



Prot. Nr. 7.1/16.00/ 496004 /Dr.

Bozen, 04. 09. 2014

Akteneinsicht des Gemeindereferenten

Sehr geehrter Herr Bürgermeister,

geme kommen wir ihrem Ansuchen um Rechtsauskunft nach. In Ergänzung zum Gutachten dieser Abteilung vom 21. Februar 2014 stellen Sie folgende Fragen:

- 1) Wer ist in der Gemeinde verantwortlich für die Gewährleistung des Informationsrechtes?
- 2) Wann kann das Informationsrecht in Anspruch genommen werden?
- 3) Welche Unterlagen können eingesehen werden?
- 4) Wann kann von Beeinträchtigung der ordentlichen Verwaltungstätigkeit gesprochen werden?

Ad 1 + 2)

Gemäß Art. 3, Abs. 7 des DLH Nr. 2/1994 (Verordnung zur Regelung der Wahrnehmung des Rechts auf Zugang zu den Verwaltungsunterlagen und der Verarbeitung personenbezogener Daten), ist für das Zugangsverfahren „der Direktor der Organisationseinheit verantwortlich, die zuständig ist, den Akt zu erlassen oder diesen ständig aufzubewahren, oder ein von ihm beauftragter Beamter, der dieser Einheit angehört.“

Art. 4 derselben Verordnung sieht weiters folgendes vor:

„1. Unbeschadet der genaueren Regelung, die in den organisatorischen Vorkehrungen nach Artikel 1, Absatz 2, enthalten ist, wird das Zugangsrecht in der in den folgenden Absätzen angegebenen Weise wahrgenommen.

2. Die Einsichtnahme der Unterlagen erfolgt **bei der zuständigen Organisationseinheit während der Amtsstunden** und, falls notwendig, **in Anwesenheit von beauftragtem Personal**.

3. Unbeschadet der strafrechtlichen Bestimmungen **ist es verboten, die Unterlagen vom Ort, an dem Einsicht genommen wird, wegzutragen, mit Zeichen zu versehen oder anderweitig zu verändern.**“

[...]

Für die Gewährleistung des Informationsrechtes ist also die Führungskraft der jeweilig zuständigen Organisationseinheit verantwortlich.

Der Verantwortliche in der Gemeinde ist demnach **der Gemeindesekretär** als alleinige Führungskraft. Da auch im Fall des Akteneinsichtsrechts der Gemeinderäte die Anfrage im Regelfall förmlich, d.h. schriftlich zu erfolgen hat, ist diese – neben dem Bürgermeister – immer ebenso an ihn zu richten. Die Entscheidung über die Aushändigung der Kopien und die Gewährung der Einsicht in die Akten erfolgt dann ausschließlich über den Gemeindesekretär. Die Entgegennahme der Anträge um Akteneinsicht und die Aushändigung der Kopien kann jedoch ohne weiteres auch durch die Mitarbeiter der Gemeinde erfolgen.

Die Frist innerhalb welcher der Akteneinsicht bzw. Aushändigung der Kopien nachgekommen werden sollte, kann – da im Gesetz nichts eigens vorgesehen wurde – von der Gemeinde selbst festgelegt werden.



dell'atto finale. Ne deriva che in detta eventualità, la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetto all'accesso, perché oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo.

Una **seconda ipotesi** è invece quella in cui, dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziale, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose, quali la richiesta di conciliazione obbligatoria che precede il giudizio in materia di rapporto di lavoro, l'amministrazione si rivolga ad un professionista di fiducia, al fine di definire la propria strategia difensiva (accoglimento della pretesa, resistenza in giudizio, adozione di eventuali provvedimenti di autotutela ecc).

In detta eventualità, il parere del legale non è affatto destinato a sfociare in una determinazione amministrativa finale, ma mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili per tutelare i propri interessi. Ne deriva che, in questo caso, le consulenze legali restano caratterizzate dalla nota di riservatezza, che mira a tutelare non solo l'opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione dell'amministrazione, la quale, esercitando il proprio diritto di difesa, protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento.

Si può proffare, ancora, un **terzo gruppo di ipotesi**, nelle quali la richiesta della consulenza legale interviene in una fase intermedia, successiva alla definizione del rapporto amministrativo all'esito del procedimento, ma precedente l'instaurazione di un giudizio o l'avvio dell'eventuale procedimento precontenzioso.

Anche in casi di questo genere, il ricorso alla consulenza legale persegue lo scopo di consentire all'amministrazione di articolare le proprie strategie difensive, in ordine ad un lite che, pur non essendo ancora in atto, può considerarsi quanto meno potenziale. [...] Con riguardo alla fattispecie in esame, il collegio osserva che la pendenza della lite rende palese l'esigenza di garantire il segreto [...].

