

Richterliche Kontrolle des Verfassungsschutzes

Von Professor Dr. Christoph Gusy

Materielles Recht ist so viel wert wie diejenigen Mechanismen, welche das formelle Recht zu seiner Durchsetzung zur Verfügung stellt. Wichtigste formelle Mechanismen zu diesem Zweck sind die *parlamentarische* und die *gerichtliche Kontrolle*.¹ Beide Instrumente sind strikt voneinander zu unterscheiden. Sie prüfen nämlich an unterschiedlichen Maßstäben. Die parlamentarische Kontrolle fragt danach, ob die im Demokratieprinzip wurzelnden Bindungen an Gesetze (Art. 20 Abs. 3 GG) und Vorgaben der Regierung eingehalten sind. Demgegenüber prüfen die Gerichte gem. Art. 19 Abs. 4 GG, ob die Rechte der von der Tätigkeit einer Behörde betroffenen Bürger gewahrt sind. In diesem Sinne läßt sich abgekürzt formulieren: *Parlamentarische Kontrolle prüft und sichert die Wahrung der Belange der politischen Mehrheit; gerichtliche die Wahrung der Belange der betroffenen Minderheit*. Schon wegen dieser unterschiedlichen Kontrollperspektiven und -maßstäbe dürfen beide Mechanismen nicht gegeneinander aufgerechnet werden.²

I. Fragestellungen

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG i. V. m. S. 3 GG und Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG zeigen: *Die Rechtsweggarantie des Grundgesetzes gilt auch bei Maßnahmen des Verfassungsschutzes*.³ Er ist weder wegen seiner besonderen Aufgaben noch wegen seiner besonderen Art ihrer Erfüllung aus dem Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie ausgenommen. Für den Rechtsschutz gelten auch im Verfassungsschutzrecht nahezu uneingeschränkt die allgemeinen Bestimmungen. Und dennoch ist das Gefühl verbreitet: Gegen Maßnahmen der Nachrichtendienste ist der Bürger bei Gericht chancenlos.⁴ Hierfür werden insbesondere zwei Gründe angegeben:

(1) Die *Geheimheit der Geheimdienste*: Sei ein solcher Dienst notwendig geheim, so wüßten die von seiner Tätigkeit Betroffenen regelmäßig nicht, daß

1 Daneben können andere, aus behördlicher Sicht mindestens ebenso wichtige und bisweilen eher wirksamere Kontrollmechanismen treten; dazu zählt etwa diejenige durch den Rechnungshof.

2 Daß eine solche Verrechnung parlamentarischer mit gerichtlichen Kontrollen gerade im Verfassungsschutzrecht nicht immer völlig vermieden wird, zeigt das G-10; dazu Gusy, NJW 1981, 1581.

3 Dies hat das BVerfGE schon in seiner ersten Entscheidung zu dieser Materie, dem Abhör-Urteil, festgestellt; BVerfGE 30, 1, 23.

4 Hierzu und zum folgenden Rupp, in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 157, 168f.

Informationen über sie erhoben bzw. verarbeitet würden. Mangels tatsächlicher Kenntnis könnten sie deshalb nicht klagen. Und selbst wenn sie klagen könnten, fehlten ihnen und den Gerichten die erforderlichen Faktenkenntnisse, um den Sachverhalt hinreichend aufklären zu können. Wenn aber die Kenntnis des Sachverhaltes Voraussetzung jeden wirksamen Rechtsschutzes sei, so klafften rechtlicher Anspruch und prozessuale Wirklichkeit notwendig auseinander.

(2) Die *Unbestimmtheit des maßgeblichen Rechts*: Die Feststellung einer Rechtsverletzung setze die hinreichend klare Abgrenzung rechtmäßigen und rechtswidrigen Handelns durch das Gesetz voraus. Wo das Recht unklar und unbestimmt sei, fehle es an der Möglichkeit, Rechtsverstöße unzweideutig festzustellen und damit effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

Eine umfassende Behandlung beider Fragenkomplexe würde das gesamte Verfassungsschutzrecht einbeziehen müssen und damit den hier abzuhandelnden Themenbereich überschreiten. Hier sollen nur diejenigen tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten dargestellt werden, die sich an den Schnittpunkten von Verfassungsschutz- und (Verwaltungs-)Prozeßrecht stellen. Zunächst werden die *Besonderheiten des Zugangs zum Gericht* dargestellt. Hier wirkt sich die Tatsache aus, daß Geheimdienste nun einmal geheim arbeiten. Daher weiß der Betroffene regelmäßig nicht, daß und wogegen er Klage erheben kann (dazu II). Sodann wird der Frage nachgegangen, welche Besonderheiten sich im Prozeß stellen, wenn Maßnahmen des Verfassungsschutzes trotz der zuvor zu erörternden Schwierigkeiten tatsächlich einmal vor Gericht gelangen. Hier geht es dann nicht um den Zugang zum Gericht, sondern um die *Besonderheiten des Verfassungsschutzes im gerichtlichen Verfahren* (dazu III).

II. Zugangsprobleme beim Beschreiten des Rechtsweges

Zugangsprobleme beim Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Nachrichtendienste können aus zwei Ursachen resultieren: Einerseits aus *tatsächlichen Schwierigkeiten* der Sachverhaltsfeststellung; andererseits aus *rechtlichen Sonderregelungen* des Verfassungsschutzrechts. Die zweite Materie soll hier ausgeklammert werden. Ein *gesetzlicher Ausschluß des Rechtsweges* findet sich nur in § 9 Abs. 6 G-10. Diese Einschränkung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG hat das BVerfG wegen der Sonderregelung des Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG für zulässig gehalten.⁵ Eine nähere Analyse des

⁵ S. a. EGMR, NJW 1979, 1755; zustimmend zum BVerfG *Kaiser*, NJW 1969, 18; *Rasenack*, DSt 1970, 272; ablehnend abw. Votum, BVerfGE 30, 33; *Alberts*, JuS 1972, 319; *Bettermann*, AöR 1971, 562; *Erichsen*, VerwA 1971, 291; *Hall*, JuS 1972, 132; *Kalk-*

gesetzlichen Rechtswegausschlusses durch § 9 Abs.6 G-10 würde eine umfassende Darstellung des G-10 und seines Verfahrens erfordern, die hier schon wegen der Nähe dieses Verfahrens zur parlamentarischen Kontrolle⁶ weder geleistet werden kann noch geleistet werden soll.

Die *tatsächlichen Zugangsschwierigkeiten* zum Rechtsweg finden ihre Ursache darin, daß geheimdienstliche Tätigkeit regelmäßig geheim ist. Das Handeln des Verfassungsschutzes ist für Dritte zumeist als solches nicht erkennbar. Das daraus resultierende Zugangsproblem beim Beschreiten des Rechtsweges zeigt § 42 Abs.2 VwGO. Danach ist vor den Verwaltungsgerichten lediglich klagebefugt, wer geltend macht, durch eine staatliche Maßnahme in seinen Rechten verletzt zu sein. Wer diese Maßnahme nicht kennt, kann eine Rechtsverletzung durch sie nicht geltend machen und daher auch nicht klagen. Demnach entsteht vor Beschreiten des Rechtsweges für die potentiellen Kläger die Frage, wie sie Kenntnis von denjenigen Handlungen erlangen können, welche sie darlegen müssen, wenn sie dagegen klagen wollen. Wenig überraschend ist dann auch, daß die Mehrheit aller Prozesse auf dem Gebiet des Verfassungsschutzrechts nicht um die Rechtmäßigkeit, sondern um die bloße Kenntnis von Maßnahmen der Bundes- bzw. Landesämter geführt wird.

1. Informationspflichten und Auskunftsansprüche

Die Anerkennung des Eingriffscharakters staatlicher Datenverarbeitung hat ein Folgeproblem hervorgebracht, dem bislang wenig Aufmerksamkeit gewidmet worden ist: nämlich die *Anerkennung einer Art von Grundrechtseingriffen, welche der Betroffene nicht bemerken kann*. Der traditionelle Eingriff vollzog sich so, daß der Betroffene davon erfahren mußte. Wer zur Polizei vorgeladen wird, ein Bauverbot für die Garage erhält oder auch nur eine Betriebsbesichtigung durch die Gewerbeaufsicht dulden muß, weiß, was ihm geschieht. Maßgeblich dafür sind neben der tatsächlichen Wahrnehmbarkeit derartiger Eingriffe insbesondere die §§ 41, 43 VwVfG. Sie statuieren, daß Verwaltungsakte erst dann wirksam werden, wenn sie dem Betroffenen bekanntgegeben sind. Einen – wirksamen – Verwaltungsakt ohne Bekanntgabe kann es demnach gar nicht geben. Anders verhält es sich mit Maßnahmen des Verfassungsschutzes. Dessen Arbeit vollzieht sich für den Betroffenen grundsätzlich geheim. Er weiß nicht, daß er observiert wird, daß über ihn Dateien angelegt oder Informationen an Dritte weitergegeben werden.

brenner, BayVBl 1971, 146f.; *Rupp*, NJW 1971, 275; *Schatzschneider*, Eingriffstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, 1979, S. 241 ff.; *Schlink*, DSt 1973, 85; *Schwan*, NJW 1980, 1992.

⁶ Zur parlamentarischen Kontrolle K. *Miltner* in diesem Band (S. 53 ff.).

Derartige Eingriffe werden ohne Bekanntgabe wirksam. Wer aber nicht weiß, daß in seine Rechte eingegriffen wird, kann dagegen auch keine Rechtsbehelfe einlegen. *Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG wird auf diese Weise nicht rechtlich eingeschränkt; sie läuft einfach faktisch leer.*⁷ Der damit aufgezeigten Entwicklung ist das BVerfG bereits frühzeitig grundsätzlich entgegengetreten. Da die Rechtsweggarantie das zentrale Mittel des Bürgers zum Schutz seiner Rechte darstelle, zugleich aber die Möglichkeit einer Anrufung der Gerichte von der Kenntnis einer Rechtsverletzung abhängen, dürfe der Staat seine Eingriffe nicht so ausgestalten, daß durch die Art und Weise ihrer Durchführung ein Rechtsschutz unmöglich werde. Daraus leitete es die *grundsätzliche Verpflichtung des Staates ab, dem Bürger Eingriffe bekanntzugeben.*⁸ Ein gesetzlicher Ausschluß jeglicher Bekanntgabepflicht sei mit dem Grundgesetz unvereinbar. Bei strikter Durchführung dieses Grundsatzes wäre nachrichtendienstliche Arbeit praktisch unmöglich geworden: Ein Geheimdienst, der jeden Eingriff dem Betroffenen bekanntgeben muß, wäre kein Geheimdienst mehr. Diese Erkenntnis veranlaßte das BVerfG, die Bekanntgabepflicht nur grundsätzlich anzuerkennen. Sie gilt danach nicht uneingeschränkt; sondern kann unter den allgemeinen Voraussetzungen eingeschränkt werden, welche das GG für die Begrenzung von Grundrechten ohne Einschränkungsvorbehalt aufstellt. *Grenze der Bekanntgabepflicht sind somit insbesondere verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter.* Wenn Art. 10 Abs. 2 S. 2; Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG geheimdienstliche Tätigkeit auch mit den Mitteln von Grundrechtseingriffen grundsätzlich zulassen, dann darf auch Art. 19 Abs. 4 GG nicht in einer Weise ausgelegt werden, welche eine Erfüllung dieser zulässigen Aufgabe unmöglich machen würde. Damit ist aber nur entschieden, *daß* die zulässige Staatsaufgabe »nachrichtendienstlicher Verfassungsschutz« jene grundsätzliche Bekanntgabepflicht einschränken darf. Noch offen sind dagegen die einzelnen Voraussetzungen und Grenzen, unter denen eine derartige Einschränkung zulässig sein kann. Deren Konkretisierung obliegt wegen des Gesetzesvorbehaltes für Grundrechtseingriffe der Legislative. Diese hat die einschlägigen Rechtsgrundlagen unterschiedlich ausgestaltet. Hier sollen zunächst einzelne Informationspflichten und ihre Grenzen dargestellt (dazu 2.) und sodann auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit überprüft werden (dazu 3.).

⁷ Daraus wird bisweilen das Gebot hergeleitet, alle staatlichen Maßnahmen, welche in Rechte der Bürger eingreifen können, den Betroffenen bekanntzugeben. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 265 ff. Diese Auffassung hat sich allerdings im Datenschutzrecht im allgemeinen ebensowenig durchgesetzt wie im Verfassungsschutzrecht im besonderen.

⁸ BVerfGE 30, 1, 17 ff., 31 f.

2. Einzelne Informationspflichten

a) Mitteilungspflicht nach § 5 Abs. 5 G-10

Der erst aufgrund verfassungsrichterlicher Beanstandung⁹ geschaffene § 5 Abs. 5 G-10 begründet eine Mitteilungspflicht für bestimmte Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis. Die Mitteilung hat zwei Wirkungen: In tatsächlicher Hinsicht erfährt der Betroffene erst durch eine solche Mitteilung von gegen ihn getroffenen Maßnahmen. In rechtlicher Hinsicht wird erst durch die Mitteilung der Rechtsweg eröffnet (§ 5 Abs. 5 S. 4 G-10),¹⁰ der im übrigen verschlossen ist (§ 9 Abs. 6 G-10). Die Voraussetzungen der Mitteilungspflicht sind:

- *Anordnung einer Maßnahme gegen eine Person nach § 2 G-10.* Ist keine Maßnahme gegen eine bestimmte Person angeordnet, sondern wird der Betroffene von einer Maßnahme der »strategischen Postkontrolle« nach § 3 G-10 betroffen, so entsteht keine Mitteilungspflicht.¹¹
- *Einstellung der Maßnahme.* Die Mitteilung noch laufender Eingriffe ist nicht vorgesehen, so daß Rechtsschutz erst nachträglich erlangt werden kann.
- *Keine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung.* Zu dem »Zweck« zählen sämtliche möglichen Zwecke, zu welchen der Eingriff angeordnet wurde bzw. die dabei gewonnenen Daten verwendet werden dürfen.
- *Kein Fristablauf.* Die Frist, nach welcher es »einer Mitteilung nicht mehr bedarf«, läuft 5 Jahre nach Einstellung der Maßnahme ab (§ 5 Abs. 5 S. 3 G-10). Mit dem Fristablauf endet aber nur der Mitteilungsanspruch des Betroffenen; seine Benachrichtigung wird nicht unzulässig.

