscheint das Gesetz als ein vernünftiger Kompromiss. Wenn sich in der Zukunft Schwachstellen zeigen sollten, können diese ohne Weiteres durch bessere Regelungen ersetzt werden.

Das ‘neue’ Akteneinsichtsrecht 번역본

독일의 ‘새로운’ 문서열람권*

Prof. Dr. Dr. h.c. Franz-Joseph Peine

Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder

김 현 준(역)

영남대 교수, 행정법

< 目 次 >

- I. 서 론
- II. 정보자유법에 대한 개관
- III. 外國의 문서열람권
- IV. 정보자유법의 절차
- V. 투명성
- VI. 예외사유
- VII. 기타사항
- VIII. 전 망
- IX. 평 가

I. 서 론

독일 연방의 정보접근에 관한 법률(정보자유법)

* 이 논문은 2007.5.29 영남대학교 법과대학에서 있었던 초청강연회에서 발표된 것이며, 논문의 각주들은 발표이후 보완작업에 의해 작성되었다. 초청에 도움을 준 김현준 교수에게 감사한다.

(Informationsfreiheitsgesetz-IGF)이 2005.9.5 제정되어¹⁾ 2006.1.1부터 시행되고 있다.²⁾ 이 법률³⁾을 통하여 문서열람권에 관하여 독일연방차원에서의 매우 의미있는 변화가 나타나게 되었다. 종래에는 이른바 문서비밀(Aktengeheimnis)⁴⁾이 강조되었지만, 새로운 법에 의해 만인의 문서열람권이 일정한 범위에서 인정되게 되었다. 이는 행정청의 문서관리에 관한 法 영역에 있어서 새로운 변화로 볼 수 있다.

新法은 행정절차법과는 별도로 제정된 것이다. 연방행정절차법 제29조의 문서열람권과 같은 행정절차법상의 절차참가권은 그대로 존재한다.⁵⁾ 그리고 유럽지침(2003/4/EG)의 국내법전환을 위한 환경정보법,⁶⁾ 슈타지-문서관리법(Stasi-Unterlagen-Gesetz),⁷⁾ 연방자연보호법 제29조1항1호⁸⁾와 같은 특별법에 의한 문서열람권도 여전히 남아있다. 또한 일부 州에서도 일반적인 문서열람권을 규율하는 州法律을 두고 있다.⁹⁾ 이러한 법상태를 보면, 독일연방 차원에서 종래

1) BGBl. I. S. 2722. 이하에서 특별한 법률명칭이 없는 규정은 이 정보자유법(IFG)의 규정을 뜻함.

2) 제15조를 보라.

3) 이에 관한 문헌으로는 *Gurlit*, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl 2003, 1119; *Klöpper/von Lewinski*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, DVBl 2005, 1277; *Kugelmann*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NJW 2005, 3609; *Schmitz/Jastrow*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NVwZ 2005, 984; *Beckemper*, Das neue Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, LKV 2006, 300; *Bräutigam*, Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz aus rechtsvergleichender Sicht, DVBl 2006, 950; *Fluck*, Verwaltungstransparenz durch Informationsfreiheit, DVBl 2006, 1406; 이에 관한 단행본으로는 *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, Rn. 612ff.

4) *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2006, 984를 보라.

5) *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2006, 985.

6) 2004.12.22의 환경정보법(Umwelthinformationsgesetz). BGBl I. S. 3704.

7) 1991.12.20의 舊東獨의 국가안전요원(슈타지)의 문서에 관한 법률(Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik vom 20 Dezember 1991), BGBl I. S. 2272. <역자 주> 통독 직후 약 2년여의 논쟁을 거쳐 1991년 12월 독일 연방의회에서 제정된 슈타지 문서관리법(Stasi-Unterlagen-Gesetz)은 옛 동독 정보기관인 슈타지(Stasi)의 불법도청자료와 관련하여 정보청구권을 인정한 법률이다. 동 법률은 연구나 학문 목적에 국한하여서만 접근을 허용하고, 중대한 반인권적 사항에 대하여만 제한적으로 공개할 것을 규정하고 있다는 특징을 가진다.

8) 2002.3.22의 ‘자연보호 및 경관보전에 관한 법률’ (연방자연보호법), BGBl I. S. 1193.

9) 각 주의 관련법률을 보자면, 브란덴부르크 1998.3.10의 ‘문서열람 및 정보접근

엄격한 문서비밀의 원칙이 최근 조금씩 무너지면서, 제한된 문서공개의 원칙으로 발전하고 있음을 알 수 있다.

행정법영역에서의 이러한 변화는 달라진 국민-국가관계에 대한 이해에서 나타나고 있다. 원래 사회내의 불평등에 대하여 법적 평등을 보장할 수 있기 위해서는 국가(*Staat*)는 사회 위에서(*über der Gesellschaft*) 존재해야만 했다.¹⁰⁾ '보다 더 국민지향적으로' (*mehr Bürgerorientierung*)라는 중요한 원칙을 가진 '적극국가' (*aktivierender Staat*)의 이상(*Leitbild*)은 이러한 국가개념에 대한 변화를 가져오게 했다. 국가와 국민간의 합의지향적 협력(*konsensorientierte Kooperation zwischen Staat und Bürger*)이 늘어나면서 동등한 정보분배가 요청되었다.¹¹⁾ 입법자는 (언어상으로는 정확하지 않을 수 있는) 정보자유권이라고도 부르는 정보접근권의 개선으로 시민의 민주적 참여권 강화를 기대하게 되었다. 왜냐하면 이제 누구나 개인적인 이해관계가 없이도(*ohne individuelle Betroffenheit*) 연방의 행정청 및 공공단체에 대한 정보청구권을 가지기 때문이다. 이로써 들여다 볼 수 없는 것으로만 알았던 국가제도에 대한 많은 국민들의 불신은 해소되어야 할 것이다.¹²⁾