Va precisato, poi, che la prevalenza del segreto professionale si manifesta con pienezza anche in relazione alle amministrazioni locali e nei riguardi delle richieste formulate dai consiglieri comunali.

[...] Non è plausibile la tesi secondo cui il consigliere comunale, in tale veste, potrebbe accedere a tutti i documenti, anche segreti, dell'amministrazione, assumendo solo l'obbligo di non divulgare le relative notizie. In tal modo, l'accesso ai documenti del consigliere comunale, ritenuto prevalente anche sul segreto professionale, assumerebbe una portata oggettiva più ampia di quella riconosciuta ai cittadini ed ai titolari di posizioni giuridiche differenziate (pure comprensive di posizioni protette a livello costituzionale). Il mandato politico-amministrativo affidato al consigliere esprime certamente il principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività, ma, nell'attuale contesto normativo, **non può autorizzare un privilegio così marcato, a scapito degli altri soggetti interessati alla conoscenza dei documenti amministrativi e con sacrificio degli interessi tutelati dalla normativa sull'segreto.**"

Selbiges Prinzip gilt auch für Vergleichsprotokolle, dazu ein Auszug aus einem Gutachten der Anwaltschaft des Landes vom 10.02.2000 N. AW-7705/995 zum Aktenzugangsrecht der Assessoren: „La riservatezza dei verbali di conciliazione può essere ritenuta confermata inoltre – indirettamente – anche dalle disposizioni del codice di procedura civile in ordine allo svolgimento delle udienze, le quali dovrebbero essere senz'altro osservate, ove applicabili, anche in sede di conciliazione amministrativa. Ai sensi dell'art. 84 delle disp.att. del cpc le "udienze del giudice istruttore non sono pubbliche." Soltanto l'udienza in cui viene discussa, al termine del procedimento giudiziale la causa è normalmente pubblica, ma il giudice che la dirige "può disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume." Anche in sede di procedimento giudiziale il legislatore si è premurato dunque di assicurare la riservatezza del procedimento; a fortiori tale principio di riservatezza dovrebbe valere nel procedimento di conciliazione che obbligatoriamente precede il giudizio."

Allerdings muss klargestellt werden, dass auch in den vom Zivil- bzw. Strafgesetz vorgesehenen Fällen von Berufsgeheimnis, den Gemeinderäten die Einsicht nicht zur Gänze verwehrt, **sondern nur zeitlich verzögert werden kann**, bis eben dieses Berufsgeheimnis nicht mehr aufrecht erhalten werden muss.²

Da es neben den Dokumenten, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, auch weitere Unterlagen geben kann, die im Akt abgelegt wurden, aber eigentlich nicht mit dem Verwaltungsverfahren in Zusammenhang stehen, empfiehlt es sich sicherlich, vor der Genehmigung der Akteneinsicht, den Akt, bei dem der Verdacht besteht er könne (teilweise) vom Einsichtsverbot betroffen sein, **auf solche Dokumente zu prüfen, um diese dem Faszikel gegebenenfalls (eventuell auch vorübergehend) zu entnehmen und auszulagern.**

² Vgl. zB Art. 329 StGB: „Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dall'apolizia giudiziaria sono coperti dal segreto, fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari.“

**Ad 4)**

Der letzte Punkt betrifft **den nicht erlaubten und sogenannten „accesso emulativo“**, also jenen Fall, in dem das Aktenzugangsrecht vom Gemeinderatsmitglied missbräuchlich und außerhalb jeglicher Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit beansprucht wird und dadurch die ordentliche Verwaltungstätigkeit behindert.

Die Bewertung, ab wann die ordentliche Verwaltungsmäßigkeit durch die außergewöhnlich hohe Anzahl der Anfragen um Akteneinsicht beeinträchtigt wird, ist sicherlich eine schwierige und jeweils nur im konkreten Fall von der Organisationseinheit selbst machbar.