Die gesetzlich vorgenommene Ausgestaltung der Mitteilungspflicht, der ein Informationsanspruch des Betroffenen korrespondiert, ist vom BVerfG für verfassungsgemäß gehalten worden.¹² Da der Betroffene von der Anordnung der Maßnahme nichts weiß, kann er seinen Informationsanspruch nicht geltend machen. Die Mitteilungspflicht entsteht daher praktisch allein in dem Falle, wenn der zuständige Bundesminister des Inneren von Amts wegen das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen feststellt. Jedenfalls bis zum Jahre 1978 soll dies »in etwa jedem zweiten Fall, in dem deutsche Einzelper-

⁹ BVerfGE 30, 1, 32.

¹⁰ Lediglich in einem einzigen Fall ist bislang bekannt geworden, daß der Betroffene den Rechtsweg beschritten hat. VG Köln, NJW 1981, 1630; OVG Münster, NJW 1983, 2346 (Fall Günter Wallraff); dazu *Holtfort*, FS R. Schmidt, 1985, S. 271.

¹¹ BVerfGE, NJW 1985, 121 (Ls. 4), 125.

¹² BVerfGE, NJW 1985, 121.

sonen betroffen sind,« der Fall gewesen sein.¹³ Der Grund dafür, daß das BVerfG den Ausschluß der Bekanntgabepflicht in den übrigen Fällen für verfassungsgemäß gehalten hat, ist eher in Besonderheiten des G-10-Verfahrens und darin zu suchen, daß dieses Gesetz anstelle des Rechtsweges andere Kontrollmechanismen vorsieht.¹⁴ Wer – wie das BVerfG – diese Kontrollmechanismen als rechtlich und tatsächlich dem Rechtsweg gleichwertig ansieht,¹⁵ kann auf gerichtliche Kontrolle als zusätzliche Rechtsschutzinstanz eher verzichten. Die Gründe für die Verfassungsmäßigkeit der stark eingeschränkten Mitteilungspflicht liegen demnach nicht primär darin, daß § 5 Abs. 5 G-10 dem Art. 19 Abs. 4 GG genügt. Sie liegen vielmehr darin, daß das G-10 nach Auffassung des BVerfG auf andere Weise als durch Mitteilungspflichten und gerichtlichen Rechtsschutz den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügt.

b) Auskunftsanspruch nach § 13 BDSG 1977

aa) Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung

Gem. § 13 Abs. 1 BDSG 1977 steht Personen, über welche bei einer Behörde personenbezogene Daten in Dateien gespeichert sind, ein Anspruch auf Auskunft über diese Daten zu. Der Anwendungsbereich des Gesetzes und damit des Auskunftsanspruchs ist auf die automatische Datenverarbeitung beschränkt. Dieser *datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch* ist neben der Veröffentlichungspflicht des § 12 BDSG als Surrogat der ansonsten fehlenden Bekanntgabe von Grundrechtseingriffen durch Datenverarbeitung konzipiert. Der Betroffene kann so auf Antrag und gegen Gebühr (§ 13 Abs. 4 BDSG) Kenntnis von der Verarbeitung personenbezogener Informationen über ihn erlangen.

Im Verfassungsschutzrecht gilt dieser Grundsatz jedoch nicht. Gem. § 13 Abs. 2 BDSG »gilt Abs. 1 nicht in den Fällen des § 12 Abs. 2 Nr. 1 und 2«. An der Spitze der in § 12 Abs. 2 Nr. 1 BDSG normierten Ausnahmen stehen gleich die »Behörden für Verfassungsschutz«. *Auf das Bundesamt für Verfas-*

13 *Borgs/Ebert*, Das Recht der Geheimdienste, 1986, § 5 G-10 Rn 6. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß die überwältigende Mehrzahl der Kontrollen nach § 3 G-10 stattfindet, der keine Unterrichtungspflicht begründet.

14 BVerfGE 30, 1, 23; BVerfGE NJW 1985, 121, 125; zustimmend C. *Arndt*, NJW 1985, 107; kritisch *Riegel*, DöV 1985, 314.

15 So grundsätzlich BVerfG 30, 1, 27 ff.; ferner C. *Arndt*, NJW 1985 S. 107; *ders.* in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 43; *ders.*, FS F. Schäfer, 1980, 147; *ders.* in: *Schneider/Zehn* Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 50, Rn 20 ff; zurückhaltender *Glückert*, ZRP 1969, 176; *Schlink*, DSt 1973, 85, 107; *Gusy*, NJW 1981, 1581.

schutz ist demnach – ebenso wie auf die Landesämter nach dem vergleichbaren Landesrecht – der Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1 BDSG nicht anwendbar.¹⁶ Ebenfalls unanwendbar ist er gem. § 13 Abs. 2 Nr. 4 BDSG für sonstige Behörden, sofern sich die beantragte Auskunft auf die Übermittlung personenbezogener Daten an Behörden im Sinne des § 12 Abs. 2 Nr. 1 BDSG und damit insbesondere auch an den Verfassungsschutz bezieht. Von der Auskunftspflicht ausgenommen sind demnach Daten des Verfassungsschutzes ebenso wie Datenübermittlungen an den Verfassungsschutz. Damit wollte der Gesetzgeber der sog. »Ausforschungsgefahr«¹⁷ entgegenwirken. Diese wird darin gesehen, daß Bürger mit Auskunftsbegehren nicht nur den Kenntnisstand des Verfassungsschutzes ausforschen; sondern dadurch zugleich mittelbar Informationen über Arbeitsmittel und -methoden erlangen. Eine rechtliche Ermöglichung solcher Ausforschung hätte einen »transparenten Geheimdienst« zumindest ermöglicht. *Praktische Folge* des fehlenden Auskunftsanspruchs und des weiten Ermessens der Verfassungsschutzämter ist: *Im Regelfall wird von einer Auskunft abgesehen.*¹⁸ Die Praxis wirkt sich dahin aus, daß der Verfassungsschutz nur äußerst selten Auskunft über gespeicherte Daten erteilt.¹⁹ Auch in Fällen, in welchen im Einzelfall durch eine Auskunft keine rechtlich geschützten Belange der Dienste tangiert sind, wird nach einem generellen Schema vielfach keine Auskunft erteilt.

Umstritten ist allerdings die Frage, was gem. § 13 Abs. 2 BDSG an die Stelle des ausgeschlossenen Anspruchs tritt. Nach dem Wortlaut der Bestimmung kommt entweder ein generelles Auskunftsverbot²⁰ oder aber eine Auskunftserteilung nach behördlichem Ermessen in Betracht. Für die zuletzt genannte Alternative spricht insbesondere die systematische Auslegung des § 13 BDSG. Indem dessen Abs. 3 eindeutig bestimmt, wann die »Auskunftserteilung unterbleibt«, stellt er sich als Auskunftsverbot dar. Für ein solches Verbot hat der Gesetzgeber eine klare, eindeutige Formulierung gefunden. Demgegenüber hat § 13 Abs. 2 BDSG einen anderen Wortlaut erhalten, der ein solches Verbot nicht eindeutig zum Ausdruck bringt. Wenn den unterschiedlichen Formulierungen unterschiedliche Bedeutungen beigelegt werden sollen, so kann die Auslegung sinnvollerweise nur lauten: § 13

16 Roewer, NVwZ 1989, 11, 12 mit Überblick.

17 Dazu etwa Roewer, NVwZ 1989, 13.

18 BVerwG, DVBl 1990, 707, 711.

19 Bäumler, NVwZ 1988, 202.

20 Dafür BayVGH, BayVBl 1983, 402; NVwZ 1985, 663 f.; nach Schatzschneider, NVwZ 1988, 223 f., entspricht diese Auffassung dem »Gesetzeswortlaut«.

Abs. 2 BDSG ist eine Ausnahme von dem Auskunftsanspruch des Bürgers; nicht hingegen eine solche von dem Benachrichtigungsrecht der Behörde. Diese gesetzessystematische Auslegung entspricht der verfassungssystematischen: Das BVerfG hat festgestellt, daß der Ausschluß der Benachrichtigung nicht generell zulässig ist; sondern lediglich dann, insoweit und solange, wie er durch den Zweck der Maßnahme gerechtfertigt ist.²¹ Ein genereller Ausschluß der Bekanntgabepflicht bei allen nachrichtendienstlichen Tätigkeiten sei daher unzulässig. Diesen grundgesetzlichen Anforderungen hat auch die Auslegung des § 13 BDSG Rechnung zu tragen. Ein generelles Auskunftsverbot ist demnach auch bei Maßnahmen des Verfassungsschutzes nicht zulässig. Vielmehr hat im Einzelfall eine Prüfung stattzufinden, ob die Auskunft zu erteilen oder zu versagen ist. Ist kein Versagungsstatbestand erkennbar, so besteht kein Auskunftsverbot. Der Ort der Prüfung, ob ein Verbot im Einzelfall besteht, ist die Ermessensausübung. Auch die verfassungssystematische Auslegung unterstützt somit den gefundenen Grundsatz: *Gem. § 13 Abs. 2 BDSG steht die Auskunftserteilung im Ermessen der Verfassungsschutzbehörde.*²² Die Rechtsprechung bejaht ein subjektives Recht des Einzelnen auf fehlerfreie Ermessensentscheidung über die Auskunftserteilung.²³

Materiell – rechtliches Zentralproblem ist die *Frage, wie das so eingeräumte Ermessen auszuüben ist.* Äußerste Grenze ist § 13 Abs. 3 BDSG: Die in dieser Vorschrift angelegte Grenze des Auskunftsanspruchs aus § 13 Abs. 1 BDSG limitiert zugleich das Ermessen nach § 13 Abs. 2 BDSG. Demnach ist die Erteilung einer Auskunft schon wegen § 13 Abs. 3 Nr. 1, 2 BDSG unzulässig, wenn sie die »rechtmäßige Erfüllung der Aufgaben« des Verfassungsschutzes gefährden oder dem »Wohl des Bundes oder eines Landes« Nachteile bereiten würde. Wegen der ausdrücklichen Regelung in § 13 Abs. 3 BDSG bleibt hier für eine Ermessensausübung kein Raum mehr.²⁴ Damit ist die Frage nach den zulässigen Ermessenserwägungen aber erst gestellt und noch nicht beantwortet. Die Antwort hat sich zwischen 2 Polen zu orientieren: Einerseits der Einsicht des BVerfG, wonach eine Auskunfts-

21 BVerfGE 30, 1, 17.

22 BVerwG, DVBl 1990, 707, 710f.; 1 C 29/86, S. 24 ff.

23 BVerwG a.a.O.; OVG HB, NVwZ 1983, 358; DuD 1987, 305; OVG Münster, DVR 1985, 145; VG Köln, DVR 1981, 172. Zu diesem Anspruch generell s. die Hinweise bei Pietzcker, JZ 1989, 305.

24 Dies setzt allerdings voraus, daß der Verfassungsschutz sich überhaupt auf § 13 Abs. 3 Nr. 1 BDSG berufen kann; zweifelnd VG Köln, NVwZ 1989, 85, 88; Bäumler, AöR 1985, 36 ff. Beide berufen sich darauf, daß die Regelung der Aufgaben des BfV in § 3 ZusammenarbeitsG nicht dem datenschutzrechtlichen »Gebot der Normenklarheit« genüge.

verweigerung nicht bloß aus der »Natur der Sache« gerechtfertigt werden darf, sondern durch (fort-)bestehende Gefahren grundgesetzlich geschützter Belange legitimiert sein muß.²⁵ Demnach muß jede ablehnende Ermessensentscheidung auf einen rechtlich geschützten Belang gestützt werden. Andererseits der Erkenntnis des BVerwG, wonach die Bestimmung des § 13 Abs. 2 BDSG überflüssig wäre, wenn sie allein die Auskunftverbote des § 13 Abs. 3 BDSG wiederholen würde; wenn also die Ermessensausübung lediglich auf ausdrücklich statuierte Bekanntgabeverbote gestützt werden dürfte.²⁶

Daraus folgt: § 13 Abs. 2 BDSG läßt die Auskunftsverweigerung in weiterem Umfang zu als § 13 Abs. 3 BDSG, ohne sie allerdings wegen der »Besonderheiten des Verfassungsschutzes« stets auszuschließen. *Die Verweigerung einer Auskunft ist demnach stets zulässig, wenn irgendein rechtlich geschützter Belang ihrer Erteilung entgegensteht.* Dabei können die Versagungstatbestände des § 13 Abs. 3 BDSG indiziell wirken; sie sind allerdings nicht abschließend. Auch darüber hinaus muß eine Auskunft dann nicht erteilt werden, wenn ein Belang, der seinerseits rechtlich anerkannt ist, die Versagung rechtfertigt. Ein solcher Belang muß aber überhaupt erst einmal vorhanden sein. Nicht ausreichend ist die Absicht, rechtswidrige Handlungen des Verfassungsschutzes zu verbergen;²⁷ denn rechtswidrige Handlungen sind ebenso wie ihre Vertuschung kein rechtlich anerkannter Belang. Insbesondere streitet das »öffentliche Interesse« nicht notwendig stets für Geheimhaltung. Vielmehr ist im demokratischen Staat das öffentliche Interesse gerade auch auf Transparenz und Kontrollierbarkeit der Staatsgewalt gerichtet.²⁸ Liegt ein möglicher Versagungsgrund vor, *so sind im Rahmen der Ermessensentscheidung die öffentlichen Belange, welche der Auskunft entgegenstehen können, und die öffentlichen und privaten Belange, welche eine Mitteilung rechtfertigen, gegeneinander abzuwägen.*²⁹