II. 정보자유법에 대한 개관

법' (*Akteneinsichts und Informationszugangsgesetz/ AIG*). 동 법률은 처음 자유선거로 선출된 동독 민의원(*DDR-Volkskammer*)에서의 논의에 연원을 두고 있다. 베를린: 1999.10.15의 '베를린에서의 정보자유 촉진에 관한 법률'; 쉘레스비히-홀스타인: 2000.2.9의 쉘레스비히-홀스타인주에서의 정보접근자유에 관한 법률; 노르트라인-베스트팔렌: 2001.11.27의 노르트라인-베스트팔렌주에서의 정보접근자유에 관한 법률; 브란덴부르크에 관한 문헌으로는, *Kneifel/Haverkamp*, DuD 22, 438; *Partsch*, NJW 1998, 2559; *Breidenbach/Palenda*, NJW 1999, 1307; 노르트라인-베스트팔렌에 관한 문헌: *Wolf-Hegerbekermeyer/Pelizäus*, DVBl 2002, 955; *Stollmann*, NWVBl 2002, 216; *Bischopink*, NWVBl 2003, 245; 쉘레스비히-홀스타인에 관한 문헌: *Weichert*, DuD 24, 262; *Friedersen*, NordÖR 2001, 89; *Nordmann*, RDV 2001, 71; 여러 주에 걸친 문헌: *Stollmann*, VerwRdsch 2002, 309; *Brückner/Breitrück*, DVP 2004, 397; *Bräutigam*, DÖV 2005, 376. 다양한 주법률의 내용에 관한 개관으로는 *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, aaO., Rn. 610ff.

10) *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, S. 45.

11) 이에 관해서는, 예컨대 *Masing*, VVDStRL 63, 377, 394를 보라.

12) 특히 *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 985.

정보자유법(이하 ‘법’이라 약칭함)은 정보의 요청에 대한 개인의 사실상 권리가 없는 경우에도, 聯邦情報로의 접근에 관한 ‘형식적인’ 公權을 누구에게나 인정하고 있다.¹³⁾ 문서에 대한 직접적인 열람이 원칙적으로 가능하다. 실무에서는 주로 문서발췌문(Aktenauszug)의 사본이 열람되고 있다. 요건이 없이도 접근할 수 있다는 점이 특징이다.

문서열람에 대한 일반적인 청구권이 존재하게 되었다.¹⁴⁾ 지금까지 이러한 청구권은 없었다. 그것은 다음을 전제로 하는바, 이해관계가 없는 자는 실체적인 법적 지위가 없고, 따라서 제한이 가능하며, 입법자가 제한의 범위를 정한다.¹⁵⁾ 법률은 다양한 형량기준을 가지고, 공익, 진행절차, 개인정보, 영업비밀 등을 보호하고 있다. 절차상으로는 연방개인정보담당관 (Bundesdatenschutzbeauftragte)이 겸임하는 정보자유담당관 (Informationsfreiheitsbeauftragte)을 통하여 정보로의 접근이 제도적으로 지원된다. 따라서 정보권과 개인정보보호간의 갈등은 동일한 담당관에 의해 조정될 수 있다. 정보제공에는 통상적으로 비용이 따른다. 전적인 비용부담이 존재하지 않더라도 행정비용은 고려되어야 한다. 보다 상세한 내용은 ‘費用令’ (Kostenverordnung)에서 정하고 있다.¹⁶⁾

III. 外國의 문서열람권

독일의 문서열람권이 국제적인 수준에 도달해야 한다는 점이 공공연히 강조되고 있다.¹⁷⁾ 전 세계적으로 볼 때 50개 이상의 국가가 정보자유법을 가지고 있으며, 유럽연합에서도 독일과 룩셈부르크를 제외한 모든 국가가 정보자유법을 가지고 있었다. 이들 규정의 내용은 매우 다양하다. 국제적 수준은 가령 유럽공동체법상의 규정으로부터 나오는 것이 아니다.¹⁸⁾

13) 학설의 일관된 입장. 각주3에서 제시한 문헌 참조.

14) 학설의 일관된 입장. 각주3에서 제시한 문헌 참조.

15) 이 이야기는 매우 중요하다. 왜냐하면, 정보에 관한 권리는 행정청의 작용으로부터 나오는 것은 아니어서, 청구권을 주장하는 경우 누구도 기본권적 지위를 내세울 수는 없기 때문이다.

16) 2006.1.2의 ‘情報手数料令’ (Informationsgebührenverordnung), BGBl. I. S. 6.

17) Schach, Die Verwaltung 2002, 149.

EU회원국은 다양한 내용의 정보자유법을 가지고 있다. 투명한 행정문화에 있어서는 모범국가로 종종 거론되는 스웨덴을 예로 들어 보자. 스웨덴은 사전에 문서(Dokument)로 등록된 것에 대해서만 자유로운 열람을 허용한다. 절차가 종결되지 않았다면, 등록되지 않은 것이 된다. 물론 개별 특별법에서 규정이 있는 경우에는 문서비밀이 보호된다. 개인정보보호이익이 독일의 경우보다 덜 강조되는 면이 있다. 독일에서와는 달리 조세내역(Steuererklärung)에 대한 열람이 원칙적으로 가능하다. 모든 스웨덴인은 스웨덴국왕의 수입에 대하여 알고 있다.¹⁹⁾

미국이 정보자유에 있어서 모델로 거론되는 경우가 많다. 물론 기본조건에 있어서 미국과 독일은 전혀 다르다. 미국에서는 서류로 증명하는 경우가 독일에서 보다 훨씬 적으며, 개인정보에 있어서 국회의원들의 역할이라든지, 독일과는 다른 구조의 청원제도(Petitionswesen) 등은 양국간의 비교를 곤란하게 한다. 특히 정보자유는 개인정보보호와 함께 맞물려 있다. 기다리는 기간이 몇 달 내지 몇 년까지도 될 수 있다. 신속한 처리를 위해서는 비싼 대가를 치러야 한다.²⁰⁾

IV. 정보자유법의 절차

1. 신청권자

정보접근에 대한 청구권은 누구에게나 인정된다. 독일인 및 외국인에게 공히 인정되며, 독일 内外에서 인정된다. 사법상 법인도 정보접근청구권을 주장할 수 있다. 시민운동모임(Bürgerinitiativen) 및 단체(Verbände)에게는 이러한 접근권이 없다. 그러나 단체의 개인구성원은 누구라도 조건이 없는 접근권을 가진다.²¹⁾

2. 정보제공의무자

18) 이에 관한 상세는 *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 987.

