Fünftes Kapitel Verwaltungsinformationsrecht

Früher als das deutsche hat das amerikanische Verwaltungsrecht die Bedeutung des Faktors *Information* für das Handeln und für die Kontrolle der Verwaltung erkannt.[1] „Administrative Information" bildete ein eigenes Kapitel schon im Bericht des Attorney General's Committee von 1941, das sich mit der Erarbeitung des Administrative Procedure Act beschäftigt:[2] Oft begegneten die Menschen der Verwaltung deshalb mit Kritik – so argumentierte das Gremium –, weil es ihnen an hinreichenden Informationen über die Organisation, die Politik und die Vorgehensweise der Behörden fehle. Konsequent benannte es „seven forms of vital administrative information", die dem Publikum verfügbar gemacht werden sollten. In sect. 3 des APA von 1946 kam der Gesetzgeber dieser Empfehlung in wesentlichen Punkten nach und legte die Pflicht jeder Behörde fest, Organisationspläne, Verfahrensregelungen, „policy statements", Verwaltungsvorschriften und wichtige Einzelentscheidungen zu publizieren.[3] 1

Informationen aus konkreten Akten sollten allerdings nur denen verfügbar gemacht werden, die unmittelbar mit der Sache zu tun haben, und auch das nur, soweit es nicht um vertrauliche Informationen ging. Zweck dieser frühen Fassung des APA war es vor allem, Personen für ihren Umgang mit den Behörden die erforderlichen Kenntnisse verfügbar zu machen, nicht aber ein allgemeines Informationszugangsrecht zu schaffen. In den Erläuterungen des Attorney General hieß es dazu: „It is clear that section 3(c) is not intended to open up Government files for general inspection".[4]

Die weitere Entwicklung verlief keineswegs gradlinig.[5] Aber die generelle Tendenz zielte auf einen immer weiteren Ausbau der Verwaltungsöffent- 2

1 Vgl. nur *Scherer*, Verwaltung und Öffentlichkeit, 1979; *Gurlit*, Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht: ein Rechtsvergleich Bundesrepublik Deutschland – USA, 1989.
2 Final Report of Attorney General's Committee 24–27; vgl. → 3/30.
3 Heute wesentlich erweitert und neu gefasst in § 552(a)(1)(2) APA.
4 Attorney General's Manual, 25.
5 Dazu *Davis*, Administrative Law, 68 ff.; *G. O. Robinson*, Access to Government Information: The American Experience, 14 Federal L. Rev. 35, 37–39 (1983).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichkeit.[6] Systematisch lassen sich zwei Erscheinungsformen unterscheiden:[7] zum einen Regelungen, nach denen die Verwaltung Informationen von sich aus öffentlich zugänglich machen muss („affirmative disclosure"), und zum anderen Regelungen, nach denen das auf Antrag zu geschehen hat („disclosure on request"). Für die erste Gruppe hatte der APA von 1946 bereits einige Festlegungen getroffen. Für die zweite Gruppe brachte der Freedom of Information Act von 1967 den Durchbruch.[8] Der Federal Advisory Committee Act von 1972 und der Government in the Sunshine Act von 1976 steuerten Vorschriften bei, die der Transparenz der innerbehördlichen Informationsverarbeitung und Entscheidungsbildung dienen sollen.[9] Gegenpositionen zu diesen auf Öffentlichkeit drängenden Entwicklungen bilden der Privacy Act von 1974, der die behördliche Weitergabe personenbezogener Informationen einschränkt,[10] und der Paperwork Reduction Act von 1980, der Wirtschaft und Gesellschaft vor unnötigen Informationserhebungen schützen soll.[11]

3 In amerikanischen Lehrbüchern zum Verwaltungsrecht gehören Abschnitte zum Verwaltungsinformationsrecht („Government Information Acquisition and Disclosure") heute zum Standard.[12] Selbst wenn das Rechtsgebiet darin nicht systematisch entfaltet wird, ist das doch erheblich mehr als das,

---

6 *Robertson*, A Study in the Development of Government Secrecy, 92: „There are, of course, conflicting attitudes toward exactly what powers government should have, but the dominant ethos is one, and was one, of suspicion of government".

7 Zum Folgenden *Mashaw/Merrill/Shane*, 707 ff.; *Pierce,* Treatise, § 5.

8 Freedom of Information Act von 1967, Pub. L. No. 90–23; mehrfach erweitert und kodifiziert in § 552 APA. Dazu → 5/15–40.

9 Federal Advisory Committee Act von 1972, Pub. L. No. 92–463; Government in the Sunshine Act von 1976, Pub. L. No. 94–409; kodifiziert in § 552b APA. Zur Praxis vgl. *Funk/Shapiro/Weaver*, 691 ff. und 711 f.; *Gellhorn,* 518 ff.; *Strauss*, Justice, 394 ff. und 399 f.

10 Pub. L. No. 93–579; kodifiziert in § 552a APA. Dazu → 5/45–57.

11 PRA von 1980/1995 Pub. L. No. 104–13; kodifiziert 44 U.S.C. §§ 3501–3517. Behörden müssen ihre Aktionen zunächst einer eigenen öffentlichen Überprüfung auf ihre Notwendigkeit unterziehen; zudem bedürfen sie einer Genehmigung des OIRA, dass die Notwendigkeit der geplanten Erhebungen seinerseits überprüft (§§ 3506 und 3506): Jedes Jahr werden 3000–4000 solcher Vorhaben überprüft; dazu *Breyer/Stewart*, 699 ff. Zu den Zielen des Gesetzes vgl. 494 U.S. 26, 32–33 (1990) *Dole v. United Steelworkers*; zur Praxis *Mashaw/Merrill/Shane,* 675 ff.

12 Titel bei *Mashaw/Merrill/Shane,* 642 ff.; vgl. die Darstellungen bei *Gellhorn*, 435 ff.; *Funk/Shapiro/Weaver*, 582 ff. und 648ff; *Pierce,* Treatise, Chap. 4 und 5; *Schwartz/Corrada/Brown/West*, 165 ff.; *Strauss*, Justice, 383 ff.; *Aman*, 1013 ff.; *Breyer/Stewart*, 679 ff. (nur zur „disclosure").

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

was in den meisten deutschen Lehrbüchern geboten wird.[13] Die drei großen Themen sind die Informationserhebungen im Verwaltungsverfahren (1. Abschnitt), der freie Zugang zu Verwaltungsinformationen (2. Abschnitt) und der Schutz personenbezogener Daten gegenüber der Verwaltung (3. Abschnitt).

Erster Abschnitt Informationserhebungen im Verwaltungsverfahren

Regelmäßig gewinnen Verwaltungen die von ihnen benötigten Informationen unter Rückgriff auf allgemein verfügbare Quellen, aus eigener Anschauung und eigenem Sachverstand oder durch freiwillige Mitwirkung Privater. Freilich muss auch Vorsorge dafür getroffen sein, dass notwendige Informationen gegebenenfalls auch zwangsweise erhoben werden können, indem Private verpflichtet werden, Auskünfte zu erteilen, Dokumente beizubringen oder Untersuchungen zu dulden. *Investigation and Discovery* sind die klassische Thematik des Verwaltungsinformationsrechts.[14] Die wichtigsten Instrumente sind in § 555 APA aufgelistet. Neben Aufzeichnungs- und Berichtspflichten geht es um sanktionsbewehrte Beweisanordnungen (I) und Inspektionen vor Ort (II). 4

Die Behörden dürfen diese Maßnahmen nur anordnen, soweit das gesetzlich vorgesehen ist.[15] Außerdem ist bei ihrem Einsatz eine Reihe verfassungsrechtlicher Schranken, sog. *privileges*, zu beachten.[16] Das gilt zum einen für den IV. Zusatzartikel der U.S.-Verf. und den dort normierten Schutz gegen Durchsuchungen („search and seizure"). Zum anderen können der Schutz vor Selbstbezichtigung („witness against himself") und die Due Process Garantie des V. Zusatzartikels einschlägig sein. Innerhalb 5

13 Kurze Darstellungen immerhin bei *H. Pünder*, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 47–49 und *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 30–35; ausführlich Ehlers/Fehling/Pünder, Verwaltungsrecht II, § 62 „Datenschutzrecht" (*M. Albers*) und § 63 „Informationsfreiheitsrecht" (*M. Rossi*).

14 *Davis*, Administrative Law, § 3; *Mashaw/Merrill/Shane,* 643 ff.; *Pierce,* Process, § 8; *Schwartz*, § 3; zur historischen Entwicklung der Untersuchungsbefugnisse vgl. *Pierce,* Treatise, § 4.1. Andere Lehrbücher behandeln dieses Thema als Teil des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts, z. B. *Gellhorn*, 66 ff. („Information Gathering and Investigation").

15 § 555(c) APA: „except as authorized by law".

16 *Strauss*, Justice, 66 ff.; *Gellhorn*, 80 ff. („Rights to refuse cooperation with demands for information").

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieser Grenzen verfügen die amerikanischen Behörden über erhebliche investigative Kompetenzen. Das ist eine Konsequenz der ausgreifenden Regulierungsaufgaben, die der Kongress der Exekutive übertragen hat und die sich ohne umfangreiche Informationen nicht erfüllen lassen. Die daraus resultierenden Konflikte mit den Interessen am Schutz der Privatheit werden anerkannt: „The relevant issue therefore is not whether there is too little privacy, but whether there is too much regulation".[17]

A. *Auskunftsverlangen, Vorladungen und andere Beweisanordnungen („subpoenas")*

6 Zur ersten Gruppe von Instrumenten gehören mit Sanktionsandrohung versehene Anordnungen, die zur Aussage oder zur Vorlage von Dokumenten verpflichten.[18] Der aus dem strengen gerichtlichen Beweisrecht stammende Begriff „*subpoena*" betont den mit Zwang verbundenen Charakter dieser Mittel administrativer Informationsbeschaffung. Die Verwaltung kann sie innerhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens und (häufiger noch) in Situationen erlassen, in denen sie vorbereitend z.B. einen bestimmten Verdacht näher aufklären will. Herangezogen werden dürfen nicht nur diejenigen, die unmittelbar mit der Sache zu tun haben, sondern jeder, der zur Aufklärung beitragen kann.