Wie diese Abwägung vorzunehmen ist, ist zunächst eine Frage der Auslegung des Gesetzesrechts; erst in zweiter Linie eine solche der Auslegung und Anwendung des GG. Erste Hinweise vermag die Entstehungsgeschichte des § 13 Abs. 2 BDSG zu geben. In der Begründung zum Regierungsentwurf³⁰ werden Nachteile für die Arbeitsmöglichkeiten der in der Vorschrift genannten Behörden befürchtet, »wenn ein Zwang zur Erteilung von Auskünften

25 BVerfGE 30, 1, 21.

26 BVerwG, DVBl 1990, 707, 711; 1 C 29/86, S. 25.

27 Roewer, Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 5 G-10 Rdnr. 6.

28 OVG HB, NJW 1983, 359, 361.

29 VG Köln, DVR 1981, 172, 174.

30 BT-Drs. 7/1027, zu § 11.

durch die einschlägigen Behörden an ... überwachte oder in Strafverfolgung befindliche Personen darüber bestünde, ob und welche Informationen über sie gespeichert werden.« Wohlgemerkt: Die Nachteile werden nicht von der Erteilung der Auskunft, sondern erst von dem »Zwang zur Auskunft« befürchtet. Nicht jede Mitteilung stellt danach eine rechtlich relevante Gefährdung des Verfassungsschutzes dar; sondern allein die rechtliche Unmöglichkeit, Auskünfte zu verweigern. Damit indiziert die Entstehung der Norm: Maßgeblich ist keine pauschale Abwägung zwischen der »Effektivität der Nachrichtendienste« und dem »Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung« im allgemeinen. *Vielmehr kommt es auf den jeweiligen Einzelfall an.*³¹ Bestätigt wird dieser Befund durch die verfassungssystematische Auslegung. Der Grundrechtsschutz der informationellen Selbstbestimmung ist nicht absolut und nicht schrankenlos; sondern vielmehr Einschränkungen durch konkurrierende öffentliche Belange zugänglich.³² Aber auch hier kann es wegen der Offenheit und Rahmenartigkeit des Selbstbestimmungsrechts keine pauschale Bestimmung von Vor- und Nachrang, sondern im Regelfall lediglich eine Abwägung im Einzelfall geben.³³

bb) Mitteilung gespeicherter Unterlagen

Vor diesem Hintergrund hat das BVerwG die Praxis der Ämter für Verfassungsschutz gebilligt, die »im Regelfall von einer Auskunftserteilung absehen und nur bei Geltendmachung besonderer Umstände anders verfahren«.³⁴ Danach soll im allgemeinen die »Geheimhaltungsbedürftigkeit der für die Aufgabenerfüllung der Sicherheitsbehörden benötigten Unterlagen« einer Mitteilung entgegenstehen.³⁵ Damit geht das BVerwG von einem grundsätzlichen Vorrang der Geheimhaltungsinteressen des Verfassungsschutzes vor den Informationsinteressen des Bürgers aus. Diese Rechtsprechung wird den dargestellten Anforderungen des § 13 Abs. 2 BDSG, der eine Abwägung im Einzelfall fordert, nur dann gerecht, wenn die Ausnahmen von dem aufgestellten »Grundsatz« gesetzeskonform und damit hinreichend weit gefaßt sind. Für eine Auskunft über gespeicherte Unterlagen können im Einzelfall folgende Belange sprechen:

31 Anders VG HB, DVR 1981, 183, 187, wonach eine Auskunft »die Tätigkeit des Verfassungsschutzes ad absurdum führen würde« und deshalb nicht zu erteilen sei; dagegen OVG HB, NVwZ 1983, 358, 359.

32 BVerfGE 65, 1, 43 ff.

33 Richtig fragt schon VG Köln, DVR 1981, 172, 174, danach, ob die Behörde ihr Ermessen überhaupt betätigt hat.

34 BVerwG, 1 C. 29.86, S. 25 f.; DVBl. 1990, 707, 711.

35 So schon BayVGH, BayVBl 1983, 402 ff.; NVwZ 1985, 663 f.

- Der Verfassungsschutz ist bei der Erhebung der Informationen gegenüber dem Betroffenen in einer Weise hervorgetreten, die seine Informationserhebung nicht mehr zu einer »heimlichen«, sondern einer »offenen« machte.³⁶ Wer offen handelt, kann sich nicht zugleich auf die Heimlichkeit seines Handelns berufen. Erst recht gilt dies, wenn die Informationen dem Verfassungsschutz vom Betroffenen selbst mitgeteilt worden sind.³⁷ Als Grundsatz kann hier gelten: *Je substantiierter das Auskunftsbegehren, desto eher entsteht eine Auskunftspflicht.*³⁸
- Die Informationen stammen aus offenen Quellen.³⁹ Da offene Quellen sich gerade dadurch auszeichnen, daß sie jedermann und damit auch dem Verfassungsschutz zugänglich sind, kann eine Auskunft über Erkenntnisse aus offenen Quellen weder Besonderheiten der Arbeitsweise des Verfassungsschutzes bloßlegen noch eine unzulässige Ausforschung der vorhandenen Datenbestände bewirken.⁴⁰
- Personenbezogene Informationen sind in ein Verwaltungs- oder gerichtliches Verfahren eingeführt worden.⁴¹ Gerichte und Behörden müssen den Beteiligten zu den von ihnen verwendeten Informationen regelmäßig Gehör gewähren (§ 28 VwVfG; Art. 103 GG). Dazu müssen sie die Informationen dem Berechtigten mitteilen. Wenn der Verfassungsschutz so Informationen in einer Weise verwendet, welche sie dem Betroffenen mittelbar zugänglich machen kann, so kann er sich nicht gleichzeitig gegenüber dem Betroffenen auf die Geheimheit der Daten berufen.
- Personenbezogene Informationen des Verfassungsschutzes sind an Dritte weitergegeben worden und dem Betroffenen ist daraufhin ein rechtlicher Nachteil entstanden. In solchen Fällen ist jedenfalls dann, wenn der Nachteil begründungspflichtig ist – etwa die außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers –, nicht ausgeschlossen, daß die Informationen gegenüber dem Betroffenen verwendet werden. Auch diese potentielle Öffentlichmachung von Daten schließt es regelmäßig aus, daß der Verfassungsschutz sich gegenüber dem Betroffenen auf die Geheimheit der Daten beruft.

36 BVerwG, JZ 1986, 634, 635f.

37 *Bäumler*, NVwZ 1988, 199, 202.

38 Aufschlußreich zur Praxis *Roewer*, NVwZ 1989, 15. Der genannte Grundsatz liegt um so näher, als er »Ausforschungsaktionen« gar nicht erst befürchten läßt.

39 Im Ansatz so VG Köln, NVwZ 1989, 95; *Bäumler*, NVwZ 1988, 199ff.

40 Die Kritik *Roewers*, NVwZ 1989, 11, 13 ff., an diesem Kriterium ist insoweit berechtigt, als sie eine spezifische Variante des Ansatzes des VG Köln und *Bäumlers* trifft; nämlich die Differenzierung nach unterschiedlichen Aufgaben der Dienste. Dieser Variante wird hier allerdings nicht gefolgt.

41 BVerwG a.a.O. (Fn. 36).

- Der Akt der Informationserhebung liegt bereits längere Zeit zurück oder ist abgeschlossen, so daß eine Gefährdung operativer Vorgänge oder Maßnahmen durch die Mitteilung praktisch ausgeschlossen ist.⁴²
Umgekehrt kommt eine Mitteilung an den Betroffenen gem. § 13 Abs. 2 BDSG nicht in Betracht etwa in folgenden Fällen:
- Die Gewinnung von Informationen über den Antragsteller oder Dritte aus seinem persönlichen Umfeld ist noch nicht abgeschlossen, so daß diese im Falle einer Mitteilung bemerken könnten, daß sie Gegenstand der Beobachtung sind. In solchen Fällen wäre eine Versagung der Auskunft schon nach § 13 Abs. 3 Nr. 1 BDSG zulässig.
- Personenbezogene Informationen werden vom Verfassungsschutz für laufende oder noch einzuleitende Verwaltungs- oder Strafverfahren gegen den Betroffenen oder Dritte benötigt. Hier wird zwar möglicherweise nicht die Erfüllung von Aufgaben der »speichernden Stelle« (§ 13 Abs. 3 Nr. 1 BDSG), wohl aber diejenige dritter Behörden gefährdet. Daher kommt hier eine Versagung nach § 13 Abs. 2 BDSG in Betracht.
- Der Verfassungsschutz hat dem Betroffenen die Informationen bereits gem. § 13 BDSG oder aufgrund anderer Vorschriften mitgeteilt.⁴³
- Es liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, daß das Auskunftsbegehren mißbräuchlich gestellt worden ist.⁴⁴ Dies wäre etwa der Fall, wenn es nicht primär der Erlangung von Auskünften über personenbezogene Daten, sondern vielmehr der Ausforschung des Verfassungsschutzes dienen würde. Dafür müssen aber konkrete Hinweise vorliegen; die abstrakte Vermutung reicht dafür allein nicht aus.

Als Anhaltspunkt läßt sich demnach formulieren: *Je eher der Bürger konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß über ihn personenbezogene Daten gespeichert sind, desto stärker wiegen seine persönlichen Belange im Abwägungsvorgang.* In diesem Falle bedarf der Verfassungsschutz eines überwiegenden, rechtlich geschützten Belanges, welcher die Auskunft im Einzelfall ausschließt. Hat umgekehrt der Bürger keinerlei Anhaltspunkte für eine Speicherung von Daten über ihn, so wiegen seine individuellen Belange weniger schwer. Sein Auskunftsbegehren kann daher unter einfacheren Voraussetzungen abgelehnt werden. Bei der Abwägung können sich durchaus Differenzierungen hinsichtlich der verschiedenen Aufgaben der Ämter für Verfassungsschutz ergeben.⁴⁵ So werden die Voraussetzungen für eine Auskunft in Fällen der Spionageabwehr praktisch nie, bei anderen Aufgaben eher vor-

42 OVG HB, NJW 1987, 2393.

43 BVerwG, 1 C 42.83, S. 27; VG Berlin, DVR 1982, 352, 356.

44 Roewer, NVwZ 1989, 11, 13.

45 Bäuml, NVwZ 1988, 199, 202f.

liegen. Dafür sind aber eher die konkreten Belange im Einzelfall maßgeblich; weniger hingegen die allgemeinen, gesetzlich geregelten Aufgaben der Ämter. Zutreffend ist aber, daß der jeweilige Zweck der Datenerhebung und -speicherung im Einzelfall eine Folge der bei seiner Erhebung wahrgenommenen Aufgabe des Verfassungsschutzes ist. Insoweit werden die nach § 13 Abs.2 BDSG im Einzelfall maßgeblichen Belange durchaus auch von den Aufgabenregelungen des ZusammenarbeitsG mitgeprägt.⁴⁶

cc) Das »Negativattest«

Über die allermeisten Bürger hat der Verfassungsschutz keinerlei personenbezogene Daten gespeichert. Auskunftsbegehren könnten deshalb, wenn überhaupt, nur mit einer »Fehlanzeige« beantwortet werden. Dieses sog. »Negativattest« unterfällt gleichfalls der Regelung des § 13 Abs.2 BDSG. Auch ein Auskunftsanspruch darüber, daß über eine Person nichts gespeichert ist, besteht demnach nicht.⁴⁷ Die soeben dargestellten Grundsätze für die Erteilung von Auskünften über gespeicherte Informationen können hier zwar als Anhaltspunkt herangezogen werden. Sie dürfen jedoch nicht einfach schematisch übertragen werden. Maßgeblich hierfür ist der folgende Umstand: Liegt der Grund für den Ausschluß auch des Anspruchs auf ein Negativattest gleichfalls in dem befürchteten Ausforschungseffekt, so enthält das Negativattest selbst keine Informationen, welche eine Ausforschung des Verfassungsschutzes ermöglichen würden. Wäre jedoch der Verfassungsschutz zur Erteilung von Negativattesten verpflichtet, wenn keine Informationen über einen Bürger vorliegen, so wäre die Versagung eines solchen Attestes gleichbedeutend mit dem Hinweis, daß Informationen vorliegen. Aus dieser Gefahr des *Ausforschungseffektes kraft Umkehrschluß* folgt aber noch keineswegs, daß auch das Negativattest im Regelfall versagt werden darf. Vielmehr folgt daraus nach der dargestellten Rechtsprechung des BVerfG⁴⁸ lediglich: Auch Negativatteste dürfen nur in dem Umfang versagt werden, der erforderlich ist, um den Ausforschungseffekt kraft Umkehrschluß zu vermeiden. Zu diesem Zweck ist es keineswegs erforderlich, Negativatteste stets zu versagen. Eine quantitative Grenze läßt sich hier zwar nicht schematisch ziehen. Doch würde es für den dargestellten Zweck genügen, wenn etwa jedes fünfte oder zehnte Begehren, welches mit einem Negativattest beschieden werden müßte, wegen der möglichen Ausforschungsfahr

46 Dem widersprechen auch nicht die insoweit krit. Ausführungen von *Roewer*, NVwZ 1989, 11, 12.

47 *Simitis* u.a., BDSG, 3. A., 1981, § 13 Rdnr. 50.