19) *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 987.

20) *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 987.

21) 특히 입법이유서를 보라. BT-Drs. 15/4493, S. 5 ff.

1) 연방행정청 : 정보접근청구권은 연방의 행정청에 대해서만 인정되는 청구권이다. 이때 행정청의 개념은 연방행정절차법 제1조4항에서 규정된 개념이다. 외국대표(Auslandsvertretung)도 여기에 포함된다. 자문기구인 연방협의체(beratende Bundesgremien)도 연방행정청의 부분이다.

2) 특별한 경우 : 법 제1조1항2문은 연방의회, 연방참의원, 연방헌법재판소, 연방법원, 연방은행도 공법적인(öffentlich-rechtlich) 행정임무를 담당하는 경우에는 마찬가지로 정보제공의무자에 포함됨을 명백히 하고 있다. ‘법적인’(rechtlich)이란 부가어는 공공의 행정임무나 행정작용²²⁾의 윤곽을 보다 선명하게 하면서, 일반행정법과 더욱 조화를 이루도록 하기 위해 규정된 것이다. 단지 부분적으로 공법적으로 활동하는 행정청 및 공공단체는 그 범위에서만 정보접근을 위한 의무를 진다. 의회의 업무, 재판, 기타 독립성이 강한 활동 및 연방대통령의 광범위한 활동과 같은 특수한 영역은 정보접근대상으로부터 제외된다. 자문기구인 연방협의체는 정보제공의무가 없다. 연방 및 주의 행정청가운데 연방에 귀속되는 독자적인 조직만이 정보제공의무자가 된다. 연방행정청이 유럽법적인 업무를 하는 경우에도 마찬가지로 동 규정이 적용된다.

3) 私人 : 법 제1조1항3문은 공공의 손(die öffentliche Hand)이 그 임무수행을 공무위탁이 없이(ohne zu beleihen)²³⁾ 私人이나 사기업을 통해 수행하게 하는 경우에도 정보로의 접근을 인정하고 있다. 특히 행정을 위해 봉사할 뿐인 행정보조자(Verwaltungshelfer)가 여기에 해당한다. 정보청구의 상대방은 신청에 대한 업무를 담당하는 행정청이다. 법률은 사인이나 공공기관(öffentliche Stelle)을 상대방으로 한 청구권을 인정하고 있지 않다. 이는 공법상 법인이 공법상 임무를 수행하는 회사의 절대다수의 지분을 가지고 있는 경우에도 마찬가지이다(연방의 참여행정). 이에 반해 민영화과정과 관련된 행위에 대해서는 제한없이 이 법이 적용됨이 원칙이다.

3. 정보제공대상

22) OVG Münster, NJW 2005, 2028를 보라.

23) 공무위탁을 받은 사인, 즉 공무수탁사인은 연방행정절차법 제1조4항에서의 행정청(Behörde)에 해당한다. 이 경우는 이미 규율되어 있으므로 특별히 규율할 필요가 없다.

법 제2조1호의 '직무정보' (amtliche Information)의 개념은 보유·저장하고 있는 모든 형식의 정보를 총칭한다. 여기에는 전자적²⁴⁾·시각적²⁵⁾·청각적 등으로 저장된 기록(Aufzeichnung)²⁶⁾이 포함된다. 개인정보나 직무상 활동과 무관한 정보는 제외된다.²⁷⁾ 정보의 저작권자에 따라 차이가 나는 것도 아니다. 정보의 원천이 독일연방이 아닌 경우에도 그 정보가 지속적으로 연방으로 전해지는 경우, 연방의 직무상 정보의 구성부분이 될 수 있다. 임시로 참조된 문서인 경우는 그러하지 아니하다. 개별사안에 따라 특히 공익보호상 정보에 대한 접근이 차단되는 경우도 있다(제3조). 행정작용의 본질적 부분으로서 연방내각의 입법 준비는 마찬가지로 동법의 적용범위에 들어간다. 그러나, 법 제3조3호 및 제4조1항으로 인하여 내각결의가 있기 전에는 이러한 정보에 대한 청구권은 배제되는 것이 보통이다. 손으로 쓴 기록(Aufzeichnung)이나 전체운곽(Gliederung) 등의 초안이나 메모는 그것이 절차의 구성요소(Bestandteil des Vorgangs)로서 꼭 필요한 것이 아닌 한 청구대상에서 제외된다. 무엇이 절차의 구성요소인가에 대해서는 질서적합적인 문서관리(ordnungsgemä ß ige Aktenführung)의 규율에 따라 결정된다. 가령 대화의 메모(Gesprächsvermerk)가 마무리된 것인지 여부의 문제와 같이, 문서에 해당하기 위해 필요한 것이 무엇인지를 결정함에 있어서는 여지(Spielraum)가 인정된다. 가능해진 정보청구권으로 인하여 기초자료의 분리(Trennung von Unterlagen)와 같은 행정청의 문서관리에서의 변화가 반드시 필요하게 된 것은 아니다. 정보제공요청이 있는 경우, 우선 행정청은 분리, 삭제된 사본의 전달 등의 방법으로 보호대상 정보를 숨아내어야 한다(제7조2항). 이중적인 문서관리(Parallelaktenführung)는 허용되지 아니하다.

법치국가적 법률집행의무는 개별 행정과정의 문서화(Dokumentation)가 없이는 질서적합적인 행정절차실시의 경우와 마찬가지로 거의 이행될 수 없다.²⁸⁾ 문

24) 磁氣테이프(Magnetbänder), 磁氣板(Magnetplatten), 디스켓, CD-Rom, DVD.

25) 필름, 종이로 된 사진.

26) 문자(Schriften), 일람표(Tabellen), 도표(Diagramme), 그림(Bilder), 계획(Pläne), 카드(Karten), 녹음(Tonaufzeichnungen).

27) 가령, 베를린시장의 스케줄기록은 文書(Akte)가 아니다.

28) Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 9 Rn. 53 ff.