7 Nach § 555(d) APA müssen die Anordnungen zwei Voraussetzungen erfüllen:[19] Die verlangten Maßnahmen müssen für das, was bewiesen werden soll, allgemein relevant sein, und sie müssen auf ein vernünftiges Maß begrenzt sein. Spezielle Verdachtsmomente und Wahrscheinlichkeiten („probable cause") brauchen normalerweise nicht dargetan zu werden.[20] Grenzziehend kann der „nemo tenetur" Grundsatz des V. Zusatzartikels wirken.[21] Er schützt allerdings nur vor Selbstbezichtigungen, die strafrechtli-

---

17 *Pierce*, Process, § 8.2.9.

18 Vgl. § 410(a) MSAPA 2010 („attendance of a witness and the production of books, records, and other evidence"); *Pierce,* Treatise, § 4.2; *Schwartz/Corrada/Brown/West*, 197 ff.; *Strauss*, Justice, 366.

19 „Of general relevance and reasonable scope of the evidence sought"; vgl. dazu auch *Mashaw/Merrill/Shane,* 649 ff.

20 327 U.S. 186, 208–209 (1946) *Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling*; vgl. auch 493 U.S. 182, 188–192 (1990) *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*; weitere Rechtsprechung bei *Pierce,* Treatise, § 4.2.

21 *Davis*, Administrative Law, § 3.03; *Gellhorn*, 98 ff.; *Pierce,* Treatise, § 4.6; *Schwartz/Corrada/Brown/West,* 209 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che Konsequenzen haben. Zudem kommt er nur natürlichen, nicht dagegen juristischen Personen zugute.[22]

Meistens kommen die Adressaten einer Beweisanordnung (letztlich) aus freien Stücken nach. Sie „kooperieren" – wie sie beflissen versichern – schon, um sich das Wohlwollen der Behörde im weiteren Verfahren nicht zu verscherzen.[23] Selbstbewusste große Bundesbehörden sind zudem in der Lage, gegebenenfalls auch unter Nutzung der Berichterstattung in den Medien, erheblichen faktischen Druck aufzubauen. Weigert sich ein Verpflichteter trotz allem, so ist die Verwaltung allerdings darauf angewiesen, ihrerseits die Gerichte zu bemühen. Eine eigene Vollstreckungsbefugnis kommt ihr nicht zu.[24] In diesem Punkte sind amerikanische Behörden daher weniger gut gerüstet als deutsche Behörden.[25] Das ihnen vorgeschriebene Verfahren ist zweistufig und zeitaufwändig:[26] In einem ersten Schritt muss das Gericht veranlasst werden, eine entsprechende „order" zu erlassen. Erst wenn der Verpflichtete dieser Entscheidung nicht nachkommt, drohen die Sanktionen eines „contempt of court", die das Gericht in einem zweiten Schritt festlegen muss und die bis zu Geld- und Haftstrafen reichen können.[27] 8

---

22 *Strauss*, Justice, 72 f.; vgl. auch 417 U.S. 85, 88 (1974) *Bellis v. United States*.

23 Vgl. die Schilderung der möglichen Einlassungen eines Adressaten bei *Pierce*, Process, § 8.2.5.

24 *Strauss*, Justice, 361; *W. Heun*, Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes in den USA, in: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch II, 1677 f.; *Sieberg*, Verwaltungsvollstreckung. Ein Vergleich zwischen den USA und Deutschland. Zu Ausnahmen *Strauss*, ebd., 70 f.

25 In Deutschland finden sich Regelungen, die die Behörde nicht nur zum Erlass einer Beweisanordnung berechtigen, sondern ihr auch Zwangsmittel zu eigener Durchsetzung an die Hand geben, im Fachrecht, z.B. § 208 S. 2 BauGB (Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes); vgl. *D. Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 26 Rn. 57. Soweit keine Spezialregelung getroffen wird, geht der Gesetzgeber erkennbar von der Anwendung des Verwaltungsvollstreckungsrechts aus; vgl. argumentum e contrario § 22 Abs. 4 S. 2 BPolG (Ausschluss des § 12 VwVG).

26 *Strauss*, Justice, 366 ff.; auch *Schwartz*, § 3.10. Bundesbehörden bedürfen zu diesem Schritt zudem der Mitwirkung des Justizministeriums.

27 Vgl. § 555(d) APA. Zu den prozessrechtlichen Konsequenzen No. 37(b) Fed. Rules of Civil Procedure. Zum „contempt of court" schon sect. 17 des Judiciary Act von 1789; *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 467 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Untersuchungen vor Ort („inspections")

9 Ein zweites wichtiges Instrument behördlicher Informationsbeschaffung sind die auch im deutschen und europäischen Umwelt- und Wirtschaftsrecht vielfach vorgesehenen Inspektionen.[28] Auf jeden Fall bedürfen Behörden, die solche Untersuchungen durchführen wollen, einer gesetzlichen Ermächtigung. Ihre Befugnisse reichen nur so weit, wie die Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsnorm den Eingriff im Einzelnen umschreiben.[29]

10 Umstritten ist, inwieweit zudem die einschränkenden Regelungen des IV. Zusatzartikels der U.S.-Verfassung zu beachten sind. Diese Bestimmung schützt Personen und ihren Besitz vor staatlichen Maßnahmen, die als „searches and seizures" zu qualifizieren sind.[30] Sie verlangt, dass solche Eingriffe nicht „unreasonable" sind und durch eine richterliche Entscheidung („warrant") legitimiert.

Zunächst gegen Durchsuchungen im Zuge polizeilicher Strafverfolgung gerichtet,[31] hat sich der IV. Zusatzartikel heute zu einer Vorschrift entwickelt, die auch gegenüber behördlichen Betretungsrechten und Vorort-Kontrollen einen gewissen Schutz bietet. Noch 1959 hatte der Supreme Court zwar die Auffassung vertreten, solche Zugriffe berührten die Vorschrift allenfalls am Rande.[32] 1967 gab er diese Rechtsprechung jedoch ausdrücklich auf und erkannte an, dass das IV. Amendment auch für wirtschaftsverwaltungsrechtliche Inspektionen einschlägig sei.[33]

---

28 *Mashaw/Merrill/Shane*, 681 ff.; *Pierce*, Treatise, § 4.3; *Funk/Shapiro/Weaver*, 582 ff.; *Strauss*, Justice, 361 ff. (auch zu gegenwärtigen Problemen im Sozial- und im Steuerrecht). Im deutschen Recht u. a. § 52 Abs. 2 BImSchG, § 59 Abs. 2 und 3 GWB, § 127 Abs. 2 TKG, § 99 AO, § 19 Abs. 2 SGB VII (Unfallversicherung). Zum EU-Recht vgl. *David*, Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht.

29 *Funk/Shapiro/Weaver*, 582 f.

30 *Strauss*, Justice, 66 ff. Sie betrifft neben der Durchsuchung von Sachen auch die Durchsuchung von Personen, ist verfassungsrechtlicher Bezugspunkt also auch für so sensible Themen wie Schleierfahndungen; vgl. *E. B. Primus*, Disentangling Administrative Searches, 111 Colum. L. Rev. 254 (2011).

31 Zur historischen Entwicklung unter Rückgriff auch auf das englische Recht vgl. 359 U.S. 360, 363–365 (1959) *Frank v. Maryland*.

32 Ebd., 367 („touch at most the periphery").

33 387 U.S. 523, 528–531 (1967) *Camara v. Municipal Court of the City and County of San Francisco*. Auch zwischen Privaträumen und Geschäftsräumen sollte nicht mehr unterschieden werden; 387 U.S. 541, 544–546 (1967) *See v. City of Seattle.*

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freilich fiel es nicht leicht, eine für besonders einschneidende staatliche Maßnahmen, eben für die Strafverfolgung, vorgesehene und deshalb mit besonders ausgefeilten Schutzmechanismen versehene Vorschrift in eine Regelung umzubauen, die auch administrative Alltagsvorgänge erfassen soll. Interessant ist hier eine Entwicklung, die sich in gewisser Weise „parallel" in der Judikatur zu Art. 13 GG vollzogen hat. Diese Vorschrift stellt „Durchsuchungen" von Wohnungen prinzipiell unter Richtervorbehalt (Abs. 2) und bindet „Eingriffe und Beschränkungen" an qualifizierte Gefahrensituationen (Abs. 7). Ursprünglich wurden Geschäftsräume nicht in den Schutzbereich dieser Bestimmung einbezogen, sodass sich die traditionellen Betretungs- und Besichtigungsbefugnisse der Wirtschaftsaufsicht auch nicht in ihre Schrankensystematik einpassen mussten. Als das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1971 jedoch auch Geschäftsräume als „Wohnungen" i. S. des Art. 13 GG qualifizierte und damit den Schutzbereich ausweitete, entstanden ähnliche Schwierigkeiten, wie sie die *Camara*-Rechtsprechung des Supreme Court hervorgerufen hatte.[34] Beide Gerichte mussten Wege suchen, um ein anerkanntes und notwendiges Instrument staatlicher Wirtschaftsaufsicht nicht mit verfassungsrechtlichen Anforderungen zu überfrachten, die seine effektive Handhabung in der Praxis nachhaltig schwächen könnten. 11