48 BVerfGE 30, 1, 21.

abgelehnt würde. Eine solche Handhabung ist nicht nur durch das grundgesetzliche Übermaßverbot und den verfassungssystematisch ausgelegten § 13 Abs. 2 BDSG rechtlich geboten. Beim Negativattest darf demnach nicht die Versagung der Auskunft der quantitativ häufigere Fall sein; hier hat vielmehr deren Erteilung die zahlenmäßige Mehrheit zu bilden. Eine solche, rechtlich gebotene Praxis ist auch in höherem Maße geeignet, Mißtrauen der Bürger gegen den Verfassungsschutz abzubauen und den Rechtsfrieden zu sichern, als es die routinemäßige Ablehnung sein könnte.

dd) Begründungspflicht

Für den Betroffenen ist regelmäßig nicht erkennbar, welche Gründe für die Ablehnung seines Antrages maßgeblich waren. Insbesondere vermag er nicht zu erkennen, ob die dargestellten materiellen Ermessensgrenzen eingehalten worden sind oder nicht. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Begründung der ablehnenden Entscheidung regelmäßig formelhaft bleibt und nicht auf den Einzelfall eingeht. Formell-rechtliches Hauptproblem ist demnach die – analytisch vom Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung zu trennende, praktisch mit ihr jedoch zusammenhängende – Frage nach einem *Anspruch auf eine einzelfallbezogene Begründung der Ablehnung*. Wegen der tatsächlichen Seltenheit der Auskünfte hat sich in der forensischen Praxis der Streit um die ermessensfehlerfreie Entscheidung nach § 13 Abs. 2 BDSG weitgehend auf den Nebenschauplatz des Streites um eine substantielle Begründung für die Ablehnung des Auskunftsantrages verlagert.

In der Diskussion um die *Anspruchsgrundlage* ist schon strittig, ob Eingriffs- oder Leistungsrecht anwendbar ist.⁴⁹ Stellt die Auskunftsverweigerung einen Grundrechtseingriff dar? Oder ist die Auskunftserteilung eine Leistung des Staates an den Bürger? Gegenstand der Auskunft sind »personenbezogene Daten« (§ 1 Abs. 1 BDSG). Die Verarbeitung solcher Daten durch staatliche Stellen stellt im Regelfall einen Grundrechtseingriff dar. Eine Rechtsordnung, welche einerseits gegen Grundrechtseingriffe den Rechtsweg garantiert (Art. 19 Abs. 4 GG), andererseits aber dem Betroffenen die Kenntnis vom Grundrechtseingriff vorenthält, setzt sich in einen Selbstwiderspruch. Da eine Auslegung, welche zu widersprüchlichem Ergebnis führt, unzulässig ist, ist der Widerspruch durch Auslegung zu beseitigen. Diese hat Grundrechtseingriff und Rechtsschutzgarantie zu harmonisieren. Eine solche Harmonisierung bedingt geradezu notwendig die Bekanntgabe

⁴⁹ Für die erstere Lösung *Bäumler*, NVwZ 1988, 200; für die letztere *Roewer*, NVwZ 1989, 15.

des Eingriffs an den Betroffenen;⁵⁰ und das heißt im Recht der Datenverarbeitung: Die Bekanntgabe der Datenverarbeitung an den Betroffenen. *Ist der Anspruch auf Auskunft grundrechtlich geboten, so stellt die Versagung der Auskunft ihrerseits einen Grundrechtseingriff dar.* Ein solcher, zusätzlicher Eingriff ist nur grundrechtskonform, wenn er seinerseits formell und materiell verfassungsgemäß ist. Dies heißt insbesondere: Wenn er die gesetzlichen Anforderungen an einen derartigen Grundrechtseingriff erfüllt. Zu diesen gesetzlichen Anforderungen zählt gem. § 39 VwVfG prinzipiell auch die Begründungspflicht.⁵¹ Diese bezieht sich neben den maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungsgrundlagen (§ 39 Abs.1 S. 2 VwVfG) auch auf diejenigen Gesichtspunkte, von welchen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens – und das heißt notwendig: im Einzelfall – ausgegangen ist (§ 39 Abs.1 S. 3 VwVfG). Für die Entscheidung nach § 13 Abs.2 BDSG besagt dies: Der Bürger hat grundsätzlich einen Begründungsanspruch, sofern die Auskunft durch Verwaltungsakt⁵² versagt wird. *Der rechtliche Grundsatz ist demnach die Begründungspflicht und nicht das Absehen von einer Begründung.*

Das Absehen von einer Begründung ist wegen § 39 Abs.1 VwVfG nur zulässig, soweit ein Ausnahmetatbestand des § 39 Abs.2 VwVfG einschlägig ist. Tatbestandlich anwendbar ist allein § 39 Abs.2 Nr. 4 VwVfG. Dessen Verweisung auf andere Rechtsvorschriften ist auch als Verweisung auf das Datenschutzrecht zu verstehen. Hier ist demnach zu prüfen, inwieweit § 13 Abs.2 BDSG nicht allein als Ausnahme von der Auskunfts-, sondern zugleich als solche von der Begründungspflicht verstanden werden muß. Auch dabei ist zunächst das Verbot der selbstwidersprüchlichen Auslegung zu beachten: Die in § 13 Abs.2 BDSG statuierte Ausnahme von der Auskunftspflicht bezieht sich nicht allein auf den »Entscheidungstenor«, sondern auch auf die Gründe: *Ein Auskunftsverweigerungsrecht, durch welches der Verfassungsschutz gezwungen ist, die verweigerter Information zur Begründung seiner*

50 BVerfGE 30, 1, 18f., 31.

51 Zu den formellen und materiellen Dimensionen der Begründungspflicht *Schoch*, DöV 1984, 401. Die Frage nach einer unmittelbar aus dem GG herzuleitenden Begründungspflicht kann und soll hier offenbleiben; dazu *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 259; s. a. BVerwG, DVBl 1990, 707f.; 1 C 29.86, S. 10.

52 Die dargestellte Begründung setzt voraus, daß – mit der Rechtsprechung – die Versagung der Auskunft einen Verwaltungsakt darstellt. S. etwa BVerwGE 31, 301, 306f.; BVerwG, 1 C 29.86, S. 2f.; DVBl 1990, 707. Dies scheint mir nicht selbstverständlich: Wenn die Auskunft selbst kein Verwaltungsakt ist, ist schwerlich zu begründen, warum der actus contrarius einen solchen darstellen soll. Und eben dieser actus contrarius ist die Versagung. Diese Frage soll hier aber – angesichts der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der Diffizilität der Handlungsformenlehre – nicht weiter verfolgt werden.

*Weigerung in den Gründen anzugeben, ist selbstwidersprüchlich.*⁵³ Diese Erwägung rechtfertigt allerdings nicht jedes Absehen von einer Begründung; sondern nur ein Absehen von solchen Begründungen, welche die abgelehnte Information enthalten oder doch Rückschlüsse auf sie zulassen. § 13 Abs. 2 BDSG i. V. m. § 39 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG bezieht sich demnach eher auf das »Wie« als auf das »Ob« der Begründung. Beide Aspekte sind jedoch nicht völlig voneinander zu isolieren. Sind die Verfassungsschutzbehörden berechtigt, Auskünfte aus anderen als einzelfallbezogenen Gründen zu verweigern,⁵⁴ so kann ein derartiges, »generalpräventives« Auskunftsversagungsrecht nicht ohne Auswirkungen auf den Inhalt der Begründung bleiben. Sind für die Ablehnung des Antrages keine einzelfallbezogenen Gründe maßgeblich, so können solche auch nicht in die Begründung der Entscheidung aufgenommen werden. Ein Anspruch auf einzelfallbezogene Begründung kommt somit wegen § 39 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG i. V. m. § 13 Abs. 2 BDSG in 2 Fallgruppen nicht in Betracht: (1) wenn die Begründung die verweigernde Information enthalten müßte; (2) wenn für die Ablehnung des Antrages gar keine einzelfallbezogenen Erwägungen maßgeblich waren. Angesichts der tatsächlichen Häufigkeit dieser beiden Fallgruppen kehrt sich das rechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Wirklichkeit um: *Praktisch ist das Absehen von einer einzelfallbezogenen Begründung die Regel, die Begründung hingegen die Ausnahme.*

Die Rechtsprechung hat diese Entwicklung nachvollzogen und formuliert als Leitsatz, »daß sich ohne das Vorliegen besonderer Umstände eine weitergehende Begründung für die Auskunftsverweigerung erübrigt.«⁵⁵ Derartige »besondere Umstände« sind insbesondere dann anzunehmen, wenn ein spezielles Geheimhaltungsinteresse nicht besteht, da der Betroffene weiß, daß über ihn Daten gespeichert sind oder die gespeicherten Daten aus offenen Quellen stammen.⁵⁶ Daneben können solche Umstände vorliegen, wenn das Auskunftsinteresse des Bürgers das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen überwiegt. Dies wird in der Rechtsprechung angenommen, wenn die

53 VG HB, DVR 1981, 183, 187; VG Berlin, DVR 1983, 351. Dazu plastisch Roewer, NVwZ 1989, 13, im Hinblick auf »Ausforschungskampagnen« der DKP bzw. der DFU.

54 S. o. cc) zum »Negativattest«.

55 BVerwG, 1 C 29/86, S. 29; DVBl 1990, 707, 711; die Formel stammt wohl vom VG Köln, DVR 1981, 172, 174. VG Schleswig, RDV 1986, 93, 95 ff., hält wegen dieses prinzipiellen Fehlens einer Begründungspflicht die entsprechende Vorschrift des SHDSG wegen Verstoßes gegen Art. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG für verfassungswidrig.

56 OVG HB, NJW 1987, 2393.

gespeicherten Daten sich auf länger zurückliegende Vorgänge beziehen;⁵⁷ wenn dem Betroffenen aus der Datenverarbeitung Nachteile entstanden sein können; etwa bei der Suche nach einer Arbeitsstelle⁵⁸ oder durch drohende »Herabsetzung seines Bildes in der Öffentlichkeit«. ⁵⁹ Die Schwierigkeit für den Antragsteller liegt regelmäßig darin, diese »besonderen Umstände« so zu konkretisieren, daß zumindest die Annahme nachvollziehbar wird, die ihm drohenden oder schon eingetretenen Nachteile seien gerade auf das Wirken der Verfassungsschutzbehörden zurückzuführen. Gelingt ihm dies nicht, gibt sich die Praxis mit formelhaften Begründungen zufrieden. Danach soll ausreichen, daß die Behörde mitteilt, die Bekanntgabe »gespeicherter Daten würde die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden ad absurdum führen«;⁶⁰ oder die »Begründung«, daß »die Belange des Bürgers hinter dem öffentlichen Interesse an der Verweigerung der Auskunftserteilung zurücktrete«;⁶¹ schließlich sogar der »Hinweis auf die der Auskunftsverweigerung zugrunde liegenden Vorschriften und die Notwendigkeit der Geheimhaltung«. ⁶²

ee) Zusammenfassung

Der Erteilung von Auskünften an den Bürger stehen so nach § 13 BDSG 1977 zahlreiche Hindernisse entgegen. Ein Auskunftsanspruch besteht nicht. Die Auskunft steht im pflichtgemäßen Ermessen des Verfassungsschutzes. Auf dieser Grundlage werden Auskünfte »fast nie« erteilt. Zwar hat der Bürger einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung; ob die Behörde diesen Anspruch allerdings erfüllt hat, kann er selbst regelmäßig nicht überprüfen. Denn die Begründung ist zumeist von derart apodiktischer Kürze, daß sie die maßgeblichen Ermessenserwägungen im Einzelfall nicht enthält. Der Anspruch auf eine qualifizierte, den Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG genügende Begründung wird nur in Ausnahmefällen bejaht, deren Voraussetzungen ihrerseits kaum darzulegen sind. Denn sie setzen ihrerseits schon vorhandenes Wissen voraus, um dessen Erlangung es dem Antragsteller gerade geht. Ein geeignetes Mittel zur Erlangung des Wissens um Informationseingriffe und damit auf dem Wege zu einem effektiven Rechtsschutz ist

57 OVG HB a.a.O.

58 OVG HB, NJW 1987, 2393.

59 OVG HB, DVR 1983, 347, 352.

60 VG HB, DVR 1981, 183, 187; anspruchsvoller allerdings OVG HB, DVR 1983, 347, 350.

61 VG Berlin, DVR 1983, 351.

62 BVerwG, 1 C 29.86, S. 28.

§ 13 BDSG demnach jedenfalls bei Maßnahmen des Verfassungsschutzes im Regelfalle nicht.⁶³

c) Auskunftsanspruch nach § 19 E-BDSG 1990

Der Entwurf des BDSG⁶⁴ enthält Regelungen sowohl zum materiellen Auskunftsrecht als auch zur Begründungspflicht. In materieller Hinsicht geht der Entwurf vom prinzipiellen *Auskunftsanspruch* aus, der gesetzlich ausgestaltet (§ 19 Abs. 1) und begrenzt (§ 19 Abs. 3) ist. Er *beseitigt dagegen die Kategorie der Auskunftserteilung nach pflichtgemäßem Ermessen*. Entsprechend dem erweiterten Anwendungsbereich der Neufassung bezieht sich der Auskunftsanspruch nicht allein auf automatisch gespeicherte Informationen, sondern auf sämtliche personenbezogenen Daten und damit insbesondere auf behördliche Akten.⁶⁵ Der Auskunftsanspruch über aktenmäßig gespeicherte Daten erfährt in § 19 Abs. 1 S. 2 E-BDSG seine nähere Ausgestaltung: Auskünfte sollen danach nur erteilt werden, wenn »der Betroffene Angaben macht, die das Auffinden der Daten ermöglichen, und der für die Erteilung der Auskunft erforderliche Aufwand nicht außer Verhältnis zu dem vom Betroffenen geltend gemachten Informationsinteresse steht.« Für den Auskunftsanspruch gegenüber Verfassungsschutzbehörden bleibt es insoweit weitgehend bei der bisherigen Rechtslage: Schon gegenwärtig reduziert sich das Auskunftsermessen, wenn der Bürger ein substantiiertes Begehren stellt.⁶⁶

Da die Auskunftserteilung nach Ermessen beseitigt werden soll, richtet sich der Auskunftsanspruch prinzipiell auch gegen die Verfassungsschutzbehörden. Sie sind demnach zur Auskunftsverweigerung allein im Rahmen der Grenzen jenes Anspruchs berechtigt. Diese Grenzen sind

- (1) eine Gefährdung der Aufgaben der speichernden Stelle durch die Auskunft;⁶⁷
- (2) eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder des öffentlichen Wohls⁶⁸ durch die Auskunft;

63 Diese Rechtslage hat das BVerwG in seinen beiden jüngsten Entscheidungen bestätigt; DVBl 1990, 707, 711; 1 C 29.86, S. 27ff.