Es sei an dieser Stelle jedoch gesagt, dass die Rechtsprechung seit jeher eher streng ist, wenn es darum geht die Akteneinsicht nicht zu gewähren und diesen Hindernisgrund nur in wenigen und gut begründeten Fällen zulässt. In der Regel wird das Recht auf die Akteneinsicht, welches ja dem politischen Mandat entspringt, immer höher gestellt. So ist sie in der Regel eher großzügig eingestellt, was z.B. die Anfrage von Auflistungen von Beschlüssen und Verfügungen von mehreren Jahren³ oder einer größeren Anzahl von Verfügungen aus dem gleichen Jahr.⁴

Begründet sieht die Rechtsprechung ihre Entscheidung auch darin, dass die Gesetze einerseits keine zahlenmäßigen Beschränkungen beim Recht auf Akteneinsicht der politischen Amtsträger vorsehen und andererseits den Gemeinden bei der Pflicht dem Akteneinsichtsrecht nachzukommen auf organisatorischer Ebene sehr weite Hand lassen:

So der Staatsrat, V.Sekt. Urteil Nr. 2716 vom 04.05.2004: *„Circa, poi, la rilevante quantità di atti richiesti dal predetto consigliere, molti dei quali „verosimilmente“ di contenuto dallo stesso sconosciuto, si osserva che tale rilevata circostanza è inidonea a giustificare il diniego oppostogli e a dimostrare l'erroneità dell'impugnata sentenza. Le anzidette norme disciplinanti l'accesso dei consiglieri, sia quella statale sia quella comunale, non pongono, infatti, limiti quantitativi agli atti cui si chiese di accedere né presuppongono che di tali atti i richiedenti conoscano già il contenuto, sia pure approssimativamente. Il che è ovvio, se appena si considera che l'espletamento del mandato di cui sono investiti i consiglieri comunali li abilita a conoscere tutte quante le attività svolte dall'Amministrazione comunale nonché dalle aziende e dagli enti dipendenti, affinché possano consapevolmente intervenire in ogni singolo settore.“*

Insbesondere, dass die Akteneinsicht große organisatorische Umstände für die Verwaltungen mit sich bringen kann, lässt den Staatsrat in der Regel relativ unbeeindruckt⁵:

„Va osservato, inoltre, che il limite di natura organizzativa non può essere eccepito dall'Amministrazione a ragione dell'accesso, proprio perché la „difficoltà organizzativa“ rientra tra quelli adempimenti a carico di ogni Amministrazione pubblica e quindi ogni singola struttura dovrà dotarsi di tutti i mezzi necessari all'assolvimento dei loro compiti“.

Die Überlegung der Rechtsprechung ist dabei die folgende: Jede Gemeinde kann sich – wie bereits unter Punkt 1 + 2 erläutert – in ihrer Verordnung selbst die notwendige Detailregelung geben, wie und innerhalb welcher Fristen die Akteneinsicht behandelt werden muss. Möglich ist es dabei die Akteneinsicht auf bestimmte Uhrzeiten und Tage zu beschränken, die Anwesenheit gewisser Personen vorauszusetzen, eine Frist (welche ja auch je nach der Anzahl der Akten, in die eingesehen werden möchten bzw. von denen Kopien verlangt werden unterschiedlich sein kann) oder vielleicht sogar eine telematische Einsichtsmöglichkeit vorzusehen.

Wichtig ist es zu verstehen und zu vermitteln, **dass der Antrag unter Umständen nicht umgehend behandelt bzw. erfüllt werden muss**, sondern die Verwaltung sich die dafür notwendige Zeit nehmen kann und muss. Da im Übrigen, wie bereits gesagt, die diesbezügliche Verordnung vom Gemeinderat genehmigt wird, gibt dies allen Ratsmitgliedern genügend Möglichkeiten an den Regelungen selbst mitzuwirken und eigene Ideen einzubringen.

Dies alles soll aber nicht heißen, dass das Akteneinsichtsrecht der Ratsmitglieder keinerlei Grenzen hat oder nie die ordentliche Verwaltungstätigkeit behindern kann. Allerdings muss die Bewertung ob oder ob

³ Vgl.zB. Tar Abruzzo, Pescara, Urteil Nr. 293/2009: *„La richiesta di copia degli atti sopra indicati alla lettera b), cioè degli „elenchi“ di alcune deliberazioni di Giunta e delle determinazioni adottate dai Responsabili degli Uffici/Servizi a decorrere dal giugno 2004 [a gennaio 2009] non sembra particolarmente onerosa, così come gli estratti dei conti correnti ed i verbali delle verifiche trimestrali di cassa a partire dal 2 gennaio 2005; tale richiesta non sembra, infine di certo effettuata a scopi meramente emulativi o con un aggravio eccessivo alla corretta funzionalità amministrativa del Comune.“*

⁴ Vgl. Tar Campania, Salerno, Urteil Nr. 1370/2011.