Das Bundesverfassungsgericht wählte eine Konstruktion praeter constitutionem: Die Konsequenz, auch die traditionellen Befugnisse der Aufsichtsbehörden als Durchsuchungen i. S. des Art. 13 Abs. 2 GG zu definieren und damit den Richtervorbehalt auszulösen, hielt es nicht für angezeigt. Auch als „Eingriffe und Beschränkungen" (Abs. 7) wollte es diese Instrumente nicht eingestuft wissen. Vielmehr sah es in Art. 13 GG eine „Lücke" und schuf einen dritten Eingriffstatbestand, dem die genannten Kontrollinstrumente im Falle ihrer Anwendung in Geschäftsräumen unterfallen sollen. Dieser Tatbestand muss nach Auffassung des Gerichts nicht den strengen Schrankenanforderungen des Art. 13 GG entsprechen, sondern ist an Art. 2 Abs. 1 GG und am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.[35] 12

Der Supreme Court dagegen versuchte zunächst, mit seiner Argumentation innerhalb des Garantiebereichs des IV. Amendment zu bleiben, dessen 13

34 BVerfGE 32, 54, 69–72; dazu kritisch mit weit. Nachw. *G. Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 13 Rn. 23 f. und 109 ff.

35 BVerfGE 32, 54, 75–77. Zu einer hinzutretenden Informationspflicht vgl. BVerwGE 78, 251, 255 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anforderungen aber zu lockern: Das Erfordernis einer richterlichen Anordnung („warrant") hielt er zwar aufrecht, doch wurden die materiellen Eingriffsvoraussetzungen („probable cause") dadurch entschärft, dass bei Routinekontrollen der Grund des Einschreitens nicht konkret, sondern nur typisiert nach Maßgabe des zugrundeliegenden behördlichen Kontrollprogramms dargelegt werden musste.[36] Gegen diesen Weg wurde allerdings sogleich kritisch eingewandt, er berge die Gefahr, die verfassungsrechtlichen Anforderungen auch in den wirklich prekären Fällen polizeilicher Durchsuchungen aufzuweichen.[37] In späteren Entscheidungen erkannte der Supreme Court an, dass der Gesetzgeber die Verwaltung zu Inspektionen auch ohne richterliche Untersuchungsanordnung ermächtigen dürfe, wenn es sich um einen schon lange und intensiv regulierten Wirtschaftszweig („closely regulated industry") handele und mit solchen Zugriffen gerechnet werden müsse. Statt einer richterlichen Anordnung soll dann ein „administrative inspection program" genügen, das die Umstände der Inspektion genau fixiert.[38]

14 Beide Gerichte, Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, sahen sich veranlasst, Inspektionen als Sonderfälle zu behandeln, für die die strengen verfassungsrechtlichen Garantien gegen Durchsuchungen („searches and seizures") nicht eigentlich passen. Diese Fälle trotzdem eng an die Verfassung zu binden, hat aber immerhin insofern einen rechtsstaatlichen Zugewinn gebracht, als Gesetzgebung und Exekutive verpflichtet worden sind, Gründe für eine Sonderbehandlung darzulegen. Diese disziplinierende Wirkung ist es, die die Rechtsprechung beider Gerichte trotz ihrer rechtskonstruktiven Inkonsistenzen richtig erscheinen lässt.[39] Heute geht es

---

36 387 U.S. 523, 534–536 (1967) *Camara v. Municipal Court of the City and County of San Francisco.*

37 Vgl. 436 U.S. 307, 326–328, (Marshall v. Barlow's Inc.) Stevens, J., diss., (1978) sowie die bei *Gellhorn*, 95 zitierte Literatur.

38 397 U.S. 72, 76 (1970) *Colonnade Catering Corp. v. United States*; 406 U.S. 311, 314–316 (1972) *United States v. Biswell*; 482 U.S. 691, 699–703 (1987) *New York v. Burger.* Weit. Nachw. zu der in ihren Kriterien nicht immer konsistenten Rechtsprechung bei *Pierce,* Process, § 8.2.6; *Mashaw/Merrill/Shane,* 702 ff.

39 Ähnliche Überlegungen bei *E. Rubin*, It's Time to Make the Administrative Procedure Act administrative, 89 Cornell L. Rev. 95, 130 f. und 179 ff. (2003) mit dem Vorschlag, Rechtsregeln für verwaltungsrechtliche Inspektionen in den APA aufzunehmen.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

darum, diesen verfassungsrechtlichen Schutz auch gegenüber digitalen Informationszugriffen zu aktivieren.[40]

Zweiter Abschnitt Der freie Zugang zu Verwaltungsinformationen

Dieses ist das Zentralthema des Verwaltungsinformationsrechts. Transparenz und Öffentlichkeit des Verwaltungsgeschehens sind notwendige Voraussetzungen, um den Grundanforderungen von „accountability" zu genügen.[41] Öffentlichkeit in einem doppelten Sinne – als Aktenöffentlichkeit und als Kommunikation mit der Öffentlichkeit – war daher von Anfang an ein integraler Bestandteil der Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts. Gewährte die erste Fassung des APA von 1946 auch noch kein voraussetzungsloses Aktenzugangsrecht (→ 5/1), so war mit den Publikationspflichten der Behörden (sect. 3) doch ein Fundament gelegt, auf dem weiter aufgebaut werden konnte:[42] Der Freedom of Information Act (FOIA) von 1967,[43] der Electronic Freedom of Information Act von 1996,[44] der Open Government Act von 2007[45] und der FOIA Improvement Act von 2016 sind Ausdruck dieser Entwicklung.[46] 15

40 Vgl. nur 585 U.S. __(2018) *Carpenter v. United States*; allgemein zu „digital searches and seizures" *Solove/Schwartz*, Information Privacy Law, 359 ff.

41 Gern zitiert *J. Madison:* „And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives", (zitiert nach *Aman*, 1014 f.). Zur historischen Entwicklung *Foerstel*, Freedom of Information and the Right to Know.

42 Kurze Darstellung der Entwicklung bei *Davis*, Administrative Law, 68 ff.; *Pierce*, Process, § 8.3.1; *W. Ginsberg*, in: Cooper, Freedom of Information Act, 1 ff.; *Mashaw/Merrill/Shane*, 711 ff.; vgl. auch *Gurlit*, Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht. Ein Rechtsvergleich Bundesrepublik Deutschland – USA, 54 ff.; *T. Bräutigam*, Das deutsche Informationsfreiheitsgesetz in rechtsvergleichender Sicht, DVBl 2006, 950 ff.

43 Pub.L. No. 90–23; vorher schon das im Juli 1966 erlassene nahezu identische Gesetz Pub.L. 89–487.

44 Pub. L. No. 104–231; kodifiziert § 552(a)(2) APA: Aufgabe der Behörden, bestimmte Informationen auch ohne Antrag im Internet verfügbar zu machen.

45 Pub. L. No. 110–175: zahlreiche Ergänzungen des § 552 APA und Einrichtung eines Office of Government Information Services (OGIS).

46 Pub. L. No. 114–185.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

16 Die Bundesstaaten haben ähnliche Informationszugangsgesetze erlassen, für die der FOIA oft Vorbild war.[47] Im international-vergleichenden Diskurs gilt das Gesetz als Musterbeispiel eines gelungenen amerikanischen Rechtsexports.[48] In Veröffentlichungen anlässlich seines 50-jährigen Bestehens wird der praktische Erfolg des FOIA wegen seiner zahlreichen Ausnahmeklauseln allerdings kritisch beurteilt.[49]

A. Grundsatz und Ausnahmen

17 § 552(a)(3)(A) des APA verpflichtet Bundesbehörden, jedermann auf dessen Antrag hin bei ihnen vorhandene Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Vorschrift wird weit, aber nicht schrankenlos weit interpretiert: „Nothing in the Act or its legislative history gives any intimation that all information in all agencies and in all circumstances is to be open to public inspection".[50]

18 In Pflicht genommen ist nach der Definition in § 552(f) in Verbindung mit § 551(1) APA „each authority of the Government of the United States". Ob die betreffende Stelle in die normale Behördenorganisation eingebunden oder selbstständig ist, ist nicht entscheidend. Verpflichtet sind auch öffentliche Körperschaften und Unternehmen, die der Staat kontrolliert. Ausgenommen sind dagegen der Kongress, die Bundesgerichte und der Präsident mit seinen engsten Beratern (nicht aber das gesamte Executive Office).[51] Privatpersonen sind nicht erfasst, auch wenn sie mit einer Behörde zusammenarbeiten oder von dieser subventioniert werden.[52]

---

47 *Asimow/Levin*, 554 f. mit Hinweis auf die Belastungen auch der Gerichte.

48 *J. M. Ackerman/I. E. Sandoval-Ballesteros*, The Global Explosion of Freedom of Information Laws, 58 Admin. L. Rev. 85, 95–99 (2006).

49 *D. E. McCraw*, The „Freedom of Information Act": A Look Back at Nader, FOIA, and What Went Wrong, 126 Yale L. J. F. 232 (2016).

50 So (zur Fassung von 1967) 422 U.S. 255, 260 (1975) *FAA Administrator v. Robertson; Breyer/Stewart* 679 ff.; *Gellhorn*, 458 ff.; *Pierce,* Process, § 8.3.2; *Strauss*, Justice, 386 f.; *Funk/Shapiro/Weaver*, 648 ff. (mit Hinweis auf gegenläufige elementare Vertraulichkeitsanforderungen der Verwaltung).