64 BT-Beschluß v. 31. 5. 1990, BR-Drs. 379/90 v. 1. 6. 1990.

65 BT-Drs. 11/4306, S. 46, bezeichnet dies als eine der 2 wesentlichen Neuerungen des Entwurfs.

66 S.o. b) bb).

67 So für den Verfassungsschutz schon BVerwG, 1 C 23.86, S. 25, im Anschluß an BT-Drs. 7/1027, S. 26 (zu § 11); DVBl 1990, 707, 711.

68 Dazu noch näher III 2.

(3) die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Daten oder der Tatsache ihrer Speicherung »nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach«. ⁶⁹

Diese Grenzen sind stets mit dem Interesse des Betroffenen an der Auskunftserteilung abzuwägen. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung, welche das überwiegende Auskunftsinteresse als ermessensbindenden Belang nach § 13 Abs. 2 BDSG qualifiziert. ⁷⁰ Ein *Auskunftsanspruch gegen dritte Stellen bezüglich der Übermittlung von Daten an Verfassungsschutzbehörden* soll nur bestehen, sofern diese zustimmen (§ 19 Abs. 3 E-BDSG). Die Grundsätze der Erteilung bzw. Versagung dieser Zustimmung sind im Entwurf nirgends geregelt.

Erstmals datenschutzrechtlich geregelt wird die Frage nach der Begründung für die Auskunftsverweigerung. Einer Begründung bedarf es danach insoweit nicht, als durch sie »der mit der Auskunftsverweigerung verfolgte Zweck gefährdet« würde. Auch dies entspricht überwiegend der bisherigen Rechtsprechung und den von ihr entwickelten Grundsätzen zu § 39 VwVfG. ⁷¹

Bis auf verfahrensrechtliche Fragen ⁷² stellt demnach die Neuregelung eine überwiegend rechtstechnische Neuerung dar, welche die materiellen Grundsätze der überkommenen Judikatur positiviert. Wichtigste Neuerungen sind die Ausdehnung des Auskunftsanspruchs auf Daten, die nicht automatisch verarbeitet sind, und das *Gebot der Abwägung im Einzelfall*, welches gesetzlich in § 19 Abs. 3 E-BDSG normiert ist. Aber schon früher war dieses Gebot in der Rechtsprechung als ermessensbindender Faktor zumindest grundsätzlich anerkannt. ⁷³

d) Sonstige Auskunftsansprüche

Neben § 13 BDSG können im Verfassungsschutzrecht prinzipiell auch andere Auskunftsrechte Anwendung finden. Dies ist der Fall, wenn ein Bürger Informationen über personenbezogene Daten verlangt, die nicht automatisch gespeichert sind; oder wenn er Auskunft über Daten verlangt, die nicht »zu seiner Person« (§ 13 Abs. 1 S. 1 BDSG) gespeichert sind.

Der *Anspruch auf Akteneinsicht* gem. § 29 VwVfG ist allerdings schon deshalb regelmäßig unanwendbar, weil beim Verfassungsschutz keine »Verwal-

⁶⁹ Restriktiv dazu BVerfGE 30, 1, 21.

⁷⁰ S. o. b) bb).

⁷¹ S. o. b) cc) BT-Drs. 11/4306, S. 46, bezeichnet den Inhalt der Regelung als »allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz«.

⁷² Dazu näher II 3 a).

⁷³ OVG HB, NVwZ 1983, 358, 359.

tungsverfahren« i.S.d. § 9 VwVfG durchgeführt werden. Die nach außen gerichtete Tätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz ist allein auf die Erlangung und Verarbeitung von Informationen, nicht hingegen auf den Erlass von Verwaltungsakten oder den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet. Damit kann ein Betroffener weder »Beteiligter« an einem Verwaltungsverfahren i.S.d. § 13 VwVfG noch Träger des Rechts auf Akteneinsicht sein.⁷⁴

Praktische Bedeutung hat dagegen der *Auskunftsanspruch des § 26 Abs. 5 StVZO* erlangt. Mehrfach wurden gerichtlich Auskünfte über die Halter von Kraftfahrzeugen verlangt, weil der Kläger sich von ihnen – teilweise offen – observiert oder belästigt fühlte.⁷⁵ Voraussetzung der Halterauskunft ist, daß der Antragsteller ein »berechtigtes Interesse« geltend macht. Im Rahmen dieser Prüfung nehmen die Gerichte eine Abwägung zwischen seinen Belangen und anderen, etwa von der Behörde geltend gemachten Interessen vor. Zu diesen, mit den Auskunftsinteressen konkurrierenden Gütern können auch Geheimhaltungsbedürfnisse staatlicher Stellen zählen.⁷⁶ Im Verfahren ist jede Seite für diejenigen Belange, auf welche sie sich berufen will, darlegungspflichtig. Soweit der Bürger geltend machen kann, daß er in für ihn bemerkbarer Weise beobachtet worden ist und ggfls. dagegen Rechtsbehelfe einlegen will, hat er sein Rechtsschutzinteresse als individuellen Belang dargelegt. In solchen Fällen wird die Darlegung staatlicher Geheimhaltungsinteressen, welche einer Auskunft entgegenstehen können, den Behörden auferlegt. Dabei können sich die Behörden nicht auf die notwendige Geheimheit nachrichtendienstlicher bzw. polizeilicher Maßnahmen berufen. Wer öffentlich, nämlich in vom Betroffenen bemerkbarer und bemerkter Weise gegen Dritte vorgeht, kann sich nicht nachher auf die notwendige Geheimheit seiner Handlungen berufen.⁷⁷ Dies entspricht der Entscheidungspraxis zu § 13 Abs. 2 BDSG⁷⁸ und dem Grundsatz des Verbotes selbstwidersprüch-

74 BVerwG, DVBl 1990, 707.

75 BVerwG, JZ 1986, 634; NJW 1986, 2331; VGH Mannheim, NJW 1984, 1911; OVG Koblenz, DöV 1984, 287. Den Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, ob es sich um Maßnahmen der Verfassungsschutz-, der Polizei- oder sonstiger Behörden handelte. Darüber verlangte der Kläger von der KfZ-Zulassungsstelle gerade Auskunft.

76 BVerwG a.a.O. Zur Abwägung auch *Hirte*, NJW 1986, 1899.

77 Anders aber VGH Mannheim a.a.O.; wie hier BVerwG, JZ 1986, 634, 635. Deutlich OVG Koblenz a.a.O.: »Wer duldet, daß mit Hilfe seines Fahrzeugs unter Ausnutzung von Mobilität und Anonymität des Straßenverkehrs ein Straßenverkehrsteilnehmer anhaltend verfolgt und beobachtet wird, muß es hinnehmen, daß er durch Bekanntgabe seiner Identität in gewissem Umfang auch seine Anonymität verliert.«

78 S.o. b) bb).

lichen Verhaltens. Daher müssen Polizei bzw. Verfassungsschutz hier Belange vortragen, welche rechtfertigen, daß der Urheber der öffentlichen Maßnahme dennoch geheim bleibt. An die Substantiierung dieser Belange durch die Behörde stellt das BVerwG hohe Anforderungen. Diese sind um so höher, je mehr Informationen über die jeweilige Observation schon bekannt sind und je länger die Maßnahme zurücklag.⁷⁹ Demnach reicht es insbesondere nicht aus, wenn sich die jeweilige Behörde auf die notwendige Geheimheit ihrer Arbeit, ihrer Methoden oder ihrer Daten beruft. Die praktische Reichweite und die Erfolgchancen dieses Anspruchs gehen somit weit über diejenigen des § 13 Abs. 2 BDSG hinaus.

Ist im Einzelfall kein Auskunftsanspruch des geschriebenen Rechts einschlägig, so kann lediglich der *allgemeine, ungeschriebene Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Auskunftsbegehren* des Bürgers einschlägig sein. Dabei kann bei der Ermessensausübung jeglicher öffentliche Belang berücksichtigt werden. Das gilt insbesondere für staatliche Geheimhaltungsinteressen, die einer Auskunft entgegenstehen können.⁸⁰ Der Anspruch ist damit nicht stärker als derjenige aus § 13 Abs. 2 BDSG.⁸¹

3. Verfassungsrechtliche Fragen

Die dargestellten praktischen Zugangshindernisse zum Gericht ergeben sich für den Bürger daraus, daß ihm zwar grundsätzlich Informationsansprüche auch gegen den Verfassungsschutz zur Verfügung stehen. Diese sind jedoch gesetzlich in derart weitem Rahmen eingeschränkt, daß es praktisch zu einer Auskunft nur äußerst selten kommt. Wenn die Auskunftsansprüche aus Art. 19 Abs. 4 GG folgen,⁸² so stellt sich die verfassungsrechtliche Frage nach der Vereinbarkeit der Grenzen dieser Auskunftsansprüche mit der Rechtsweggarantie. *Die Frage nach den Grenzen des Auskunftsrechts setzt so die Frage nach den Schranken des Art. 19 Abs. 4 GG voraus.* Das BVerfG hat die Einschränkung dieses Grundrechts im Interesse nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes nur unter restriktiven Voraussetzungen bejaht.⁸³ Diese Bedingungen seien erfüllt, wenn »das Gesetz eine Nachprü-

79 BVerwG, JZ a.a.O., S. 636; Bull, JZ 1986, 638.

80 Dies ist mehrfach in Entscheidungen über die Bekanntgabe von Informanten der Polizei oder anderer Behörden festgestellt worden. Dazu BVerwG, NJW 1983, 2954; BayVGH, NJW 1980, 198.

81 S. o. b)

82 S. dazu o. II 1.

83 BVerfGE 30, 1, 23 f.; zum folgenden eingehend F. Flanderka, Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz, Diss. 1988, S. 131 ff.

fung (vorsieht), die materiell und verfahrensmäßig der gerichtlichen Kontrolle gleichwertig, insbesondere mindestens ebenso wirkungsvoll ist.« An diese »Gleichwertigkeit« stellte es hohe Anforderungen: Die anderweitige Kontrollinstanz muß (1) über die notwendige Sach- und Rechtskunde verfügen; (2) weisungsfrei sein; (3) kompetent sein, alle kontrollierten Organe und alle ihre Handlungen laufend zu überwachen; (4) zu diesem Zweck müssen dem Kontrollorgan alle für die Entscheidung erheblichen Unterlagen zugänglich gemacht werden. Diese Ausführungen bezogen sich explizit auf die verfassungsrechtlichen Schrankenbestimmungen des Art. 19 Abs. 4 S. 3 i. V. m. Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG. Daher sind jene Grenzen der Einschränkung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erst recht anwendbar, wenn andere Grundrechtseinschränkungen nicht auf ausdrückliche Schrankenbestimmungen, sondern auf ungeschriebene, verfassungssystematische Einschränkungstatbestände gestützt werden. Die Grenzen der Auskunftsansprüche sollen hier daher an den dargestellten Maßstäben des BVerfG gemessen werden.

a) Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten

Im Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes kommt als unabhängige Kontrollinstanz der jeweilige Bundes- bzw. Landesbeauftragte für den Datenschutz in Betracht. Dem Bundesbeauftragten ist nach § 17 Abs. 5 BDSG die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen, er *verfügt also über die erforderliche Sachkunde*. Weiter ist er gem. § 17 Abs. 4 BDSG *unabhängig* und nur dem Gesetz unterworfen. Damit erfüllt er jedenfalls die beiden erstgenannten formellen Anforderungen des BVerfG für Einschränkungen des Art. 19 Abs. 4 GG im Interesse der Geheimhaltung nachrichtendienstlicher Arbeit.

