ANTON TROSSBACH

Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess

Beiträge zum Verwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

7

Anton Troßbach

Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess

Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England

Mohr Siebeck

Anton Troßbach, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg; Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht Frankfurt am Main; 2017 Promotion; Rechtsanwalt in einer internationalen Anwaltskanzlei in Frankfurt am Main.
orcid.org/0000-0002-5109-7688

ISBN 978-3-16-156822-0 / eISBN 978-3-16-156823-7
DOI 10.1628/978-3-16-156823-7

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Nach kurzweiliger und lehrreicher Promotionszeit freue ich mich, mit der Fertigstellung dieses Buches einen Abschluss meiner universitären Studien erreicht zu haben. Dafür möchte ich mich an dieser Stelle bedanken.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M. A. Er hat das Entstehen dieses Buches von Anfang an akribisch und mit hohem Zeitaufwand begleitet und dadurch die vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der prozessualen Behandlung von Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen in unterschiedlichen Jurisdiktionen gefördert.

Weiterhin möchte ich Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eberhard Schmidt-Aßmann sehr herzlich insbesondere für die Erstellung des Zweitgutachtens danken. Meine Arbeit als studentische Hilfskraft für ihn eröffnete mir zudem den Zugang zum (Verwaltungs-)Prozessrecht und zur Problematik des sog. in-camera-Verfahrens im deutschen Verwaltungsprozess. Bei Herrn Prof. Dr. Martin Borowski, dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses, möchte ich mich für die Anregungen im Rahmen meiner Disputation herzlich bedanken.

Ohne die ausdauernde und unermüdliche Unterstützung meiner Familie wäre die Vollendung des Buches allerdings nicht möglich gewesen. Insbesondere meinen Eltern Maria und Werner Troßbach danke ich sehr herzlich für diese Unterstützung und widme ihnen dieses Buch. Auch mein Bruder Tobias Troßbach und meine Tante Irmgard Jahn haben die Fertigstellung dieses Buches mit großem Interesse begleitet.

Danken möchte ich zudem meinem Freund und Kollegen Arthur Weilert für die produktiven Gespräche und die Möglichkeit, komplexe juristische Problemstellungen aus unterschiedlichen Perspektiven zu beleuchten.

Frankfurt am Main, 9. November 2018 *Anton Troßbach*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Abkürzungsverzeichnis XXII

Einleitung 1

A. Hintergrund 1
B. Ziele, Methode und Gang der Untersuchung 4
I. Ziele 6
II. Methode 7
III. Gang der Untersuchung 9

Kapitel 1: Terminologie 11

A. Öffentlichkeit 11
B. Geheimhaltung 14
C. Daten, Informationen und Wissen unter staatlicher Verwaltung 14
D. Der Verwaltungsprozess 17
I. Verwaltungsrechtssache 17
II. Gerichtliches Verfahren 19
E. Fazit 20

Kapitel 2: Europäisierung 21

A. Europäische Menschenrechtskonvention 22
I. Wirkung im deutschen Recht 23
II. Wirkung im englischen Recht 23
III. Einzelgewährleistungen 26
1. Öffentlichkeit – Art. 6 EMRK 27
a) Publikumsöffentlichkeit 28
b) Beteiligtenöffentlichkeit 28
2. Geheimhaltung 29
a) Art. 8 und 10 EMRK 29
b) Wichtige öffentliche Interessen 30

B. Charta der Grundrechte der Europäischen Union 31
C. Fazit 31

Kapitel 3: Der Verwaltungsrechtsschutz als Schauplatz des Konflikts von Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen in Deutschland – historische Perspektive 33

A. Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland 33
I. Administrativjustiz, justizstaatliches und verwaltungsgerichtliches Konzept 33
II. Weimarer Republik und Nationalsozialismus 35
III. Bundesrepublik 36

B. Historische Entwicklung des Spannungsverhältnisses zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen 37
I. Die Ziele des liberalen Bürgertums im 18. und frühen 19. Jahrhundert . . . 37
II. Rechtliche Kodifizierung 40

C. Fazit 41

Kapitel 4: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Spannungsverhältnisses zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen in Deutschland 43

A. Öffentlichkeit 43
I. Publikumsöffentlichkeit 43
1. Verfassungsrechtliche Verankerung 43
a) Rechtsstaatsprinzip 43
b) Demokratieprinzip 45
c) Informationsfreiheit 48
d) Fazit 49
aa) Anspruch Beteiligter auf Publikumsöffentlichkeit im Prozess . . 50
bb) Kein Anspruch Unbeteiligter auf Publikumsöffentlichkeit im Prozess 51
II. Beteiligtenöffentlichkeit 52
1. Verfassungsrechtliche Verankerung 52
a) Rechtliches Gehör 52
b) Effektiver Rechtsschutz 54
c) Prozessuale Waffengleichheit 55
d) Recht auf ein faires Verfahren 56
e) Fazit 56
aa) Schranken 56
bb) Vorbehalt des Gesetzes 57