51 Vgl. 445 U.S. 136, 156 (1980) *Kissinger v. Reporters Committee for Freedom of the Press*.

52 445 U.S. 169, 178–182 (1980) *Forsham v. Harris*.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf den Grund der Antragstellung kommt es grundsätzlich nicht an.[53] Obwohl es das Ziel des Gesetzes ist, allgemein die Transparenz und Kontrolle der öffentlichen Verwaltung zu fördern,[54] kann der einzelne Antragsteller die Zugangsmöglichkeiten allein zur Verfolgung wirtschaftlicher oder sonst höchst eigennütziger Interessen nutzen, so auch, um an Beweismittel für einen Prozess gegen die Behörde zu gelangen. Gründe brauchen im Antrag normalerweise nicht angegeben zu werden. Die Dokumente, zu denen Zugang begehrt wird, müssen nur hinreichend deutlich bezeichnet werden. Die Behörden sind verpflichtet, dazu Register und ähnliche der Orientierung dienende Übersichten zu veröffentlichen (vgl. § 552(g) APA). Einzelheiten der Zugangsgewährung regeln sie durch eigene Rechtsvorschriften. 19

Die Pflicht, freien Zugang zu gewähren, ist an feste Fristen (im Regelfall 20 Werktage) gebunden und mit Rechtsmitteln sanktioniert. Nach einer verwaltungsinternen Beschwerde, über die ebenfalls in 20 Werktagen zu entscheiden ist, steht dem Antragsteller der Rechtsweg zu den „district courts“ offen. 20

Allein die Bundesbehörden hatten im Jahr 2017 über 800 000 Anträge zu bearbeiten, von denen 92 % vollständig oder wenigstens teilweise stattgegeben wurden.[55] Die durchschnittliche Bearbeitungsdauer lag für Standardverfahren zwischen 3 und 4 Wochen.[56] Über die Anzahl der Anträge und die Art und Zeit ihrer Behandlung haben die Behörden jährlich dem Justizministerium zu berichten, das seinerseits einen zusammenfassenden Bericht zu publizieren hat (§ 552(e) APA).

Es kann keinen Zweifeln unterliegen: *Informationsfreiheit* ist ein zentral wichtiger Grundsatz des amerikanischen Rechtsdenkens, und der FOIA hat ihn auf seine Weise entsprechend ausgestattet. „The American people firmly believe that our system of government must itself be governed by a presumption of openness“ – heißt es in den Ausgangsüberlegungen des 21

53 *Breyer/Stewart*, 681 unter Bezugnahme auf 492 U.S. 136 (1989) *U.S. Department of Justice v. Tax Analysts*.

54 So 425 U.S. 352, 372 (1976) *Department of the Air Force v. Rose*: „the basic purpose of the [FOIA is] to open agency action to the light of public scrutiny“.

55 Vgl. Office of Information Policy. Department of Justice, Summary of Annual FOIA Reports 2017, 8.

56 Ebd., 11 ff. Beschleunigte Verfahren („expedited processes“) dauerten 8 Tage; Anträge, die besonders umfangreiche Vorgänge betreffen („complex requests“), meistens 3–5 Monate.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kongresses zum Open Government Act von 2007.[57] Eine Verankerung des allgemeinen Informationszugangsrechts in einer ganz bestimmten Vorschrift kennt die U.S.-Verfassung – anders als die Verfassungen zahlreicher Bundesstaaten – allerdings nicht.[58] Zur Abstützung bleibt nur der Bezug auf das „American constitutional system". Eine lückenlose Publizitätspflicht folgt daraus nicht. Neben den Interessen an Transparenz sind auch die Notwendigkeiten staatlicher Geheimhaltung anerkannt.[59] Der Supreme Court belässt die Argumentation auf der Ebene des einfachen Rechts. Statt auf die Verfassung zu rekurrieren, untersucht er, welche Vorstellungen den Kongress bei Erlass des FOIA und seiner zahlreichen Novellen bestimmt haben.

22 Demgemäß ist der freie Informationszugang, den der FOIA gewährt, immer auch im Zusammenhang mit den *Ausnahmen* zu sehen. Das ist bei der Vorbereitung des Gesetzes klar herausgearbeitet worden:[60] Der Bericht des federführenden Senatsausschusses betont „the need for delicate balancing of these competing interests". § 552(b) APA statuiert insgesamt neun Ausnahmen (→ 5/24–33). „Subsection (b) is part of this scheme, and represents the congressional determination of the types of information that the Executive Branch must have the option to keep confidential, if it so chooses".[61]

23 Solche Freiräume haben die Präsidenten in der Vergangenheit immer wieder genutzt, um der Anwendung des FOIA ihren Stempel aufzudrücken.[62] Bestrebungen, zu einer großzügigen Behördenpraxis zu gelangen, stehen

---

57 Pub. L. No. 110–175. Dort Sec 2(3) auch die Bezugnahme auf 502 U.S. 164 (1991) *Department of State v. Ray*: „a strong presumption on favor of disclosure".

58 So ist etwa die im I. Zusatzartikel gewährleistete Meinungsfreiheit nicht verletzt, wenn die Regierung Informationen nicht zugänglich macht; 528 U.S. 32, 40 (1999) *Los Angeles Police Department v. United Reporting Publishing Corp*.

59 Vgl. *Mashaw/Merrill/Shane*, 707 f.; *Strauss*, Justice, 383 f. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion in Deutschland *M. Rossi*, Informationsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, 83 ff.; *Schoch*, IFG, Einl. Rn. 3 und 7 ff. und Rn. 283 ff.

60 Report of the Senate Committee on the Judiciary (S. Rept. No. 813, 89th Cong., 1st Sess., 3). Im einführenden Memorandum des Attorney General vom 4. Juli 1967 heißt es dazu: „that the exemptions must be construed in such manner as to provide a set of ‚workable standards', achieving the desired balance which is the basic statutory objective".

61 410 U.S. 73, 80 (1973) *EPA v. Mink*.

62 Dazu *W. Ginsberg*, in: Cooper, Freedom of Information Act, 3 ff.; *Pierce*, Process, § 8.3.1.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorgaben für eine restriktive Handhabung gegenüber.[63] Auch der Kongress hat in der Vergangenheit zwischen dem Bemühen, die Ausnahmetatbestände einzuschränken, und der Bereitschaft, fachgesetzlich die Geheimhaltung zu stärken, geschwankt.[64] Entsprechend vielstimmig ist die rechtspolitische Diskussion: Neben Stimmen, die auf einen weiteren Ausbau des FOIA drängen,[65] stehen Kritiker, die auf die erheblichen Kosten der Zugangsgewährung verweisen.[66] Mit Sorge wird zudem beobachtet, dass die meisten Anträge heute von kommerziellen Unternehmen oder von solchen Personen gestellt werden, denen es allein darum geht, die sie selbst betreffenden Behördenakten einzusehen.[67]

Angesichts dieser Praktiken wird gelegentlich sogar in Zweifel gezogen, dass der FOIA der richtige Weg sei, Kontrolle und Verantwortlichkeit von Amtsträgern zu erhöhen. Führt das zugrundegelegte Konzept antragsabhängiger Informationsöffentlichkeit („request-driven strategy") nicht dazu – so wird gefragt –, dass überhaupt nur Bereiche des Regierungshandelns erfasst werden, über die schon Kenntnisse vorhanden sind, während die wirklichen Arkanbereiche, etwa der Sicherheitsbehörden, unbehelligt bleiben?[68]

B. Einzelne Ausnahmetatbestände

Die rechtspolitische Kritik am FOIA soll hier jedoch nicht weiter verfolgt 24
werden. Für die uns interessierende Anwendungspraxis bedeutsam sind die neun Ausnahmen, die in § 552(b) APA aufgeführt sind und deren Schutzzwecke von der nationalen Verteidigungs- und Außenpolitik über den behördeninternen Entscheidungsprozess bis zum Schutz personenbezogener

63 Restriktiv: Attorney General *Ashcroft's* Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies vom 12. Oktober 2001. Expansiv: Attorney General *Holder's* Memorandum vom 19. März 2009 (Fed. Reg. 51879) auf der Grundlage des Memorandums vom *Präsident Obama* vom 21. 1. 2009 (74 Fed. Reg. 4683).

64 *Pierce*, Process, § 8.3.1 und § 8.4 mit Hinweis auf den Homeland Security Act von 2002 (Pub. L. No. 107–296) und die dort verfügte Einschränkung des Zugangsrechts bei „critical infrastructure information".

65 Dazu etwa die Vorschläge von *W. Ginsberg*, in: Cooper, Freedom of Information Act, 22 ff.

66 *Asimow/Levin*, 555, die auch die Belastung der Gerichte betonen.

