

*Stefan Pelny*

## Behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit im Licht der deutschen Rechtsprechung

– ein Verlust an parlamentarischer Kontrolle und individuellem Rechtsschutz?

### *I. Behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit – ein Verlust an parlamentarischer Kontrolle?*

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Reihe seiner im Folgenden beispielhaft angeführten Entscheidungen zu der Frage Stellung bezogen, inwieweit eine von der Bundesregierung behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit staatlichen Handelns die Kontrollrechte des Parlaments einschränken darf. Die Entscheidungen befassen sich mit zwei Fallkonstellationen:

#### 1. Einschränkung des Frage- und Informationsrechts des Deutschen Bundestages

a) Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.7.2009 lag ein Organstreitverfahren zugrunde, in dem die Antragsteller die unzureichende Beantwortung zweier Kleiner Anfragen durch die Bundesregierung rügten, die Auskunft über frühere und gegenwärtige Beobachtungen von Bundestagsabgeordneten durch die Inlandsnachrichtendienste des Bundes und der Länder gefordert hatten.<sup>1</sup>

Die Bundesregierung machte geltend, sie äußere sich „zu den geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten der Nachrichtendienste des Bundes nur in den dafür vorgesehenen besonderen Gremien des Deutschen Bundestages“. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit ergebe sich daraus, „dass durch eine Offenlegung von Einzelheiten zu Arbeitsweisen, Strategien, Methoden und Erkenntnisstand der Nachrichtendienste deren Arbeitsfähigkeit und Aufgabenerfüllung gefährdet“ werde.<sup>2</sup>

b) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.10.2014 betraf ein Organstreitverfahren, in dem die Antragsteller der Bundesregierung vorwarfen, sie habe zwei dringliche Fragen und sich hieran anschließende Zusatzfragen sowie hiermit zusammenhängende schriftliche Fragen nicht bzw. unzureichend beantwortet. Die Fragen gingen auf Presseberichte vom Anfang Juli 2011 zurück, wonach der Bundessicherheitsrat den

1 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 2009 – 2 BvE 5/06 –, BVerfGE 124, 161 – 199, juris, Rn. 2, 39; fortan unter der Fallbezeichnung „Nachrichtendienstliche Beobachtung von Bundestagsabgeordneten“.

2 Ebd., Rn. 32, 35.

Export von mehr als 200 Panzern „Leopard“ nach Saudi-Arabien grundsätzlich gebilligt habe.<sup>3</sup>

Die Bundesregierung stützte die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Sitzungen des Bundesicherheitsrats auf die außen-, sicherheits- und verteidigungspolitischen Belange der Bundesrepublik Deutschland; dies gelte auch für die Beziehungen Deutschlands zu möglichen Empfängerländern der Kriegswaffen.

## 2. Beschränkung der Beweiserhebung durch Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages

a) Bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.7.1984 ging es um ein Organstreitverfahren, in dem sich die Antragsteller gegen die Weigerung der Bundesregierung bzw. des Bundesministers für Wirtschaft sowie des Bundesministers der Finanzen wandten, die einschlägigen Akten an den am 19.5.1983 eingesetzten sogenannten Flick-Untersuchungsausschuss vollständig herauszugeben.

Die Firma Flick hatte aufgrund eines Aktienverkaufs einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn von 1,953 Milliarden DM erzielt. Sie beantragte und erhielt daraufhin den Veräußerungsgewinn größtenteils vermeidende Bescheinigungen für Reinvestitionen in Höhe von 1,449 Milliarden DM gemäß den damals geltenden § 6b EStG und § 4 Auslandsinvestitionsgesetz (AuslInvG), ein Vorgang, der in der publizistischen Öffentlichkeit und im Parlament auf erhebliche Kritik stieß. Darüber hinaus wurde seit Beginn des Jahres 1982 in Presseberichten der Eindruck erweckt, Verantwortliche der Firma Flick hätten den politischen Parteien hohe Geldbeträge zukommen lassen, um die Entscheidungen in den Bescheinigungsverfahren zugunsten der Firma Flick zu beeinflussen.<sup>4</sup>

Der Bundesminister der Finanzen wies darauf hin, dass für Beweiserhebungen durch Untersuchungsausschüsse die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß anzuwenden seien (Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG). Demnach sei § 96 StPO<sup>5</sup> anwendbar, wonach die Vorlage von Akten nicht gefordert werden darf, wenn das Bekanntwerden ihres Inhalts dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde.<sup>6</sup>

b) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.6.2009 bezog sich auf ein Organstreitverfahren, in dem die Antragsteller der Bundesregierung in Hinblick auf den am 7.4.2006 eingesetzten BND-Untersuchungsausschuss vorwarfen, zum einen, sie habe Aussagegenehmigungen für Zeugen, die vor dem Untersuchungsausschuss aussagen sollten, unzulässig eingeschränkt, zum anderen, sie habe Akten nicht vollständig herausgegeben, die der Untersuchungsausschuss angefordert hatte.

Medienberichte in den Jahren 2004 und 2005 hatten über Tätigkeiten von US-amerikanischen und deutschen Nachrichtendiensten berichtet. In den Publikationen war unter anderem die Rede von CIA-Flügen mit Terrorverdächtigen von deutschen Flughäfen zu

3 BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 – 2 BvE 5/11 –, BVerfGE 137, 185 – 273, juris, Rn. 1, 15 ff.; fortan unter der Fallbezeichnung „Export von Kriegswaffen“.

4 BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 – 2 BvE 11/83, 2 BvE 15/83 –, BVerfGE 67, 100-146, juris, Rn. 2, 10, 14, 18; fortan unter der Fallbezeichnung „Verweigerte Herausgabe von Akten“.

5 In der Fassung des zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geltenden Gesetzes vom 1.1.1981.

6 BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 (Fn. 4), Rn. 67 f.

ausländischen Geheimgefängnissen und von der Verschleppung deutscher Staatsangehöriger oder in Deutschland dauerhaft wohnender Personen.<sup>7</sup>

Der Bundesregierung zufolge sollte die Beschränkung der Aussagegenehmigungen Antworten der Zeugen auf Fragen verhindern, die in den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung eindringen würden; „Es (gehe) um die Freiheit und Offenheit der Willensbildung in der Ressortabstimmung“. Hinsichtlich der verweigerten vollständigen Herausgabe von Akten berief sich die Bundesregierung auf Belange des Staatswohls, „zu dem auch die Ungestörtheit des diplomatischen Verkehrs und des zwischenstaatlichen Informationsaustauschs gehöre [...]“<sup>8</sup>

### 3. Die Position des Bundesverfassungsgerichts zur behaupteten Geheimhaltungsbedürftigkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen hier beispielhaft berichteten Entscheidungen der von der Bundesregierung behaupteten Geheimhaltungsbedürftigkeit Grenzen gesetzt.

#### a) Tätigkeit der Nachrichtendienste – geheimhaltungsbedürftig?

In dem Fall „Nachrichtendienstliche Beobachtung von Bundestagsabgeordneten“<sup>9</sup> begnügte sich die Bundesregierung mit dem apodiktischen Hinweis auf per se der Geheimhaltung bedürftige Angelegenheiten der Nachrichtendienste des Bundes.

