



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess in Deutschland und England“

Dissertation vorgelegt von Anton Troßbach

Erstgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Kahl

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Eberhard Schmidt-Aßmann

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess

Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England

Im Verwaltungsprozesses treffen grundrechtlich gesicherte Geheimhaltungs- und Öffentlichkeitsinteressen aufeinander. Dabei handelt es sich nicht nur um eine nationale, sondern eine über die Grenzen des Nationalstaates hinausgehende Konfliktlage. Aus diesem Grund ist es angezeigt, für eine rechtswissenschaftliche Durchdringung nicht nur eine einzige Rechtsordnung in den Blick zu nehmen, sondern den Gegensatz zwischen Öffentlichkeit, im Sinne von Publizität, und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess rechtsvergleichend zu betrachten.

I. Funktionaler Rechtsvergleich

Um zu verhindern, dass der Verweis auf die Lösungsansätze der jeweils anderen Rechtsordnung unqualifiziert geschieht und zur Übernahme von Rechtsinstituten führt, die in der jeweils übernehmenden Rechtsordnung als Fremdkörper betrachtet werden, z.B. wegen kultureller Bedingungen, ist die Methodik des Vergleichs von besonderer Bedeutung.

Grundlegende Voraussetzung für die Durchführung eines Vergleiches ist zunächst die Bildung eines gemeinsamen Bezugspunktes, einer gemeinsamen Rechtsfrage, anhand derer die Rechtsordnungen untersucht werden. Um Missverständnisse zu vermeiden, muss dabei versucht werden, so weit wie möglich Begriffe zu verwenden, die sich auf die Regelung von Lebensproblemen beziehen und nicht einfach aus einer Rechtsordnung übernommen werden. Bezugspunkt dieser Arbeit ist die Frage, inwieweit der Antagonismus zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen in einem Verwaltungsprozess bzw. einem funktionalen Äquivalent in den Rechtsordnungen gelöst wird. Beide Parameter, sowohl die Interessen an Öffentlichkeit als auch die Interessen an Geheimhaltung von staatlichem Wissen in einem Prozess, sind abstrakt genug formuliert, um einen Vergleich durchführen zu können, ohne von Definitionen und Begrifflichkeiten der jeweiligen Rechtsordnung (fehl-)geleitet zu werden.

Ausgangspunkt des Vergleichs zweier Rechtsordnungen sind die jeweiligen Rechtsnormen. Um einen präzise definierten Ansatzpunkt zu finden, soll dem Vergleich in der vorliegenden Arbeit der Rahmen des Verwaltungsprozesses zugrunde gelegt werden, wie er durch das deutsche Prozessrecht geprägt ist. Da jedoch im englischen Rechtssystem kein direktes Gegenstück existiert, muss ein funktionaler Vergleich gewählt werden. D.h., es soll sich nicht strikt am Wortlaut einer Rechtsordnung orientiert werden, vielmehr sollen die Institute verglichen werden, die die gleiche Aufgabe, die gleiche Funktion im jeweiligen Recht erfüllen, die funktionalen Äquivalente also. Bei einem rein an der sprachlichen Begrifflichkeit orientierten Vergleich bestünde die Gefahr, zu verkennen, dass gleiche Begrifflichkeiten in unterschiedlichen Rechtsordnungen nicht immer die gleiche Bedeutung haben. Daher sollen die Rechtsnormen hinsichtlich ihrer jeweiligen historischen, kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen gegenübergestellt werden. Insbesondere eine historische Betrachtung ist von Bedeutung, da das Staats- und Verwaltungsrecht besonderen Bezug zu den historisch gewachsenen Staats- und Gesellschaftsordnungen aufweist. Auch die sozialen und kulturellen Einflüsse sind nicht zu vernachlässigen, da das Recht sich auf die Lebensrealität der jeweiligen Gesellschaften bezieht und diese gestaltet. Würde der Vergleich sich lediglich am kodifizierten Recht orientieren, ohne die Lebenswirklichkeit bzw. die rechtliche Praxis zu berücksichtigen, wäre der Vergleich von der Praxis losgelöst und letztendlich unzuverlässig.

Der funktionale Vergleich von Lösungsansätzen verschiedener Rechtsordnungen beinhaltet bereits die Annahme, dass Konfliktlösungsmodelle grundsätzlich in andere Rechtsordnungen transplantiert werden können. Ob dies allerdings in Bezug auf das einzelne Lösungsmodell

möglich ist, kann nur anhand des jeweiligen Einzelfalles ermittelt werden. Maßstab hierfür ist es, inwieweit eine Integration in das neue Rechtssystem möglich ist. Dabei sind als Kriterien rechtshistorische bzw. -kulturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede heranzuziehen.