67 Dazu *M. B. Kwoka*, First-Person FOIA, 127 Yale L. J. 2204 (2018).

68 Vgl. nur *D. E. Pozen*, Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act, 165 U. Pa. L. Rev. 1097 ff. (2017).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten und Geschäftsgeheimnisse reichen.[69] Die Ausnahmen sind in der Vergangenheit immer wieder Gegenstand von Novellierungen gewesen, die sie je nach der politischen Großwetterlage bald eingeschränkt, bald erweitert haben. Die Folge davon ist ein immer stärker ausdifferenzierter Gesetzestext, der mit seinen Einschränkungen und Rückausnahmen viele Auslegungsfragen aufwirft. So ist etwa Ausnahme No. 7, die den Schutz von Informationen regelt, die der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung dienen sollen („information compiled for law enforcement purposes"), nach und nach unter sechs Anwendungsbedingungen gestellt worden – jede von ihnen angefüllt mit komplizierten Rechtsbegriffen, oft prognostischen Gehalts.[70]

25 Die Interpretationsleitlinie heißt: Die Ausnahmen sind eng auszulegen.[71] Sind ihre Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, so *muss* der Zugang gewährt werden (§ 552(a)(8) APA). Die damit angedeutete „presumption of openness" wird jedoch durch zwei Faktoren geschwächt, die in der Struktur der Ausnahmetatbestände liegen. Das soll beispielhaft an zwei Klauseln gezeigt werden: an der Ausnahme kraft spezialgesetzlicher Anordnung (I) und an der Ausnahme zum Schutz von Privatheit (II). Im ersteren Fall geht es um einen per se weit gefassten Tatbestand, im zweiten Fall um Unsicherheiten, die mit einer behördlichen Abwägungsentscheidung verbunden sind.

I. Die Ausnahme: „specifically exempted by statute"

26 In § 552(b)(3) APA ist das Verhältnis der *allgemeinen* Pflicht zur Zugangsgewährung zu fachgesetzlichen Bestimmungen geregelt, die einer solchen Gewährung entgegenstehen.[72] Das ist ein für jede Informationsfreiheitsge-

---

69 Zum Folgenden systematisch *Breyer/Stewart*, 682 ff.; *Gellhorn*, 458 ff.; *Pierce*, Process, § 8.3.3.

70 *Pierce*, Treatise, § 5.13: „No FOIA provision has produced as many problems and as much controversy as exemption seven". Etwa 20 % der ablehnenden Bescheide stützten die Behörden 2017 auf diesen Ausnahmetatbestand; vgl. Office of Information Policy. Department of Justice (OIP), Summary of Annual FOIA Reports 2017, 8.

71 456 U.S. 615, 630 (1982) *FBI v. Abramson*; 562 U.S. 562, 565 (2011) *Milner v. Department of the Navy.*

72 In 2017 wurden gut 8 % der ablehnenden Entscheidungen auf die b(3) exemption gestützt; vgl. OIP, Summary of Annual FOIA Reports 2017, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzgebung kritisches Thema.[73] Fachgesetze haben ihre eigene Dynamik. Hier können überkommene Denkweisen alte überzogene Geheimhaltungsinteressen perpetuieren oder aber aus konkreten Anlässen neue schnell entstehen lassen.[74] Die Entwicklung des § 552(b)(3) APA zeigt beides:[75]

27 Die ursprüngliche Fassung des FOIA (1967) sprach von „matters specifically exempted from disclosure by statute". In Bezug genommen war damit eine Vielzahl von Gesetzen, die die Geheimhaltung von Akten in unterschiedlicher Weise vorsahen. Streitig war, ob das einschlägige Gesetz den Ausschluss selbst festlegen musste oder ob es genügte, dass es die Verwaltung ermächtigte, über den Ausschluss nach Ermessen zu entscheiden. Der Supreme Court befand 1975, Text und Gesetzesgeschichte des FOIA böten keinen Anhalt dafür, dass ältere, breit gefasste Ausschlussklauseln nicht weiter gelten sollten.[76] So extensiv wollte der Kongress die Geheimhaltung jedoch nicht interpretiert wissen. 1976 wurde § 552(b)(3) APA daher schärfer gefasst. Fachgesetzliche Ermessensklauseln genügen seither nicht, um eine Ausnahme zu legitimieren. Das Gesetz muss der Verwaltung mindestens klare Kriterien dafür vorgeben, nach denen sie ihre Ablehnungsentscheidung zu treffen hat.[77]

28 Die Politik eines „Open Government" verlief jedoch auch in der Folgezeit keineswegs gradlinig. Vielmehr nahm die Zahl der Gesetze, die mehr oder weniger deutlich Ausnahmen zuließen, weiter zu. Insbesondere sicherheitsrechtliche Belange vermochten sich durchzusetzen. Als Reaktion darauf fasste der Open FOIA von 2009 den § 552(b)(3) APA erneut enger. Fachgesetzliche Klauseln, die zeitlich nach seinem Erlass neu geschaffen werden, müssen den Ausschlusstatbestand des APA ausdrücklich in Bezug

---

73 Vgl. *Gellhorn*, 506: „tensions between the Act's emphatic pursuit of ‚open government' and needs for confidentiality felt in particular settings". Zur entsprechenden deutschen Regelung des § 3 Nr. 4 IFG vgl. BVerwG NVwZ 2010, 321 Rn. 46: „Was nach anderen Vorschriften geheim gehalten werden muss, bleibt auch unter der Geltung des IFG geheim". Nachw. zur Kritik bei *Schoch*, IFG, § 3 Rn. 201 f.

74 Anschaulich *W. Ginsberg*, in: Cooper, Freedom of Information Act, 13 ff.; *M. Fuchs*, Judging Secrets: The Role Courts Should Play in Preventing Unnecessary Secrecy, 58 Admin. L. Rev. 131 (2006).

75 Zum Folgenden *Breyer/Stewart*, 683; *Pierce*, Process, § 8.3.3c; ders., Treatise, § 5.9.

76 422 U.S. 255, 262–267 (1975) *FAA Administrator v. Robertson.*

77 Zur Auslegung im Einzelnen vgl. 447 U.S. 102, 108–120 (1980) *CPSC v. GTE Sylvania, Inc.*

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nehmen.[78] Dieses Zitiergebot hat auf der Ebene der Gesetzgebung eine Warnfunktion und entlastet zugleich die administrative Praxis von komplizierten Bewertungsfragen, ob eine bestimmte Vorschrift als Ausschlussregelung gedacht ist. Mehr als ein formeller Schutz gegen fachgesetzliche Aushöhlung der Informationsfreiheit ist damit freilich nicht erreicht.

II. Die „privacy exemptions"

29 § 552(b)(6) APA schützt personenbezogene Informationen, wenn ihre Weitergabe „would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy". Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 552(b)(7)(C) APA im Zusammenhang mit dem Schutz von Untersuchungsberichten.[79] Die beiden Vorschriften bilden den bei Weitem häufigsten Grund, auf Grund dessen Behörden Anträge auf Informationszugang ablehnen.[80]

30 Beide Ausnahmen setzen den Schutz von Privatheit allerdings nicht absolut, sondern verlangen eine *Abwägung* zwischen dem privaten Geheimhaltungsinteresse und dem öffentlichen Interesse an der Zugangsgewährung.[81] Darin unterscheiden sie sich von den anderen Ausnahmen des § 552(b) APA, die zwar oft sehr weit gefasste Rechtsbegriffe verwenden, aber trotz allem doch nicht mit den Unsicherheiten einer Interessenabwägung belastet sind. Die Abstinenz gegenüber behördlichen Abwägungsentscheidungen teilt der APA mit dem deutschen IFG, während das EU-Recht und das unionsrechtlich vorgeprägte Umweltinformationsrecht ihre Ausnahmen von der Zugangsgewährung mit einer Abwägungsklausel versehen haben.[82]

---

78 Der Open FOIA erging als § 564 des Department of Homeland Security Appropriations Act 2010. Pub.L No. 111–83; kodifiziert in 5 U.S.C. § 552(b)(3)(B): „specifically cites to this paragraph".

79 Hier wird verlangt, die Weitergabe „could reasonably be expected to constitute...". Damit wird ein höherer Schutz des privaten Interesses ausgedrückt als in Ausnahme No. 6; so 510 U.S. 487, 497 (1994) *Department of Defence v. FLRA*. In der Grundstruktur aber stimmen beide Vorschriften überein.

80 Mehr als die Hälfte aller Ablehnungen wurden mit ihnen begründet; vgl. OIP, Summary of Annual FOIA Reports 2017, 8.

81 425 U.S. 352, 370–376 (1976) *Department of the Air Force v. Rose*.

82 Dazu im Einzelnen *Schoch*, IFG, Vorb. §§ 3–6 Rn. 49 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Abwägungserfordernis wird textlich am Tatbestandsmerkmal „unwarranted" festgemacht und veranlasst zu drei Untersuchungsschritten:[83] Zunächst müssen die Positionen, die als „personal privacy" anerkannt werden wollen, und die Art und Weise ihrer Beeinträchtigung konkret bestimmt werden:[84] Wichtig ist hier der Verwendungskontext; manche Informationen sind zwar personenbezogen, gleichwohl aber allgemein zugänglich; doch ist die Fähigkeit moderner Datentechniken zu beachten, auch aus solchen Daten Informationen zu generieren, die den Schutz der Privatheit beanspruchen können. 31

In einem zweiten Untersuchungsschritt ist das Gewicht des Interesses zu bestimmen, das am Zugang zu den betreffenden Informationen besteht. Maßstab ist das Ziel des FOIA, Transparenz und Verwaltungskontrolle zu fördern. Die Motive des Antragstellers sind dabei allenfalls mittelbar relevant. Zeigt sich, dass mit der Zugangsgewährung für das Gesetzesziel kaum etwas gewonnen würde, so kann das Zugangsinteresse in der Abwägung nur ein geringes Gewicht beanspruchen.[85] 32