서화의무의 대상이 되는 것은 행정청의 등록을 통하여 그 내용이 공개되는 문서이면 된다. 이 법률이 꼭 필요한 부분만이 포함된 이해하기 어렵거나 이해할 수 없는 문서에 대한 문제를 해결하는 것은 아니다. 외부의 신청자에게 문서를 이해할 수 있도록 해설할 의무가 있는 것도 아니다.

4. 정보로의 접근

법률은 신청자가 정보제공과 문서열람 중에서 선택할 수 있는 권리를 규정하고 있다(법 제11조2항). 원하는 정보접근의 종류 가운데 행정청은 중요한 이유가 있는 경우에만 배제할 수 있다. 예를 들면 제3조 내지 6조의 보호이익이 무제한적인 접근으로 인하여 침해될 수 있다. 행정청은 무엇을 신청자가 보기를 원하는지에 대해서 심사할 수 있어야 한다. 따라서 일부분서의 사본에 대해 접근하게 하는 것으로 충분할 수도 있다. 그러나 신청자 스스로 행정청의 컴퓨터 시스템을 검색하는 것은 인정하지 아니한다. 이러한 시스템을 모든 행정청이 가지고 있는 것도 아니다. 기타 방식으로 이용가능하게 한다는 것은 신청자가 단순한 정보제공이상을 원하는 경우를 포함하지만, 그림이나 문서에 대한 열람은 여기에 포함되지 아니한다.²⁹⁾

5. 다른 정보제공규범과의 관계

법률은 의도적으로 최소기준규정을 두고 있지 않다. 즉, ‘그 이상의’ (weitergehende) 정보권은 영향을 받지 아니한다는 형식을 규정하지 않았다. 법률은 정보청구권이 사안에 따라 매우 다양하게 전개된다는 점에 바탕을 두었다. 따라서 가령 슈타지-문서관리법(Stasi-Unterlagengesetz), 식품법(Lebensmittelrecht)과 같이 그 대상범위가 좁은 경우에도 개별전문법은 온전한 형태로 규정을 두어야 한다. 최소기준을 두게 되면, 법의 기본토대가 흔들스러워지거나, 매우 곤란한 적용상의 문제가 초래될 것이다.³⁰⁾

29) 가령, 錄音의 盜聽(Abhören eines Tonbands).

30) 그 상세는 특히 Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 989.

6. 정보제공의 동의

제7조1항1문은 행정청의 관할을 규율하고 있다. 만일 관할이 아닌 행정청이 정보제공을 요청받은 경우에는, 그 행정청은 신청자에게 이 점을 고지해야 한다(연방행정절차법 제25조). 어느 행정청이 그 신청에 대해서 결정할 것인가는 행정청 내부조직의 문제이다. 신청의 상세화 및 행정청의 조언·지원에 관한 규율은 행정절차법 제25조의 규정상 불필요하다(entbehrlich). 그 행정절차는 특정한 형식에 얽매이는 것은 아니다(nichtförmlich)(행정절차법 제10조). 신청은 일반국민들이 쉽게 이용할 수 있도록 문서로, 전자적 방법으로, 구두로, 전화로, 기타 설득력있는 방식(schlüssiges Handeln)으로 할 수 있다. 개별사례에서 서면신청을 요구하거나 구체화된 신청을 요구할 것인가는 행정청의 재량사항이다.³¹⁾ 거부통지를 하는 경우에는 행정청은 행정절차법 제39조에 의해 그 이유를 제시해야 한다.

제7조2항1문의 부분적인 정보접근(또는 부분적인 접근신청의 거부)에 대한 명시적인 규정은 비례원칙에 합치한다. 정보접근은 일부 삭제된 사본 등의 방식으로 접근할 수 없게 하는 것과 같이 일부 정보가 절취되어 있는 경우에도 허용된다. 일부가 절취되었거나 삭제된 경우에는 이를 표시해야 한다. 정보가 절취나 삭제로 인하여 위·변조될 수 있는 경우에는 법 제7조4항에도 불구하고 그에 대한 접근을 거부할 수 있다. 제7조1항1문에 의해 제3자의 정보를 인식불가능하게 하는 것(Unkenntlichmachung)도 신청자가 동의를 표하는 경우에는 가능하다.

신청에 대한 결과통지는 서면형식을 요하는 것이 아니며, 이는 거부통지의 경우에도 마찬가지이다. 행정절차법 제37조2항2문에 의해 신청자는 정당한 이익이 있거나 지체없이 요청한 경우에는 구두로 행해진 행정행위에 대하여 문서로 확인해 줄 것을 요구할 수 있다. 형식자유원칙의 예외는 제3자가 참여하는 경우에만 인정된다(제8조2문). 행정청은 정보를 구두로 또는 문서로 제공할 수 있다(제7조3항1문). 따라서 단순정보는 직접 전화로, 또는 서명이 없는 이메일로 제공할 수 있다. 제11조1항2문의 규정이 그에 반하는 것은 아니다. 왜냐하면 이 규정은 정보접근의 종류와 관련되는 것이며, 정보제공의 형식과 관련된 것은 아

31) *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, aaO., § 10 Rn. 16 ff.

니기 때문이다. 신청자는 정보를 열람할 때, 그 내용을 잘 기억할 수 있도록 메모를 하고, 그 메모를 가져갈 수도 있다. 신청자는 지적재산권법에 반하지 않는 범위에서 사본이나 출력본을 만들 수 있다. 저장된 또는 필름화된 텍스트에 대한 출력청구권이 이로부터 나온다.

7. 동의기한

이미 행정절차법 제10조2문에 따라 행정청은 절차를 신속하게 실시해야 한다. 신속한 정보접근이라는 특별한 의미로 인하여 제7조5항1문은 신청이 지체없이, 즉 귀책사유있는 지체가 없이(독일 민법 제121조), 통지할 것을 요구하고 있다. 동 법률은 확정기한을 두고 있지 않다. 물론 제8조2항에서 제3자가 관련이 되지 아니하는 한, 한 달이라는 강행적인 기한(Soll-Frist)을 규정함으로써 ‘지체없이’(unverzüglich)라는 기준을 구체화하고 있다. 제3자가 참여하는 경우에는 4달간까지 가능한 제3자에 대한 존속력(Bestandskraft)이 인정될 수 있다(제8조2항2문). 한 단계의 비관료적인 규율기한은 비정형적인 경우에 있어서 예외를 가능하게 한다. 그러나, 행정청은 이에 대해 이유를 제시해야 하며, 신청자에게 중간통지를 해야 한다. 실무상 모든 요청의 80%는 한달내에 제3자의 참여 없이 해결될 수 있다. 그러나, 가령 기자와 같은 신청자가 스스로 ‘자기 이익을 고려하여’ 그 신청이 하루 또는 일 주내에 해결되도록 신청할 수는 없다. 행정청이 지체없이 작용을 하지 않는 경우에, 법률은 의도적으로 어떠한 법적 효과도 예정하고 있지 아니하다. 행정법원법 제75조의 부작위소송은 그 요건을 충족한다면 가능하다.