II. Deutsches Konfliktlösungsmodell

Die deutsche Regelung zur Konfliktlösung im allgemeinen Verwaltungsprozess ist § 99 VwGO. Nach § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO sind die Behördenakten als wesentliche Träger von Behördeninformationen im Verwaltungsprozess grundsätzlich vorzulegen. § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO normiert eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Die jeweilige oberste Aufsichtsbehörde kann eine Aktenvorlage verweigern, wenn erstens Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes zu befürchten sind oder zweitens die Geheimhaltung aufgrund eines Gesetzes zu erfolgen hat oder drittens die in den Akten enthaltenen Vorgänge ihrem Wesen nach geheim zu halten sind.

Die Entscheidung der obersten Aufsichtsbehörde über die Verweigerung der Vorlage kann vor einem Fachsenat an den Oberverwaltungsgerichten bzw. dem Bundesverwaltungsgericht überprüft werden. Dieses sogenannte in-camera-Verfahren wird aus Gründen des Geheimschutzes schriftlich und damit unter Ausschluss des Publikums geführt. Darüber hinaus ist gemäß § 99 Abs. 2 Satz 6 VwGO das prozessuale Akteneinsichtsrecht der Beteiligten im Hinblick auf die geheimhaltungsbedürftigen Informationen ausgeschlossen.

Das in-camera-Verfahren beginnt auf Antrag eines Beteiligten und setzt, zumindest ausweislich des Wortlauts von § 99 Abs. 2 VwGO, die Verweigerung der Informationsvorlage durch die oberste Aufsichtsbehörde aufgrund der in Absatz 1 Satz 2 genannten Geheimhaltungsgründe voraus. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Anwendungsbereich des in-camera-Verfahrens auch darauf ausgedehnt, dass die Informationsvorlage erfolgte und am Verfahren beteiligte Dritte eine Überprüfung der behördlichen Vorlageentscheidung beantragen. Diese Analogie zeigt bereits, dass § 99 Abs. 2 VwGO den besonders problematischen Fall der Beteiligung Dritter, sog. mehrpolige Verwaltungsstreitigkeiten, nur unzureichend erfasst. Das Verfahren selbst wird, neben dem bereits erwähnten Ausschluss des Publikums und dem weitgehenden Ausschluss der Beteiligten, unter Verpflichtung der Mitglieder des Gerichts und des nichtrichterlichen Personals, beispielsweise des Geschäftsstellenpersonals, zur Geheimhaltung sowie durch besondere technische Sicherheitsvorschriften in Bezug auf Transport und Lagerung von Akten durchgeführt.

Der Fachsenat stellt nach § 99 Abs. 2 VwGO fest, ob die Entscheidung der obersten Aufsichtsbehörde, die Informationsvorlage zu verweigern bzw. nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch zu gewähren, rechtmäßig ist. Dies ist der Fall, wenn erstens ein Vorlageverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO vorliegt und zweitens die oberste Aufsichtsbehörde ihr Ermessen rechtmäßig ausgeübt hat.

Stellt der Fachsenat die Rechtswidrigkeit der Vorlageverweigerung fest, sind die Informationen dem Gericht der Hauptsache vorzulegen, anderenfalls muss das Gericht der Hauptsache seine Entscheidung ohne behördliche Information treffen. Diese Regelung wird vielfach als missglückt kritisiert, da sie zu einer Alles-oder-Nichts-Entscheidung führt. Gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht in neuerer Zeit bei mehrpoligen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten regelmäßig die Geheimhaltung von grundrechtlich geschützten Informationen Dritter bejaht, ist diese Ausgestaltung des deutschen Konfliktlösungsmodells im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht zu kritisieren.

Neben den mehrpoligen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten ist die Konzeption der Entscheidung auch bei Prozessen, die den Zugang zu behördlichen Informationen zum Gegenstand haben, problematisch. Sollte die Behörde die Vorlage der streitgegenständlichen Informationen

verweigern, entscheidet der Fachsenat zwar grundsätzlich ausschließlich über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Vorlage. Faktisch entscheidet er allerdings bereits über die Gewährung des Informationszugangs, somit den Ausgang des Hauptverfahrens selbst.