B. Geheimhaltung 59
I. Private Geheimhaltung 59
1. Informationelle Selbstbestimmung 59
2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 60
a) Art. 12 GG 61
b) Art. 14 GG 61
II. Staatliche Geheimhaltung 62
1. Verfassungsrechtliche Verankerung 62
2. Zwischenfazit 64

C. Fazit 64

Kapitel 5: Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung von Publikums- und Beteiligtenöffentlichkeit 67

A. Dispositionsgrundsatz 68
B. Untersuchungsgrundsatz 68
C. Amtsbetrieb und Konzentrationsgrundsatz 70
D. Mündlichkeitsgrundsatz und Publikumsöffentlichkeit 71
I. Allgemeines 71
II. Ausschluss des Publikums 72
1. Ausschlussgründe 72
a) Unterbringungssachen 72
b) Persönlichkeitsschutz 72
c) Staatssicherheit, Ordnung und Sittlichkeit 73
d) Personenschutz 74
e) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 74
2. Ausschlussverfahren 75
3. Schweigegebot gegenüber den Beteiligten 75
III. Anwendung auf die Beteiligten 75
IV. Ausschluss der Beteiligten aufgrund sitzungspolizeilicher Maßnahmen . . 76

E. Unmittelbarkeitsgrundsatz 76
F. Grundsatz der Beteiligtenöffentlichkeit 77
G. Fazit 78

Kapitel 6: Gesetzliche Lösung des Konflikts zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten in Deutschland 81

A. § 99 VwGO im Überblick 82

B. § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO: Behördliche Aktenvorlagepflicht 83
I. Hintergrund 83
II. Gegenstand 83
III. Verpflichtete 84
IV. Voraussetzungen 85
1. Entscheidungserheblichkeit 85
2. Förmlicher Beschluss bezüglich der Entscheidungserheblichkeit 85
3. Ausnahmsweise Entbehrlichkeit 87
V. Umfang und Art und Weise 87

C. § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO: Behördliche Informationsverweigerungsmöglichkeit 88
I. Zuständigkeit 89
II. Geheimhaltungsgründe 89
1. Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes (1. Geheimhaltungsgrund) 89
a) Innere Sicherheit 90
b) Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden 91
c) Fiskalische Interessen 92
d) Beeinträchtigung der effektiven Beaufsichtigung der Finanzwirtschaft 92
e) Wahrscheinlichkeitsgrad 92
2. Geheimhaltung aufgrund eines Gesetzes (2. Geheimhaltungsgrund) . . . 93
a) Verfassungsrechtlich geschützte Bereiche 94
b) Unionsrechtliche Veröffentlichungsverbote 95
3. Wesensmäßige Geheimhaltung (3. Geheimhaltungsgrund) 97
a) Personenbezogene Daten 97
b) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 98
III. Entscheidung der obersten Aufsichtsbehörde 99
1. Ermessen 99
a) Verhältnismäßigkeit 100
b) Unionsrechtliche Veröffentlichungsverbote 101
2. Form 101
3. Zeitpunkt 102

D. § 99 Abs. 2 VwGO: In-camera-Verfahren 102
I. Hintergrund 103
1. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 103
2. Gesetzgebungsverfahren 104
3. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 105
II. § 99 Abs. 2 VwGO: Das Geheimverfahren im Einzelnen 106
1. Antrag, Gegenstand und Zuständigkeit 106

a) Antrag . . . 107
b) Gegenstand . . . 108
c) Zuständigkeit . . . 108
2. Verhältnis zum Hauptsacheverfahren . . . 110
3. Beteiligte . . . 110
4. Prozessuale Geheimhaltungsvorkehrungen . . . 111
a) Keine öffentliche Verhandlung . . . 112
b) Keine Beweisaufnahme i. S. d. § 98 VwGO . . . 112
c) Ausschluss des Akteneinsichtsrechts . . . 112
d) Richterliche Geheimhaltung . . . 113
e) Personeller Geheimschutz . . . 113
f) Materieller Geheimschutz . . . 114
g) Besondere Räumlichkeiten . . . 114
5. Verfahrensausgestaltung im Übrigen . . . 115
6. Entscheidung des Fachsenats . . . 115
a) Maßstab . . . 116
aa) Vorliegen eines Verweigerungsgrundes . . . 116
bb) Rechtmäßige Ermessensausübung . . . 116
b) Tenor . . . 117
c) Begründung . . . 117
d) Folgen für die Hauptsache . . . 118
e) Vollstreckbarkeit . . . 119
7. Rechtsmittel . . . 120