Daher begnügte sich auch das Gericht, in Kürze darauf hinzuweisen, dass „die pauschale Behauptung“ der Bundesregierung, eine „Beantwortung der Fragen“ würde die „Arbeitsfähigkeit der Nachrichtendienste“ gefährden, „keinerlei konkrete Angaben“ enthalte, die „die Auskunftsverweigerung nachvollziehbar machen könnte“.<sup>10</sup>

Weiterhin versperre das Gericht den von der Bundesregierung allein für gangbar gehaltenen Weg, die Fragen zwar nicht im Plenum, aber stattdessen im Parlamentarischen Kontrollgremium zu beantworten. Denn trafe diese Rechtsauffassung der Bundesregierung zu, „hätte sich der Deutsche Bundestag wesentlicher Informationsmöglichkeiten begeben, und die Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit hätte sich nicht verbessert, sondern verschlechtert.“<sup>11</sup>

#### b) Belange des Staatswohls – geheimhaltungsbedürftig?

In den weiteren hier wiedergegebenen Fällen hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der – später näher zu behandelnden – Staatswohklause des § 96 StPO zu befassen und darüber zu befinden, ob der von der Bundesregierung hierauf gestützten Geheimhaltungsbedürftigkeit zugestimmt werden kann, weil anderenfalls die Belange des Staatswohls gefährdet würden.

7 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 – 2 BvE 3/07 – , BverfGE 124, 78-161, juris, Rn. 1 ff.; fortan unter der Fallbezeichnung „*Eingeschränkte Aussagegenehmigungen und verweigerte Aktenherausgabe*“.

8 Ebd., Rn. 51, 67, 71 ff.

9 Siehe Ziff. I 1 Buchst. a.

10 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 2009 (Fn. 1), Rn. 135.

11 Ebd., Rn. 128.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht einen Weg gefunden, auf dem einerseits die Staatswohlklausel nicht grundsätzlich infrage gestellt, aber andererseits die nach § 96 StPO behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit eingedämmt wird. Dabei stützt sich das Gericht auf zwei Argumentationslinien: zum einen auf die strukturellen Unterschiede zwischen Strafprozess und parlamentarischer Kontrolle, zum anderen auf zu treffende Vorkehrungen mittels der Geheimschutzbestimmungen des Bundestages.

aa) Zur Frage der Abgrenzung zwischen Untersuchungsverfahren und Strafverfahren stellt das Gericht in dem Fall „Eingeschränkte Aussagegenehmigungen und verweigerte Aktenherausgabe“<sup>12</sup> fest, dass im Strafverfahren die individuelle Schuld einer Person geprüft werde, es im Untersuchungsausschuss jedoch um die politische Aufklärung eines Sachverhalts gehe.<sup>13</sup>

bb) Zur Frage zu treffender möglicher Vorkehrungen aufgrund der Geheimschutzbestimmungen des Bundestages führt das Gericht in demselben Fall aus, dass „die Berufung auf das Staatswohl gegenüber dem Deutschen Bundestag in aller Regel dann nicht in Betracht kommen“ könne, „wenn beiderseits wirksam Vorkehrungen gegen das Bekanntwerden von Dienstgeheimnissen getroffen“ würden.<sup>14</sup>

c) Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung – geheimhaltungsbedürftig?

In den „Staatswohlklausel“-Fällen hatte das Bundesverfassungsgericht auch darüber zu befinden, ob die von der Bundesregierung behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit bestätigt werden kann, weil anderenfalls der Schutz des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung infrage gestellt würde. Um diesen Schutz zu gewährleisten, hat das Gericht Leitlinien formuliert, die Begründungen geben, zum einen, warum, und zum anderen, wie lange die Geheimhaltung bestimmter Vorgänge würde gewahrt werden müssen, um den Kernbereich exekutiver Verantwortung nicht zu beeinträchtigen.

aa) Das Gericht erläutert in dem Fall „Eingeschränkte Aussagegenehmigungen und verweigerte Aktenherausgabe“<sup>15</sup> zunächst die staatsorganisationsrechtliche Ratio, die dem Prinzip des zu schützenden Kernbereichs exekutiver Verantwortung und der darauf gestützten Geheimhaltungsbedürftigkeit regierungsinterner Willensbildung zugrunde liegt. Dieses Prinzip schließe „einen auch vom parlamentarischen Untersuchungsausschuss grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich“ ein. Dazu gehöre „die Willensbildung der Regierung sowohl hinsichtlich der Erörterung im Kabinett als auch bei der Vorbereitung von Kabinetts- und Ressortentscheidungen“.<sup>16</sup>

bb) Das Gericht wendet sich in demselben Fall<sup>17</sup> sodann der Zeitspanne zu, während welcher die Dauer der Geheimhaltung der Willensbildung der Regierung zu akzeptieren

12 Siehe Ziff. I 2 Buchst. b.

13 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 111; siehe auch BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 (Fn. 4), Rn. 124.

14 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 130; siehe auch BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 (Fn. 4), Rn. 120; BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 (Fn. 3), Rn. 150. Diese Aussage scheint das Gericht indes Rn. 194 zufolge zu relativieren.

15 Siehe Ziff. I 2 Buchst. b.

16 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 122; siehe auch BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 (Fn. 4), Rn. 127; BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 (Fn. 3), Rn. 136.

17 Siehe Ziff. I 2 Buchst. b.

ist. Sie sei zu wahren, solange die Vorgänge noch nicht abgeschlossen seien. Dies gelte indes nur grundsätzlich,<sup>18</sup> gegebenenfalls sei sie auch zu schützen, wenn die jeweiligen Entscheidungsprozesse bereits beendet seien.<sup>19</sup>

cc) In Zusammenhang mit der Feststellung des Gerichts, die Dauer der Geheimhaltung regierunginterner Willensbildung dürfe gegebenenfalls auch über den Zeitpunkt der sich aus dieser Willensbildung ergebenden Regierungsentscheidung hinausgehen, hat sich das Bundesverfassungsgericht auch – bemerkenswert praxisnah – zu der eigentlichen politischen Begründung für den Kernbereichsschutz geäußert, ohne dessen Beachtung ein vertrauensvoller Meinungsaustausch sowohl bei den Beratungen des Kabinetts als auch in deren Vorfeld anlässlich ressortübergreifender und -interner Abstimmungsprozesse gar nicht möglich wäre. In dem Fall „Export von Kriegswaffen“<sup>20</sup> führt das Gericht hierzu aus:

*„Als funktioneller Belang fällt bei abgeschlossenen Vorgängen nicht mehr die Entscheidungsautonomie der Regierung, sondern vor allem die Freiheit und Offenheit der Willensbildung innerhalb der Regierung ins Gewicht.“<sup>21</sup>*

#### 4. § 96 StPO: Das Versagen der Gesetzgeber

Nach der bereits oben geschilderten Haltung des Bundesverfassungsgerichts zu § 96 StPO<sup>22</sup> soll diese Vorschrift im Folgenden näher in den (Rück)blick genommen werden:

a) Der Ursprung des § 96 StPO ist angesichts seiner aktuellen Fassung befremdend:

§ 96 StPO hatte nämlich bereits in der ursprünglichen Fassung von 1877 folgenden Wortlaut:

*„Die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden und öffentliche Beamte darf nicht gefordert werden, wenn deren oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten oder Schriftstücke dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde.“<sup>23</sup>*

In der Weimarer Republik erfolgte die erste – lediglich terminologische – Anpassung („deutschen Landes“ statt „Bundesstaates“).<sup>24</sup> In der Bundesrepublik Deutschland erfolgte die zweite – wiederum lediglich terminologische – Anpassung („Bundes“ statt „Reichs“).<sup>25</sup>

Danach ist die Staatswohkklausel in § 96 StPO seit der Fassung von 1877 bis heute unverändert geblieben. Daraus folgt zweierlei:

18 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 123; siehe auch BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 (Fn. 4), Rn. 128; BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 (Fn. 3), Rn. 138.