III. Englisches Konfliktlösungsmodell

Auch in England besteht eine besondere behördliche Offenlegungspflicht, da die Behörden auch nach englischem Prozessrechtsverständnis über einen Informationsvorsprung gegenüber einzelnen Privaten verfügen. Im englischen Verwaltungsprozess, dem sogenannte „judicial review“, wird diese Offenlegungspflicht grundsätzlich informationsbezogen verstanden. Anders als im deutschen Recht bezieht sich diese Pflicht nicht zwangsläufig auf die behördlichen Akten, sondern es reicht grundsätzlich aus, dass die Behörde eine Zusammenfassung des Akteninhalts vorlegt.

Insbesondere wenn die Streitigkeit jedoch primär auf tatsächlicher Ebene stattfindet oder wenn sie Bezug zum Human Rights Act hat, muss das Gericht die Offenlegung aller entscheidungserheblichen Dokumente durch die Behörde anordnen. Diese dokumentenbezogene Offenlegungspflicht, die sogenannte „disclosure“, wird im Verwaltungsprozess in England in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Die Offenlegung erfolgt in zwei Schritten. Zunächst informiert die Behörde über die Existenz der Dokumente, die sog. „disclosure“ im engeren Sinne, dann gestattet sie eine Einsichtnahme durch die Gegenseite, die sog. „inspection“.

Es besteht die Möglichkeit, sowohl „disclosure“ im engeren Sinne als auch „inspection“ wegen der Geheimhaltungsbedürftigkeit der in den Dokumenten enthaltenen Informationen zu verweigern. Die „inspection“ kann aufgrund einer Vielzahl von Geheimhaltungsgründen, insbesondere grundrechtlich abgesicherten privaten Interessen wie dem Schutz personenbezogener Daten und dem Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation von Anwalt und Mandant verhindert werden. Aus Gründen des Schutzes des Staatswohls, der sogenannten „public interest“, kann die Behörde auch die „disclosure“ im engeren Sinne verweigern. Unter das staatliche Geheimhaltungsinteresse fallen Informationen, die sich auf die nationale Sicherheit, internationale Beziehungen, polizeiliche und militärische Tätigkeiten sowie Regierungshandeln beziehen.

Sollte eine behördliche Vorlageverweigerung erfolgen, so hat das Gericht der Hauptsache grundsätzlich in einem Zwischenverfahren, das sowohl unter Ausschluss des Publikums als auch unter Ausschluss der Beteiligten stattfindet, das Interesse an einer Einführung der Informationen in den Prozess gegen das jeweilige Geheimhaltungsinteresse abzuwägen. Das Resultat der Abwägung ist ebenfalls grundsätzlich eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung. Entweder werden die Informationen in den Prozess eingeführt und sind damit für alle Beteiligten öffentlich oder sie werden geheim gehalten und dürfen im Rahmen der Entscheidung nicht berücksichtigt werden.

Von diesem Grundsatz abweichend werden jedoch zunächst Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse behandelt. Diese werden in einem sog. „confidentiality ring“ in den Prozess eingeführt. Im „confidentiality ring“ werden die relevanten Dokumente außer dem Gericht nur einem bestimmten Kreis von Personen, in der Regel Sachverständigen und Rechtsberatern, zu Verfügung gestellt.

Auch bei Informationen mit Bezug zur nationalen Sicherheit besteht seit 2013 die Möglichkeit der Durchführung eines abweichenden Verfahrens, der sog. „Closed Material Procedure“. Dabei handelt es sich um ein Geheimverfahren, in dem geheimhaltungsbedürftige Informationen in-camera verwertet werden. Es kann auf Antrag eines Beteiligten, in der Regel der Verwaltung, oder vom Gericht von Amts wegen eingeleitet werden. Voraussetzung für

seine Anwendbarkeit ist, dass Informationen mit Bezug zur nationalen Sicherheit streitgegenständlich sind und die Durchführung eines Geheimverfahrens zur fairen und gerechten Entscheidungsfindung erforderlich ist.

Das Verfahren selbst findet unter Ausschluss der Beteiligten und des Publikums statt und greift somit massiv in die Rechte der Beteiligten ein. Um diese Eingriffe abzumildern, bedient sich der Gesetzgeber sogenannter „special advocates“, spezieller sicherheitsgeprüfter Anwältinnen und Anwälte. Diese haben zunächst die Funktion, die Interessen des von dem Geheimverfahren ausgeschlossenen Beteiligten zu repräsentieren, und zudem einen gewissen Grad an Beteiligtenöffentlichkeit herzustellen. Besonders diese zweite Funktion, die Öffentlichkeitsfunktion, ist jedoch aufgrund der Geheimhaltungsbedürftigkeit der Informationen mit Bezug zur nationalen Sicherheit eingeschränkt. So ist eine Kommunikation mit den jeweiligen Beteiligten nach Einsicht in die Informationen nur noch mit Zustimmung des Gerichts möglich, inhaltlich hat die Kommunikation sich auf eine zusammenfassende Darstellung des Prozessstoffes zu beschränken. Um eine Verselbstständigung dieser einschneidenden Verfahrensart zu verhindern, hat der englische Gesetzgeber eine jährliche Berichtspflicht des Justizministers gegenüber dem Parlament normiert. Im Rahmen der Berichte ist insbesondere die Zahl der Anträge auf Durchführung einer „Closed Material Procedure“ anzugeben.