Weitere Voraussetzung ist die *umfassende Kontrollkompetenz* der Datenschutzbeauftragten. Diese muß sich nach den zitierten Aussagen des BVerfG auf sämtliche Gegenstände beziehen, welche aus Rechtsgründen nicht der vollen Nachprüfung durch den Rechtsweg unterliegen. Eine solche Nachprüfung ist demnach für sämtliche Eingriffe durch den Verfassungsschutz geboten, welche dem Betroffenen nicht bekanntgegeben werden. Im Anwendungsbereich des BDSG ist keine Stelle des Bundes – und damit auch nicht das Bundesamt für Verfassungsschutz – aus dem Kontrollauftrag ausgenommen. Demnach sind jedenfalls insoweit die Anforderungen des BVerfG erfüllt. Dieser Zustand könnte sich jedoch ändern durch § 24 Abs. 2 Nr. 1 E-BDSG 1990. Dieser soll »personenbezogene Daten, die der Kontrolle durch die Kommission nach § 9 G-10 unterliegen«, von den Kompetenzen des Bundesbeauftragten ausnehmen. Grund für die Aufnahme der Bestim-

mung in den Entwurf soll sein, Kompetenzüberschneidungen zwischen mehreren Überwachungsorganen zu vermeiden.⁸⁴ Damit stellt sich die Frage nach dem gesetzlich angeordneten *Verhältnis zwischen den Zuständigkeiten der Überwachungsorganen nach dem G-10 einerseits und denjenigen des Bundesbeauftragten für den Datenschutz andererseits*. Kompetenzüberschneidungen können nämlich nur dort beseitigt werden, wo sie überhaupt bestehen. Nach dem G-10 einerseits und dem BDSG 1977 andererseits bestehen solche Kompetenzüberschneidungen nicht. Danach sind die G-10-Ausschüsse allein für bestimmte Maßnahmen der Informationserhebung zuständig; nicht hingegen für die Überwachung der späteren Verarbeitung solcher Daten, die nach dem G-10 gewonnen worden sind.⁸⁵ Demgegenüber ist die weitere Verwendung der so gewonnenen Informationen im G-10 nur höchst ansatzweise geregelt (§ 7 Abs. 3 G-10)⁸⁶ und unterfällt jedenfalls nicht vollständig der Zuständigkeit der nach diesem Gesetz eingerichteten Überwachungsinstanzen. Während also die G-10-Ausschüsse lediglich einen Akt der Informationserhebung kontrollieren, sind diese Maßnahmen nach § 19 Abs. 1 BDSG 1977 aus dem Kontrollbereich des Bundesbeauftragten für den Datenschutz gerade ausgenommen. Dieser kontrolliert die »Einhaltung dieses Gesetzes«, welches Datenerhebung gerade nicht regelt. Er kontrolliert daneben die Einhaltung anderer »Vorschriften über den Datenschutz«. Selbst wenn man zu letzteren das G-10 rechnet, so wäre es mit seinem spezifischen Kontrollinstrumentarium als Spezialgesetz vorrangig vor dem allgemeinen Datenschutzrecht.⁸⁷ Ist demnach der Bundesbeauftragte auf die Kontrolle solcher Datenverarbeitungsvorgänge beschränkt, die der Erhebung nachfolgen, und ist er im übrigen aus dem Anwendungsbereich des G-10 schon gegenwärtig ausgeschlossen, so gibt es insoweit für den neuen § 24 Abs. 2 Nr. 1 E-BDSG 1990 bislang keinen Bedarf. Ein solcher entsteht erst, indem § 1 Abs. 2 E-BDSG 1990 auch die Datenerhebung in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezieht. Dann könnte die Erhebung von Daten im Verfahren des G-10 tatsächlich zwei verschiedenen Kontrollinstanzen unterfallen. Insoweit würde durch § 24 Abs. 2 Nr. 1 E-BDSG 1990 lediglich eine Überschneidung beseitigt, welche durch den neuen Entwurf erst geschaffen wird. Solange die Bestimmung allein in diesem Sinne ausgelegt wird, entstehen keine kontrollfreien Räume; in diesem Sinne wäre sie verfassungsgemäß.

84 So BT-Drs. 11/4306, S. 48, unter Hinweis auf BVerfGE 30, 1, 23.

85 Eine Zuständigkeit der G-10-Ausschüsse für spätere Datenverarbeitungsmaßnahmen nach der Erhebung wird denn auch nirgends behauptet; s. *Borgs/Ebert* a.a.O., § 9 G-10, Rn 2ff.; *Roewer*, Nachrichtendienstrecht a.a.O., § 9 G-10, Rn 5ff.

86 S. dazu etwa BVerfG, NJW 1988, 1075.

87 *Roewer* a.a.O., Rn 34; *Borgs/Ebert* a.a.O., Rn 18f. Anders aber Bundesbeauftragter für den Datenschutz, BT-Drs. 10/2777, S. 79.

Sofern sie hingegen in einem weiteren Sinne ausgelegt würde – wonach etwa auch die Verwendung von Informationen, die nach dem G-10 gewonnen wurden, der Kontrolle durch den Bundesbeauftragten entzogen würden entstünden kontrollfreie Bereiche. Dem Gebot der lückenlosen Überwachung der Verarbeitung solcher Daten, die unter Ausschluß der Bekanntgabe gewonnen wurden, wäre dann nicht mehr Genüge getan.

Regelungsdefizite bestehen schon nach gegenwärtigem Recht bei der letzten Forderung des BVerfG: Der lückenlosen Übermittlung der für die Ausübung der Kontrolle notwendigen Unterlagen an die Datenschutzbeauftragten. Hier nimmt § 19 Abs. 3 S. 4 BDSG 1977 ebenso wie § 24 Abs. 4 S. 4 E-BDSG 1990 bestimmte Unterlagen aus, wenn die Einsichtnahme durch den Datenschutzbeauftragten »die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gefährdet«. Ein Anwendungsfall für diese Bestimmung läßt sich kaum denken: Wie die Einsichtnahme in Unterlagen einer Bundesoberbehörde durch den Bundesbeauftragten die Staatssicherheit gefährden könnte, ist schlechterdings nicht nachvollziehbar. Die gilt um so mehr, als der Bundesbeauftragte seinerseits gesetzlich zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet ist (§ 17 Abs. 4 BDSG); also gewährleistet ist, daß nicht jede Information, die er zu Gesicht bekommt, am Jahresende im allgemein zugänglichen Datenschutzbericht steht.⁸⁸ Hier werden demnach kontrollfreie Räume geschaffen; ein Zustand, der mit den dargelegten Anforderungen an Einschränkungen des Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar ist. Gleichfalls unvereinbar mit dem Grundgesetz ist, daß die »jeweils zuständige oberste Bundesbehörde« über das Recht zur Einsichtnahme im Einzelfall entscheidet. Diese oberste Bundesbehörde ist diejenige Stelle, welche politisch für die kontrollierten Maßnahmen verantwortlich ist. Wenn sie zugleich über den Kontrollumfang entscheiden kann, so wird hier der überwachten Stelle partiell und ohne Kontrolle die Möglichkeit eingeräumt, Möglichkeiten und Grenzen ihrer Überwachung selbst zu bestimmen.⁸⁹ Auch dies ist mit den genannten grundgesetzlichen Anforderungen nicht vereinbar.

⁸⁸ Zu dessen Inhalt im Sicherheitsbereich und zur Kontrolle der Sicherheitsbehörden durch den Datenschutzbeauftragten kritisch U. Kaufß, *Der suspendierte Datenschutz bei Polizei und Geheimdiensten*, 1989, S. 87ff., 107ff. Zur Effektivität der Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten im Sicherheitsbereich ferner Bull/Lüdemann, *CuR* 1989, 523; Einwag, in: BMI (Hg.), *Abwehrbereite Demokratie und Verfassungsschutz*, 1989, S. 171.

⁸⁹ Daß solche Vorstellungen nicht ganz abwegig sind, zeigt BT-Drs. 11/4306, S. 48. Dort werden die Grenzen der Kontrollkompetenzen des Datenschutzbeauftragten nach dem E-1990 u.a. damit gerechtfertigt, daß in diesen Bereichen »die betroffenen Stellen (!) bisher eine Kontrollbefugnis des Bundesbeauftragten für den Datenschutz verneint« hätten.

Im Ergebnis zeigt sich somit: Im Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze gibt es mit den Datenschutzbeauftragten zwar die vom BVerfG geforderten unabhängigen Kontrollinstanzen. *Die Ausgestaltung ihrer Rechtsstellung entspricht allerdings nicht in allen Teilen den Anforderungen, die an Einschränkungen der Rechtsschutzgarantie zu stellen sind.*⁹⁰ Das gilt gerade im besonders sensiblen Bereich des Verfassungsschutzrechts.

Diesem Zustand wird auch durch den E-BDSG 1990 nicht abgeholfen; und zwar ungeachtet des Umstandes, daß dort die Stellung des Bundesbeauftragten im Bereich der Auskunftspflichten eine prinzipielle Änderung erfährt. Danach ist in jedem Falle der Auskunftsverweigerung der Antragsteller auf die Möglichkeit hinzuweisen, sich an den Datenschutzbeauftragten zu wenden. Diesem ist auf Verlangen diejenige Auskunft zu erteilen, welche dem Betroffenen versagt wurde. Aber auch dieser Auskunftsanspruch des Bundesbeauftragten ist durch die Erfordernisse der Staatssicherheit begrenzt und damit nicht »umfassend«. Zudem fördert der Entwurf eine Entwicklung der Kontrollkompetenzen des Bundesbeauftragten, welche diesen in eine zumindest politisch, wenn nicht auch rechtlich problematische Doppelstellung zu bringen geeignet ist. Hat der Bundesbeauftragte anstelle des Betroffenen von seinen Auskunftsrechten Gebrauch gemacht, so macht er diesem nach § 19 Abs. 6 S. 2 E-BDSG 1990 davon Mitteilung. Diese Mitteilung darf ihrerseits ohne Zustimmung des Bundesamtes für Verfassungsschutz keine Rückschlüsse auf den Erkenntnisstand der speichernden Behörde zulassen. Die Mitteilung bleibt demnach vielfach genau so formelhaft und wenig aussagekräftig wie die Begründung, mit welcher der Verfassungsschutz das Auskunftsbegehren abgelehnt hat. Damit hat der Bürger wenig gewonnen: Statt einer inhaltsarmen Auskunft hat er nun zwei. Zugleich erscheint aus seiner Sicht der Bundesbeauftragte als eine Stelle, die sich ihm gegenüber genau wie der Verfassungsschutz verhält. Daraus kann der Eindruck entstehen, als habe auch der Datenschutzbeauftragte mehr die Belange der staatlichen Geheimhaltung als die Bürgerrechte im Auge. Aus der Sicht des Adressaten erscheint dann der Bundesbeauftragte eher als Verteidiger der staatlichen Geheimhaltungsinteressen denn als Schützer der Bürgerrechte. Aus der Sicht des Datenschutzes und seiner Beauftragten kann damit die de jure geringfügig verstärkte Rechtsstellung leicht zur politischen Schwächung seiner Stellung führen.

x b) Kontrolle außerhalb der Datenschutzgesetze

Außerhalb des Anwendungsbereichs der Datenschutzgesetze fehlt es an jeglicher unabhängiger Kontrolle behördlicher Informationsverarbeitung zum

90 So schon *Flanderka* a.a.O., S. 135f. Verbesserungsvorschläge macht K. Geiger, DVBl 1990, 748.

Schutz der Rechte des Bürgers. Damit ist schon die elementare Voraussetzung für einen Ausschluß des Mitteilungsanspruchs bezüglich der nicht-automatischen staatlichen Verarbeitung personenbezogener Informationen nicht erfüllt. Die Behörden sind demnach prinzipiell nicht berechtigt, die Erteilung von Auskünften unter dem Aspekt zu verweigern, daß eine anderweitige, ausreichende Kontrollinstanz zur Verfügung steht. Eine solche Weigerung konnte höchstens bis zum Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Diese Übergangsfrist begann jedoch nicht erst am 15. 12. 1983,⁹¹ sondern bereits am 15. 12. 1970.⁹² Die Neuregelungen des E-BDSG 1990, welche die Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten auch für andere als automatische Datenverarbeitung vorsieht, sind daher grundgesetzlich überfällig.

c) Ergebnis

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Ausschlusses der Information des Betroffenen über Grundrechtseingriffe führt demnach zu differenzierten Ergebnissen. Die hier anwendbaren Maßstäbe des GG sind vom BVerfG schon im Abhör-Urteil formuliert worden. Den dort genannten Anforderungen wird die Rechtsordnung auch 20 Jahre später nur partiell gerecht. Der Ausschluß des Mitteilungsanspruchs durch § 13 Abs. 2 i. V. m. § 12 BDSG und das parallele Landesrecht ist nur mit Einschränkungen verfassungsgemäß. Zwar ist hier die vom BVerfG geforderte, kompensierende Rechtskontrolle vorhanden. Dieser sind allerdings nicht alle grundgesetzlich notwendigen Aufgaben zugewiesen. Sie haben nämlich nicht die Möglichkeit eines umfassenden Zugriffs auf alle für ihre Kontrollaufgaben maßgeblichen Unterlagen. Deren Begrenzung durch § 19 Abs. 3 S. 4 BDSG ist demnach verfassungswidrig. Nur mit dieser Korrektur läßt sich der Ausschluß des Mitteilungsanspruchs grundgesetzlich rechtfertigen.⁹³ Noch ungünstiger ist die Situation außerhalb des Anwendungsbereichs der Datenschutzgesetze. Hier fehlt es völlig an kompensierenden Instanzen der Rechtskontrolle. Damit ist hier ein Ausschluß des Informationsanspruchs des Bürgers über ihn betreffende Grundrechtseingriffe überhaupt nicht zu rechtfertigen. Soweit die dargestellten Mitteilungs- oder die ergänzenden Kontrollregelungen hinter den grundgesetzlichen Anforderungen zurückbleiben, stellen sie demnach verfassungswidrige Eingriffe in das Grundrecht auf Zugang zum Rechtsweg (Art. 19 Abs. 4 GG) dar.