8. 동의에 있어서 제3자의 참여

제8조는 절차규정이다. 누가 제3자인가 하는 문제는 행정절차법적으로 규정된 제2조2호에 의해 정해진다. 이에 따라 제8조는 개인정보, 지적재산, 경영비밀 또는 영업비밀과 관련되는 자에게 적용된다. 일정한 경우에는 행정청이 이에 해당될 수 있다. 이 경우에 제3자의 참여에 관한 규정은 영향받지 않는다. 참여는 직권으로 행해진다. 신청자가 처음부터, 또는 행정청의 요청에 따라, 관련되는 제3자의 정보를 가리는 데에 동의를 표명한 경우에는 참여의 필요성은 없게 된

다. 또한 제3자가 적시에 제대로 잘 나타나지 않거나, 그의 묵시적 동의가 인정되는 경우에는 제3자의 참여는 필요 없다. 제5조3항1문의 규율예가 있는 경우에는, 행정청이 예외적으로 제3자의 이익이 더 중요하다고 인정할 만한 동기가 있는 경우에만 참여가 필요하게 된다. 개인정보보호의 이익에 대하여, 행정청은 신청자에게 먼저 제3자의 개인정보에 대한 삭제나 부분열람에 동의하는지 여부를 물어보아야 한다. 왜냐하면 행정청이 제3자의 이익상태를 전체적으로는 알지 못하거나 제3자 스스로 그와 관련된 정보의 공개에 동의하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 그밖에 행정청이 개별사실에 있어서 행정청의 비밀유지이익이 신청자의 정보이익을 능가하지 않는다고 보는 경우에는 제3자도 참여할 수 있다.

제7조의 형식자유원칙의 예외로서, 행정청은 신청자 외에 통지받아야 하는 제3자가 참여하는 경우에는 그에게 서면으로 통지해야 한다(제8조2항). 이와 함께 보다 용이해진 재판상 심사가능성에 대해 통일성 있는 이유제시가 확보되어야 한다. 제3자는 행정법원법 제80조5항의 假救濟(einstweiliger Rechtsschutz)를 요구할 수 있다.

9. 정보제공거부에 대한 권리구제

거부결정에 대하여는 행정심판 및 의무이행소송이 가능하다(제9조4항1문). 의무이행소송을 규정한 점은 소송수단을 단순히 언급하는 것에 비하면 보다 시민 친화적이다. 정보제공거부에 대한 소송은 동 법률에 따라, 행정청이 법률상 거부이유 중 하나를 설득력있게 제시하는 경우에만 승소가능성이 없을 것 같다. 정보청구권 자체가 소송물(Streitgegenstand)인 경우에는, 관할법원은 행정청이 청구대상 정보가 포함된 문서를 공개할 것을 요구할 수 없다. 그렇지 않으면 문서공개와 함께 본안문제의 결정은 통상적으로 진부한 것이 될 것이다. 왜냐하면 행정법원법 제100조에 의해 모든 참가자는 재판작용 및 법원에 제출한 문서를 열람할 수 있기 때문이다. 요청된 정보가 비밀엄수를 이유로 공개되지 않는 경우, 정보청구권을 거부할 법률상 이유가 있는지 여부에 대한 권리구제에 대한 요구는 대체로 성공하지 못할 것이다. 행정청은 재판상 분쟁에서 제시될 수 있는 정보접근신청에 특유한 절차행위를 하게 될 것이다.³²⁾

권리구제는 특히 증거판단(Beweiswürdigung)의 차원에서 입증책임원칙(Beweislastgrundsätze)의 수용하에서는 확대될 수 없다. 행정청이 거부이유를 소명하여(glaubhaft macht), 그에 대한 재판상 통제가 이루어지는 경우에도, 상세한 통제는 배제된다. 행정청이 원고에게 어떠한 정보도 공개하지 않음에 대해 제시하는 이유는 행정청이 문서공개를 거부할 수 있음을 附帶소송절차에서 내용을 소명하는 이유와 일치한다.

요컨대 이 법률을 통하여 헌법상 필요성을 넘는 공권이 인정될 수 있다. 이 권리는 관철하기가 쉽지 않도록 형성되어 있는 점에는 의문이 없다. 헌법상 인정되는 권리범위를 넘는 형태로 규정되어 있다.

10. 비 용

수수료는 행정비용을 충당해야 할 필요는 없으며, 너무 많은 비용이어서도 아니 된다. 행정청이 문의에 대하여 방어하기 위하여 그 비용을 이용한다고 걱정할 필요는 없다. 수수료의 구성요건은 직무작용이며, 단순한 정보전달이 아니다. 왜냐하면 이 법률이 정보제공결정을 행정행위로 보는 것은 아니기 때문이다. 신청거부의 경우에는 비용이 없다. 보다 상세한 내용은 하위법령에서 정한다.³²⁾

단순한 정보제공은 무료이다. 행정청은 수수료통지를 위해 (적지 않는) 행정비용이 드는 경우에 그 비용을 포함해야 함은 물론이다. 그에 반해 행정청에서의 열람이 무료는 아니다. 가령 (계획의 열람이나, 수많은 문서의 열람을 위해) 공간이나 비디오장치가 설치되어야 하는 경우에는 매우 많은 비용이 들 수 있다.

V. 투명성

32) 같은 취지로는 *Schmitz/Jastrow*, NVwZ 2005, 990.

33) 각주 16을 보라.