IV. Mögliche Transplantate

Aufgrund der rechtlichen, kulturellen und sozialen Vergleichbarkeit der englischen und der deutschen Rechtsordnungen besteht grundsätzlich die Möglichkeit, Institutionen des Judicial Review in den deutschen Verwaltungsprozess zu integrieren.

Insbesondere bestehen keine Bedenken, eine in-camera-Verwertung geheimer Informationen durch das Gericht der Hauptsache im allgemeinen Verwaltungsprozess gesetzlich zu normieren. Diese Novellierung würde die Problemstellung der „Alles-oder-Nichts-Entscheidung“ im Rahmen von mehrpoligen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten und bei Informationszugangsansprüchen abmildern. Dass eine in-camera-Verwertung keinen Fremdkörper im deutschen Recht darstellt, zeigt bereits § 138 des Telekommunikationsgesetzes. § 138 des Telekommunikationsgesetzes normiert die in-camera-Verwertung geheim zu haltender Informationen im verwaltungsprozessualen Spezialrecht.¹

Die Möglichkeit der in-camera-Verwertung stellt jedoch trotz ihrer Vorteile einen Eingriff in die prozessualen Grundrechte der Beteiligten dar. Zumindest ein Beteiligter erhält keinen Zugang zu wesentlichen, entscheidungserheblichen Tatsachen. Dies begründet einen Verstoß gegen die gerichtliche Informationspflicht. Entsprechend besteht darin auch ein Verstoß gegen das Äußerungsrecht des Betroffenen. Sowohl Informationspflicht als auch Äußerungsrecht sind elementare Bestandteile von Art. 6 EMRK, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG. Aus diesem Grund bietet sich die Beiziehung neutraler Dritter, einem Pendant zu den „special advocates“ bzw. den Vertrauenspersonen im „confidentiality ring“ an, um dieses Defizit zu kompensieren. Auch die Beiziehung neutraler Dritte ist der deutschen Rechtsordnung, beispielsweise im Patentrecht, nicht fremd.

Es bleibt jedoch bei der Einschränkung der Publikumsöffentlichkeit im Rahmen einer in-camera-Verwertung. Sinn und Zweck der Publikumsöffentlichkeit ist es, Kontrolle über die Rechtsprechung auszuüben und die demokratische Legitimation gerichtlicher Entscheidungen zu verstärken. Auf diese Kontrollmöglichkeit der Allgemeinheit besteht ein grundrechtlich gesicherter Anspruch der Beteiligten. In Betracht kommt, diese Einschränkung durch Institute wie eine stärkere parlamentarische Kontrolle des Verfahrens abzumildern, etwa eine

¹ Vgl. auch § 72 Abs. 2 S. 4 GWB.

Berichtspflicht gegenüber dem Bundestag. Durch diese Berichtspflicht kann ein Mindestmaß an Kontrolle über Anzahl und Häufigkeit von in-camera-Verfahren hergestellt werden. Eine solche Berichtspflicht gegenüber dem Bundestag ist dem deutschen Recht ebenfalls nicht systemfremd, wie bspw. die staatsanwaltliche Berichtspflicht im Fall von Wohnraumüberwachungen gemäß § 101b Absatz 1 der Strafprozessordnung zeigt.

Zur Umsetzung dieser Anpassungen habe ich den Ihnen vorliegenden Vorschlag zur Neufassung des § 99 VwGO entworfen:

Entwurf Neuregelung § 99 VwGO

(1) ¹Behörden sind zur Vorlage von Urkunden oder Akten, zur Übermittlung elektronischer Dokumente und zu Auskünften verpflichtet. ²Wenn das Bekanntwerden dieser Informationen dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge aufgrund eines Gesetzes oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen, kann die zuständige oberste Aufsichtsbehörde die Informationen als geheimhaltungsbedürftig kennzeichnen. ³Das Gericht unterrichtet die Beteiligten, deren Geheimhaltungsinteressen durch die Offenlegung der Informationen im Hauptsacheverfahren berührt werden könnten, darüber, dass sie vorgelegt worden sind.