⁹¹ BVerfGE 65, 1.

⁹² BVerfGE 30, 1.

⁹³ S.o. a).

III. Kontrollprobleme vor Gericht⁹⁴

Spezifische Kontrollprobleme entstehen aber nicht nur beim Zugang zu Gericht, sondern auch dann, wenn eine Maßnahme des Verfassungsschutzes die Schwelle zum Gericht überschritten hat und Gegenstand gerichtlicher Überprüfung wird. Dies ist am ehesten der Fall, wenn aufgrund von Informationen eines Nachrichtendienstes dritte Behörden Maßnahmen gegen einen Bürger ergreifen, welche ihm bekannt werden und die er daher gerichtlich angreifen kann.⁹⁵ Solche Fälle treten etwa auf, wenn einem Bewerber für einen Arbeitsplatz im Einstellungsgespräch Informationen des Verfassungsschutzes entgegengehalten werden;⁹⁶ wenn eine Sicherheitsüberprüfung angeordnet wird;⁹⁷ wenn ein Sicherheitsbescheid oder die Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen versagt oder entzogen wird;⁹⁸ wenn Informationen des Verfassungsschutzes in Verwaltungs-,⁹⁹ Straf-¹⁰⁰ oder verwaltungsgerichtliche Verfahren eingeführt worden sind.¹⁰¹ In diesen Fällen geht es in der Hauptsache nicht um die Kontrolle von Maßnahmen des Verfassungsschutzes, sondern um die Prüfung der Rechtmäßigkeit, von Maßnahmen anderer Behörden. Diese sind materiell rechtmäßig, wenn sie auf Tatsachen gestützt sind, welche in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht herangezogen werden durften. In diesem Kontext wird dann die Frage entscheidungserheblich, ob im Einzelfall Informationen des Verfassungsschutzes von den entscheidenden Behörden oder Gerichten verwendet werden durften. Bei der Prüfung dieser Frage können so mittelbar auch die Maßnahmen der Informationsgewinnung und -verarbeitung durch die Verfassungsschutzbehörden Gegenstand gerichtlicher Nachprüfung werden.

94 Für Hinweise zum Prozeßrecht danke ich Herrn Prof. Dr. J. Schulz, Osnabrück.

95 Daß hier der Schwerpunkt des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Nachrichtendienste liegt, ist bereits vielfach erörtert; s. nur *Rupp*, Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 160; *Gusy*, DöV 1980, 431 ff.

96 So oder ähnlich die Fälle des BVerfG, DVBl 1984, 443; OVG Berlin, NJW 1978, 1644; VGH Mannheim, DVBl 1983, 44; NJW 1984, 2429; OVG HB, NJW 1987, 2393; VG Köln, NJW 1978, 1649; VG Berlin, DVR 1983, 155; 162; VG Kassel, NJW 1977, 692; 969; s.a. LG Köln, U. v. 17. 11. 1981, 5 O 7/80.

97 BVerfG, DVBl 1988, 530; BAG, NJW 1984, 824 f.; VG Stade, NJW 1987, 3148.

98 OVG Münster, NJW 1985, 281; DVBl 1987, 96; s.a. VG Köln, DVBl 1980, 385.

99 VG Schleswig, RDV 1986, 93, zum Einbürgerungsverfahren.

100 BVerfGE 57, 250; BVerwGE 75, 1; BVerwG, DöV 1983, 894.

101 Hierzu zählen auch die Fälle, in welchen der Kläger von der Existenz von Unterlagen des Verfassungsschutzes über ihn erfahren hat und deren Sperrung, Löschung oder Vernichtung verlangt; s. dazu VG Hannover, NVwZ 1987, 826; s.a. VGH Kassel, NJW 1977, 1844.

1. Gerichtliche Aufklärungs- contra nachrichtendienstliche Geheimhaltungsinteressen

Nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ist die *Heranziehung von Informationen der Nachrichtendienste durch andere Behörden oder Gerichte nur zulässig, wenn diese Informationen vom Nachrichtendienst rechtmäßig erlangt, gespeichert und weitergegeben worden sind*.¹⁰² Die Verwendung von Informationen des Verfassungsschutzes durch Dritte kann so mittelbar zu einer gerichtlichen Überprüfung des gesamten Datenerhebungs- und Verarbeitungsvorganges auch beim Verfassungsschutz führen. Dessen Überprüfbarkeit setzt jedoch Kenntnis des Gerichts von denjenigen Umständen voraus, welche für die Rechtmäßigkeitsprüfung erforderlich sind. Die Kenntnis dieser Umstände setzt aber weitere Informationen voraus, die das Gericht regelmäßig allein von den Verfassungsschutzbehörden erlangen kann. Lagen die Voraussetzungen für eine Maßnahme der Informationserhebung überhaupt vor? Stand kein anderes, milderer Mittel zur Verfügung? Warum erschien die Information als so wichtig, daß sie gespeichert wurde? Warum ist die Fortdauer der Speicherung noch zulässig? Durfte sie gerade für die jeweiligen Zwecke (noch) herangezogen werden? Solche und mögliche weitere Zusatzinformationen sind ihrerseits in hohem Maße geeignet, Licht in die Geheimheit nachrichtendienstlicher Arbeitsweisen und Methoden zu bringen. Schon deshalb stößt in derartigen Fällen das gerichtliche Aufklärungsinteresse vielfach auf das nachrichtendienstliche Geheimhaltungsinteresse. Dies gilt um so mehr, als sämtliche erheblichen Informationen, welche dem Gericht mitgeteilt werden, von diesem schon wegen der Ermöglichung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs.1 GG auch den Beteiligten zugänglich gemacht werden müssen.¹⁰³

Der Konflikt zwischen dem Aufklärungsinteresse des Gerichts einerseits und dem Geheimhaltungsinteresse des Verfassungsschutzes andererseits kann unterschiedliche *Rechtsfolgen* nach sich ziehen. Im Verfahren der *Beweiserhebung* entsteht die Frage nach dem Umfang der gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung und ihren Grenzen (dazu 1). Im Verfahren der *Beweiswürdigung* entsteht die Frage, wie das Gericht zu entscheiden hat, wenn sich der Sachverhalt wegen der nachrichtendienstlichen Geheimhaltung als nicht vollständig aufklärbar darstellt (dazu 2). Beide Fragenkomplexe sind jedenfalls analytisch voneinander zu trennen.

¹⁰² Eberle, GS Martens, 1987, S. 351; Gusy, DöV 1980, 431.

¹⁰³ BVerwG, DVBl 1990, 707, 711; 1 C 29.86, S. 27f.

2. Voraussetzungen des § 99 VwGO

Das Verwaltungsgericht klärt im Verfahren den Sachverhalt von Amts wegen (§ 86 VwGO). Die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Soweit erforderlich, erhebt das Gericht die zur Aufklärung erforderlichen Beweise (§ 96 VwGO). Der Umfang der Sachverhaltsaufklärung im Einzelfall wird durch das materielle Recht bestimmt: Aufzuklären sind alle, aber auch nur die Tatsachen, welche für ein Urteil über den geltend gemachten Anspruch erheblich sind. Soweit die Sachverhaltsermittlung nicht allein aufgrund freiwilliger Mitteilungen der Beteiligten bzw. eigener Kenntnisse des Gerichts möglich ist, stellen die Prozeßordnungen den Gerichten besondere Befugnisse zur Verfügung, welche ihnen die Möglichkeit einräumen, die erforderlichen Informationen zu erlangen. Hierzu zählen insbesondere die Beweismittel nach § 96 Abs. 1 VwGO. Diese Befugnisse zur Erlangung von Informationen sind jedoch nicht unbegrenzt. Für das Verfassungsschutzrecht maßgeblich sind insbesondere das Recht zur *Versagung von Auskünften und Aktenvorlage* (§§ 5 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG; 99 Abs. 1 S. 2 VwGO; 96 StPO) und das Recht zur *Versagung von Aussagegenehmigungen* für Beamte (§ 39 Abs. 3 BRRG).

Das Recht zur Versagung von Aussagegenehmigungen und Aktenvorlage entsteht nach den genannten Bestimmungen, wenn andernfalls das »*Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes*« Nachteile leiden oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben wesentlich erschwert würde.¹⁰⁴ Liegen diese Tatbestandsmerkmale nicht vor, so steht den Gerichten ein Aktenvorlageanspruch zu (§ 99 Abs. 1 S. 1 VwGO). Diesem gesetzlichen Anspruch dürfen allein die gesetzlichen Auskunftsverweigerungsrechte entgegengehalten werden; ein Rückgriff auf allgemeine Versagungstatbestände oder gar ungeschriebene Regeln ist unzulässig.¹⁰⁵ Schon deshalb sind die Maßstäbe zur Konkretisierung des § 99 VwGO notwendig andere als diejenigen nach § 13 Abs. 2 BDSG 1977, welche lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung betreffen.¹⁰⁶ Die genannten Tatbestandsmerkmale rechtfertigen nicht per se eine Versagung. *Das »öffentliche Wohl« der Bundesrepublik ist nämlich nach dem GG auf ein rechtmäßiges Handeln des Staates und seiner Organe gerichtet* (Art. 20 Abs. 3 GG). Dazu zählt die Rechtmäßigkeit des Handelns der Behörden, welche Auskunft erteilen sollen, ebenso wie diejenige des

104 Daneben rechtfertigt § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO eine Auskunftsversagung, wenn die konkreten Vorgänge »ihrem Wesen nach geheimzuhalten« sind. Zur Frage, ob und wann Verfassungsschutzvorgänge diese Voraussetzung erfüllen, BVerwG, NJW 1978, 1643; HeVGH, NJW 1977, 1844.

105 BGH, JZ 1981, 150; s.a.a. BGH, NJW 1981, 1719.

106 Dazu o. II 2 b) aa).

Handelns der Gerichte, welchen Auskunft erteilt werden soll.¹⁰⁷ Ist diese Dimension des »öffentlichen Wohls« zentral auf die Herstellung richtiger Gerichtsentscheidungen und damit die Erteilung von Auskünften gerichtet, so ist eine Versagung unter Berufung auf jenes Rechtsgut nur zulässig, wenn ihnen im Einzelfall überwiegende, rechtlich geschützte Belange gegenüberstehen. Demnach ist schon *im Anwendungsbereich des »öffentlichen Wohls« eine Abwägung kollidierender Belange* vorzunehmen. Weder die Aufgaben der Sicherheitsbehörden als solche¹⁰⁸ noch der Umstand, daß solche Behörden tätig geworden sind, vermag für sich eine Auskunftsversagung zu begründen.¹⁰⁹ Vielmehr muß im Einzelfall ein entgegenstehender Belang vorhanden sein, welcher die Versagung der Auskunft rechtfertigt.¹¹⁰ Ein derartiger Belang kann sich demnach allein aus der konkret wahrgenommenen Aufgabe oder der im Einzelfall vorgenommenen Handlung des Verfassungsschutzes ergeben. Als solche Belange können etwa gelten, wenn eine Auskunftsperson des Verfassungsschutzes konkret bedroht ist¹¹¹ oder wenn die Ermittlungen, auf welche sich das Auskunftersuchen bezieht, noch nicht abgeschlossen sind. Je länger die Vorgänge, über welche das Gericht Auskunft verlangt, zurückliegen,¹¹² abgeschlossen oder bereits bekannt sind, desto eher ist die Auskunft zu erteilen. Konkretisierend ist schon frühzeitig in der Literatur folgende Dreiteilung vorgeschlagen worden: »*Normale Verwaltungsvorgänge*«, welche keinen spezifischen Bezug zur nachrichtendienstlichen Tätigkeit haben, sollen daher stets vorgelegt werden; »*besondere Verfassungsschutzvorgänge*«, die jenen spezifischen Bezug aufweisen, seien grundsätzlich nicht mitzuteilen; das *gesammelte Nachrichtenmaterial* sei schon deshalb mitzuteilen, weil seine Mitteilung an andere staatliche Stellen »*ohnehin alltägliche Praxis*« sei.¹¹³ Diese Differenzierung vermag erste Anhaltspunkte zu liefern, stellt aber keinen eigenständigen Maßstab für die geforderte Abwägung dar. Das gilt insbesondere, wenn das gesammelte Nachrichtenmaterial auch Rückschlüsse auf »*besondere Verfassungsschutzvorgänge*« zuläßt. Auch kann die Mitteilung des Materials an andere Behör-

107 BVerfGE 57, 250, 284; BVerwGE 75, 1, 10.

108 BVerfG a.a.O.

109 BVerwG, JZ 1986, 634, 636.

110 Zu Einzelheiten: BVerwGE 18, 58; 34, 252; 66, 39; 75, 1, 8 ff.; OVG Koblenz, NJW 1977, 266; Bay VG, DöV 1990, 530.

111 BVerfGE 57, 250, 284 f.

112 So entschied BVerwGE 75, 1, im Jahre 1987 über einen Fall, in welchem der Vorsitzende einer Strafkammer im Jahre 1981 erstmals vom Verfassungsschutz Auskünfte über Vorgänge u.a. aus dem Jahre 1974 angefordert hatte.

113 H. Ehmke, DöV 1956, 417, 420 f.; H.P. Schneider, NJW 1978, 1601, 1605.

den oder aber an das Gericht und damit wegen Art. 103 Abs. 1 GG mittelbar an den Betroffenen selbst durchaus geeignet sein, rechtlich erhebliche Unterschiede zu begründen.