1. 공익의 보호

형량기준 및 예외에 대해서는 입법과정에서 다투어졌다.³⁴⁾

제3조1호의 외부적 재정보호는 가능한 악영향의 기준을 통하여 마찬가지로 강하게 보호되고 있는 연방회계감사원(Bundesrechnungshof)에 맞추어 구성요건이 좁게 되어 있다. 제3조3호의 행정청 자문의 비밀성(Vertraulichkeit)에 있어서 침해당한 자의 기준은 무슨 이유로 비밀성의 구성요건이 광범위하고 다층적인가에 대해 제대로 보호하고 있지 않다. 형량기준을 맞추다 보면 상이한 사실관계가 동등하게 다루어져, 때로는 너무 강하게, 때로는 너무 약하게 보호될 수 있다. 특히 제1호의 형량기준에 있어서는 그것이 국제적·국내적으로 어떠한 단일한 구성도 없다는 점을 고려해야 했다. 가령 환경법에 해당하는 오르후스조약 제4조4항이 '불이익한 영향을 가질지도 모르는' (would affect / haben könnte)이라는 규정을 두고 있는 반면에, 다른 법문언은 '가질 수 있는(haben kann)' 또는 '가지는' (haben)이라는 규정을 두기도 한다. 입법자는 절충적인 입장에서 '가질 수 있다' (haben kann)로 결정했다. 이로써 행정청은 정보제공으로 인하여 보호이유가 불리하게 침해될 구체적 가능성이 존재한다는 점을 개별사례에서 제시해야 한다. 이것이 개별사례에 맞는 경우에는, 행정간소화를 위해 서식에 맞춘 전형적인 거부이유제시를 이용할 수도 있다. 특히 행정청은 보호되는 정보에 대한 추론이 가능할 정도로 상세하게 거부이유를 나타내어야 할 필요는 없다.

비판되고 있는 것은 예외의 수(數)이다. 제3조는 일정한 사례상황을 법률용어로 나타내고자 시도하고 있다. 이러한 테크닉은 그 수는 많지만, 그렇게 추상적이지 않는, 알기 쉬운(griffig) 형식으로 되어 있다. 이 규정은 행정절차법 제30조와 같은 일반조항과 비교할 때 일반국민이나 행정청이 보호이유의 내용을 더 쉽게 파악할 수 있게 한다.

이유(Gründen)는 중복하여 적용될 수 있다. 그러나 좀 더 자세히 살펴보면, 불필요한 중복은 포함되어 있지 아니하다. 모든 보호이유는 그 고유한 내용을 가지고 있다. 특히 그것이 보호이유의 내용을 보다 분명하고 이해하기 쉽게 전

34) 연방의회 내무위원회 회의록(BT-Innenausschuss A-Dr.) 15(4)216.

달하는 경우, 일부영역에서의 중복은 받아 들일만 한 것 같다. 핵심적인 절충은 개별 예외사유에 있다. 전형적인 적용사례를 관찰하는 것이 중요하다.

제3조1호(a)에서의 국제관계는 개념상 환경정보법에 상응하는 것이다. 전형적으로 외무부 영역에서의 근본적인 정치문제, 즉 정보제공이 외교관계에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 경우가 여기서 문제가 되고 있다. 그에 반해서, 외국과의 협상 및 국내의 또는 초국가적인(특히 EU) 조직들간의 협상은 모든 정부부처와 관련된다. 그것은 제3조3호에서 규정되어 있다. 兩 예외사유는 보완될 수 있다. 제3조3호는 실무상 중요한 의미를 가질 것이다.

연방국방부의 영역에서 법 제3조1호(b)는 ‘국방’ 이 아니라, 보다 정확하게 말해서 ‘안전문제와 밀접한 관련있는 연방방어의 이익’ 을 규정하고 있다. 사실 군사문제와 민간의 문제는 혼재되어 있다. ‘기타 안전문제와 밀접한 관계있는 이익’ 이란 군사적인 문제가 아니라 민간문제이지만, 군사문제, 군대증강, 무기설치에 대한 추론이 가능한 것이다. 어떠한 군사장비가 마련되어 있는지 알고 자 하는 자는 이로부터 군사력을 추론할 수 있다.

안전문제에 대한 일반조항, 특히 연방안전행정청에 대해서는 제3조1호(c)에서 찾아볼 수 있다.

재정부, 재무행정청, 공정거래행정청, 규제행정청의 통제작용의 업무영역은 제3조1호(d)에서 규정하고 있다. 그 예외는 競願者가 연방카르텔청의 내부적인 시장분석을 문의하는 경우, 또한 조절된 행동을 통하여 카르텔법의 범망을 피하는 경우를 저지하고 있다. 이로써 그 예외는 제6조(영업비밀)에 대한 보호를 넘어 그 범위를 넓히고 있다.

연방회계검사원(Bundesrechnungshof)에 대해서는 제3조1호(e)에서 규정되어 있다. 연방회계검사원이 전적인 정보제공의무가 있다고 할 경우, 그 정보공개대상에 연방회계검사원의 조사대상인 사람이 포함된다면, 이는 특히 부패퇴치를 위한 연방회계검사원의 비밀성 있는 조사업무가 침해될 것이다.

외교통상을 규율하는 경제행정청의 조치에 대한 탐색은 제3조1호(f)의 규정을

통하여 방지되어야 한다.

행정청이 재판절차, 기타 유사한 절차의 참가자로서 그 절차에 불리한 영향이 있을 수 있는 경우에는 제3조1호(g)에 의해 문서공개를 거부할 수 있다. 계속중인 민사소송에 있어서 연방행정청은 소송의 상대방에게 그 소송의 결정적인 이유에 대해서 도움을 줄 필요도 없다.

전통적인 질서법적인 위협방지에 대해서는 제3조2호에서 규정하고 있다. 법률의 매우 넓은 적용영역의 측면에서, 본질적인 보호법익에 대한 제한은 의미가 없는 것으로 보인다. 그 제한은 새로운 해석문제를 불러올 수 있다.