Schließlich sind spezielle Umstände des Falles in Rechnung zu stellen, z.B. der Schutz von Vertraulichkeit. Die Abwägung zwischen diesen Positionen muss von der Behörde und im Streitfall von den Gerichten vorgenommen werden. Die Lösung kann auch darin bestehen, nur Teile der Akten zugänglich zu machen. Detaillierte Gewichtungsregeln gibt das Gesetz nicht vor. Das Bemühen der Gerichte geht aber dahin, reine Einzelabwägungen zu vermeiden und nach verallgemeinerungsfähigen Gesichtspunkten Fallgruppen zu bilden, für die die Versagung die Regelfolge ist. „Our cases provide support for the proposition that categorical decisions may be appropriate, and individual circumstances disregarded, when a case fits into a genus in which the balance characteristically tips in one direction".[86] Hier 33

83 Zum Folgenden *Breyer/Stewart*, 685 ff.; *Pierce,* Process, § 8.3.3 f; ders., Treatise, § 5.12.

84 Dazu 489 U.S. 749, 762–770 (1989) *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press.*

85 510 U.S. 487, 495 (1994) *Department of Defense v. FLRA*: „the only relevant ‚public interest in disclosure' to be weighed in this balance is the extent to which disclosure would serve the ‚core purpose of the FOIA'". Ferner 519 U.S. 335 (1997) *Bibles v. Oregon Natural Desert Association.*

86 So 489 U.S. 749, 776 (1989) *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press.*

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird auf den Gedanken des *intendierten Ermessens* zurückgegriffen, der auch in den Ausnahmeregelungen des IFG nachweisbar ist.[87]

C. Rechtsschutz

34 Das letzte Wort in Fragen der Zugangsgewährung fällt im Streitfall den Gerichten zu.[88] Zahlenmäßig sind die gerichtlichen Auseinandersetzungen im Verhältnis zur großen Zahl der Anträge, mit denen die Behörden konfrontiert sind, eher gering.[89] Interessant sind sie, weil sie in einigen Punkten vom üblichen Rechtsschutz in Verwaltungssachen abweichen.

I. Entscheidungen „de novo"

35 Die Gerichte sind – anders als sonst im Verwaltungsrechtsschutz (§ 706 APA) – nicht auf die Kontrolle der behördlichen Ablehnungsgründe beschränkt. Noch weniger ist gegenüber der behördlichen Interpretation der einschlägigen Bestimmungen *Chevron* deference veranlasst. § 552(a)(4)(B) APA verpflichtet die Gerichte vielmehr, *de novo* zu entscheiden.[90] Sie müssen dabei auch Interessenabwägungen selbst vornehmen, wenn die Ausnahmetatbestände solche voraussetzen.

36 Für die Tatsachen, die eine Ausnahme vom freien Zugang rechtfertigen, trägt die Behörde die Beweislast. Das kann dazu führen, dass die streitgegenständlichen Dokumente dem Gericht vorzulegen sind und dieses selbst sie auf ihre Geheimhaltungsbedürftigkeit hin beurteilt, ohne dass der Antragsteller Einsicht erhält. Das ist gerade für Gerichte, die wie die amerikanischen sonst nicht der Amtsermittlung, sondern dem Beibringungsgrundsatz verpflichtet sind, eine ungewöhnliche Situation. § 552(a)(4)(B) APA

---

87 Vgl. *Schoch*, IFG, Vorb. §§ 3–6 Rn. 50 f.

88 Zum Folgenden *Breyer/Stewart*, 689 f.; *Strauss*, Justice, 389 ff.; *M. B. Kwoka*, The Freedom of Information Act Trial, in: 61 Am. U. L. Rev. 217 (2011).

89 *M. B. Kwoka*, ebd., spricht von 300–500 Fällen pro Jahr.

90 Zu den Überlegungen des Kongresses, hier ausnahmsweise den de novo Standard festzulegen, vgl. *M. B. Kwoka*, Deferring to Secrecy, 54 Boston College L. Rev. 185, 196–200 (2013). Welche Arbeitslast der Gerichte damit verbunden sein kann, zeigt anschaulich der bei *Gellhorn*, 489–509 referierte Fall des US District Court for the Southern District of New York, 739 F. Supp. 2d 515 (2019) *Fox News Network, LLC v. Department of the Treasury.*

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verweist jedoch ausdrücklich auf ein *in camera* Vorgehen.[91] Das Verfahren ist in den Prozess integriert, wird also, anders als im deutschen Recht (§ 99 Abs. 2 VwGO), nicht isoliert vor besonderen Spruchkörpern durchgeführt. Unter Umständen müssen die Gerichte *in camera* umfangreiche Bestände an Behördenakten durchgehen. In der Praxis hat sich zur Vereinfachung ein Verfahren durchgesetzt, in dem die Behörde die ihrer Ansicht nach geheimhaltungsbedürftigen Dokumente indexiert und ihre Bedenken Punkt für Punkt beschreibt: sog. *Vaughn index*.[92] Der Kläger erhält hier zwar bessere Einsicht in die Struktur der behördlichen Weigerung; den Sachgründen selbst kann er aber kaum etwas entgegensetzen.[93]

Rechtsprechungsanalysen zeigen generell eine wenig kontrollintensive Praxis der Gerichte. Die ablehnenden Entscheidungen der Behörden werden in den meisten Fällen akzeptiert. Damit hat sich der „de novo" Standard in den Erfolgsquoten entgegen den gesetzgeberischen Zielen praktisch dem im Verwaltungsrechtsschutz sonst üblichen „arbitrary and capricious" Standard angeglichen.[94] Das deutsche IFG geht von einem dem § 552(a)(4)(B) APA vergleichbaren Ausgangspunkt aus: Die Gerichte müssen die Behördenentscheidung grundsätzlich vollständig überprüfen und dazu gegebenenfalls auch das in camera-Verfahren einsetzen.[95] Einzelne Ausnahmetatbestände der §§ 3–6 IFG enthalten allerdings Beurteilungsermächtigungen, die zu einer reduzierten gerichtlichen Kontrolle führen.[96] In außen- und verteidigungspolitischen Fragen dürften sich die Kontrollpraxen deut- 37

91 Eingeführt 1974 (Pub. L. 93–502) als Reaktion des Kongresses auf 410 U.S. 73, 80–84 (1973) *EPA v. Mink* und die dortige umfassende Freistellung formeller Verschlusssachen. Zur parallelen Problematik („formeller" oder „materieller" Verschlusssachenbegriff) in § 3 Nr. 4 IFG vgl. BVerwG NVwZ 2010, 321 Rn. 47 ff.

92 Zuerst entwickelt vom Court of Appeals (D. C. Circuit) in *Vaughn v. Rosen*, 484 F.2d 820 (1973): „Such an indexing system would subdivide the document under consideration into manageable parts cross-referenced to the portion of the Government's justification". Vgl. *Gellhorn*, 478.

93 *M. B. Kwoka* (Fn. 88), 61 Am. U. L. Rev. 217, 247 (2011).

94 *P. R. Verkuil*, An Outcomes Analysis of Scope of Review Standards, 44 Wm. & Mary L. Rev. 679, 713 (2002): Behördenentscheidungen wurden in 90 % der Fälle akzeptiert. Zu den unterschiedlichen Konstruktionen, die die Gerichte anwenden, um vom de novo Standard abzuweichen, vgl. *M. B. Kwoka* (Fn. 90), 54 Boston College L. Rev. 185, 221–235 (2013) (Vaughn Index, Abweichung von den üblichen discovery Regeln, Summary Judgment).

95 *Schoch*, IFG, § 9 Rn. 94 ff.

96 Das sind besonders zu begründende Ausnahmen, so BVerwG NVwZ 2015, 675 Rn. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scher und amerikanischer Gerichte entsprechen.[97] Im Übrigen aber verfährt die Rechtsprechung zum IFG kontrollfreundlicher.

II. Reverse-FOIA Litigation (Drittschutz)

38 Über den Rechtsschutz desjenigen, der ein Interesse daran hat, dass die Behörden Informationen nicht weitergeben, sagt der FOIA nichts. Das Gesetz hat zwar die Bedeutung von Vertraulichkeit durchaus gesehen. Das zeigen vor allem die Ausnahmen § 552 (b)(4) „trade secrets" und (b)(6) „privacy" APA. Aber die Entscheidung darüber, ob die Ausnahmen zu einer Versagung des beantragten Informationszugangs führen sollen, liegt allein bei der Behörde.[98] Dritten wird kein Recht darauf eingeräumt, ihren von diesen Ausnahmen ausgehenden Schutz einzufordern. „The FOIA is purely a disclosure statute" – konstatiert die Leitentscheidung *Chrysler Corp. v. Brown* aus dem Jahre 1979.[99] Gefolgert wird das aus dem Text, der Systematik und der Gesetzesgeschichte. In diesem Zusammenhang wird auch auf § 552(a)(4) APA verwiesen, der allein zum Rechtsschutz dessen Aussagen trifft, der die Informationen erlangen möchte, nicht aber auch zum Rechtsschutz dessen, der gerade umgekehrt auf Geheimhaltung drängt. Ein Drittschutz, wie er in § 8 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 9 Abs. 4 IFG festgelegt und im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG unverzichtbar ist, ist dem FOIA nicht zu entnehmen.

39 Auf der anderen Seite ist es offensichtlich, dass zugangsgewährende Verwaltungsentscheidungen in hohem Maße drittschutzrelevant sein können und dass Dritte aus diesen Vorgängen nicht vollständig herausgehalten werden dürfen. Durch eine Executive Order von 1987 sind die Bundesbehörden verpflichtet, für Konfliktfälle dieser Art Regeln vorzusehen und Dritten Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben.[100] Sie dürfen den Zugang nicht gewähren, bevor betroffene Dritte ihre Gegenargumente ha-

---

97 Zur b(1) exemption („national defense or foreign policy") vgl. *P. R. Verkuil* (Fn. 94), 44 Wm. & Mary L. Rev. 679, 714 ff. (2002). Zu § 3 Nr. 1 lit a IFG BVerwG NVwZ 2010, 321 Rn. 12 ff.