19 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 124.

20 Siehe Ziff I 1 Buchst. b.

21 BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 (Fn. 3), Rn. 171.

22 Siehe Ziff. I 3 Buchst b.

23 Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1877, Nr. 8, 253 ff.

24 Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1924, Nr. 25, 331 ff.

25 <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/011/0101138.pdf>, 44; diese drei Zitate beruhen auf einer schriftlichen Auskunft Deutscher Bundestag – Parlamentsarchiv.

Erstens: Die heutige Fassung der Staatswohlklausel stammt aus der Zeit des Deutschen Kaiserreichs, also einem von Preußen dominierten Obrigkeitstaat.

Zweitens: Die heutige Fassung der Staatswohlklausel hat den Obrigkeitstaat überlebt; allein schon der Begriff *Staatswohl* dünstet diesen staatsfrömmigen Ursprung aus. Dass die Vorschrift des § 96 StPO dennoch wortgleich in die Gesetzgebung eines demokratisch organisierten und rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens übernommen wurde, ist ein Beispiel peinlicher Geschichtsvergessenheit.

b) Angesichts dieses Befundes ist es umso befremdlicher, dass die Staatswohlklausel des § 96 StPO – jeweils wortgleich – in den Bundes- und Landesgesetzen geradezu epidemische Verbreitung gefunden hat.<sup>26</sup>

c) Bereits ein Zeitzeuge des ursprünglichen Gesetzgebungsprozesses zu § 96 StPO hatte über die Beliebigkeit der Anwendung des Staatswohlbegriffs gespottet. Wilhelm Liebknecht (1826–1900, seit 1874 Reichstagsabgeordneter der SPD) beschrieb 1874 in seinen „Kleinen politischen Schriften“ Revolutionsbewegungen, Diktatoren oder Kriegsparteien, die sich für ihre unterschiedlichsten politischen Ziele des Begriffs Staatswohl bedienten, um den propagandistischen Wohlklang dieses – jedweder Ausfüllung zugänglichen – Begriffs zu nutzen:

*„[...] jede Regierung, sei sie revolutionär oder reaktionär, republikanisch oder monarchisch, demokratisch oder konservativ, hat theoretisch und praktisch das ‚Staatswohl‘ als obersten Leitstern der Politik hingestellt. Nur, daß jede Regierung unter ‚Staatswohl‘ etwas anderes versteht. [...]“<sup>27</sup>*

d) Dieses bereits damals geäußerte Urteil führt zu der Frage: Können die Tatbestandsmerkmale des § 96 StPO, wonach „das Bekanntwerden des Inhalts“ von Akten oder Schriftstücken „dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde“, überhaupt ein für die Rechtsfindung juristisch brauchbares Handwerkszeug bieten?

Der Fall „Export von Kriegswaffen“<sup>28</sup> eignet sich für den Versuch einer Antwort auf diese Frage. Zwar bezieht sich die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu diesem Organstreitverfahren nicht ausdrücklich auf die Staatswohlklausel.<sup>29</sup> Gleichwohl stützt sich das Bundesverfassungsgericht bereits in seinen Leitsätzen auf „Gründe des Staatswohls“,<sup>30</sup> ohne sich allerdings mit den Tatbestandsmerkmalen des § 96 StPO auseinanderzusetzen.

Es ist indes nachvollziehbar, dass und warum das Bundesverfassungsgericht der Frage aus dem Weg geht, ob der vermutete Export von 200 Panzern des Typs Leopard 2 nach Saudi-Arabien bei seinem Bekanntwerden „dem Wohl des Bundes [...] Nachteile bereiten würde“. Denn um diese Frage mit überzeugender Begründung beantworten zu können, müsste das Gericht eine außen- und innenpolitische Abwägung der konkreten „Nachteile“ vornehmen, die sich für das „Wohl des Bundes“ ergäben, wenn die Entscheidung über den in Rede stehenden Rüstungsexport bekannt würde. Insoweit hält sich das

26 Eine – allerdings nicht vollständige – Liste findet sich in juris unter der Rubrik „Gesetze/Verordnungen“ sowie dem Suchbegriff „Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes“.

27 Wilhelm Liebknecht, Kleine politische Schriften, 1874, 44 f.

28 Siehe Ziff. I 1 Buchst. b.

29 Siehe Stellungnahme der Antragsteller, BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 (Fn. 3), Rn. 69.

30 Ebd., Leitsatz 2b.

Gericht indes zurück – in Übereinstimmung mit dem allerdings hier nicht mehr ausdrücklich erwähnten Grundsatz des judicial self-restraint.<sup>31</sup>

Nun mag sich das Bundesverfassungsgericht genötigt sehen, an dieser Stelle Abstinenz zu üben; der Verfasser hingegen sieht sich hierzu bei seiner Analyse der juristischen Brauchbarkeit des § 96 StPO nicht gezwungen.

aa) Es ergeben sich zwei Fragen, auf die § 96 StPO überzeugende Antworten müsste geben können, wenn fragliche Sachverhalte unter dessen Tatbestandsmerkmale subsumiert werden.

Erstens: Gibt die Vorschrift des § 96 StPO Aufschluss über die Instanz, die entscheidet, welche Vorgänge bei ihrem Bekanntwerden Nachteile für das Staatswohl bereiten würden und deswegen geheimhaltungsbedürftig sind?

Zweitens: Bieten die Tatbestandsmerkmale des § 96 StPO, nämlich „Wohl“ und „Nachteile“, der Rechtsfindung klare Kriterien, mit deren Hilfe sie mit der denkbaren Möglichkeit umgehen kann, dass die Einschätzung jener Instanz zweifelhaft ist, wonach das Staatswohl gefährdet und Geheimhaltung deswegen geboten sei?

Die Antwort auf die erste Frage ergibt sich aus § 96 Satz 1 StPO. Danach erklärt und entscheidet allein die jeweilige „oberste Dienstbehörde“, dass der Inhalt von Akten und Schriftstücken zu streitbefangenen Vorgängen bei Bekanntwerden – hier – dem Wohl des Bundes Nachteile bereiten würde und deswegen geheimhaltungsbedürftig ist.

Um die zweite Frage zu beantworten, kann ein Test helfen, bei dem auf der einen Seite die hier vermutete Genehmigung des Panzerexports nach Saudi-Arabien als wahr unterstellt wird, auf der anderen Seite aber die Ablehnung dieses Waffenexports in dieses Land angenommen wird, wobei die jeweils imaginierten außen- und innenpolitischen Wirkungen beider – einander entgegengesetzten – Entscheidungen skizzieren werden.