자문의 비밀성을 통하여 포괄적인 보호는 보장된다(제3조3호). 이 불확정법개념에 대하여 판례가 발전할 수 있었다. 그 규정에서는 국제적 비밀성(a)과 국내적 비밀성(b)으로 구분되어 있다. 제4조와는 달리, 이는 진행중인 결정절차 외에서도 적용된다. 유럽연합 이사회의 작업그룹에서 진행중인 자문과 같은 다양한 사실관계를 생각할 수 있다. 그러나, 그밖에도 법률초안의 전단계에서나, 유럽재판소(EuGH)에서의 판결문장의 마무리단계에서의 소관사항들(Ressorts)간의 내부적 조율에서도 문제가 될 수 있다.

내부적 안전의 고려상 등급이 매겨져 있는 문서, 가령 단지 직무상으로만 사용되는 비밀문서(Verschlussache), 또한 특별한 내용으로서 종종 업무와 관련된 직무비밀인 문서는 제3조4호에서 보호되고 있다. 다른 행정청에 의해 참조된 문서는 제3조5호가 규율한다. 이 문서는 보호필요성을 더 잘 평가할 수 있는 원행정청에서 열람되어야 한다.

제3조6호의 연방의 재정상 이익은 '경제거래에서' 라는 용어를 통해 상세화되고 있다. 국가가 私人처럼 활동하는 경우에는, 국가가 사인보다 덜 보호되어서는 아니된다. 즉, 경원자의 탐문으로부터 덜 보호될 수는 없다. 이는 연방의 신용업무, 은행업무 외에도, 의료보험, 사회보험주체와도 관련이 있다. 사회보험주체의 이익은 보호되어야 하며, 특히 보호대상인 사회정보(Sozialdaten) 이외에 경원자의 탐문의 경우가 문제될 수 있다.

제3조7호는 내부고발자 및 정보제공자(이른바 ‘호각부는 자’)의 보호를 목적으로 하고 있다. 즉 제3조1호(d)가 포괄하는 경제법상 영역 외에서도 마찬가지이다. 조직내에서 내부고발이 없이는 부패를 퇴치하기 어려울 것이다. 고발로 인한 불이익을 피하고자 하는 내부고발자를 보호할 필요성이 이에 해당한다. 이 규정은 호소의 성격(Appellcharakter)도 있다. 왜냐하면 이 규정은 내부고발자의 익명성이 보장될 수 있음을 보여주기 때문이다.

진정한 영역예외로서 유일한 것은 국가비밀정보기관(Nachrichtendienste)이나 기타 안전에 민감한 업무를 위한 규정인 제3조8호에서 찾을 수 있다. 예컨대 연방경찰(Bundespolizei)은 부분적으로 이러한 업무를 수행한다.

2. 진행중인 행정절차의 보호

제4조는 결정이나 조치가 취해지기까지 진행중인 행정절차를 보호하고 있다. 여기서 보호대상은 결정실패의 경우(Vereitelung einer Entscheidung)만이 아니라, 그것이 이미 위태롭게 된 경우도 포함한다. 결정실패의 개념은 예측상 위태롭다고 보는 경우이다. 학문, 연구, 문화진흥의 영역에서 연방정부를 위해 보고서가 작성된 경우, 최소한 보고서 작성자의 이름은 익명으로 처리될 수 있다. 특히 행정청은 제4조1항2문에서의 ‘통상적으로’ 라는 용어가 암시하는 바와 같이, 이러한 보고서가 예외적으로 조치를 준비한다는 점을 나타낼 수 있다. 제2항에 의해, 절차가 종료된 事後의 시점에서 어떻게 정보공개를 청구할 것인가를 신청자에게 고지해야 한다.

3. 개인정보보호

국가문서는 많은 개인정보를 포함한다. 제5조는 인격보호와 정보공개이익간의 형량을 통하여 개인정보를 보호하고 있다. 제1조의 ‘접근’은 어떠한 이익을 전제로 하는 것이 아니다. 그럼에도 불구하고, 그것은 제5조의 규정에서는 개인정보보호법상 의미가 있다. 형량은 동의를 통한 해결책을 보완하고 있다. 제3자가 동의하는 경우 형량은 필요없다. 법률문언에서 규율의 예를 찾을 수 있다. 제5조2항의 규정을 살펴보면 정보공개가 될 수 없는 경우를 알 수 있을 것 같

다. 직접적인 직업상 관련성이 문제가 될 것이다. 위임(Mandat)은 어떠한 행정 작용과도 관련되지 않으며, 이와 함께 법률에 해당하지 않음을 주의해야 한다. 그러나 입법자는 남겨진 여백에 한 규정을 두었다. 제5조2항은 특별한 직무비밀을 규정하기 때문에, 정보공개를 거부하는 일반적 직무비밀의무만으로는 더 이상 충분하지 않다. 제5조3항, 4항은 보고서 작성자 및 직무수행자의 개인정보와 관련된다. 개인정보보호법에서는 보고서 작성자 및 작업자에 대한 사항에 대한 일반적 규율은 없다. 작업자는 직무활동을 통하여 그들의 사생활이 개인적으로 압박을 받지 않도록 보호되어야 한다. 따라서 단지 특정한 관료적인 직무수행자의 개인정보만이 공표된다.

4. 경영비밀, 영업비밀, 지적재산

경영비밀, 영업비밀, 지적재산권(의장, 상표, 특허)은 제6조가 절대적으로 보호하고 있다. 이를 공개하는 것은 동의하는 경우에만 가능하다. 동의가 있으면 더 이상 영업비밀이 없게 된다. 형량결정은 어려운 사례를 조절하는 행정청에게 무리한 요구를 할 수 있다. 경우에 따라 기업자의 직무상의 책임청구권이 행사될 수 있다. 나아가 영업비밀은 판례에서 충분히 규명되어 있다. 남용은 생각하기 어렵다. 영업비밀의 개념에 대해서는 이 법률에서는 정의규정이 없는데, 이는 타당한 태도이다.

법률은 어떻게 행정청이 동의를 심사하는지에 대해서 규정하고 있지 않다. 심사는 신청자, 행정청, 관련 사업자간의 공동작업으로만 가능할 것이다. 통상적으로 행정청은 관련 사업자에게 문의할 것이며, 어떠한 예외적인 결정도 내릴 수 없다. 대안으로서 신청자는 직접 사업자에게 문의할 수도 있다.