98 *Mashaw/Merrill/Shane*, 753.

99 441 U.S. 281, 286 (1979) *Chrysler Corp. v. Brown*, ferner dort 290: „the basic objective of the Act is disclosure".

100 Executive Order No. 12,600 vom 23. 6. 1987 „Predisclosure Notification Procedures for Confidential Commercial Information", 52 Fed. Reg. 23,781; *Pierce*, Treatise, § 5.16 (S. 386).

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben vorbringen können. Ein besonderes „hearing“ ist dazu allerdings nicht erforderlich.[101]

40 Auch der Supreme Court hatte die Problematik des Drittschutzes schon in *Chrysler Corp. v. Brown* gesehen, sich allerdings nicht für befugt gehalten, dem FOIA richterrechtlich eine entsprechende Klagemöglichkeit zu implantieren. Stattdessen griff er auf die allgemeinen Rechtsschutzbestimmungen der §§ 702–706 APA zurück.[102] Mit einer solchen „reverse FOIA action“ kann sich ein Dritter gegen die Entscheidungen einer Behörde gerichtlich zur Wehr setzen, die seinen in anderen Fachgesetzen vorgeschriebenen Geheimnisschutz verletzen. Er trägt allerdings dafür die Beweislast. Die Gerichte treffen in diesen Fällen keine Entscheidung de novo, sondern verfahren nach den allgemeinen Kontrollstandards des § 706 APA.[103]

Dritter Abschnitt Der Schutz personenbezogener Informationen

41 Eine zweite Säule des Verwaltungsinformationsrechts sind die Bestimmungen zum Schutz berechtigter Interessen, die Privatpersonen und Unternehmen an der Geheimhaltung von Daten haben: Privatheit, Geschäftsgeheimnisse, Schutz des geistigen Eigentums. Das ist bereits bei den Ausnahmen des § 552(b) APA deutlich geworden.

A. Das Recht auf „informational privacy“

42 Unter ihnen kommt dem Schutz der Privatheit besondere Bedeutung zu: „The right to privacy is a personal and fundamental right protected by the Constitution of the United States“ – heißt es in den Feststellungen, mit denen der Kongress den Privacy Act von 1974 einleitete.[104] Ursprünglich aus dem Schadensersatzrecht des common law kommend, soll es den privaten Lebensbereich gegen das Eindringen Dritter absichern. Dazu kann auch

101 *Strauss*, Justice, 391 f.
102 441 U.S. 281, 317–319 (1979) *Chrysler Corp. v. Brown*.
103 *Breyer/Stewart*, 690 f.; *Pierce*, Process, § 8.3.3i. Die Erfolgsquote soll trotzdem doppelt so hoch sein wie diejenige der Klagen von FOIA-Antragstellern; so die Angaben bei *P. R. Verkuil* (Fn. 94), 44 Wm. & Mary L. Rev. 679, 717 (2002).
104 So Sect. 2(a)(4) des Privacy Act, Pub. L. No. 93–579; kodifiziert § 552a APA.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Sicherung gegen die Weitergabe von Informationen über das Privatleben zählen.[105]

43 Sofern das Recht auf Privatheit sich speziell gegen *staatliche* Zugriffe wendet, kann auch auf den Schutz vor „searches and seizures" nach dem IV. Amendment der U.S.-Verfassung zurückgegriffen werden.[106] Insofern hat sich die Garantie nach und nach von verräumlichenden Vorstellungen gelöst und bestimmt den Schutz nach dem „reasaonable expectation of privacy" Test kommunikativ.[107] Diese Flexibilisierung befähigt den IV. Zusatzartikel, auch auf subtile neue Überwachungstechniken zu reagieren. Sie macht ihn aber auch von sozialen Wertungen abhängig, die ihn relativieren.[108] Das zeigt sich etwa an der „third party doctrine".[109]

44 Inwieweit ein Verfassungsrecht auf *informational privacy* wirklich reicht, hat der Supreme Court bisher offen gelassen.[110] In der Entscheidung *NASA v. Nelson* aus dem Jahre 2011 spricht er zwar von einem „privacy interest of constitutional significance" und zeigt für eine solche Konstruktion gewisse Sympathien – alles aber unter dem ausdrücklichen Vorbehalt „assuming, without deciding".[111] Die gesteigerten Schutzbedürfnisse, die im Gefolge moderner Informationstechniken eingetreten sind und das Bundesverfassungsgericht dazu veranlassten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG um ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu ergänzen,[112] sind in den USA zwar deutlich

---

105 *Nowak/Rotunda*, § 14.26 mit Hinweis auf den grundlegenden Beitrag von *S. Warren* und *L. D. Brandeis*, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

106 Dazu *Solove/Schwartz*, Information Privacy Law, 256 ff.; *Gray*, The Fourth Amendment, 71 ff.; *Wittmann*, Privatsphäre.

107 *Solove/Schwartz*, ebd., 284 ff.

108 Vgl. *Gray*, The Fourth Amendment, 134 ff. und 249 ff.; *Wittmann*, Privatsphäre, 357 ff.

109 Dazu *Wittmann*, ebd., 181 ff. Immerhin stellt aber die 5:4 Entscheidung des Supreme Court 585 U.S. __ (2018) *Carpenter v. United States*, die eng verstanden werden will, polizeiliche Zugriffe auf die Lokalisierungsdaten von Mobiltelefonen unter den Richtervorbehalt des IV. Zusatzartikels.

110 *Chemerinsky*, § 10.6 und die dort zitierten Urteile, insbesondere 429 U.S. 589, 605–606 (1977) *Whalen v. Roe.* Zur historischen Entwicklung *Heffernan*, Privacy and the American Constitution, bes. 187 ff.

111 562 U.S. 134, 135 und 147 (2011) *NASA v. Nelson*; scharf dagegen Scalia, J. concur. 160: „A federal constitutional right to ‚informational privacy' does not exist".

112 BVerfGE 65, 1, 41–52.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

früher als in Deutschland erkannt worden, bleiben aber auf diese Weise im Wesentlichen dem Schutz durch die Gesetzgebung überlassen.[113]

B. Der Privacy Act von 1974

Die USA kennen keine umfassende gesetzliche Regelung des Datenschutzrechts. Anders als etwa die EU-Datenschutz-GrundVO richtet sich der Privacy Act nur an *Behörden* – genauer noch: nur an Bundesbehörden.[114] Der Begriff wird mit Verweis auf den FOIA zwar weit definiert (§ 552a(a)(1) APA), umschließt also auch öffentliche Unternehmen. Der Umgang *Privater* mit personenbezogenen Daten wird dagegen nicht erfasst. Nicht einschlägig ist das Gesetz auch dort, wo es um die Behörden der Bundesstaaten und der Kommunen geht. 45

Vom Privacy Act erfasst werden alle Tätigkeiten, die unter den in § 552a(a)(3) definierten Begriff „maintain" fallen: das Vorhalten, das Sammeln, das Nutzen und das Weitergeben personenbezogener Informationen. Der Kreis der geschützten Personen beschränkt sich gem. § 552a(a)(2) APA auf amerikanische Staatsbürger und solche Personen, die eine dauerhafte Aufenthaltsberechtigung besitzen. Rechtsträger („individuals") können nur natürliche, nicht aber juristische Personen sein.[115] Auch mit diesem begrenzten Anwendungsbereich deckt der Privacy Act 1974 den Umgang der Verwaltung mit persönlichen Daten nicht vollständig ab, sondern wird durch zahlreiche Fachgesetze ergänzt, eingeschränkt oder ausgeschlossen. Das ist freilich in Deutschland mit seinen Spezialregelungen im Steuer-, Sozial-, Statistik- und Polizeirecht nicht anders. 46

Das Regelungsgefüge des Gesetzes besteht aus einem Verbot der Offenlegung („disclosure") personenbezogener Informationen (I), aus Regeln für 47

113 Vgl. *M. Lejeune*, Datenschutz in den Vereinigten Staaten von Amerika, CR 2013, 755 ff.; *M. Klar/J. Kühling*, Privatheit und Datenschutz in der EU und in den USA – Kollision zweier Welten?, in: AöR 141, 2016, 165, bes. 176–182.; zum Schutz speziell gegen nachrichtendienstliche Datenzugriffe *Wischmeyer*, Überwachung ohne Grenzen, 86 ff.

114 Zur Auslegung der Definitionen des § 552a(a) APA vgl. die vom United States Department of Justice, *Office of Privacy and Civil Liberties* herausgegebene Zusammenstellung: Overview of the Privacy Act 1974 (Edition 2015) – im Folgenden zit.: DOJ-Overview 2015.

115 *Strauss*, Justice, 396 unter Bezugnahme auf 562 U.S. 397, 410 (2011) *FCC v. AT&T, Inc.*

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den behördlichen Umgang mit solchen Informationen (II) und aus Informations- und Korrekturrechten des Betroffenen (III). Das sind klassische Elemente des Datenschutzrechts. Sie finden sich ähnlich auch im europäischen und deutschen Recht, sind dort allerdings in den einschlägigen Rechtsvorschriften noch stärker ausdifferenziert. Das Schutzniveau wird dadurch und durch den klarer herausgestellten Grundrechtsbezug der informationellen Selbstbestimmung gesteigert. Dem dient auch die Institution eines unabhängigen Datenschutzbeauftragten (§§ 8–16 BDSG), die die USA nicht kennen.