Außenpolitisch gesehen ist einerseits davon auszugehen, dass die Genehmigung des Panzerexports in das Königreich Saudi-Arabien die Beziehungen Deutschlands zu der Islamischen Republik Iran belasten würde. Umgekehrt ist andererseits anzunehmen, dass die Ablehnung dieses Waffenexports in dieses Land die Beziehungen Deutschlands zu Saudi-Arabien beschädigen würde.

Für beide Auffassungen spricht schon die historische Feindschaft zwischen Saudi-Arabien mit seiner sunnitischen Mehrheit der Bevölkerung und dem Iran mit seiner schiitischen Mehrheit der Bevölkerung, die seit jeher im Kampf um die Vorherrschaft in der Region gewachsen ist.<sup>32</sup>

Innenpolitisch gesehen ist einerseits davon auszugehen, dass die Genehmigung deutscher Waffenexporte im Allgemeinen und nach Saudi-Arabien im Besonderen in der Öffentlichkeit auf starke Kritik stoßen. Umgekehrt ist andererseits zu erwarten, dass die Ablehnung deutscher Waffenexporte auch nach Saudi-Arabien auf den Widerspruch von Unternehmen, Arbeitnehmern und Gewerkschaften dieser Branche stoßen würde.

bb) Wenn man sich schließlich vergegenwärtigt, zu welchem Ergebnis die Subsumtion der beiden gegensätzlichen Sachverhalte unter die Tatbestandsmerkmale der Staatswohkklausel des § 96 StPO führt, kommt man zu dem Schluss, dass sich für *beide* Sachverhalte – ohne sich argumentativ zu verrenken – außen- und innenpolitische Gründe dahin finden lassen, dass sowohl Genehmigung als auch Ablehnung bei deren Bekanntwerden

31 BVerfG, Urteil vom 31. Juli 1973 – 2 BvF 1/73 –, BVerfGE 36, 1-37, juris, Rn. 51.

32 SZ vom 9./10.1.2016, 12 f.

„Nachteile für das Wohl des Bundes bereiten“ würden und deshalb geheimhaltungsbedürftig sind.

Mithin ist die Antwort auf die zweite oben angeschnittene Frage, dass die Tatbestandsmerkmale des § 96 StPO – „Wohl“ und „Nachteile“ – der Rechtsfindung keine klaren Kriterien bieten, mit deren Hilfe sie mit der Möglichkeit umgehen kann, dass die – etwa von der Bundesregierung – geäußerte Einschätzung gefährdeten Staatswohls und deswegen gebotener Geheimhaltung zweifelhaft ist. Vielmehr vermag die Bundesregierung mittels der Bestimmung des § 96 StPO jedweder ihr politisch angebracht erscheinenden Entscheidung den Mantel der Geheimhaltung umzuhängen.

Nach allem ist als Fazit aus der Analyse der Staatswohlklausel des § 96 StPO festzuhalten: Wie angesichts ihrer überhöhten Wortwahl zu vermuten sowie aufgrund ihres historischen Ursprungs zu befürchten, bietet § 96 StPO der Rechtsfindung nur eine hohle Phrase an. Die Tatbestandsmerkmale des § 96 StPO sind offen für jede beliebige Subsumtion; sie simulieren nur die Möglichkeit der Subsumtion.

Dessen ungeachtet ist nicht zu erwarten, dass die Staatswohlklausel aus den Gesetzen des Bundes und der Länder eliminiert wird. Denn deren Regierungen als „oberste Dienstbehörden“ dürften nicht auf ein Mittel verzichten wollen, aufgrund dessen sie „Nachteile“ für „das Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes“ behaupten können, falls ihnen das politisch gelegen kommt.

## *II. Behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit – ein Verlust an individuellem Rechtsschutz?*

Das Bundesverwaltungsgericht bzw. die Verwaltungsgerichte der Länder haben in zahlreichen – einigen hier exemplarisch berichteten – Entscheidungen zu der Frage Position bezogen, inwieweit der individuelle Rechtsschutz bei einer von staatlichen Stellen behaupteten Geheimhaltungsbedürftigkeit gewahrt werden kann. Die Entscheidungen betreffen – von ihrem tatsächlichen Hintergrund aus betrachtet – die verschiedensten Sachverhalte, die sich wiederum – von ihrer rechtlichen Bewertung her gesehen – in zwei Gruppen einteilen lassen:

1. Die zuständige Behörde sieht sich mit dem sogenannten sachtypischen Beweisnotstand konfrontiert

Wenn sich eine Behörde auf Erkenntnisquellen stützt, die ihr von einer Verfassungsschutzbehörde übermittelt worden sind und die sie aufgrund – dem Quellenschutz geschuldeten – Geheimhaltungsbedürftigkeit nicht darzulegen und insbesondere nicht mit Beweismitteln zu belegen vermag, befindet sich die Behörde in einem „sachtypischen Beweisnotstand“.

- a) Die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.2.2013 ging auf eine Klage zurück, in welcher der Kläger seine von den Beklagten abgelehnte Einbürgerung begehrte.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27. Februar 2013 – 5 B 11.2418 –, juris, Rn. 1 ff.; fortan unter der Fallbezeichnung „Antrag auf Einbürgerung“.

Der Kläger war 1999 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist, 2001 als asylberechtigt anerkannt worden und erhielt 2001 eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis. 2006 beantragte der Kläger seine Einbürgerung. In dem sich anschließenden Einbürgerungsverfahren hatte das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz mitgeteilt, der Kläger habe sehr engen Kontakt zu Verantwortlichen einer iranisch-schiitischen Moschee unterhalten, deren Trägerverein die Islamische Vereinigung in Bayern e.V. sei, eines der bedeutendsten schiitisch-extremistischen Zentren iranischer Prägung in Süddeutschland.

Gestützt auf die Mitteilungen des Bayerischen Landesamtes für Verfassungsschutz bezogen sich die Einbürgerungsbehörden in ihren Bescheiden, die den Einbürgerungsantrag des Klägers ablehnten, unter anderem auf dessen zahlreiche Besuche der oben erwähnten Moschee, in der auf die Besucher im Auftrag der iranischen Führung politischer und religiöser Einfluss ausgeübt werde.

b) Der Entscheidung des VG Aachen vom 26.8.2009 lag eine Klage zugrunde, in der sich der Kläger gegen eine Ordnungsverfügung der zuständigen Ausländerbehörde vom 1.4.2009 wehrte, worin ihm untersagt wurde, aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen, und worin er gleichzeitig verpflichtet wurde, seinen Reisepass sofort auszuhängen.<sup>34</sup>

Der Kläger ist marokkanischer Staatsangehöriger. Er war erstmals im September 1988 zu Studienzwecken in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Nach der Eheschließung mit einer deutschen Staatsangehörigen im September 2000 in Marokko reiste er im November 2000 erneut in die Bundesrepublik ein. Er erhielt hier zunächst eine ehebezoogene Aufenthaltserlaubnis, später eine Niederlassungserlaubnis.

Gestützt auf eine entsprechende Mitteilung des Landeskriminalamts für das Land Nordrhein-Westfalen (LKA NRW) führte die Ausländerbehörde zur Begründung ihrer Ordnungsverfügung an, „dass gemäß Erkenntnissen der hiesigen Sicherheitsbehörden der dringende Verdacht bestehe, dass der Kläger beabsichtige, sich kurzfristig am bewaffneten Jihad an einem Jihad-Schauplatz im asiatischen Raum zu beteiligen“.<sup>35</sup>

## 2. Die Kläger sehen sich der sogenannten Sperrerkklärung gegenübergestellt

Die gemäß § 96 StPO<sup>36</sup> erklärte Weigerung der obersten Dienstbehörde, aus Staatswohlgründen Akten etc. vorzulegen, wird unter dem Begriff „Sperrerkklärung“ behandelt.