(2) ¹Das Gericht entscheidet auf Antrag der Aufsichtsbehörde oder eines Beteiligten, der ein Geheimhaltungsinteresse an den vorgelegten Informationen geltend macht, durch Beschluss, inwieweit die §§ 100 und 108 Absatz 1 Satz 2 auf die Entscheidung in der Hauptsache anzuwenden sind. ²Die Beteiligtenrechte nach den §§ 100 und 108 Absatz 1 Satz 2 sind auszuschließen, soweit nach Abwägung aller Umstände das in Absatz 1 Satz 2 normierte Geheimhaltungsinteresse das Interesse der Beteiligten an einem für sie öffentlichen Verfahren auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt. ³Ist der Zugang zu Informationen nach den jeweiligen Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes oder der Länder Streitgegenstand, hat das Gericht im Rahmen der Abwägung nach Satz 2 die jeweiligen Zugangsverweigerungsgründe und das klägerische Informationsinteresse zu berücksichtigen. ⁴Insoweit dürfen die Entscheidungsgründe im Hauptsacheverfahren die Art und den Inhalt der geheim gehaltenen Informationen nicht erkennen lassen. ⁵Die Mitglieder des Gerichts und das nichtrichterliche Personal sind zur Geheimhaltung verpflichtet.

(3) ¹Der Antrag nach Absatz 2 Satz 1 ist innerhalb eines Monats zu stellen, nachdem das Gericht die Beteiligten, deren Geheimhaltungsinteressen durch die Offenlegung der Informationen berührt werden könnten, über die Vorlage der Informationen durch die Behörde unterrichtet hat. ²In diesem Verfahren ist § 100 nicht anzuwenden. ³Absatz 2 Sätze 3 und 4 gelten sinngemäß.

(4) ¹Sollten staatliche Geheimhaltungsinteressen Gegenstand der Abwägung nach Absatz 2 Satz 2 2. Halbsatz sein, so ernennt das Gericht aus der beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz geführten Liste einen nach § 10 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes und den Schutz von Verschlussachen sicherheitsgeprüften Prozessvertreter zum Vertreter des jeweiligen Beteiligten, dessen Rechte nach den Absätzen 2 und 3 ausgeschlossen sind. ²Dieser Vertreter ist zur Geheimhaltung verpflichtet. ³Für ihn gelten die Einschränkungen der Absätze 2 und 3 nicht. ⁴Er hat die Interessen des von ihm vertretenen Beteiligten im Zwischenverfahren über die in-camera-Verwertung (Absatz 3) und im Rahmen der in-camera-Verwertung (Absatz 2) zu vertreten. ⁵Die Kommunikation zwischen Vertreter und Beteiligtem beschränkt sich dabei nach Kenntnis des Vertreters von den geheimhaltungsbedürftigen Informationen auf zusammenfassende Darstellungen, die keinen Rückschluss auf die konkreten Informationen zulassen dürfen. ⁶Sie hat über das Gericht zu erfolgen. ⁷Sämtliche gerichtlichen Entscheidungen sind dem sicherheitsgeprüften Prozessvertreter ohne die Einschränkungen des Absatzes 2 Satz 2 zuzustellen.

(5) ¹Sind ausschließlich private Geheimhaltungsinteressen Abwägungsgegenstand, so ist die Ernennung eines sicherheitsgeprüften Prozessvertreters nicht erforderlich. ²Jeder Prozessvertreter, der von seiner Informationspflicht gegenüber dem von ihm vertretenen Beteiligten befreit wurde und eine Verschwiegenheitserklärung im Hinblick auf die geheimhaltungsbedürftigen Informationen abgegeben hat, kann in gleichem Maße beteiligt werden wie der sicherheitsgeprüfte Prozessvertreter nach Übermittlung von Erklärung der Befreiung von der Informationspflicht und Verschwiegenheitserklärung an das Gericht. ³Absatz 4 gilt insoweit sinngemäß.

(6) ¹Die Länder berichten dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz jeweils bis zum 30. Juni des folgenden Jahres über in ihrem Zuständigkeitsbereich durchgeführte Verfahren nach Abs. 2 und 3. ²Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz erstellt eine Übersicht zur Durchführung dieser Verfahren und berichtet dem Deutschen Bundestag davon.

(7) ¹Gegen die Entscheidung nach Absatz 2 Satz 1 ist die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht gegeben. ²Über die Beschwerde entscheidet der für die Hauptsache zuständige Revisions Senat. ³Absatz 2 Sätze 3 und 4, Absatz 3 Satz 2, Absatz 4 und Absatz 5 gelten sinngemäß.