VI. 예외사유

법률에서 행정의 핵심영역은 언급하지 않고 있다. 그러나 법률의 입법이유서³⁵⁾에 따르면, 행정청은 헌법에서 직접 행정의 핵심영역개념을 도출할 수 있

35) BT-Drs. 15/4493, S. 5 ff.

다. 행정부가 의회나 의회내의 조사위원회에 대하여 보고해야 하는 사항은 국민에게 비밀로 할 수 있다. 법률에서는 법원의 법률해석여지를 주지 않기 위해, 핵심영역이라는 헌법상 개념을 사용하고 있지 않다.

VII. 기타사항

1. 공표의무

시민들이 정보검색을 보다 용이하게 할 수 있도록, 연방행정청은 정보수집, 조직·문서계획을 공표한다(제11조). 이 개념들을 법적으로 정의하고 있는 것은 아니다. 행정청은 무엇을 공표하고, 어떠한 상세한 내용을 공표할지에 대한 재량을 가진다. 연방정부의 전자정부특별팀(E-government-Initiative)은 이미 활발하게 정보를 보급하고 있다.

2. 연방 정보자유담당관

정보자유담당관은 일종의 옴부즈만으로서, 결정을 내리는 것이 아니라, 중재를 한다. 주의 정보보호담당관과 연방정보보호담당관은 인적결합(Personalunion)을 지키고 있다. 주에서는 어떠한 문제점도 없었다. 그들은 이미 확고한 위치를 차지하고 있다.

VIII. 전 망

주는 일찍이 연방이 포괄적이고, 주행정을 포함하는 법률을 제기하는 것을 거부하였다. 앞으로는 연방규정이 내용상 장차 주의 법률에 해당하는 부분에 대하여 현저한 영향을 미칠 수 있을 것 같다.

제14조2문에서 입법자는 스스로 학문적 바탕에서 법률을 평가하는 임무를 부여받고 있다. 평가의 내용은 법률이 장차 행정절차법, 개인정보보호법, 환경법,

소비자정보법으로 더 좁게 편입될 수 있는지 여부가 될 것이다. 정보접근법을 형식상·내용상으로 단일화하려는 사고의 실현이 문제가 될 것이다. 거기에서 정보접근과 관련된 모든 사례에 있어서 행정절차법으로 편입될 가능성도 있다. 앞으로의 해결책이 어떠한가에 대해서는 현재로서는 전혀 밝혀지지 않은 상태이다.

IX. 평 가

이 법률은 목표와 마찬가지로 효력에서도 다양한 측면을 가지고 있다. 동 법률은 다음과 같은 점에서 긍정적인 평가를 내릴 수 있다.

- 행정의 현대화 및 적극국가에서의 투명성제고에 기여
- 민주적인 참여의 강화
- 부패퇴치
- 국제적 기준에 맞춤

부정적인 측면으로는 행정비용의 증가, 국가 및 경제계에 있어서 개인정보보호·비밀보호의 침해우려를 들 수 있다.

이 법률의 사실상의 효력은 이런 요약된 용어로서는 충분히 설명할 수 없다. 여기서 언급한 모든 측면은 단지 부분적으로 영향력이 있다. 정보권은 우선 가령, 법 제11조3항에 의해 전자적 정보보급과 관련되는 경우에는 시민들에게 좋은 영향을 미치게 된다. 그러나 다소 의문스러운 점은 연방정보는 지방자치영역의 정보에 비하여 시민들의 실생활과 관련성이 적다는 것이다. 연방이 직접적으로 시민들과 접촉하는 것은 단지 제한적이다(예컨대 연방행정청, 연금보험주체). 州는 세부적으로 조직된 행정청을 가지고 있다. 이들 행정청은 연방의 사회보험주체의 경우와 같이 매년 수백만의 신청을 처리하는 것이 아니다. 정보가 시민들에 속하고, 그 시민은 모든 정보를 자유롭게 가질 수 있어야 한다는 생각은 이러한 현실을 간과하는 것이다.

연방의 정보자유에 주된 이용자는 일반시민이 아니라, 오히려 언론인이나 로비조직이 될 것이다. 정치학적으로 공익의 주장이나, 정치적 협의체의 이용필요

성이라는 주장하에 개별 이익이 조직적으로 관철되는 것은 신조합주의(Neokorporatismus)개념과 결부되어 있다. 일반시민들의 민주적인 참여는 이러한 이용자그룹을 통하여 단지 간접적이고 제한적으로만 강화된다. 이미 오늘날 포괄적인 공표는 언론인들의 개선된 조사가능성(Recherchemöglichkeiten)이 연방차원에서는 그다지 필요 없었다는 점을 보여주고 있다. 언론법(Pressgesetz)은 행정청의 확대된 정보공개 의무에 대한 근거가 되고 있다. 이용자그룹의 전환은 공적인 토론에서 쉽게 찾아보기는 힘들다.

반대로 정보권리가 얼마나 강하게 이용될 수 있고, 이와 함께 행정에 대하여 얼마나 강하게 이를 요구할 수 있는지는 좀 더 두고 봐야 할 것이다. 법률시행 후 1년이 넘도록 아직 어떠한 통계수치나 행정소송사례도 없다. 사회보험주체와 같은 대규모 행정청에 대해서는 행정청의 다른 업무가 침해되는지 여부에 대해서도 주의해야 할 것이다.

실제로, 그 문서가 열람될 수 있다는 점을 업무수행자에게 명백하게 인식시킬 경우 부패를 발단에서부터 방지할 수 있다.

지금까지의 문서관리는 실무에서 종종 최소수준을 넘어서고 있다. 제한된 문서관리의 위험이 있다. 정보공개로 통해 불이익이 예상되는 자는 그가 반드시 해야 하는 것만을 문서로 남기게 될 것이다. 그러나 외부인의 입장에서는 거기에 이해할 수 없는 부분이 많을 것이다.

요컨대, 이 법률은 일종의 합리적인 타협(vernünftiger Kompromiss)으로 보인다. 앞으로 부족한 점이 발견될 경우에는 개선된 규율을 통하여 바로 보완되어야 할 것이다.