Mit der Vorschrift des § 96 StPO kongruiert die Bestimmung des § 99 VwGO, die zum einen regelt, unter welchen – neben anderen – aus § 96 StPO übernommenen Voraussetzungen Behörden die Aktenvorlage verweigern können (Abs. 1 Satz 2), und die zum anderen bestimmt, in welchem Verfahren und unter welchen Maßgaben die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dieser Verweigerung umgeht (Abs. 2). Auch die Verweigerung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO wird unter dem Terminus „Sperrerkklärung“ geführt.

§ 99 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 VwGO in der Fassung vom 19.3.1991 sah keine unabhängige Instanz vor, welche die behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit der Akteninhalte durch Einsichtnahme kontrolliert.

<sup>34</sup> VG Aachen, Urteil vom 26. August 2009 – 8 K 637/09 – juris, Rn. 1 ff.; fortan unter der Fallbezeichnung „Verbot der Ausreise“.

<sup>35</sup> Ebd., Rn. 13.

<sup>36</sup> Siehe zu dieser Vorschrift Ziff. I 4.

Auf eine gegen diese Gesetzeslage gerichtete Verfassungsbeschwerde hin urteilte das Bundesverfassungsgericht in seiner – später näher zu behandelnden – Entscheidung vom 27.10.1999, die oben wiedergegebenen Passagen des § 99 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 VwGO in der Fassung vom 19.3.1991 seien mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar.<sup>37</sup>

Dementsprechend hat § 99 Abs. 2 VwGO in der heute geltenden Fassung vom 22.3.2005 folgenden neugefassten Wortlaut:

*„Auf Antrag [...] stellt das Oberverwaltungsgericht [...] fest, ob die Verweigerung der Vorlage [...] rechtmäßig ist. Verweigert eine oberste Bundesbehörde die Vorlage [...], entscheidet das Bundesverwaltungsgericht [...] Der Antrag ist bei dem für die Hauptsache zuständigen Gericht zu stellen. Dieses gibt den Antrag [...] an den nach § 189 zuständigen Spruchkörper ab.“*

§ 189 VwGO sieht überdies vor, dass bei den Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht Fachsenate zu bilden sind.

a) Der Entscheidung des OVG Lüneburg vom 4.1.2012 – als Fachsenat im Zwischenverfahren (auch als „*in camera*“-Verfahren bezeichnet) nach § 99 Abs. 2 VwGO zuständig – lag ein Antrag des Klägers zugrunde, die Sperrerkklärung zu ihn betreffenden Akteninhalt als rechtswidrig festzustellen.<sup>38</sup>

Der Kläger war Angeklagter in einem Strafprozess vor dem Landgericht Hannover. Die Vorsitzende der zuständigen Strafkammer hatte die Polizeidirektion Hannover aufgefordert, Namen und ladungsfähige Anschrift des verdeckten Informanten anzugeben, dessen Angaben zur Einleitung des Strafverfahrens geführt hatten. Dies verweigerte die zuständige oberste Aufsichtsbehörde mittels einer Sperrerkklärung nach § 96 StPO. Daraufhin wandte sich der Kläger an das Verwaltungsgericht Hannover – das nach § 99 Abs. 2 Satz 3 VwGO für die Hauptsache zuständige Gericht – und beantragte die vollständige Vorlage der Informantenakte, woraufhin das Verwaltungsgericht einen entsprechenden Beschluss erließ. Dem wiederum begegnete die zuständige oberste Aufsichtsbehörde mit einer Sperrerkklärung nach § 99 Abs. 1 VwGO, wonach „die Bekanntgabe der vollständigen Akten dem Wohl des Landes Niedersachsen und der Bundesrepublik Deutschland Nachteile bereiten und eine Gefahr für Leib oder Leben der Informantenquelle begründen würde“.<sup>39</sup>

b) Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.8.2004 – als Fachsenat für das Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO zuständig – bezog sich auf eine Beschwerde, in der sich die zuständige oberste Aufsichtsbehörde gegen einen Beschluss des Thüringer Oberverwaltungsgerichts wandte, wonach das Thüringer Landesamt für Verfassungsschutz seine den Kläger betreffenden Akten vorzulegen habe.<sup>40</sup>

Demgegenüber begründete die zuständige oberste Aufsichtsbehörde die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Akten und die hierauf gestützte Sperrerkklärung damit, dass die

37 BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 – BverfGE 101, 106-132, juris, Tenor Ziff. 1; siehe ausführlich Ziff. II 4.

38 OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. Januar 2012 – 14 PS 3/11 –, juris; fortan unter der Fallbezeichnung „*Sperrerkklärung im Strafprozess*“.

39 Ebd., Rn. 1 ff., 4 ff.

40 BVerwG, Beschluss vom 26. August 2004 – 20 F 16/03 –, juris, Rn. 1; fortan unter der Fallbezeichnung „*Vorlage von Verfassungsschutzakten*“.

Akten gemäß § 99 Abs. 1 Satz 2 3. Alternative VwGO „ihrem Wesen nach geheim zu halten seien“.<sup>41</sup>

### 3. Die Position der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur behaupteten Geheimhaltungsbedürftigkeit

#### a) Geheimhaltungsbedürftigkeit versus „sachtypischer Beweisnotstand“

aa) In dem Fall „Antrag auf Einbürgerung“<sup>42</sup> hatte sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit dem Umstand zu befassen, dass die Mitteilungen des Bayerischen Landesamtes für Verfassungsschutz auf geheim gehaltenen Quellen beruhten, die aus diesem Grund nicht in den Prozess eingeführt werden konnten.

Hierzu bezieht sich das Gericht auf ein Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg, wonach „die in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie effektiven Rechtsschutzes auch dann nicht eingeschränkt werden“ dürfe, „wenn eine Behörde sich gegenüber dem Auskunftsbegehren eines Bürgers auf Geheimhaltungsgründe“ berufe „und sich diese Gründe auf die allein als Beweismittel in Betracht kommenden Verwaltungsvorgänge“ bezögen.<sup>43</sup>

bb) In dem Fall „Verbot der Ausreise“<sup>44</sup> hatte das VG Aachen die Frage zu beurteilen, ob die Mitteilung des LKA NRW ausreichend sei, um das Ausreiseverbot der Ausländerbehörde zu stützen.