⁵ Diese Formel wird gerne von den verschiedenen Verwaltungsgerichten in ganz Italien aufgegriffen, so z.B. nicht unlängst vom TAR Kalabrien, Catanzaro im Urteil Nr. 77/2014.



nicht die jeweilige Anfrage als Behinderung für die ordentliche Verwaltungstätigkeit zu werten ist, sehr genau und im Licht aller Umstände sowie alternativer Hilfsmittel o.ä., untersucht werden.

Denn auch die Rechtsprechung des Staatsrates selbst greift die Bedenken vieler Verwalter auf und erklärte in einem kürzlichen Urteil⁶, dass auch der Gemeinderat für die Akteneinsicht, vor allem wenn wiederholt eine große Flut an Dokumenten eingesehen werden möchte und dies die Verwaltungstätigkeit behindern oder lahmlegen würde, Träger eines direkten, konkreten und aktuellen Interesses sein muss, welches einer rechtlich relevanten Stellung entspricht und mit welcher das betreffende Dokument in Verbindung gebracht werden kann. Denn Ziel der Akteneinsicht ist nicht eine generelle und allgemeine Kontrolle über die Verwaltungstätigkeit (nunmehr sogar durch Art. 24, G. 241/1990 verboten), sondern vielmehr ein gezieltes Prüfen einzelner Verdachtsfälle:

„Il diritto di accesso dei consiglieri comunali quindi si atteggia quale latissimo diritto all'informazione al quale si contrappone l'obbligo degli uffici di fornire ai richiedenti tutte le notizie e informazioni in loro possesso, fermo il divieto di perseguire interessi personali o di tenere condotte emulative.

L'appellante Comune in realtà lamenta l'abuso del diritto, rappresentando come i tre istanti abbiano manifestato l'interesse alla conoscenza rispetto ad una generalizzata serie di atti e avverso varie delibere in serie, di modo che si debba dubitare della correttezza delle esigenze di informazioni, dovendosi invece ravvisarsi un generalizzato e strumentale esercizio del diritto di informazione di cui all'art. 43 del TUEL.

Il effetti, il Collegio osserva il riconoscimento da parte dell'art. 43 del d.lgs. 18. agosto 2000 n. 267 (Testo Unico sugli Enti Locali) di una particolare forma di accesso costituita dall'accesso del consigliere comunale per l'esercizio del mandato di cui è attributario, non può portare allo stravolgimento dei principi generali in materia di accesso ai documenti e non può comportare che, attraverso uno strumento dettato dal legislatore per il corretto svolgimento dei rapporti cittadino – pubblica amministrazione, il primo, servendosi del baluardo del mandato politico, ponga in essere strategie ostruzionistiche o di paralisi dell'attività amministrativa con istanze che a causa della loro continuità e numerosità determinino un aggravio notevole del lavoro negli uffici al quali sono rivolte e determinino un sindacato generale sull'attività dell'amministrazione oramai vietato dall'art. 24, comma 3 della l. n. 241 del 1990.

Soprattutto, la particolare disposizione del Testo Unico degli Enti Locali va coordinata con la modifica introdotta all'art. 22 della l. n. 241 del 1990, dalla l. n. 15 del 2005, di tal che anche il consigliere comunale deve essere portatore di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale richiede l'accesso.

Sulla base di tali considerazioni generali, l'appello dell'amministrazione non può che ritenersi fondato.

Pertanto, è legittimo il diniego opposto dall'amministrazione comunale alla richiesta rivolta dai consiglieri comunali diretta all'estrazione di copie in assenza di motivazione in ordine all'esistenza dei presupposti del diritto di accesso, soprattutto in presenza di numerose e reiterate istanze, che tendono ad ottenere la documentazione di tutti i settori dell'Amministrazione, apparendo così tendenti a compiere un sindacato generalizzato dell'attività degli organi decidenti, deliberanti e amministrativi dell'Ente che non all'esercizio del mandato politico finalizzato ad un organico progetto conoscitivo in relazione a singole problematiche che di volta in volta l'elettorato.“ (Staatsrat, IV. Sektion, Urteil Nr. 846 vom 12.02.2013).

Für weitere Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Geschäftsführende Abteilungsleiterin

Dr. Marion Markart

⁶ Einige Gemeinderäte hatten eine sehr große Anzahl an Akteneinsichtsanfragen gestellt und so zB von der Gemeinde eine Kopie aller Verfügungen Nr. 267 – 280 und Nr. 305 – 337 des Jahres 2011, sowie eine chronologische Kopie aller von der Gemeinde getätigten Liquidierungen und Zahlungsakte zwischen den Jahren 2001 und 2011, Kopie der Verfügungen Nr. 1 – 20 des Jahres 2012, etc. verlangt.