E. Gesetzliche Ausgestaltung im Sonderverwaltungsprozessrecht . . . 121

1. Telekommunikationsrecht . . . 121
a) § 138 TKG in der Fassung bis zum 9. Mai 2012 (§ 138 TKG a. F.) . 122
b) Mobistar-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Juli 2006 und Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Januar 2007 . . . 123
c) § 138 TKG . . . 124
aa) Unbeschränkte Vorlagepflicht – Kennzeichnungspflicht . . . 124
bb) Gerichtliche Mitteilungspflicht . . . 125
cc) In-camera-Zwischenverfahren über die in-camera-Verwertung . 126
dd) Rechtsmittel . . . 129
ee) Folgen für die Hauptsache . . . 129
2. Kartellrecht . . . 129
a) Beschwerdeverfahren als Verwaltungsprozess . . . 130
b) Prozessgestaltung . . . 131
c) Akteneinsichtsrecht . . . 131
aa) § 72 Abs. 2 S. 4 bis 6 GWB . . . 132
bb) Verfahrensausgestaltung im Einzelnen . . . 133

F. Fazit . . . 133

Kapitel 7: Kritik an der aktuellen Konzeption des in-camera-Verfahrens 135

A. Mehrpolige Prozessrechtsverhältnisse 135

I. Verfahrensrechtliche Stellung Dritter im Hauptsacheverfahren 136
1. Antragsrecht bei Vorlageentscheidung nach § 99 Abs. 2 VwGO analog oder Unterlassungsklage 137
2. Rechtsschutz nach erfolgter Vorlage 138

II. Ermessensentscheidung und Auswirkungen der Geheimhaltung auf das Hauptsacheverfahren 139

B. Informationszugangsansprüche 144

I. Aktenvorlage gegenüber dem Gericht der Hauptsache 144
II. Aufsichtsbehördliche Sperrerklärung 145
1. Gesetzlich angeordnete Geheimhaltung (2. Geheimhaltungsgrund) . . . 145
2. Ermessen 146
III. Entscheidung des Fachsenats und Auswirkungen auf die Hauptsache 147
IV. Mehrpolige Konstellationen bei Informationszugangsansprüchen 149

C. Fazit 149

Kapitel 8: Der Verwaltungsprozess als Schauplatz des Konflikts von Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen in England – historische Entwicklung und aktuelle Gestaltung 151

A. Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes in England 151

I. Common Law und Equity 151
II. Verwaltungsrechtsschutz durch Common Law Gerichte und Tribunale . . 153
III. Keine Anerkennung eines „administrative law“ im 19. und frühen 20. Jahrhundert 155

B. Aktuelle Organisation des Verwaltungsrechtsschutzes in England 156

I. Verwaltungsrechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte: „Judicial Review“ 156
1. Gerichtlicher Instanzenzug und Administrative Court 157
2. Exklusivitätsprinzip des Judicial Review: öffentlich-rechtliche Streitigkeiten („public law issues“) 157
3. Subsidiaritätsprinzip des Judicial Review 158

II. Verwaltungsrechtsschutz durch Tribunale 159
1. Qualifikation der Tribunale als Gerichte 160
2. Rechtsmittel zum Upper Tribunal und dem Court of Appeal 161

III. Diskussion über die Einführung einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit 161

C. Historische Entwicklung des Spannungsverhältnisses zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen 162
I. Öffentlichkeit und Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit 162
II. Öffentlichkeit und Verfahren der Tribunale 165

D. Fazit 166

Kapitel 9: Das Spannungsverhältnis zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen im englischen Verfassungsrecht 169

A. Verfassungsrecht in England 169
I. Historisch: Uneingeschränkte Parlamentssouveränität 169
II. Aktuell: Relative Parlamentssouveränität 170
1. Auswirkungen der Mitgliedschaft in der EU 170
2. Innerstaatliche Verfassungsentwicklungen 171

B. Öffentlichkeit 172
I. Publikumsöffentlichkeit („open justice“) 172
1. Die „rule of law“ 172
2. Anspruch auf Publikumsöffentlichkeit 175
a) Anspruch Beteiligter 175
b) Anspruch Unbeteiligter 176
3. Einschränkungen der Publikumsöffentlichkeit 176
II. Beteiligtenöffentlichkeit („natural justice“) 178
1. Die „rule of law“ 178
2. Der Judicial Review 179
3. Anspruch auf Beteiligtenöffentlichkeit 181
4. Einschränkungen der Beteiligtenöffentlichkeit 182

C. Geheimhaltung 183
I. Private Geheimhaltung 183
1. Persönlichkeitsinteressen 183
2. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 185
3. Presserechtlicher Quellenschutz 185
II. Staatliche Geheimhaltung 185

D. Fazit 186

Kapitel 10: Grundsätze des Verwaltungsrechtsschutzes in England unter besonderer Berücksichtigung von Publikums- und Beteiligtenöffentlichkeit 189

A. Der Judicial Review 189
I. Dispositionsgrundsatz 191

II. Offenlegungs- und Vorlagegrundsatz („duty of candour“ bzw. „disclosure“) 192
III. Grundsatz der Beteiligtenöffentlichkeit („natural justice“) 193
IV. Mündlichkeitsgrundsatz und Grundsatz der Publikumsöffentlichkeit („principle of open justice“) 196
1. Allgemeines 196
2. Ausschluss des Publikums 198
a) Ausschlussgründe 199
aa) Kinder- und Jugendschutz, Schutz von unter Betreuung stehenden Personen 199
bb) Schutz der nationalen Sicherheit 199
cc) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 200
dd) Generalklausel 200
b) Verhältnismäßigkeit 200
3. Ausschlussverfahren 201
4. Schweigegebot gegenüber den Beteiligten 201
5. Keine Anwendbarkeit der Ausschlussgründe auf die Beteiligten 202
6. Ausschluss der Beteiligten aufgrund sitzungspolizeilicher Maßnahmen 202
V. Amtsbetriebs- und Beschleunigungsgrundsatz 202
VI. Eingeschränkter Unmittelbarkeitsgrundsatz 203
VII. Eingeschränkter Subsidiaritätsgrundsatz 203
1. Erlaubnisverfahren 203
2. Einschränkung des Subsidiaritätsgrundsatzes 205

B. Das Verfahren des „statutory appeal“ 205

C. Das Tribunalverfahren 206

I. Eingeschränkter Dispositionsgrundsatz 207
II. Modifizierter Untersuchungsgrundsatz 207
III. Grundsatz der Beteiligtenöffentlichkeit („natural justice“) 208
IV. Mündlichkeitsgrundsatz und Grundsatz der Publikumsöffentlichkeit („principle of open justice“) 209
V. Amtsbetriebs- und Beschleunigungsgrundsatz 211

D. Fazit 211

Kapitel 11: Lösung des Konflikts zwischen Öffentlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten in England 213

A. Informationsbezogene Offenlegungspflicht („duty of candour“) 213

I. Anwendung auf das Verfahren der CPR Part 54 214
II. Besondere behördliche Offenlegungspflicht 215

B. Dokumentenbezogene Offenlegungspflicht („disclosure“) 217

I. Voraussetzungen der gerichtlichen Anordnung der „disclosure“ 218

1. Verstoß gegen die informationsbezogene Offenlegungspflicht („duty of candour“) 218
2. Verfahren mit Bezug zum Human Rights Act 219
3. Anwendungsbereich im Übrigen 221
II. Ausgestaltung der dokumentenbezogenen Offenlegungspflicht („disclosure“) 222
1. Verpflichtete 223
a) Gesetzlich normierte Fälle 223
b) Richterrecht: „Norwich pharmacal order“ 223
2. Der Dokumentenbegriff 224
3. Pflicht zur gewissenhaften Suche („duty of search“) 224
4. Umfassende Pflicht zur Offenlegung 224
a) Entscheidungserhebliche Dokumente („relevant documents“) 224
b) Alle entscheidungserheblichen Dokumente unter Kontrolle eines Beteiligten 225
5. Verfahren der Offenlegung („disclosure“ im engeren Sinne) 226
6. Einsichtnahme der Dokumente durch die Gegenseite („inspection“) . . 227
7. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Anordnung der Durchführung einer „disclosure“ 227
8. Verwendung offengelegter Dokumente 227

C. Verweigerung der Offenlegung bzw. der Einsichtnahme 228

I. Gründe 228
1. Schutz vor Selbstbelastung („privilege against self-incrimination“) . . . 229
2. Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandanten („legal profession privilege“) 229
3. Schutz von Vergleichsverhandlungen („without prejudice privilege“) . 230
4. Presserechtlicher Quellenschutz („protection of journalists’ sources“) . 230
5. Schutz persönlicher Daten („protection of personal data“) 231
6. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen („commercially sensitive information“ bzw. „trade secrets“) 232
a) „Inspection“ durch Vertrauenspersonen („confidentiality ring“) 233
b) Besonderheiten im Regulierungs- und Kartellrecht 234
7. Staatliche Geheimhaltungsinteressen („public interest immunity“) 235
a) Einzelverbürgungen 236
aa) Nationale Sicherheit („national security“) 236
bb) Internationale Beziehungen („international relations“) 237
cc) Regierungstätigkeiten („workings of government“) 237
dd) Polizeiliche und militärische Tätigkeiten („workings of the police and the armed forces“) 238
b) Abwägungsentscheidung („balancing exercise“) 238
II. Verfahren 241
1. Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache 241
2. Verweigerung der Offenlegung („disclosure“) 241
a) Antragserfordernis 241

aa) Grundsatz . . . 241
bb) Richterrechtlich etablierte Ausnahme . . . 241
b) Begründung . . . 242
c) Beweise . . . 242
d) Geheimhaltung . . . 243
aa) Einsichtnahme in die Dokumente durch das Gericht . . . 243
bb) Beteiligung von sog. „special advocates“ . . . 244
cc) Entscheidung des Gerichts . . . 245
e) Rechtsmittel . . . 245
3. Verweigerung der Einsichtnahme („inspection“) . . . 245
a) Mitteilung der Verweigerung in der Dokumentenliste . . . 245
b) Gerichtliches Vorgehen des an der Einsichtnahme interessierten Beteiligten . . . 245
c) Geheimhaltung . . . 246
aa) Einsichtnahme der Dokumente durch das Gericht . . . 246
bb) Entscheidung des Gerichts . . . 246
d) Rechtsmittel . . . 246
III. Auswirkungen des Zwischenverfahrens auf das Hauptverfahren . . . 246
1. Keine Verwertung nichtoffengelegter Dokumente . . . 246
2. Entscheidung nach den Grundsätzen der Beweislast . . . 247

D. Fazit . . . 248

Kapitel 12: Probleme und Lösungsansätze bezüglich des Verfahrens der Verweigerung der Offenlegung im englischen Recht . . . 251

A. „Closed Material Procedure“ . . . 251
I. Ausgangssituation . . . 251
II. Judicial Review und „Closed Material Procedure“ . . . 252
III. Verfahrensgestaltung . . . 253
1. Antrag auf Erklärung der Anwendbarkeit der „Closed Material Procedure“ (JSA s.6) . . . 253
a) Benachrichtigung über beabsichtigte Antragstellung . . . 253
b) Antrag bzw. Einleitung von Amts wegen . . . 254
c) Voraussetzungen . . . 254
aa) Möglichkeit der Verweigerung der Offenlegung wegen einer drohenden Gefahr für die nationale Sicherheit (JSA s.6(4)) . . . 254
bb) Antrag im Interesse einer fairen und gerechten Entscheidung notwendig (JSA s.6(5)) . . . 255
d) Begründung . . . 255
e) Verhandlung unter Ausschluss des Publikums und mindestens eines Beteiligten („closed hearing“) . . . 255
f) Beteiligung eines sog. „special advocate“ . . . 256

aa) Auswahl, Schulung und Ernennung 256
bb) Doppelfunktion 256
cc) Beziehung zwischen „special advocate“ und dem durch ihn vertretenen Beteiligten („specially represented party“) 257
g) Gerichtliche Entscheidung und Folgen 258
h) Regelmäßige Überprüfung durch das Gericht 258
i) Rechtsmittel 259
2. Antrag auf Durchführung der „Closed Material Procedure“ 259
3. Durchführung der „Closed Material Procedure“ 260
a) Verhandlung unter Ausschluss des Publikums und mindestens eines Beteiligten („closed hearing“) 260
b) Beweise 260
4. Entscheidung des Gerichts („open judgement“ und „closed judgement“) 261
5. Rechtsmittel 261
6. Parlamentarische Kontrolle 262
IV. Kritik 263
1. Vereinbarkeit mit den Prinzipien der „open justice“ und „natural justice“ des Common Law 263
2. Verhältnis zum Zwischenverfahren bei Verweigerung der „disclosure“ 266

B. Interessen Dritter, insbesondere Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen 267

I. Judicial Review 267
1. Antragsrecht privater Dritter 267
2. Gerichtliche Entscheidung 267
3. Versehentliche behördliche Offenlegung 268
II. Informationszugangsrecht 269
1. Informationen mit Bezug zur nationalen Sicherheit 269
2. Informationen privater Dritter 270

C. Fazit 270

Kapitel 13: Schlussfolgerungen 273

A. Vergleich 273

I. Publikumsöffentlichkeit und Geheimhaltung 273
II. Beteiligtenöffentlichkeit und Publikumsöffentlichkeit sowie Geheimhaltung 274
1. Vorlage- bzw. Offenlegungspflichten 274
2. Geheimhaltungsinteressen 275
3. Geheimverfahren 275
a) In-camera-Verfahren im Verwaltungsprozess 275
b) Geheimes Zwischenverfahren im Judicial Review 276
c) Geheimes Hauptverfahren: „Closed Material Procedure“ 278

B. Schlussfolgerung: Reformbedürftigkeit des in-camera-Verfahrens ... 279

C. Transplantate: Rückgriff auf englische Konfliktlösungsmodelle? 280

I. In-camera-Verwertung von geheimhaltungsbedürftigen Informationen ... 281
1. In-camera-Verwertung im deutschen Recht allgemein 281
2. Anwendbarkeit auf Staatsgeheimnisse sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 282
3. Informationszugangsansprüche 283
4. Zuständigkeit für Zwischenverfahren und Hauptverfahren 283

II. Beteiligung von zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten 285
1. Auswirkungen einer in-camera-Verwertung in der Hauptsache auf die Grundsätze der Beteiligten- und Publikumsöffentlichkeit 285
2. Konfliktlösungsmodell: Einbeziehung von sicherheitsgeprüften Prozessvertretern oder zur Verschwiegenheit verpflichteten Rechtsanwälten 286
a) Sicherheitsgeprüfter Prozessvertreter bei Staatsgeheimnissen 286
b) Rechtsanwaltslösung bei privaten Geheimnissen 288
c) Verfahren mit Bezug zu staatlichen und privaten Geheimhaltungsinteressen 289
3. Konkrete Ausgestaltung 289
a) Sicherheitsgeprüfter Prozessvertreter 289
b) Rechtsanwaltslösung 290

III. Berichtspflicht gegenüber dem Bundestag 290

D. Entwurf einer Neuregelung des § 99 VwGO 291

Ausblick 293

Literaturverzeichnis 295

Register 317

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. f.	alte Fassung
a. M.	am Main
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
A. C.	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
Admin	Administrative Court
AfP	AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
All E. R.	All England Law Reports
Alt.	Alternative(n)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bad. Reg.-Bl.	Großherzoglich Badisches Regierungsblatt
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeal

Ch	Law Reports, Chancery Division (3rd Series)
C. J. Q.	Civil Justice Quarterly
CLJ	Cambridge Law Journal
C. O. D.	Crown Office Digest
CPR	Civil Procedure Rules
CPR PD	Civil Procedure Rules – Practice Direction
CPR Pt	Civil Procedure Rules – Part
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECA	European Communities Act 1972
ECLI	European Case Law Identifier
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELR	Education Law Reports
EHRR	European Human Rights Reports
EMRK	Europäische Menschrechtskonvention
Env LR	Environmental Law Reports
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal Decisions
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Decisions
EWCA Crim	England and Wales Court of Appeal Criminal Decisions
EWHC	High Court of England and Wales
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)
F. A. Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
FG	Festgabe
FGO	Finanzgerichtsordnung
FLR	Family Law Reports
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
F. S. R.	Fleet Street Reports
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949

GmS-OBG	Gemeinsamer Senat der obersten Bundesgerichte
GrCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HC	House of Commons
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HL	House of Lords
HM	Her Majesty's
h. M.	herrschende Meinung
HRA	Human Rights Act 1998
H. R. L. R.	Human Rights Law Reports – UK Cases
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HSOG	Hessisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
J	Judge
JA	Juristische Arbeitsblätter
JEV	Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte
JR	Juristische Rundschau
J. R.	Judicial Review
JSA	Justice and Security Act 2013
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench (Law Reports)
KLJ	King's Law Journal
K&R	Kommunikation & Recht
lat.	lateinisch
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
Lloyd's L. Rep.	Lloyd's Law Report
LQR	Law Quarterly Review
Ltd	limited
Md. J. Int'l L.	Maryland Journal of International Law
MLR	Modern Law Review
MMR	MultiMedia und Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland

N&R	Netzwirtschaft und Recht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungsreport
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PatG	Patentgesetz
PII	public interest immunity
Plc	public limited company
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PTSR	The Public and Third Sector Law Reports
Q. B.	Law Reports, Queen's Bench (3rd Series)
R	Regina/Rex
r.	rule(s)
Reg.-Bl.	Regierungsblatt
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
R. P. C.	Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases
S.	Satz, Seite
s.	section(s)
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SCA	Senior Courts Act 1981
sch.	schedule(s)
sec.	section(s)
SGO	Sozialgerichtsordnung
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshof der Europäischen Union
sog.	sogenannte(n/r)
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	StrafverteidigerForum
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz
TCEA	Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
TKG	Telekommunikationsgesetz
UAbs.	Unterabsatz
UIG	Umweltinformationsgesetz
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UKUT	United Kingdom Upper Tribunal
Var.	Variante(n)
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht

VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIG	Verbraucherinformationsgesetz
VS	Verschlusssache
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
W. L. R.	Weekly Law Reports
WuW/E DE-R	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung – Deutschland Rechtsprechung
YBEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

A. Hintergrund

Der Antagonismus zwischen dem Interesse an der Öffentlichkeit staatlichen und privaten Wissens und dem Interesse an dessen Geheimhaltung zieht sich durch alle Bereiche des modernen Staats- und Rechtslebens.[1] Die Bevölkerung verlangt mehr und mehr Teilhabe insbesondere an staatlichen Entscheidungsprozessen. Als zentrale Grundlage für diese Entscheidungsprozesse dienen Informationen, über die staatliche Instanzen verfügen. Diese Informationen zeichnen sich durch große Vielfalt und eine besondere Organisation und Systematik aus, was dazu führt, dass die Bevölkerung besonderes Vertrauen in die Richtigkeit staatlich verwalteter Informationen hegt.[2]

Die Informationen können vom Staat, insbesondere der Verwaltung, selbst gesammelt oder von Privaten zur Verfügung gestellt worden sein, gemein ist ihnen jedoch, dass der Staat sie oft als wertvoll und schützenswert betrachtet.[3] Aus diesem Grund sind staatliche Instanzen in vielen Fällen nicht bereit, die systematisierten Informationen mit Privaten zu teilen, sei es aus staatlichen Sicherheitsinteressen, Effektivitätsgesichtspunkten oder aus Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen anderer Privatpersonen, die staatlichen Stellen diese Informationen zur Verfügung gestellt haben.[4] Die Möglichkeit, Wissen[5] zurückzuhalten oder zumindest seine Veröffentlichung zu kontrollieren, garantiert zunächst einen staatlichen Wissensvorsprung, der aufgrund seiner Exklusivität zu einem Machtvorsprung werden kann.[6] Die Allgemeinheit fordert hingegen Zugang zu diesem Wissen ein, um staatliche Entscheidungsprozesse und Ent-

---

[1] Vgl. *Kahl*, in: Haratsch / Kugelmann / Repkewitz (Hrsg.), Verfassungswandel im Kommunikations- und Informationsstaat, S. 21. Siehe zum Begriff der Öffentlichkeit unten, S. 11 ff.

[2] Vgl. *Schoch*, NVwZ 2006, 872 (872); *Trosch*, Informationen des öffentlichen Sektors, S. 18; siehe zur besonderen Bedeutung staatlicher Informationen S. 14 ff.

[3] Der Begriff des Privaten bildet den Gegensatz zu Staat bzw. zur staatlichen Sphäre, siehe unten, S. 11.

[4] Vgl. *Schoch*, NVwZ 2006, 872 ff.

[5] Vgl. zur Unterscheidung zwischen Wissen und Information S. 14 f.

[6] *Arendt*, Macht und Gewalt, S. 41 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 182 ff.; *Kahl*, in: Haratsch / Kugelmann / Repkewitz (Hrsg.), Verfassungswandel im Kommunikations- und Informationsstaat, S. 13; *Schoch*, DÖV 2006, 1 (1).

scheidungen bewerten, beeinflussen und kontrollieren zu können, insbesondere auch, um das Zusammenspiel staatlicher und wirtschaftlicher Akteure nachvollziehen zu können.[7] Ziel ist es, durch einen freien Wissenszugang eine Wissenssymmetrie zwischen Privaten und dem Staat herzustellen, die perspektivisch zu einer Machtsymmetrie führen kann. Die Öffentlichkeit, die Publizität, von Information ermöglicht diesen freien Wissenszugang.[8] Die Konstellationen gewinnen beträchtlich an Komplexität, wenn Private, die staatlichen Stellen Informationen zur Verfügung gestellt haben, von einer Veröffentlichung in einem Rechtsstreit, der zwischen der staatlichen Verwaltung und privaten Dritten geführt wird, wirtschaftliche oder sonstige Nachteile, z. B. für Leben und Gesundheit, befürchten.

Dass die Forderung nach Öffentlichkeit in den letzten Jahrzehnten an Brisanz gewonnen hat, hängt auch damit zusammen, dass durch das Internet in einem zuvor unvorstellbaren Maße Zugang zu Wissensbeständen und damit Öffentlichkeit in einem neuen Sinn möglich geworden ist.[9] Dies führt dazu, dass auch vermeintliche Reservatbereiche einer staatlichen Arkansphäre auf immer weniger Akzeptanz treffen, und zwar im internationalen Maßstab.[10] Es wird deutlich, dass aktive Teile der Bevölkerung immer weniger bereit sind, in einer sich immer weiter digitalisierenden Welt mit zumindest theoretisch unbegrenztem Zugang zu nahezu allen Informationen, Entscheidungen zu akzeptieren, deren Findungsprozesse sich im Verborgenen abspielen. Die Diskussionen um die Enthüllungen von *Edward Snowden*[11] und die Internetplattform *Wikileaks* geben davon ein beredtes Zeugnis. Das Freihandelsabkommen TTIP wurde nicht zuletzt deswegen scharf kritisiert, weil es geheim verhandelt wurde.[12] Auf der anderen Seite werden jedoch Bestrebungen, bestimmte Vorgänge geheim zu halten, ebenfalls deutlich. So werden zur Vorsorge gegenüber internationalen terroristischen Aktivitäten Erkenntnisse von Nachrichtendiensten und deren Geheimhaltung immer wichtiger.[13]

---

[7] Vgl. dazu BVerfGE 27, 71 (81 f.). Zu sog. „informationsbasierten Konflikten" im Verwaltungsrechtsschutz *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, S. 157 ff.

[8] *Adler*, DÖV 2016, 630 (630).

[9] So für Informationen *Rossi*, NVwZ 2013, 1263 ff.; *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einleitung, Rn. 14.

[10] Vgl. etwa die Internetplatform Wikileaks. Die Seite der Enthüllungsplattform ist online abrufbar unter www.wikileaks.org (zuletzt abgerufen am 06.11.2018). Siehe zu den Informationszugangsgesetzen im deutschen Recht S. 144 ff. und im englischen Recht S. 269 f.

[11] Siehe hierzu die Übersichtsseite des britischen Guardian unter http://www.theguardian.com/us-news/edward-snowden (zuletzt abgerufen am 06.11.2018) und der Süddeutschen Zeitung unter http://www.sueddeutsche.de/thema/Edward_Snowden (zuletzt abgerufen am 06.11.2018).

[12] Vgl. *Pernice*, EuZW 2014, 521 (522); *Reuß*, FAZ vom 19. Februar 2015.

[13] *Posser*, in: Posser / Wolff, VwGO, § 99, Rn. 7; *Rudisile*, in: Schoch / Schneider / Bier, VwGO, § 99, Rn. 6c; *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, S. 250 f.

Auch für die Rechtsprechung stellt der Antagonismus von Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Wissen ein Grundproblem dar. Dies beginnt schon auf scheinbar technischer Ebene. Im Rahmen von großen gerichtlichen Verfahren mit besonderem Medieninteresse reichen die Zuschauerbänke in der Regel kaum aus. Für den sog. NSU-(Straf-)Prozess war das Bundesverfassungsgericht gefordert, zur Frage des Zugangs und zu einer Art Sitzordnung im Prozesssaal Stellung zu nehmen.[14]

Über die Fragen des faktischen Zugangs hinaus ist jedoch auch der „Kampf um Wissen" vor Gericht durch die Beteiligten härter geworden.[15] Dieser Konflikt wird auch und gerade im Verwaltungsprozess deutlich.[16] Grundkonzept des Verwaltungsprozesses ist das gerichtliche Vorgehen des Privaten, sei es eine juristische oder natürliche Person, gegen Akte der staatlichen Verwaltung.[17] Im Rahmen dieser Prozessart treffen somit staatliche Geheimhaltungs- und private Öffentlichkeitsinteressen wie unter einem Brennglas aufeinander.[18]

Erheblich an Komplexität gewinnt das zu untersuchende Konfliktfeld durch die Einbeziehung der mehrpoligen Verwaltungsstreitverhältnisse.[19] So sind staatliche Behörden oft im Besitz von Informationen, die ihnen von Privaten, etwa in einem Genehmigungsverfahren, zur Verfügung gestellt wurden. Wenn es sich dabei um Betriebs- und Geschäftsinformationen handelt, kann deren Offenlegung, beispielsweise im Rahmen der Drittanfechtung einer Genehmigung, mit großen wirtschaftlichen Nachteilen für den ursprünglichen Informationsinhaber verbunden sein.[20] Das dualistische Konfliktfeld zwischen staatlichen Geheimhaltungsinteressen und privaten Öffentlichkeitsinteressen wird um die Komponente privater Geheimhaltungsinteressen ergänzt. Auch für diese Problemlage spielt die Digitalisierung die Rolle einer Beschleunigerin. Umfang und Bedeutung der zur Kontrolle erforderlichen Wissensbestände haben sich enorm erweitert. Wissen wird als Rohstoff des 21. Jahrhunderts bezeichnet.[21] Unternehmen sind daher im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf

---

[14] Vgl. hierzu BVerfG NJW 2013, 1293 ff.

[15] Vgl. *Schüly*, „in camera"-Verfahren; *Wolfshohl*, „in camera"-Verfahren und die Arbeiten von *Linßen* unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsregulierungsrechts und *Sawang* unter Berücksichtigung des Schiedsverfahrens: *Linßen*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen; *Sawang*, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren. Vgl. zu den ansteigenden Zahlen von Verfahren mit Bezug zu sicherheitsdienstlich relevanten Informationen in England: Green Paper, Justice and Security, Rn. 1.51.

[16] Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, S. 245 ff.

[17] Vgl. *Schmidt-Aßmann / Schenk*, in: Schoch / Schneider / Bier, VwGO, Einleitung, Rn. 1.

[18] Vgl. *Berg*, FS Menger, 537 (555).

[19] Vgl. BVerfGE 115, 205 (233 ff.).

[20] Vgl. BVerfGE 115, 205 (233 ff.). Siehe dazu insbesondere die Ausführungen zum Sonderverwaltungsprozessrecht unten, S. 121 ff.

[21] So für Informationen *Rossi*, NVwZ 2013, 1263 ff.; *Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz, Einleitung, Rn. 14.