Hierauf sagt das Gericht zunächst, die Ausländerbehörde hätte konkrete Tatsachen darlegen und belegen müssen, welche „die Begründetheit ihrer Gefahrenreinschätzung nachvollziehbar rechtfertige“, sodass sie „einer Überprüfung im gerichtlichen Verfahren zugänglich sind“. Insoweit sei die Behörde darlegungs- und beweispflichtig. Die Ausländerbehörde habe aber die von ihr angenommene Gefahrenlage *allein* auf die Mitteilung des LKA NRW gestützt. Insoweit fehle es jedoch sowohl an der Darlegung konkreter Tatsachen, die den Schluss auf eine unmittelbar bevorstehende Gefahr zuließen, als auch an der Darlegung konkreter Tatsachen, die eine Beteiligung gerade auch des Klägers nahelegten.<sup>45</sup>

Im Übrigen habe die Ausländerbehörde auch nicht geltend gemacht, dass die Mitteilung des LKA NRW geheimhaltungsbedürftig sei. *Aber selbst „wenn* hier eine besondere Geheimhaltungsbedürftigkeit der in Rede stehenden ‚Erkenntnisse‘ gegeben wäre“, würde der Grundsatz gelten, dass „bereits grundlegende rechtsstaatliche Erwägungen“ erforderten, dass „Erkenntnisse, auf die eine grundrechtseinschränkende Maßnahme der Gefahrenabwehr wie das Ausreiseverbot gestützt“ werde, „jedenfalls soweit offengelegt werden, dass sie überhaupt einer gerichtlichen Überprüfung der Begründetheit der behördlichen Gefahrenprognose zugänglich“ seien.<sup>46</sup>

41 Ebd., Rn. 6.

42 Siehe Ziff. II 1 Buchst. a.

43 Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27. Februar 2013 (Fn. 33), Rn. 40 unter Bezugnahme auf das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 29. September 2010 – 11 S 597/10 –, juris, Rn. 49.

44 Siehe Ziff. II 1 Buchst. b.

45 VG Aachen, Urteil vom 26. August 2009 (Fn. 34), Rn. 48 ff.

46 Ebd., Rn. 56, 60.

b) Geheimhaltungsbedürftigkeit versus „Sperrerkklärung“

aa) In dem Fall „Sperrerkklärung im Strafprozess“<sup>47</sup> führt der zuständige Fachsenat des OVG Lüneburg aus:

Der Antrag, das Zwischenverfahren durchzuführen, sei statthaft, auch wenn es in der zugrundeliegenden verwaltungsgerichtlichen Klage letztlich um die Rechtmäßigkeit der im Strafverfahren abgegebenen Sperrerkklärung ginge und die Strafprozessordnung selbst kein derartiges Zwischenverfahren kenne.<sup>48</sup>

Der Dreh- und Angelpunkt der eingangs zitierten Entscheidung des OVG Lüneburg lautet jedoch:

*„Der Senat hat sich bei Durchsicht der [...] im Zwischenverfahren vorgelegten Aktenstücke davon überzeugt, dass (die) mit der Sperrerkklärung geltend gemachten Geheimhaltungsgründe tatsächlich vorliegen.“<sup>49</sup>*

Daraus zieht der Fachsenat zwei Schlussfolgerungen: Zum einen bestünde bei Bekanntwerden der nicht vorgelegten Aktenteile „zumindest für Leib oder sogar Leben des verdeckten Informanten eine erhebliche Gefahr“.<sup>50</sup> Zum anderen habe die oberste Aufsichtsbehörde in Übereinstimmung mit § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO das ihr eingeräumte Ermessen nachvollziehbar ausgeübt.<sup>51</sup>

bb) In dem Fall „Vorlage von Verfassungsschutzakten“<sup>52</sup> hält der zuständige Fachsenat des Bundesverwaltungsgerichts die Zurückhaltung der Akten für rechtswidrig. Sie enthielten Schriftstücke ganz unterschiedlicher Art, wie „Zeitungsaufstellungen, Flugblätter, offene Briefe und Leserbriefe“. Es sei nicht nachzuvollziehen, „warum die zu den Akten genommenen Exemplare dieser in die Öffentlichkeit gelangten Schriftstücke“ geheimhaltungsbedürftig seien.<sup>53</sup> Außerdem seien viele zurückgehaltene Aktenbestandteile über Aktivitäten des Klägers vor sieben oder mehr Jahren verfasst worden. Sie aber seien nur dann weiterhin geheimhaltungsbedürftig, wenn sie „auch heute noch unter einem sicherheitsrelevanten Aspekt Bedeutung“ hätten; Derartiges habe die Sperrerkklärung aber nicht dargelegt.<sup>54</sup>

Schließlich habe die oberste Aufsichtsbehörde das ihr nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO eingeräumte Ermessen in ungenügender Weise ausgeübt. In der Sperrerkklärung finde sich nur der „formelle“ Satz, eine Abwägung der widerstreitenden Belange ergebe, dass gegenüber dem Interesse des Klägers, alle streitentscheidenden Unterlagen einsehen zu können, das Gebot des Geheimschutzes nur mittels der Sperrerkklärung effektiv befolgt werden könne.<sup>55</sup>

47 Siehe Ziff. II 2 Buchst. a.

48 OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. Januar 2012 (Fn. 38), Rn. 8.

49 Ebd., Rn. 18.

50 Ebd.

51 Ebd., Rn. 20.

52 Siehe Ziff. II 2 Buchst. b.

53 BVerwG, Beschluss vom 26. August 2004 (Fn. 40), Rn. 1, 5.

54 Ebd., Rn. 7.

55 Ebd., Rn. 12.

#### 4. § 99 Abs. 2 VwGO: Die Halbherzigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Dem bereits oben erwähnten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.10.1999 ist die Neufassung des § 99 Abs. 2 VwGO geschuldet.<sup>56</sup> Im Folgenden soll diese Entscheidung näher in den Blick genommen werden.

a) Die Verfassungsbeschwerde des Klägers richtete sich gegen einen Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, der die voraufgegangene Entscheidung des Verwaltungsgerichts abgeändert hatte: Während die erstinstanzliche Entscheidung die zuständige oberste Aufsichtsbehörde verpflichtet hatte, dem Gericht die streitbefangenen Akten vollständig vorzulegen, sah der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die gesetzlichen Voraussetzungen für die Verweigerung der Aktenvorlage als gegeben an.<sup>57</sup>

Diese beiden Gerichtsverfahren hatten ihren Anfang in einer Sicherheitsüberprüfung gegenüber dem Beschwerdeführer genommen, deren Ergebnis das Bayerische Landesamt für Verfassungsschutz hatte Bedenken gegen eine Ermächtigung des Beschwerdeführers zum Umgang mit Verschlusssachen äußern lassen.

Daraufhin erklärte der Vorstand der Landesauftragsstelle Bayern e.V. – sie vermittelt Aufträge der öffentlichen Hand, unter anderem der Bundeswehr und weiterer sicherheitsrelevanter Einrichtungen – dem in ihren Diensten stehenden Beschwerdeführer, dass seine Weiterbeschäftigung nicht in Betracht komme.<sup>58</sup> Hierauf begehrte der Beschwerdeführer beim Landesamt für Verfassungsschutz Auskunft über die seine Sicherheitsüberprüfung betreffenden Akten.

Zwar teilte ihm das Landesamt mit

*„[...], dass der Vorgang im Wesentlichen aus einer Vielzahl von Erklärungen von Auskunftspersonen bestehe, die insgesamt und übereinstimmend einen Charakterzug des Beschwerdeführers erkennen ließen, der dazu führen könne, dass er Opfer einer nachrichtendienstlichen Verstrickung werde,“<sup>59</sup>*

lehnte aber weitergehende Auskünfte ab. Zur Begründung griff es auf § 99 Abs. 1 Satz 2 3. Alternative VwGO zurück, wonach Akten über eine Sicherheitsüberprüfung „ihrem Wesen nach geheim zu halten“ seien. Weiterhin wies es darauf hin, dass im Interesse eines funktionsfähigen Geheimschutzes zu Auskunftspersonen keine Mitteilungen erfolgen dürften; diesen Personen sei außerdem Vertraulichkeit zugesagt worden.<sup>60</sup>

Um welchen speziellen Charakterzug es sich gehandelt habe, wurde dem Beschwerdeführer nicht mitgeteilt.

b) Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zufolge beeinträchtigen die behördlichen Entscheidungen sowie der sie bestätigende Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs den Beschwerdeführer in seinem Anspruch auf Rechtsschutz gemäß Art 19 Abs. 4 GG.<sup>61</sup>

Daraus schließt das Gericht: Die nach § 99 VwGO mögliche Weigerung der Behörden, die aus ihrer Sicht geheim zu haltenden Akten den Gerichten vorzulegen, habe zur Folge,

56 Siehe Ziff. II 2.

57 BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 (Fn. 37), Rn. 19 ff., 25 ff.

58 Ebd., Rn. 6 ff.

59 Ebd., Rn. 11.

60 Ebd., Rn. 10 ff.

61 Ebd., Rn. 61, 71.

dass diese deren Inhalte nicht feststellen und bewerten können. Daraus wiederum folge, dass § 99 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 VwGO in der Fassung vom 19.3.1991 mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar sei.<sup>62</sup>

Eine Auflösung des Widerstreits zwischen Geheimhaltungsbedürftigkeit und Rechtsschutzanspruch sieht das Gericht in dem „*in camera*“-Verfahren. Denn „die Belange der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge und die Rechtsschutzansprüche des Betroffenen“ könnten „dadurch besser in Einklang gebracht werden, dass die Akten dem Gericht vorgelegt“ würden, „das – unter Verpflichtung der Geheimhaltung – nachprüft, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Auskunftsverweigerung im konkreten Fall erfüllt“ seien. „Den Geheimhaltungsinteressen wäre dadurch Rechnung getragen, dass die Kenntnisnahme auf das Gericht beschränkt bliebe („*in camera*“-Verfahren)“.<sup>63</sup>

c) Allerdings hält es das Gericht für notwendig, das von ihm zur Wahrung der Rechtsschutzgarantie vorgeschlagene „*in camera*“-Verfahren, in dem „[...] der Rechtsschutzsuchende selber nicht erfähre, welche Gründe im Einzelnen die Auskunftsverweigerung tragen,“<sup>64</sup> mit dem Verzicht auf den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG zu verknüpfen.<sup>65</sup>

Zwar weist das Gericht darauf hin, dass „Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden“ dürften, was aber eine „Abwägung zwischen verschiedenen Interessen und eine darauf beruhende Einschränkung des rechtlichen Gehörs“ nicht ausschließe, „wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt“ sei.<sup>66</sup> Hierzu stellt das Gericht zunächst fest, dass die „Geheimhaltung von Vorgängen, deren Bekanntwerden dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde, ein legitimes Anliegen des Gemeinwohls“ sei,<sup>67</sup> um dann auf dieser Basis zu formulieren, dass „in dem [...] Vorteil, dass jedenfalls das Gericht die vollständigen Akten“ kenne „und aufgrund dieser Kenntnis zu dem Schluss kommen“ könne, „dass die Geheimhaltungsinteressen nicht vorliegen oder nicht überwiegen, ein hinreichender sachlicher Grund“ liege.<sup>68</sup>

Gegen diese Aussagen lassen sich mehrere Einwände vorbringen.

aa) Zwar stützt sich das Bundesverfassungsgericht auf § 99 VwGO, weil der Zweck der Regelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>69</sup> Aber dessen ungeachtet bleibt bedenklich, dass das Gericht an der Unschärfe der – neben anderen – aus § 96 StPO entlehnten Tatbestandsmerkmale des § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO offenbar keinen Anstoß nimmt; immerhin merkt das Gericht an, dass die dort genannten „Weigerungsgründe äußerst abstrakt formuliert“ sind<sup>70</sup> – eine euphemistische Wortwahl.

bb) Weniger eine bloße Marginalie, vielmehr ein erstaunlicher Begriffswechsel ist darin zu sehen, dass das Gericht die gegebenenfalls zu beachtende Geheimhaltungsbedürftig-

62 Ebd., Rn. 65 f.

63 Ebd., Rn. 89.

64 Ebd.

65 Ebd., Rn. 90 ff.

66 Ebd., Rn. 91.

67 Ebd., Rn. 87.

68 Ebd., Rn. 94.

69 Ebd., Rn. 87.

70 Ebd.

keit ein „legitimes Anliegen des *Gemeinwohls*“ nennt.<sup>71</sup> Während also der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts – wie gezeigt – durchweg von den Belangen des *Staatswohls* spricht,<sup>72</sup> hat dessen Erster Senat einen Etikettenwechsel vorgenommen, obwohl sich an dem historischen Ursprung der Klausel nichts geändert hat; er sollte jedoch auch durch einen neuen Aufkleber nicht in Vergessenheit geraten.

cc) Schon von der Formulierung her gesehen ist nicht zu verstehen, dass das Gericht zwar einerseits meint, dass „Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden (dürfen)“,<sup>73</sup> andererseits aber zwischen beiden Bestimmungen eine Abwägung vornimmt, die einen Antagonismus zwischen ihnen unvermeidbar macht. Diesem Antagonismus hätte das Gericht aus dem Weg gehen sollen. Der Rechtsprechung zufolge stehen der „Grundsatz der Waffengleichheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes“<sup>74</sup> gleichwertig nebeneinander. Auch im Schrifttum wird Art. 19 Abs. 4 GG als „prozessuales Grundrecht“ und Art. 103 Abs. 1 GG – neben Art. 101 und 104 GG – als „grundrechtsgleiches Recht“ bezeichnet.<sup>75</sup>

dd) Weiterhin führt die apodiktisch formulierte Aussage des Gerichts, wonach

*„der von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete effektive Rechtsschutz [...] erst – wie in den Fällen der Geheimhaltungsbedürftigkeit von Tatsachen – durch eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs möglich (wird) [...]“<sup>76</sup>*

dazu, dass sich das Gericht den Weg versperrt, nach einer Lösung zu suchen, welche die Einschränkung von Art. 103 Abs. 1 GG vermeidet, indem den Rechtsuchenden ermöglicht wird, an dem Zwischenverfahren teilzunehmen. Diese Teilnahme zu verweigern, widerspricht dem Grundsatz der Waffengleichheit, als dessen Voraussetzung wiederum der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG angesehen wird.<sup>77</sup> Den Beschwerdeführer und seinen Rechtsvertreter an dem Zwischenverfahren teilnehmen zu lassen, drängt sich überdies in Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit auch deswegen auf, weil die zuständige oberste Aufsichtsbehörde zu eben diesem Verfahren gemäß § 99 Abs. 2 Satz 5 und Satz 6 VwGO beizuladen ist. Insoweit ist an den Hinweis des Bundesverfassungsgerichts selbst zu erinnern, wonach „die zuständige oberste Aufsichtsbehörde [...] weder an dem Verfahren unbeteiligt noch an seinem Ausgang uninteressiert (ist)“.<sup>78</sup>

Das Motiv des Bundesverfassungsgerichts, die Kenntnisnahme der streitbefangenen Akteninhalte über die Sicherheitsüberprüfung des Beschwerdeführers auf das für das Zwischenverfahren zuständige Gericht beschränken zu wollen, ist offenbar auf die Befürchtung des Gerichts zurückzuführen, dass bei Teilnahme des Beschwerdeführers und

71 Ebd., Hervorhebung hinzugefügt.

72 Vergl. etwa BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 130. Hervorhebung hinzugefügt.

73 BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 (Fn. 37), Rn. 91.

74 BGH, Urteil vom 27. September 2005 – XI ZR 216/04 –, juris, Rn. 31; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1974 – 2 BvR 747/73, BVerfGE 38, 105-120, juris, Rn. 17; BVerfG, Beschluss vom 25. Juli 1975 – 2 BvR 878/74 – BVerfGE 52, 131-187, juris, Rn. 68.

75 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Band II. Grundrechte, München 2010, 569 f., § 74, Rn. 2; 575, § 74, Rn. 28; 592, § 75, Rn. 34 f.

76 BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 (Fn. 37), Rn. 94.

77 Kloepfer (Fn. 75), 592, § 75, Rn. 35.

78 BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 (Fn. 37), Rn. 81.

seines Rechtsvertreters an dem Verfahren der Geheimhaltungsbedürftigkeit nicht hinreichend Rechnung getragen würde.

Gegen diese Befürchtung lassen sich sowohl auf den Fall bezogene als auch durch das Strafrecht sanktionierte Vorkehrungen treffen. So trägt der hier betroffene Beschwerdeführer selbst in seiner Stellungnahme vor, die Behörde habe nicht dargelegt, warum die von ihr befragten Auskunftspersonen nicht durch Aktenteilung hätten geschützt werden können.<sup>79</sup> Dieser Hinweis des Beschwerdeführers ist insofern verständlich, als es ihm nicht darum geht, die Identität der Auskunftspersonen in Erfahrung zu bringen, sondern vielmehr darum, über die Eigenart des über ihn vielfach übereinstimmend geäußerten, für ihn aber dubiosen „Charakterzugs“ Kenntnis zu erlangen.

Allerdings ist einzuräumen, dass nicht jede Fallkonstellation derartige auf den Fall bezogene Vorkehrungen zulässt. Daher bietet es sich an, dass das für das Zwischenverfahren zuständige Gericht den Rechtsschutzsuchenden und seinen Rechtsvertreter gemäß § 353b Abs. 2 Nr. 2 StGB zur Geheimhaltung der in dem Verfahren erlangten Erkenntnisse verpflichtet und anlässlich der Verpflichtung auf die Strafbarkeit der Verletzung hinweist.

Falls auch dieser Vorschlag die Befürchtung nicht ausräumen sollte, die Geheimhaltung des Zwischenverfahrens könnte nicht gewahrt werden, ist an die wirklichkeitsnahe Sicht des Bundesverfassungsgerichts zu erinnern, wonach „wirksam Vorkehrungen gegen das Bekanntwerden von Dienstgeheimnissen getroffen werden könnten, was allerdings deren Bekanntwerden nicht ausschließe, eine Tatsache, die alle drei Gewalten betreffe“ und damit innerhalb der dritten Gewalt auch die jeweils zuständigen Fachsenate.<sup>80</sup>

ee) Nach allem ist das Fazit zu ziehen: Es ist zwar schlechterdings nicht zu bestreiten, dass das Bundesverfassungsgericht mit der hier erörterten Entscheidung die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG erheblich gestärkt hat. Es ist aber zu kritisieren, dass die Entscheidung damit zugleich das rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG eingeschränkt hat – und zwar keineswegs unausweichlich. Im Schrifttum wird die Entscheidung mit der feinsinnigen, durchaus treffenden Formulierung bedacht, sie habe „der Effektivierung des Rechtsschutzes des Bürgers“<sup>81</sup> gedient, was implizit wohl heißt, sie habe die Effektivität des Rechtsschutzes nicht im vollen Umfang erreicht, in anderen Worten: Die Wirkungskraft des individuellen Rechtsschutzes ist zwar gesteigert, aber nicht vollendet worden. Auf dem Weg dorthin hat das Gericht zwar eine wichtige Etappe durchmessen, ist ihn aber nicht bis zu dessen Ende gegangen.

### *III. Zusammenfassung*

1. In der Frage behaupteter Geheimhaltungsbedürftigkeit haben die Ausführungen zu zwei kritischen Einwendungen geführt: zum einen gerichtet gegen Entscheidungen der Gesetzgeber, zum anderen gegen einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts.
- a) Zu verwerfen sind die Entscheidungen der Gesetzgeber des Bundes und der Länder, welche die Bestimmung des § 96 StPO – wortgleich mit dessen Fassung aus dem Jahr 1877 – in ihre Bundes- und Landesgesetze übernommen haben. Hinzu kommt, dass die

79 Ebd., Rn. 24.

80 BVerfG, Beschluss vom 17. Juni 2009 (Fn. 7), Rn. 130.

81 Kloepfer (Fn. 75), 596, § 75, Rn. 51.

Staatswohlklausel des § 96 StPO sogar noch im Jahr 1964 Vorbild für die erste Fassung des § 99 VwGO war.

b) Zu begrüßen ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.8.2004 insoweit, als die Entscheidung die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG erheblich gestärkt hat: § 99 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 VwGO in der Fassung vom 19.3.1991 ist mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar. Denn die danach mögliche Weigerung der Behörde, die aus ihrer Sicht geheim zu haltenden Akten vorzulegen, verhinderte, dass die Gerichte deren Inhalte feststellen und bewerten konnten.

Hingegen ist der Beschluss insoweit zu kritisieren, als es das Gericht für notwendig gehalten hat, zugleich das rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG einschränken zu müssen, um die Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG stärken zu können. Demgegenüber hätte sich eine Lösung angeboten, aufgrund deren beide Grundrechte hätten gestärkt werden können: Während das Bundesverfassungsgericht dem Rechtsuchenden und seinem Rechtsvertreter den Zugang zu dem von ihm vorgeschlagenen „*in camera*“-Verfahren aus Geheimhaltungsgründen glaubte verwehren zu müssen, hätte es doch bei den den Zutritt zu diesem Zwischenverfahren eröffnen können, wenn es den Zugang mit einer gemäß § 353b Abs. 2 Nr. 2 StGB strafrechtlich sanktionierten Geheimhaltungsverpflichtung verknüpft hätte.

2. Beizupflichten ist den Grundvorstellungen, die Bundesverfassungsgericht und Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Thema behaupteter Geheimhaltungsbedürftigkeit zum Ausdruck bringen.

Sowohl das Bundesverfassungsgericht in der Frage parlamentarischer Kontrolle als auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Frage individuellen Rechtsschutzes haben die Interessen des Parlaments und die der Regierung bzw. die Interessen der Behörden und die der Rechtsuchenden so gegeneinander abgewogen, dass mit jeweils nachvollziehbarer Begründung die von Regierung bzw. Behörde behauptete Geheimhaltungsbedürftigkeit bestimmter Vorgänge abgelehnt oder zumindest eingeschränkt, aber auch aufrecht erhalten wurde. Die Behauptung der Geheimhaltungsbedürftigkeit nach den §§ 96 StPO und 99 VwGO hat dadurch an vom Gesetzgeber erwarteter Wirkungskraft eingebüßt.