I. „No disclosure without consent"

48 Nach der Grundregel des § 552a(b) APA dürfen Behörden die in ihren Beständen vorhandenen personenbezogenen Informationen nicht ohne Einwilligung des Betroffenen an private Dritte oder andere Behörden weitergeben. Die Einwilligung muss schriftlich und vorab erteilt sein. Waren die betreffenden Informationen dem Empfänger bereits bekannt, liegt begrifflich keine Weitergabe vor. Die Beweislast dafür, dass eine Weitergabe erfolgt ist, hat der Betroffene.

49 Durchbrochen wird die Grundregel durch zwölf *Ausnahmen*. Einige davon betreffen die Weitergabe personenbezogener Informationen an besondere staatliche Institutionen (Kongress, Amt für Statistik, Bundesarchiv, Rechnungshof) und sind als solche plausibel. Andere stehen in Gefahr, als breite Eingriffsmöglichkeiten in den Bereich der informationellen Privatheit benutzt zu werden. Nicht unproblematisch ist in diesem Zusammenhang schon die in (b)(1) genannte Weitergabe innerhalb einer Behörde – jedenfalls dann, wenn es sich um Großbehörden handelt, deren Teilorganisationen weit auseinanderliegende, unterschiedliche Aufgaben wahrnehmen.[116] Weit gefasst ist auch die Ausnahme (b)(7), die den Rechtsverkehr mit allen Behörden, die gesetzlich mit der Rechtsdurchsetzung („civil or criminal law enforcement activity") beauftragt sind, von der Regelvorschrift konsentierter Weitergabe freistellt.

50 Häufiger Kritik begegnet schließlich, dass in (b)(3) auch die Weitergabe für „routine use" ausgenommen wird. Erlaubt ist danach die Weitergabe zu all jenen Zwecken, die mit dem Zweck, zu dem die Information erhoben

116 So aber DOJ-Overview 2015, 68 (mit Hinweis auf die Gesetzesgeschichte): „the term agency given its broadest statutory meaning".

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist, kompatibel sind (a)(7). Die Behörden müssen den originären Zweck ihrer Datensammlungen zwar im Federal Register veröffentlichen. Der Begriff „compatible" lässt jedoch so viel Spielraum, dass die Ausnahme (b)(3) in der Literatur „the biggest loophole" oder „catchall exemption" genannt wird.[117]

Insgesamt trägt der Privacy Act den staatlichen Zugriffsinteressen gegenüber dem Datenschutz ausgiebig Rechnung. Dieses Urteil wird bestätigt durch die zahlreichen Ermächtigungen des § 552a(j) und (k) APA, die es Behörden gestatten, durch eigene Vorschriften („rules") bestimmte Datenbestände von einzelnen Regelungen des Privacy Act auszunehmen. „Put in the simplest terms, what Congress gave Congress may take away, which it did here by conferring on agencies the power to exempt certain records from the Privacy Act" – so lautet eine bündige Rechtfertigung dieser Einschränkungen in der Judikatur.[118] 51

II. Regeln und Standards: „fair information practices"

Eine etwas andere Sprache spricht allerdings § 552a(e) APA, der den Behörden zwölf Regeln und Sorgfaltsstandards für den Umgang mit ihren Datenbeständen an die Hand gibt. An erster Stelle steht der Grundsatz der Datensparsamkeit (e)(1)). Die Behörde soll sich auf Informationen beschränken, die erforderlich sind, um die Aufgaben zu erfüllen, die ihr durch Gesetz oder eine Executive Order zugewiesen sind. Ergänzt wird der Schutz durch das Gebot, Informationen, die Rechte und Interessen eines Betroffenen beeinträchtigen können, so weit wie möglich bei diesem direkt zu erheben und ihn dabei über die Rechtsgrundlagen, die Zwecke und Folgewirkungen der Erhebung aufzuklären (§ 552a(e)(2) und (3)). 52

Weiter werden Sorgfaltspflichten festgelegt, die die Behörden im Umgang mit den bei ihnen vorhandenen Daten zu erfüllen haben. Ihr Ziel ist es, „fair information practices" zu gewährleisten.[119] Dazu gehören Akkuratesse in der Bearbeitung, Pünktlichkeit und Vollständigkeit. Besonders sensi- 53

117 So mit Nachw. *Solove/Schwartz*, Information Privacy Law, 671. Zum Vergleich die wesentlich präzisere und engere Fassung der Weitergabe in § 25 i. V. § 23 BDSG.

118 Zitat eines District Court aus dem Jahre 2004, zit. nach DOJ-Overview 2015, 281.

119 Zu diesem Topos *Solove/Schwartz*, Information Privacy Law, 663 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ble Informationen, Informationen darüber, wie der Betroffene seine Grundrechte ausübt, dürfen nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung verarbeitet werden. Schließlich haben die Behörden durch organisatorische und technische Mittel die Sicherheit und Vertraulichkeit ihrer Datenbestände sicherzustellen. Einzelheiten kann jede Behörde durch eigene Rechtsvorschriften regeln, die sie im Verfahren des „informal rulemaking" zu erlassen hat (§ 552a(f) APA).

III. Rechte der Betroffenen und Gerichtsschutz

54 Betroffenen Personen gewährt der Privacy Act eine Reihe von Rechten: Den Grundtatbestand bildet der Anspruch, die bei der Behörde vorhandenen Datenbestände über die eigene Person einzusehen (§ 552a(d)(1) APA). Des Weiteren kann der Betroffene die Berichtigung der ihn betreffenden Daten verlangen (§ 552a(d)(2) APA). Lehnt die Behörde das ab, so ist der Antragsteller berechtigt, eine begründete Gegendarstellung zu den Akten zu geben, die im Falle der Weitergabe der Daten an andere Behörden oder Dritte ebenfalls mitzuteilen ist.

55 In Auseinandersetzungen über diese Rechte steht dem Betroffenen nach Erschöpfung des inneradministrativen Rechtsweges gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung (§ 552a(d)(3) APA). Das Gericht entscheidet „de novo" und gegebenenfalls auch „in camera" (§ 552a(g)(2)(A) und (3)(A) APA). Die Klagemöglichkeiten betreffen nicht nur Streitigkeiten über Zugangs- und Korrekturrechte („access lawsuits"). Vielmehr ermöglicht es § 552a(g)(1)(C) und (D) APA auch, sich gegen einen nachlässigen Umgang der Behörde mit den persönlichen Informationen und überhaupt gegen Verstöße gegen das einschlägige Datenschutzrecht zu wenden, wenn der Betroffene dadurch Nachteile erlitten hat („damage lawsuits").[120] Die Sorgfaltsanforderungen ergeben sich aus den Grundsätzen des § 552a(e) APA. Schadensersatz kann allerdings nur verlangt werden, wenn die Behörde „intentional and willful" gehandelt hat. Das ist für den Geschädigten eine erhebliche Barriere.[121].

---

120 § 552a(g)(4) APA nennt dafür die Mindestsumme von 1000 $, verlangt aber den Nachweis eines konkreten Schadens, 540 U.S. 614, 619 (2004) *Doe v. Chao*.

121 Vgl. DOJ-Overview 2015, 224: „the voluminous case law construing this standard makes clear that it is a formidable barrier". Deutlich entschädigungsfreundlicher Art. 82 Abs. 3 EU-DSGVO: Exkulpationsbeweis beim Verantwortlichen.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Das Verhältnis des Privacy Act zum FOIA

Im Verhältnis des Datenschutzes zum freien Informationszugang geht es vor allem um die Frage, inwieweit der Betroffene dagegen geschützt wird, dass die Behörde seine Daten nicht unter Berufung auf den FOIA an Dritte weitergibt.[122] Nach § 552a(b)(2) APA greifen die Vorschriften des Privacy Act dann nicht, wenn die Weitergabe von § 552 APA verlangt wird („required"). 56

Die auf den ersten Blick zugangsfreundliche Lösung wird allerdings ihrerseits wiederum durch die Ausnahmen eingeschränkt, die der FOIA kennt. Einschlägig sind vor allem die dortigen „privacy exemptions" § 552(b)(6) und § 552(b)(7)(C) APA. Diese Bestimmungen verlangen von der Behörde eine Interessenabwägung (→ 5/29–33). Geht diese zugunsten des Datenschutzes aus, darf die Behörde die personenbezogenen Daten nicht weitergeben. Zwar sind Behörden im Rahmen des FOIA normalerweise nicht verpflichtet, sich auf die Ausnahmetatbestände zu berufen, sondern können nach Ermessen entscheiden, ob sie dem Zugangsantrag trotzdem stattgeben. Dem stellt sich aber der Privacy Act mit der Gegenausnahme des § 552a(b)(2) und dem Begriff „required" entgegen; denn wenn die Behörde nach Ermessen entscheiden kann, liegt kein Fall vor, in dem die Weitergabe der Informationen vom FOIA „verlangt" wird.[123] Es hat dann bei der Regel „no disclosure without consent" zu bleiben. In diesem Punkt ist das amerikanische Recht trotz seiner auf möglichst weitreichende Transparenz zielenden Grundgestimmtheit nicht zugangsfreundlicher als das deutsche Recht, das in § 5 IFG dem Datenschutz einen „relativen Vorrang" vor dem freien Informationszugang einräumt.[124] 57

122 Vgl. *Pierce*, Process, § 8.5.

123 So 510 U.S. 487, 502 (1994) *Department of Defence v. FLRA*; weitere Rechtsprechung im DOJ-Overview 2015, 77 ff.

124 Dazu und zum verfassungsrechtlichen Hintergrund *Schoch*, IFG, § 5 Rn. 6 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748922360-317, am 12.10.2024, 07:42:41
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb