

Dr. Bernhard Homa, M.A.\*

## Legal – Illegal – Ganz egal?

### – Einige Bemerkungen zum Kohlakten-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts –

#### I. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 29.03.2023<sup>1</sup> hat das Bundesverwaltungsgericht den vorläufigen fachgerichtlichen Schlusspunkt unter eine jahrelange Auseinandersetzung um Zugang zu staatlichen Informationen beziehungsweise Aktenbeständen<sup>2</sup> gesetzt. Die Entscheidungsgründe, mit denen die Revision der klagenden Journalistin zurückgewiesen wurde, erweisen sich allerdings vor dem Hintergrund der in den Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 GG verankerten Grundrechte sowie dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Rechtsstaatsprinzip als insgesamt nicht überzeugend. Dies gilt insbesondere für die faktische Belohnung rechtswidrigen Verhaltens der Exekutive. Auf einfachgesetzlicher Ebene enthält die Entscheidung zudem eine verfehlte Auslegung des Verhältnisses von Bundesarchiv- und Informationsfreiheitsgesetz, welche ebenfalls zur Verletzung grundrechtlich geschützter Positionen führt, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

\* Der Autor ist Archivar am Niedersächsischen Landesarchiv Abteilung Hannover und Mitglied des Arbeitskreises „Archivische Rechtsfragen“ im VdA – Verband deutscher Archivarinnen und Archivare e. V. Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder. Für zahlreiche Hinweise dankt der Autor außerdem Dr. Arne Hoffrichter (Niedersächsisches Landesarchiv) und Andreas Nestl (Generaldirektion der Staatlichen Archive Bayerns).

1 BVerwG, Urteil vom 29.03.2023, 10 C 2/22, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/de/290323U10C2.22.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023; zur öffentlichen Wahrnehmung des Verfahrens siehe z. B. die Berichterstattung auf LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverwg-10c2-22-kein-anspruch-auf-wiederbeschaffung-akten-helmut-kohl-auskunft-presse>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023 und SPIEGEL Online, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/helmut-kohl-bedeutende-akten-aus-regierungszeit-offenbar-verschwunden-a-5d0f16c7-93a8-43b6-800a-c287668c24a9>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023.

2 Dem Verfasser ist bewusst, dass es zwischen dem Anspruch auf Zugang zu Informationen und zu Unterlagen einen Unterschied gibt. In der vorliegenden wie auch anderen ähnlich gelagerten Fallkonstellationen wird diese Unterscheidung allerdings wegen der parallel anzuwendenden Normen des Archiv- und des Informationsfreiheitsrechts faktisch häufig verwischt.

## II. Inhalt der Klage

Die klagende Journalistin hatte vom Bundeskanzleramt Zugang zu allen Unterlagen aus der Zeit des ehemaligen Bundeskanzlers Helmut Kohl, hilfsweise aus der Zeit 1982–1987 sowie zu Unterlagen mit Südamerikabezug, soweit diese beim Bundeskanzleramt oder privaten Dritten vorhanden sind, begehrt. Für die Entscheidung standen im Kern zwei Fragen im Raum:

- 1.) Besteht gegenüber der beklagten Behörde ein Wiederbeschaffungsanspruch für – mutmaßlich – in die Hände von privaten Dritten gelangte staatliche Unterlagen (hier: Witwe des ehemaligen Bundeskanzlers Kohl)?
- 2.) Welcher Verwaltungsaufwand und welche Maßnahmen sind zur Befriedigung von Zugangsansprüchen nach Bundesarchiv- und Informationsfreiheitsgesetz gerechtfertigt?

Für den Gesamtkomplex wichtig ist der Entstehungszeitpunkt der fraglichen Unterlagen: Soweit diese – wie angesichts der oben genannten Thematik überwiegend anzunehmen – nämlich älter als dreißig Jahre sind, ist für die Frage des Informationszugangsanspruchs primär § 11 Abs. 6 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 1 BArchG anzuwenden. Laut § 11 Abs. 1 BArchG beträgt die allgemeine Schutzfrist für Archivgut des Bundes dreißig Jahre. Nach Ablauf dieser Frist ist solches Archivgut also grundsätzlich für jedermann frei benutzbar, sofern durch Rechtsvorschrift nichts anderes bestimmt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Unterlagen noch bei der ursprünglich produzierenden Behörde oder bereits als Archivgut in der Obhut des Bundesarchivs befinden. Werden Unterlagen nicht mehr benötigt oder sind die Aufbewahrungsfristen abgelaufen, sind diese von den öffentlichen Stellen dem Bundesarchiv gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BArchG zur Übernahme als Archivgut anzubieten. Und spätestens dreißig Jahre nach Entstehung sollen jegliche Unterlagen laut § 5 Abs. 1 Satz 2 BArchG zur Übernahme angeboten werden.

## III. Punkt 1: Zum Wiederbeschaffungsanspruch für amtliche Informationen

Die Frage des Wiederbeschaffungsanspruchs hat tatsächlich eine bis mindestens 2012 zurückreichende Vorgeschichte, insofern die Klägerin eine ähnlich ausgerichtete Klage ursprünglich gegen das Bundesarchiv gerichtet hatte. Diese Klage hatte das Bundesverwaltungsgericht im Mai 2013 ebenfalls letztinstanzlich abgewiesen und zwar maßgeblich mit der Begründung, dass die fraglichen Unterlagen niemals in der Verfügungsgewalt des Bundesarchivs gewesen seien, dieses aber nur zu Archivgut umgewidmete Unterlagen zugänglich machen müsse; und für einen Beschaffungs- und Herausgabeanspruch des Bundesarchivs gegenüber anbieterpflichtigen Stellen oder Dritten gebe es keine Ermächtigungsgrundlage<sup>3</sup>. Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ver-

3 BVerwG, Beschluss vom 27.05.2013, 7 B 43/12, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/de/270513B7B43.12.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023 (Nicht-Zulassung der Revision), hier v. a.

warf das Bundesverfassungsgericht zwar im Juni 2017 als unzulässig, insoweit sich die Klägerin zuerst mit ihrem Begehren an die ursprünglichen aktenproduzierenden Stellen zu wenden habe<sup>4</sup>. Der Beschluss enthielt aber einige bemerkenswerte „obiter dicta“: Es könne sich laut Bundesverfassungsgericht nämlich unter Umständen ein – fachgerichtlich noch zu klärender – Wiederbeschaffungsanspruch gegenüber der ursprünglich aktenproduzierenden Stelle ergeben, was explizit mit der Funktion des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sowie dem generellen Zweck der Nachvollziehbarkeit des Verwaltungshandelns begründet wurde<sup>5</sup>; dass die Unterlagen zwischenzeitlich an private Dritte gelangt seien, spreche keineswegs gegen ihren potenziell weiterhin amtlichen Charakter<sup>6</sup>. Zudem komme eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG in Betracht, weil über den Zugang zu bei privaten Dritten vorhandenen Unterlagen eben nur diese nach eigenem Ermessen und ohne Bindung an öffentlich-rechtliche Rechtsgrundsätze zu bestimmen hätten<sup>7</sup>.

die Rn. 4–9. Die damalige Klage hatte sich auf Unterlagen bezogen, die sich im Besitz einer politischen Stiftung bzw. eines Wirtschaftsunternehmens respektive deren Archiven befanden.

- 4 BVerfG Beschluss vom 20.06.2017, 1 BvR 1978/13, abrufbar unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/06/rs20170620\\_1bvr197813.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/06/rs20170620_1bvr197813.html), zuletzt abgerufen am 29.08.2023; zur Diskussion dieser Thematik siehe etwa die damalige Berichterstattung auf den Blogs Archivalia, abrufbar unter: <https://archivalia.hypotheses.org/66056>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023 und Netzpolitik, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2017/das-bundesarchiv-und-die-informationsfreiheit-warum-dokumente-der-oeffentlichkeit-verschlossen-bleiben>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023 sowie v. a. das Forum Archivrecht der Archivschule Marburg am 11.09.2018 (mit Videodokumentation auf YouTube, abrufbar unter: <https://www.youtube.com/channel/UCucRHcwHslgrA6eM9Igm8Nw/videos?cbrd=1&ucbcb=1>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023).
- 5 BVerfG (wie Anm. 4), Rn. 24–32. Vgl. bes. Rn. 25: „Es geht insoweit um die spezifische Frage, ob das Informationszugangsrecht des § 1 Abs. 1 IFG eine auch den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 GG eröffnende Wiederbeschaffungspflicht von Akten begründen kann, die bei der Behörde angefallen waren und dann in den Gewahrsam privater Dritter gelangt sind. Ob oder inwieweit das Informationsfreiheitsgesetz in solchen Fällen Informationszugang gewährt, ist fachgerichtlich noch nicht geklärt. Dass in solchen Fällen bei einer den Gesetzeszweck berücksichtigenden Auslegung ein Informationszugangsanspruch gegebenenfalls auch über eine Wiederbeschaffungspflicht begründet sein kann, ist nicht von vornherein ausgeschlossen“; für die Frage der Nachvollziehbarkeit des Verwaltungshandelns cf. ebd. Rn. 28.
- 6 Ebd. Rn. 24: „Bei den von der Beschwerdeführerin begehrten Informationen soll es sich um Dokumente handeln, die im Rahmen staatlicher Aufgabenwahrnehmung angelegt worden sind und als Akten des Bundeskanzleramts geführt wurden. Durch die Übergabe an private Einrichtungen haben diese Dokumente dann den Charakter amtlicher Unterlagen nicht verloren. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Bund etwaiges Eigentum an den Dokumenten eingebüßt haben und die öffentlich-rechtliche Überformung der Akten zum amtlichen Gebrauch entfallen sein könnten. Damit wären sie dem Staat weiterhin rechtlich zugeordnet und unterlägen – auch wenn der unmittelbare Zugriff auf sie erschwert ist – grundsätzlich seiner öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Verfügung und Verantwortung“; cf. außerdem ebd. Rn. 30, wo neben dem Eigentum auch die Möglichkeit einer „öffentlich-rechtliche Widmung dieser Dokumente“ aufgeworfen wird.
- 7 Ebd. Rn. 30: „Mit der Entscheidung darüber, ob der Bund von diesen Rechten [= Eigentumsrecht oder öffentlich-rechtliche Widmung; B.H.] Gebrauch macht, bestimmt der Bund mittelbar, ob die Allgemeinheit zu einer Akte nach dem Informationsfreiheitsgesetz Zugang erhalten kann oder aber die Information der privaten Einrichtung vorbehalten bleibt, die dann neben

In vorliegender Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht eine Wiederbeschaffungspflicht des Bundeskanzleramts nun freilich vollständig verneint<sup>8</sup>. Begründet wurde dies einerseits damit, dass weder IFG noch BArchG einen Wiederbeschaffungsanspruch und zudem auch keine Rechtsgrundlage kennen würden, um gegenüber anderen Behörden und Privaten ein Herausgabeverlangen durchsetzen zu können. Andererseits ergebe sich auch aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 und Abs. 3 Satz 1 GG kein Anspruch: Unterlagen, die im Zeitpunkt der Antragstellung nicht (mehr) bei der informationspflichtigen Behörde vorhanden seien, seien keine für die allgemeine Zugänglichkeit bestimmten Quellen, und die Wissenschaftsfreiheit erweitere nicht die der Forschung zugrunde gelegten Quellen über den Umkreis der allgemein zugänglichen Informationen hinaus. Im Übrigen sei auch der Gleichheitssatz (Art. 3 GG) nicht verletzt, denn selbst wenn sich – was tatrichterlich ungeklärt geblieben sei – amtliche Unterlagen im Besitz der Witwe Helmut Kohls befänden, sei nicht nachgewiesen worden, dass das Bundeskanzleramt der Witwe den Zugang zu diesen Unterlagen bewusst und gewollt gewährt hätte.

Diese Begründung ignoriert zunächst einmal, dass es der Behörde selbstredend möglich ist, die im Besitz privater Dritter befindlichen Unterlagen zivilrechtlich zurückzufordern (§ 985 BGB), einer spezifischen Rechtsgrundlage in IFG und BArchG bedarf es dafür nicht – unabhängig von der Frage, ob an solchen Unterlagen überhaupt privates Eigentum erworben werden kann<sup>9</sup>.

Noch bedenklicher ist allerdings die Behauptung des Senats, auch aus verfassungsrechtlichen Gründen ergebe sich kein Anspruch auf Wiederbeschaffung. Denn die Frage bezüglich einer Verletzung von Art. 3 GG war ja keineswegs, ob die Behörde der

der eigenen Nutzung auch selbst – insoweit ungebunden – über die Gewährung von Zugang an Dritte verfügen kann. Durch seine Entscheidung, eine Akte von einer privaten Einrichtung herauszufordern oder nicht, bestimmt der Bund also im Ergebnis darüber mit, wer Zugang zu den Akten erhalten kann und wer nicht“.

- 8 BVerwG (wie Anm. 1), hier Rn. 24–35. Neben dem im Folgenden genannten Rechtsgrundlagen wird außerdem die EMRK als Anspruchsgrundlage diskutiert, ohne dass sich hierdurch anders gelagerte Aspekte ergeben würden.
- 9 Gutgläubiger Erwerb (§ 935 BGB) und Ersitzung (§ 937 BGB) dürften bei Akten des Bundeskanzleramts ausgeschlossen sein, zivilrechtliche Ansprüche wären angesichts des Ausscheidens von Kohl aus seiner amtlichen Funktion als Bundeskanzler im Jahr 1998 auch gegenüber den Rechtsnachfolgern vermutlich noch nicht verjährt (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 214 Abs. 1 BGB). Die Möglichkeit, an solchen Unterlagen überhaupt privates Eigentum erwerben zu können, erscheint vor dem Hintergrund der oben zitierten Begründungen des BVerfG (vgl. Anm. 4) aber ohnehin eher zweifelhaft. Für die leicht anders gelagerte Frage eines öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruchs auch gegen private Eigentümer von öffentlichem Archivgut siehe zuletzt etwa Achim Janssen, Zum Anspruch öffentlicher Archive auf Herausgabe entfremdeten öffentlichen Archivguts kraft öffentlichen Sachenrechts, in: Archivvar 73/4 (2020), S. 323–333, dessen Schlussfolgerungen bezüglich einer fehlenden Rückforderungsmöglichkeit aufgrund öffentlich-rechtlicher Sachherrschaft der Verfasser allerdings ausdrücklich nicht teilt. Generell zu den rechtlichen Grundfragen des Eigentums an öffentlichem Archivgut nach wie vor relevant ist Dieter Strauch, Das Archivalieneigentum. Untersuchungen zum öffentlichen und privaten Sachenrecht deutscher Archive. 2., vermehrte und verbesserte Auflage. Köln 2014 (Erzbischöfliche Diözesan- und Dombibliothek. Sonderreihe. Bd. 6).

Kohl-Witwe die Unterlagen bewusst zugänglich gemacht hatte. Vielmehr hatte das Bundesverfassungsgericht, wie oben ausgeführt, eine Verletzung des Gleichheitssatzes gerade dadurch für möglich erachtet, dass statt an öffentliche Rechtsgrundsätze gebundener staatlicher Institutionen private Dritte über den Zugang zu amtlichen Unterlagen entscheiden. Dadurch sind aber sowohl Meinungs- als auch Wissenschaftsfreiheit elementar tangiert, insofern die gleichartige Ausübung dieser Grundrechte ohne Wiederbeschaffung faktisch verunmöglicht wird. Obendrein hatte das Bundesverfassungsgericht gerade im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG die „Bedeutung der allgemeinen Zugänglichkeit der Quellen [...] für die Freiheitswahrnehmung des Einzelnen wie für die Kommunikation im demokratischen Verfassungsstaat“<sup>10</sup> hervorgehoben. Obschon der Senat in seiner Begründung durchaus auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts verweist, hat er sich mit dessen zentralen rechtlichen Argumentationslinien weder vollständig noch angemessen auseinandergesetzt.

Doch selbst wenn man einen subjektiven Wiederbeschaffungsanspruch aufgrund fehlender grundrechtlicher oder einfachgesetzlicher Grundlage verneint, existiert womöglich bereits eine objektivrechtliche Wiederbeschaffungspflicht. Diese ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, hier konkretisiert in der Nachvollziehbarkeit des Verwaltungshandelns, worauf das Bundesverfassungsgericht zumindest ansatzweise ebenfalls bereits hingewiesen hatte<sup>11</sup>. Gerade die Pflicht zur Aktenführung – und damit doch wohl auch: Vorhalten der Akten – beruht laut einem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts von 1988 auf einer „die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sichernde[n] Dokumentationsfunktion“<sup>12</sup>. Diese Pflicht gelte ganz unabhängig von einer aktuellen Notwendigkeit zur Nutzung dieser Unterlagen oder eines Zugangsbegehrens, denn sie diene der Wahrnehmung der Rechts- und Fachaufsicht, der parlamentarischen Kontrolle und dem Schutz der in den Akten erwähnten Personen. Zudem wirke sie indirekt als Motivation zu allseits rechtmäßigem Verwaltungshandeln<sup>13</sup>. Ob die Behörde erst durch ein konkretes Zugangsbegehren auf die Notwendigkeit der Wiederbeschaffung aufmerksam gemacht wird, wäre dafür ohne Belang: Eine Verpflichtung dazu bestünde in jedem Fall. Auch mit dieser Frage hat sich der Senat jedoch nicht auseinandergesetzt.

Nur am Rande sei angemerkt, dass weder das Bundesverwaltungsgericht noch die Vorinstanzen überprüft haben, ob die fraglichen Unterlagen überhaupt bei der Kohl-Witwe vorhanden sind<sup>14</sup>. Ob damit dem Amtsermittlungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO angesichts der zuvor geschilderten verfassungsrechtlichen Problemstellungen noch ausreichend Genüge getan wurde, darf man zumindest bezweifeln.

10 BVerfG (wie Anm. 4), hier Rn. 33.

11 BVerfG (wie Anm. 4), hier Rn. 28 mit der Formulierung „Transparenz behördlicher Entscheidungen“.

12 BVerwG, Beschluss vom 16.03.1988, 1 B 153/87, hier Leitsatz 1.

13 Ebd. Rn. 10–11. Im Übrigen verweist der Beschluss ergänzend dazu auf BVerfG, Beschluss vom 06.06.1983, 2 BvR 244 und 310/83.

14 BVerwG (wie Anm. 1), hier Rn. 31.

#### IV. Punkt 2: Befriedigung von Zugangsansprüchen nach Bundesarchiv- und Informationsfreiheitsgesetz

Hinsichtlich des von der Klägerin begehrten Zugangs im oben genannten Sinne interessieren für vorliegenden Beitrag primär diejenigen Unterlagen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung älter als dreißig Jahre waren und damit den Benutzungsregelungen nach § 11 Abs. 6 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 1 BArchG unterfielen. Zwar hielt das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Klägerin im Gegensatz zum OVG Berlin-Brandenburg in der Vorinstanz keineswegs für thematisch zu unbestimmt, wofür schon die Konkretisierung durch den Namen des ehemaligen Bundeskanzlers ausreiche<sup>15</sup>. Dem Begehren der Klägerin könne aber der Versagungsgrund des unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes entgegengehalten werden (§ 13 Abs. 2 BArchG)<sup>16</sup>: Auf Informationszugangsbegehren müsse sich die Behörde vorbereiten und die Grundsätze ordnungsgemäßer Aktenführung seien zu wahren, doch vorliegend hätten dafür über 9.200 Aktenbände händisch durchgesehen werden müssen. Eine Neuorganisation oder digitale Aufbereitung älterer Aktenbestände sei indes nicht geschuldet. Vor allem gebe es im Bundesarchivgesetz keine Anhaltspunkte für die Verpflichtung der Behörden zur Aufbereitung der eigenen Akten als Archivgut, ebenso wenig wie für eine strikte Sanktionierung der Anbietungspflicht – der Nutzungsanspruch nach § 11 Abs. 6 BArchG gegen die anbietungspflichtige Stelle habe insoweit lediglich eine Anreizfunktion<sup>17</sup>.

Diese Begründung überzeugt gleich in mehrfacher Hinsicht nicht. Es ist schon widersprüchlich, zwar eine Sanktionierung der Anbietungspflicht mittels § 11 Abs. 6 BArchG zu verneinen, dann aber doch von einer „Anreizfunktion“ auszugehen – die wohl nur Sinn ergibt, wenn die Behörde eben ansonsten Mehraufwand bei entsprechenden Zugangsbegehren betreiben müsste. Hochgradig bedenklich wird es, wenn laut Gericht sich die Behörde zwar auf Informationszugangsbegehren vorzubereiten haben soll, dann aber andererseits bei Anwendung des § 11 Abs. 6 BArchG für die Missachtung der Anbietungspflicht nach § 5 Abs. 1 BArchG und unzureichende Aufbereitung des Schriftgutes faktisch belohnt wird<sup>18</sup>. Denn der Ressourceneinsatz der Behörde ist dann für rechtswidriges Verhalten geringer als für rechtskonformes.

15 Ebd., hier Rn. 12–15.

16 Ebd., hier Rn. 16–19 und 23. Für die Begründung bezüglich der jüngeren Unterlagen, die sich allein nach dem IFG richtet, s. ebd. Rn. 20–22.

17 Diese Begründung unter Verweis auf vorgehende Rechtsprechung in: BVerwG, Beschluss vom 25.09.2017, 6 A 4/15, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/de/250917B6A4.15.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023, Rn. 5; BVerwG, Urteil vom 23.06.2022, 10 C 3/21, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/230622U10C3.21.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023, Rn. 40f. Die Begründung, aus § 11 Abs. 6 BArchG erfolge keine Pflicht zur Aufbereitung der eigenen Akten als Archivgut findet sich dabei im Übrigen erst in der Entscheidung aus 2022. Die Klägerin hatte dagegen argumentiert, dass der archivrechtliche Nutzungsanspruch (auch) Sanktionscharakter habe und von daher andere öffentliche Stellen dieselben Anstrengungen unternehmen müssten wie das Bundesarchiv, um Archivgut nutzbar zu machen (BVerwG [wie Anm. 1], hier Rn. 4).

18 Soweit ersichtlich, hat das Bundeskanzleramt während des Verfahrens zu keinem Zeitpunkt dargetan, dass auch die vor über dreißig Jahren entstandenen Unterlagen noch benötigt

Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG darf der Gesetzgeber grundsätzlich vom rechtstreuen Verhalten der Verwaltung ausgehen, sodass es der Androhung von Sanktionen gar nicht bedarf. Im Übrigen ist in der Literatur anerkannt, dass maximale Anbietungsfristen von dreißig Jahren in den Archivgesetzen auch dazu dienen, dass die Anbietungspflicht nicht umgangen wird<sup>19</sup>, sodass schon insofern eine Besserstellung nicht anbietender Behörden bei Zugangsbegehren nicht infrage kommt.

Dass für den Gesetzgeber sehr wohl ein Konnex zwischen nicht erfolgter Anbietung und den Zugangsbedingungen für ältere, noch bei den Behörden befindliche Unterlagen besteht, ergibt sich aus der Begründung zum Bundesarchivgesetz in der alten Fassung von 1987, welcher ausweislich der Begründung bei der Neufassung umstandslos gefolgt wurde<sup>20</sup>. Hierbei wurde in der alten Begründung insbesondere auf die Bedürfnisse der „wissenschaftlichen Forschung“ hingewiesen. Der einschlägige § 11 in der Neufassung des BArchG befasst sich zudem in der Gesetzessystematik mit den Schutzfristen, auch in der Begründung wird klargestellt, dass es in diesem Paragraphen (nur!) um „Archivgut“ geht<sup>21</sup>. Und auch wenn die Begründung zu § 5 Abs. 1 Satz 2 keine direkten Hinweise auf § 11 Abs. 6 BArchG enthält, so findet sich in der Einleitung zum § 5 eine auch für die hier relevante Frage der Zugänglichmachung relevante Passage: „Die Maßgaben des § 5 sind erforderlich, um eine Zersplitterung von Unterlagenbeständen zu verhindern und dienen somit dem Nutzerinteresse, insbesondere dem Interesse von Wissenschaft und Forschung an einem Zugang zu Informationen bei einer ‚neutralen‘, nicht selbstbetroffenen Behörde [...]“<sup>22</sup>. Die Intention des Gesetzgebers ist insofern klar: Altunterlagen sind dem Bundesarchiv anzubieten, die Benutzung findet am besten bei diesem und nur in Ausnahmefällen bei den anbietungspflichtigen Stellen statt. Für die Annahme einer Begünstigung der von § 11 Abs. 6 betroffenen Dienststellen, weniger Aufwand als das Bundesarchiv betreiben zu müssen, bleibt insofern und auch vor dem Hintergrund von Art. 20 Abs. 3 GG kein Raum.

Die Urteilsbegründung des Bundesverwaltungsgerichts geht demnach klar gegen den Telos von § 11 Abs. 6 BArchG und übersieht, dass nach Gesetzeszweck und -sys-

würden oder noch laufenden Aufbewahrungsfristen unterlägen, sodass diese deshalb noch nicht dem Bundesarchiv angeboten werden konnten.

19 Hannes Berger, *Öffentliche Archive und staatliches Wissen. Die Modernisierung des deutschen Archivrechts*. Baden-Baden 2019, hier S. 397f.

20 BT-Drucksache 11/498, S. 12f. (zu § 5 Abs. 7 BArchG, in der letzten Fassung vor der Neufassung im Jahr 2017 zu finden unter § 5 Abs. 8): „Beim Anbietungsverfahren nach § 2 sollen keine Fristen gesetzt werden, um den sehr unterschiedlichen Erfordernissen der jeweiligen Stellen des Bundes gerecht zu werden. Es wäre aber insbesondere im Interesse der wissenschaftlichen Forschung unangemessen, das Recht auf Nutzung durch Dritte allein vom Aufbewahrungsort der Unterlagen abhängig zu machen solche Unterlagen nach den Vorschriften dieses Gesetzes benutzt werden können“. In der Begründung zur Neufassung in BT-Drucksache 18/9633, hier S. 71 heißt es lediglich: „§ 11 Absatz 6 entspricht in der Sache § 5 Absatz 8 im bisher geltenden Bundesarchivgesetz“.

21 BT-Drucksache 18/9633, S. 67 (zu § 11): „[...] gibt § 11 Auskunft über die Schutzfristen, die bei der Prüfung eines Antrags auf Nutzung von Archivgut des Bundes [Sperrung vom Verfasser] zu berücksichtigen sind“.

22 Ebd. S. 50.

tematik sich die Behörde für Unterlagen, die unter diese Vorschrift fallen, eben tatsächlich wie das Bundesarchiv behandeln lassen muss. Alles andere stellte eine kaum zu rechtfertigende Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 GG dar: Benutzer zu Themen, bei denen schon Unterlagen ins Bundesarchiv übernommen wurden, wären bessergestellt als solche, die auf Unterlagen angewiesen sind, die entgegen der Anbietungspflicht noch nicht zur Übernahme angeboten wurden. Zweifellos betreibt das Bundesarchiv gemäß seinem gesetzlichen Auftrag für übernommenes Archivgut erheblich mehr Aufwand in der Zugänglichmachung als sonstige dem IFG unterliegende Dienststellen für Informationszugangsbegehren<sup>23</sup>. Doch auch wenn § 11 Abs. 6 BArchG insofern eine Art „Fremdkörper“ im deutschen Recht darstellt, weil die sonst übliche Trennung zwischen Verwaltung und Archiv<sup>24</sup> teilweise durchbrochen wird, so gibt es für die betroffenen Behörden eine ziemlich einfache Lösung: Sie müssen nur der gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht Folge leisten und die längst nicht mehr benötigten Unterlagen, für welche die Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind, dem Bundesarchiv zur Übernahme anbieten.

Verfehlt ist zugleich auch die – freilich schon mehrfach in dessen jüngerer Rechtsprechung vorgetragene – Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, es ergebe sich für die Klägerin weder aus dem Bundesarchiv- noch dem Informationsfreiheitsgesetz ein Anspruch auf Zugang zu Findmitteln<sup>25</sup>. Archivrechtlich begründet wird dies damit, dass Find- und Recherchemittel, solange sie im Verwaltungsgebrauch seien, nicht unter den Unterlagenbegriff des § 1 Nr. 10 in Verbindung mit § 1 Nr. 2 BArchG fielen, sodass auch kein Nutzungsanspruch gemäß § 11 Abs. 6 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Satz 1 BArchG bestünde. Und aus dem IFG wiederum ergebe sich kein Anspruch, behördliche Mittel der Schriftgutverwaltung zu nutzen, um damit selbst in dem vorhandenen Schriftgut zu recherchieren.

Nun subsumieren in der Tat auch die Landesarchivgesetze ganz überwiegend (14 von 16) Find- und Recherchemittel unter den Unterlagen- beziehungsweise dadurch mittelbar den Archivgutbegriff<sup>26</sup>. Entscheidend ist in vorliegendem Fall jedoch viel-

23 Vgl. dazu exemplarisch die Hinweise unter <https://www.bundesarchiv.de/DE/Navigation/Meta/Ueber-uns/Aufgaben/aufgaben.html>, zuletzt abgerufen am 15.08.2023 und die weiteren Hinweise zur Benutzung auf der Homepage des Bundesarchivs.

24 Vgl. dazu bes. Herbert Günther, Archive und Verwaltung oder: Über die Grenzen des Archivrechts, in: Irmgard Christa Becker / Dominik Haffer / Volker Hirsch / Karsten Uhde (Hgg.), Archiv – Recht – Geschichte. FS Rainer Polley. Marburg 2014 (Veröffentlichungen der Archivschule Marburg 59), S. 195–242.

25 BVerwG (wie Anm. 1), hier Rn. 36; zu den früheren Entscheidungen auf dieser Linie s. BVerwG, Urteil vom 23.06.2022, 10 C 3/21, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/230622U10C3.21.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023, hier Rn. 42–47; BVerwG, Urteil von 13.01.2022, 6 A 7/20, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/de/130122U6A7.20.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023, hier Rn. 60–61.

26 Art. 6 Abs. 3 BayArchivG; § 4 Abs. 1 und § 6 Abs. 3 ArchGB; § 5 Abs. 1 Satz 2 BremArchivG; § 5 Abs. 2 BbgArchivG; § 2 Abs. 1 Satz 2 HmbArchG („Hilfsmittel zu ihrer [sc. der Unterlagen; B.H.] Erschließung und Benutzung“); § 2 Abs. 2 Satz 2 HArchivG; § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 4 Satz 1 LArchivG M-V; § 2 Abs. 1 NArchG („Ordnungen und Verfahren, um das Schriftgut auswerten zu können“), auch zitiert in BVerwG, Urteil von

mehr die Frage, ob die Bereitstellung von Findmitteln zur Recherche durch Benutzer nicht zu den Kernaufgaben und Kernpflichten der öffentlichen Archive gehört und insoweit grundrechtsrelevant ist<sup>27</sup>. Tatsächlich erwähnen nämlich mindestens sechs Landesarchivgesetze, die die Findmittel unter den Unterlagenbegriff subsumieren, zugleich die Bereitstellung von Findmitteln als Konkretisierung der Erschließung und Nutzbarmachung von Archivgut durch die staatlichen beziehungsweise öffentlichen Archive<sup>28</sup>. Zwischen beiden Aspekten wird also von den Gesetzgebern in diesen Fällen unterschieden. Die Erschließung und Zugänglichmachung von Archivgut ist als Pflichtaufgabe nicht nur dem Bundesarchiv nach § 3 Abs. 1 BArchG, sondern allen Landesarchiven in den jeweiligen Landesarchivgesetzen zugewiesen<sup>29</sup>. Die komparatistische Auslegung gebietet es, auch für diejenigen staatlichen Archive, deren Archivgesetze die Bereitstellung von Findmitteln für die Recherche von Archivgut durch Benutzer nicht explizit erwähnen, selbige als Pflichtaufgabe anzunehmen. Dass diese Bereitstellung mittlerweile selbstverständlicher Usus ist, belegen entsprechende Portale mit Onlinefindmitteln des Bundesarchivs und weiterer staatlicher Archive<sup>30</sup>.

13.01.2022, 6 A 7/20, abrufbar unter: <https://www.bverwg.de/de/130122U6A7.20.0>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023, hier Rn. 61; § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 3 Satz 3 ArchivG NRW; § 2 Abs. 1 SArchG; § 2 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 6 Satz 2 SächsArchivG; § 2 Abs. 3 ArchG LSA; § 2 Abs. 3 und § 5 Abs. 2 Satz 1 LArchG [S-H]; § 12 Abs. 2 ThürArchivG. Teilweise werden die Find- oder Hilfsmittel explizit dem Unterlagen- oder Archivgutbegriff zugeordnet, teilweise – öfters auch parallel – bei den Regelungen zum Anbieters- und Übernahmeverfahren (= Findmittel bei Behörden als Hilfsmittel der Bewertung) erwähnt. In der Sache ergeben sich daraus keine abweichenden Bedeutungen. Die Belege geben den Stand der Gesetzgebung zum 20.08.2023 wieder.

- 27 So jedenfalls auch die herrschende Ansicht in der Literatur, cf. dazu zuletzt Thomas Henne, Rechtsfragen der Erschließung und des Zugangs zu Findmitteln, in: Irmgard Christa Becker / Florian Lehrmann / Robert Meier / Karsten Uhde (Hgg.), Alte und neue Kontexte der Erschließung. Beiträge zum 26. Archivwissenschaftlichen Kolloquium der Archivschule Marburg. Marburg 2023 (Veröffentlichungen der Archivschule Marburg 70), S. 59–73, bes. S. 66–68, mit Verweis auf OVG Niedersachsen, Urteil vom 17.09.2002, 11 LB 123/02 und OVG NRW, Urteil vom 15.05.2018, 15 A 25/17, Rn. 77, die beide im Zuge einer Rechtsfiktion Findmittel von Archiven dem Benutzungsanspruch der Archivgesetze unterworfen hatten.
- 28 Art. 9 Abs. 1 Satz 3 BayArchivG; § 7 Abs. 1 („Jeder, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, hat nach Maßgabe dieses Gesetzes das Recht, Archivgut, Reproduktionen und Findmittel auf Antrag zu nutzen“) und § 8 Abs. 1 Satz (Veröffentlichung von Findmitteln) BremArchivG; § 5 Abs. 1 LArchivG M-V („Das staatliche Archiv hat die Aufgabe, die archivwürdigen Unterlagen des Landes [...] durch Findmittel zu erschließen“); § 8 Satz 1 ArchivG NRW; § 8 Abs. 2 Satz 1 LArchG [S-H]; § 15 Abs. 3 ThürArchivG.
- 29 Auf Einzelnachweise in den Landesarchivgesetzen, zumal die Formulierungen divergieren, wird an dieser Stelle verzichtet. Der wesentliche Gesetzeszweck ist allerdings stets mit demjenigen des § 3 Abs. 1 BArchG identisch.
- 30 Bundesarchiv: <https://invenio.bundesarchiv.de/invenio>, zuletzt abgerufen am 20.08.2023; Hessisches Landesarchiv: <https://arcinsys.hessen.de/arcinsys/start.action?oldNodeid>, zuletzt abgerufen am 20.08.2023; Niedersächsisches Landesarchiv: <https://www.arcinsys.niedersachsen.de/arcinsys/start.action>, zuletzt abgerufen am 20.08.2023. Weder BArchG, HArchivG oder NArchG erwähnen Findmittel explizit als Teil der Erschließung und Zugänglichmachung.

Die vorgenannte Begründung des Bundesverwaltungsgerichts wäre demnach nur unter der Annahme einer strikten Unterscheidung zwischen dem Benutzungsanspruch auf Findmittel bei Behörden und solchen bei Archiven tragfähig. Doch tatsächlich stellt die Entscheidung des Gerichts, den Zugang zu den behördlichen Findmitteln zu verwehren, sogar eine noch stärkere Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 GG dar. Denn selbst wenn man wie das Bundesverwaltungsgericht und entgegen der Ansicht des Verfassers der Meinung ist, Behörden müssten auch über dreißig Jahre Unterlagen nicht nach facharchivischen Prinzipien zur Benutzung aufbereiten, führt jedenfalls eine Zugangsverweigerung zu bereits vorhandenen Findmitteln den § 11 Abs. 6 BArchG endgültig *ad absurdum*. Es geht nicht an, einerseits einen durch das Alter der Unterlagen begründeten bereichsspezifischen Vorrang des BArchG anzunehmen<sup>31</sup>, andererseits dann aber potenziellen Benutzern selbst Basisdienste wie den Zugang zu Recherchemitteln unter Verweis auf eine angeblich fehlende explizite gesetzliche Grundlage verweigern zu wollen. Vielmehr sind derartige behördliche Findmittel vor dem Hintergrund der Zwecksetzung von § 11 Abs. 6 BArchG in solchen Fällen fiktiv als Archivfindmittel anzusehen. In der Gesetzesbegründung zum Bundesarchivgesetz finden sich keinerlei Anhaltspunkte, dass der Bundesgesetzgeber bei der Abfassung von § 11 Abs. 6 BArchG eine allein auf dem Lagerungsort des Archivguts gegründete Ungleichbehandlung von Archivgutbenutzern stillschweigend gebilligt, geschweige denn intendiert hätte.

## V. Fazit

Zusammenfassend sind an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Kohlakten“ aus Sicht des Verfassers folgende Punkte zu kritisieren:

- 1.) Sie verstößt gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 GG, und zwar sowohl hinsichtlich der Wiederbeschaffung von bei privaten Dritten befindlichen amtlichen Unterlagen als auch der Frage der Zugangsansprüche zu über dreißig Jahre alten Unterlagen, die sich noch in Behörden befinden: In beiden Fällen werden diejenigen, die auf den Zugang zu solchen Unterlagen angewiesen sind, rechtlich schlechter gestellt als Benutzer öffentlicher Archive, wobei im ersteren Fall sogar die völlig Unmöglichkeit der Benutzung im Raum steht. Angesichts des Original- und Unikatcharakters von Archivgut, welcher *sui generis* kein Ausweichen auf alternative Quellen erlaubt, stellt sich diese Verletzung auch als besonders gravierend dar.
- 2.) Sie verstößt gegen Art. 20 Abs. 3 GG: Unabhängig davon, ob nicht schon daraus unbeschadet einfachgesetzlicher Regelungen eine Wiederbeschaffungspflicht abzuleiten ist, geht es jedenfalls nicht an, dass Behörden bei der Zugänglichmachung von noch bei ihnen befindlichen, über dreißig Jahre alten und also anbie-

31 BVerwG (wie Anm. 1), hier Rn. 11. Dass § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 IFG nur Zugang zu Informationen und nicht zu Unterlagen gewährt ist, in diesem Zusammenhang aus den genannten Gründen ohnehin nicht relevant.

tungspflichtigen Unterlagen weniger Aufwand als das Bundesarchiv betreiben müssen. Der Gesetzgeber darf gemäß Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich und unabhängig von Sanktionsdrohungen vom rechtstreuen Verhalten der Verwaltung ausgehen. Bewusst hat er allerdings die Entscheidung über die Feststellung der Archivwürdigkeit und spätere Zugänglichmachung dem Bundesarchiv als unparteiischem Dritten übertragen. Keinesfalls ist es damit vereinbar, die Missachtung der archivgesetzlichen Anbietungspflicht auch noch durch Aufwandsentlastung für die rechtswidrig handelnde Behörde zu belohnen.

- 3.) Sie erkennt zugleich auf einfachgesetzlicher Ebene die Folgen der bereichsspezifischen Vorrangstellung des Bundesarchivgesetzes, soweit über dreißig Jahre alte Unterlagen sich noch in Behörden befinden: Der Normzweck von § 11 Abs. 6 BArchG ist unvereinbar mit der Annahme, die Behörden müssten dann bei Zugangsbegehren „nur“ den – insoweit geringer als beim Bundesarchiv zu veranschlagenden – Aufwand betreiben, wie er für § 1 Abs. 1 IFG einschlägig ist. Die sonst für das Archiv- und Verwaltungsrecht übliche strikte Trennung zwischen Archiv und sonstigen Behörden ist im Falle des § 11 Abs. 6 BArchG insoweit aufgehoben, da dessen Zweck anders nicht erfüllbar wäre. Noch stärker gegen den Gedanken des bereichsspezifischen Vorrangs verstößt die Verweigerung des Zugangs zu ohnehin vorhandenen Find- und Registratorhilfsmitteln, da deren Erstellung und Zugänglichmachung eine Kernaufgabe von Archiven ist. Beides führt insoweit mittelbar auch wiederum zu Verletzung der oben unter Nr. 1.) benannten grundrechtlich geschützten Positionen.

Wie weiter oben angedeutet ist die Entscheidung aus Sicht des Verfassers auch nicht mit den Maßgaben vereinbar, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss von 2017 aufgestellt hat. Unbestritten sind hier schwierige Fragen hinsichtlich der Reichweite bestimmter Grundrechte, deren Kollision mit anderen Grundrechten (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 GG einerseits, Art. 14 Abs. 1 GG andererseits) sowie prinzipieller verfassungsrechtlicher Vorgaben (Art. 20 Abs. 3 GG) berührt. Möglicherweise steht hinter dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts insofern auch die verklausulierte Aussage: Soll sich doch Karlsruhe darum kümmern! Die Klägerin hat denn auch bereits angekündigt, Verfassungsbeschwerde einzulegen<sup>32</sup>.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass das Verfahren im größeren Kontext des Zugangs zu staatlichen Unterlagen beziehungsweise Informationen gesehen werden muss, welcher in den letzten Jahren zahlreiche Entscheidungen, auch vor dem Bundesverwaltungsgericht, hervorgebracht hat. Hierbei standen und stehen insbesondere die Altunterlagen der Nachrichtendienste im Fokus<sup>33</sup>. Auch für diesen speziellen Behördenzweig wurden die Zugangsmöglichkeiten schon vielfach als unzureichend kritisiert,

<sup>32</sup> LTO (wie Anm. 1), letzter Absatz.

<sup>33</sup> Auf Einzelbelege über die in diesem Beitrag genannten Entscheidungen hinaus wird an dieser Stelle verzichtet, eine entsprechende Suche unter <http://www.rechtsprechung-im-internet.de>, zuletzt abgerufen am 28.08.2023 unter dem Stichwort „Archiv“, erbringt mühelos weitere Beispiele.

so zuletzt etwa auf dem „verfassungsblog“<sup>34</sup>. Insofern dürften diese Streitthemen Bürger, Archive, Behörden, Gerichte und den Gesetzgeber weiterhin beschäftigen. Denn letztlich geht es dabei stets auch ganz grundsätzlich um die Frage, was Begriffe wie „Freiheit“, „Demokratie“ und „Rechtsstaat“ heutzutage beinhalten und von welchen Voraussetzungen ihr Gelingen abhängt.

34 David Werdermann, Geheimdienste im toten Winkel. Ein Urteil des EGMR zeigt Mängel im deutschen Informationszugangsrecht auf. Blogbeitrag vom 18.11.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/geheimdienste-toter-winkel>, zuletzt abgerufen am 29.08.2023.

**Zusammenfassung:** Mit dem sogenannten „Kohlakten-Urteil“ vom März 2023 hat das Bundesverwaltungsgericht den vorläufigen Schlusspunkt unter eine jahrelange Auseinandersetzung um Zugang zu staatlichen Informationen beziehungsweise Aktenbeständen gesetzt. Die Entscheidungsgründe, mit denen die Revision der klagenden Journalistin zurückgewiesen wurde, erweisen sich allerdings als insgesamt nicht überzeugend. Faktisch wird durch das Urteil rechtswidriges Verhalten der Exekutive belohnt. Dies betrifft sowohl eine Verletzung der in den Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Art. 3 GG verankerten Grundrechte als auch einen Verstoß gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Rechtsstaatsprinzip. Auf einfachgesetzlicher Ebene enthält die Entscheidung zudem eine verfehltete Auslegung des Verhältnisses von Bundesarchiv- und Informationsfreiheitsgesetz, wie unter anderem anhand einer komparatistischen Auslegung der Archivgesetze des Bundes und der Länder aufgezeigt wird. Zugleich ordnet der Beitrag das „Kohlakten-Urteil“ in den größeren Kontext der jüngeren verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung betreffend den Zugang zu staatlichen Unterlagen beziehungsweise Informationen ein.

**Summary:** With the so-called “Kohlakten-Urteil” of March 2023, the Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht) has put a provisional end to years of dispute over access to state information and files. However, the reasons for the decision rejecting the appeal by the journalist who brought the case prove to be unconvincing overall. In fact, the ruling rewards unlawful conduct by the executive. This concerns both a violation of the fundamental rights enshrined in Art. 5 Para. 1 Sentence 1 and Para. 3 Sentence 1 in conjunction with Art. 3 GG as well as a violation of the principle of the rule of law derived from Art. 20 Para. 3 GG. At the level of ordinary law, the decision also contains a misinterpretation of the relationship between the Federal Archives Act (Bundesarchivgesetz) and the Freedom of Information Act (Informationsfreiheitsgesetz), as is shown, among other things, on the basis of a comparative interpretation of the archive laws of the federal government and the federal states. At the same time, the article places the “Kohlakten-Urteil” in the wider context of recent constitutional and administrative court rulings concerning access to state records and information.



© Bernhard Homa