Die Gründe für eine Auskunftsverweigerung unterliegen der richterlichen Nachprüfung durch das Gericht der Hauptsache, sofern die Beteiligten einen solchen Antrag stellen (§ 99 Abs. 2 VwGO). Sie sind daher jedenfalls in dem Umfang darzulegen, welcher für die Ausübung dieses Nachprüfungsrechts erforderlich ist.¹¹⁴ An diese Begründung sind schon deshalb hohe Anforderungen zu stellen, weil das BVerwG wegen Art. 103 Abs. 1 GG eine eigene richterliche Nachprüfung des Vorliegens der Versagungstatbestände unter Ausschluß der Beteiligten ablehnt.¹¹⁵ Zuständig für die Entscheidung über Erteilung bzw. Versagung der Auskunft ist die jeweilige oberste Bundes- oder Landesbehörde. Damit soll die politische Verantwortung für die Maßnahme betont werden.¹¹⁶

3. Rechtsfolgen der Versagung von Aussagegenehmigungen bzw. Aktenvorlage

Sofern das Gericht auf versagte Beweismittel nicht verzichten kann, weil der Sachverhalt auf andere Weise nicht aufklärbar ist, entsteht bei der Herstellung des maßgeblichen Tatbestandes eine Lücke. Sie klafft zwischen den Informationen, welcher das Gericht nach dem materiellen Recht bedarf; und denjenigen, welche es nach dem Prozeßrecht infolge der gesetzlich zugelassenen Auskunftsverweigerung eines Beteiligten erlangen konnte. Prozeßrecht und materielles Recht geraten so in einen Widerspruch. Die Auflösung dieses Widerspruchs ist aus den Rechtsfolgen des § 99 VwGO zu leisten.

a) Rechtsfolgen des § 99 VwGO für die Beweiserhebung

Im Verfahren der Beweiserhebung stellt § 99 VwGO solche Behörden, welche berechtigt von dem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen, von den gesetzlichen Sanktionen der Unterstützungspflicht frei. Auskünfte brauchen nicht erteilt, Unterlagen nicht vorgelegt und Aussagen nicht

114 BGHSt 31, 149, 155; BVerwG, JZ 1986, 634, 636; BVerwGE 75, 1, 11, Bay VGH, a.a.O.

115 BVerwG, DVBl 1990 707, 711; 1 C 29.86, S. 27f.

116 In der Behörde soll der Behördenleiter oder sein Stellvertreter, praktisch regelmäßig der Staatssekretär, zuständig sein; so Redeker/v. Oertzen, VwGO, 9. A., 1988, § 99 Rn 11; anders BayVGH, MDR 1975, 873. Mit dieser Kompetenzordnung wird der eingangs (vor I) dargelegten Gefahr, justitielle gegen politische Kontrolle aufzurechnen, jedenfalls nicht entgegengewirkt.

gemacht zu werden (§ 61 Abs. 2 BBG).¹¹⁷ Zwangsmaßnahmen gegen jene Behörden oder ihre Bediensteten sind unzulässig; Vorführung, Ordnungsgelder und Beugehaft dürfen nicht angeordnet werden.

b) Rechtsfolgen des § 99 VwGO für die Beweiswürdigung

Hat sich eine Behörde unter Hinweis auf § 99 VwGO oder andere, parallele Bestimmungen geweigert, bei der Sachverhaltsaufklärung oder der Beweisaufnahme mitzuwirken, so kann für das Gericht bei der Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes eine Lücke entstehen. Dies ist der Fall, wenn das Gericht nach dem anwendbaren materiellen Recht eine Frage für aufklärungs- oder beweisbedürftig hielt; sie aber wegen der rechtlichen Grenzen der Beweiserhebung aus § 99 VwGO nicht aufklären konnte. Hier können das anwendbare materielle und das anwendbare formelle Recht in einen Widerspruch geraten. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Behörde sich auf eine Information des Verfassungsschutzes berief und dem Gericht die Zulässigkeit der Erhebung oder Verarbeitung dieser Information klärungsbedürftig erschien. Beruft sich nun die Behörde oder der zuständige Verfassungsschutz auf § 99 VwGO, so kann die Rechtmäßigkeit jenes Vorganges und damit ggfls. die Zulässigkeit der Verwendung jener Information im Prozeß ungeklärt bleiben. In derartigen Fällen stellt sich die Frage nach den *Rechtsfolgen dieser Unaufklärbarkeit*.

Keine Probleme dieser Art stellen sich, wenn das Gericht die Tatsache oder den Beweis aus Rechtsgründen für unerheblich hält. Dann kann es ohne weitere Aufklärung entscheiden; einer Würdigung jener Tatsache oder des Beweisergebnisses bedarf es für ein rechtmäßiges Ergebnis nicht. Gleichfalls keine Sonderprobleme entstehen, wenn eine Tatsache auf andere Weise aufgeklärt oder eine Feststellung anderweitig bewiesen werden kann. In diesen Fällen ist eine weitere Aufklärung oder ein zusätzlicher Beweis nicht erforderlich. Dahingehende gerichtliche Aufklärungen sind prozessual nicht geboten; dahingehenden Anträgen der Beteiligten braucht nicht nachgegangen zu werden. Offen bleibt also lediglich die *Frage nach den Folgen prozeßrechtlich bedingter Unaufklärbarkeit erheblicher, nicht anders festzustellender oder zu beweisender Tatsachen*. Diese Frage nach den Rechtsfolgen des § 99 VwGO bei der Beweiswürdigung bereitet erheblich größere Schwierigkeiten als diejenige nach seinen Rechtsfolgen bei der Beweiserhebung. Auch sie ist primär eine Frage des maßgeblichen Prozeßrechts; nicht hingegen eine solche des Verfassungsrechts.

¹¹⁷ Dazu BVerwG, DöV 1983, 894.

aa) Die Rechtsprechung insbesondere der Strafgerichte hat unter Anerkennung durch das BVerfG¹¹⁸ eine *beweisrechtliche Lösung* gesucht. Sei der Beweis nicht mit den in der StPO vorgesehenen Beweismitteln zu erbringen, weil § 96 StPO die Behörde zur Versagung der erforderlichen Beweismittel berechtige,¹¹⁹ so dürfe das Gericht zu anderen, außerordentlichen Beweismitteln greifen. Schreibe also die StPO prinzipiell den »unmittelbaren Beweis« vor, so sei in Fällen zulässiger Versagung von Aussagegenehmigungen oder Aktenvorlagen ausnahmsweise ein mittelbarer Beweis zulässig (§ 251 Abs. 2 StPO). In solchen Fällen wird dann etwa auf »Zeugen vom Hörensagen« oder andere, sonst höchstens als einfache Informationsmittel zulässige Hilfsmittel zurückgegriffen. Charakteristikum dieser Lösung ist demnach, daß an die Stelle eines grundsätzlich vorgeschriebenen, aber rechtlich unerreichbaren Beweismittels ein anderes, nur ausnahmsweise zulässiges, aber im Einzelfall erreichbares Beweismittel tritt. Die Lösung basiert demnach auf einem *Verzicht auf bestimmte Beweismittel, nicht hingegen auf einem Verzicht auf den Beweis selbst*.

Diese Lösung hat den Vorteil, daß das Beweisproblem prozeßrechtsimmanent gelöst wird. Der Beweis wird überhaupt noch geführt; und er wird mit prozeßrechtlich prinzipiell zulässigen Mitteln geführt. Der »mittelbare Beweis« hat aber den Nachteil, daß sein »Beweiswert« geringer ist als der unmittelbare Beweis. Der Grund hierfür liegt darin, daß mit dem Grad der Mittelbarkeit des Beweises die Kriterien für deren Beweiswert ansteigen. Am Beispiel: Hat außerhalb des Prozesses ein Ereignis stattgefunden, über welches im Prozeß ein Zeuge vernommen wird, der das Ereignis selbst wahrgenommen hat, so ist dieses Zeugnis verwendbar, wenn die Aussage glaubhaft ist. Die Verwendbarkeit der Aussage durch das Gericht setzt also eine Glaubhaftigkeitsprüfung einer Zeugenaussage voraus. Soll der Zeuge etwa wegen § 96 StPO nicht präsentiert werden und an seiner Stelle ein mittelbarer »Zeuge vom Hörensagen« vernommen werden, so hat das Gericht bereits 2 Glaubhaftigkeitsprüfungen vorzunehmen: Diejenige des mittelbaren und diejenige des unmittelbaren Zeugen. Mit jeder weiteren Stufe der Mittelbarkeit steigt die Zahl der Glaubhaftigkeitsprüfungen um eine weitere an. Damit potenziert der Übergang vom unmittelbaren zum mittelbaren Zeugen den Umfang der Beweisaufnahme. Dies ist nicht nur ein quantitatives Problem angesichts der begrenzten Arbeitskraft auch des Justizpersonals, sondern

118 BVerfGE 57, 250, 273 ff.

119 Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die Bestimmung des § 96 StPO überhaupt angewandt worden ist; BGH, JZ 1981, 150. Danach ist »ein Zeuge nicht schon deshalb unerreichbar, weil das Gericht ohne weiteres annimmt, daß die Behörde die Identität des Beamten aus berechtigt erscheinenden Gründen geheimhalten werde«.

zugleich ein qualitatives: Die Prüfung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage hat gleichfalls mit den prozessual zugelassenen Beweismitteln zu erfolgen. Auch wenn man hier wegen § 96 StPO vom Erfordernis der Unmittelbarkeit erneut absieht, so steht das Gericht bei der Prüfung der Dignität solcher Beweismittel letztlich stets neu vor dem Dilemma einer Überprüfung dessen, was geheimgehalten werden soll. Solange auf diese Weise der erforderliche Beweis mittelbar geführt werden kann, entstehen keine Sonderprobleme. Dann wäre der unmittelbare Beweis nämlich nichts anderes als ein Beweis, der schon auf andere Weise erbracht worden ist. Schwierigkeiten entstehen erst dann, wenn der Beweis wegen der Geheimheit des Mittels nicht erbracht werden kann.

Die Entscheidung des BVerfG trifft demnach zu dem eigentlichen, eingangs dargestellten Problem keine eigene Aussage. Sie setzt vielmehr voraus, daß zwei voneinander relativ unabhängige, beide rechtlich nicht ausgeschlossene Wege vorhanden sind, um den im Prozeß notwendigen Beweis zu erbringen. Die »Lösung« besteht in solchen Fällen darin, daß in Fällen des § 96 StPO an die Stelle des prinzipiell zulässigen Beweises ein nur ausnahmsweise zulässiger treten darf. Der Fall des Fehlens alternativer zulässiger Beweismittel bleibt damit ungelöst.

bb) Ist kein alternatives Beweismittel vorhanden oder zulässig, so führt die Anwendung der §§ 96 StPO, 99 VwGO und vergleichbarer Bestimmungen dazu, daß ein Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt werden kann. Diese – im prozessualen Alltag nicht ungewöhnliche – Konstellation führt zu den für solche Fallgestaltungen anwendbaren Regeln. Hier gibt es keinen ersichtlichen Grund, von den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts abzuweichen. In Fällen der Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes hat demnach die Entscheidung nach den Grundsätzen der *Beweislast* zu erfolgen. Diese Grundsätze finden prinzipiell auch im Verwaltungsprozeßrecht Anwendung.¹²⁰

Mit der Anwendung der Beweislastgrundsätze im allgemeinen ist aber noch nicht entschieden, welcher dieser Grundsätze im Einzelfall heranzuziehen ist. Eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Beweislast¹²¹ auch im Falle der Anwendung des § 99 VwGO würde die Folgen der Geheimhaltung derjenigen Partei aufbürden, welche im jeweiligen Prozeß allgemein das Risiko der Unbeweisbarkeit zu tragen hat. Dies hätte zur Konsequenz, daß ein Beteiligter am Verfahren – nämlich die Behörde – die Möglichkeit hätte,

120 Der Strafprozeß nimmt insoweit eine Sonderstellung ein, auf welche hier nicht näher eingegangen werden soll. In ihm liegt wegen der Unschuldsvermutung die Beweislast grundsätzlich beim Staat. Dies schließt bestimmte Mitwirkungsobliegenheiten auch des Angeklagten aber prinzipiell nicht aus.

121 Überblick bei *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 9. A., 1988, § 108, Rn 10ff.

durch Berufung auf notwendige Geheimhaltung im Interesse des »öffentlichen Wohls« die Beweismöglichkeiten der anderen Seite zu erschweren. Damit würde die Behörde partiell über die Möglichkeiten ihres prozessualen Gegners disponieren können, seiner Beweislast im Verfahren zu genügen. Aus der Sicht des Bürgers würde sich die Berufung auf § 99 VwGO wie eine Beweisvereitelung darstellen.

Für diesen Fall kennt die Rechtsordnung eine Sonderregelung hinsichtlich der Beweislastverteilung: *Wer sich auf eine Tatsache beruft und zugleich die Möglichkeit des Nachweises dieser Tatsache in zurechenbarer Weise erschwert, muß selbst das Risiko der Unerweislichkeit tragen.*¹²² Dabei müssen sich die Behörden das Verhalten anderer staatlicher Stellen zurechnen lassen, soweit sie deren Hilfe bei der Erfüllung eigener Aufgaben in Anspruch nehmen. Konkret bedeutet dies im Verfassungsschutzrecht: Beruft sich eine Behörde auf eine Tatsache, deren Nachweis wegen der Anwendung des § 99 VwGO oder paralleler Vorschriften nicht möglich ist, so muß sie sich diese Unmöglichkeit zurechnen lassen. *Bei der im Rahmen des § 99 VwGO erforderlichen Abwägung*¹²³ *haben die Verfassungsschutzbehörden als Element des »öffentlichen Wohls« demnach auch das Risiko einer falschen gerichtlichen Entscheidung einzubeziehen.* Dieses Risiko kann darin bestehen, daß im Strafprozeß ein materiell ungerechtfertigter Freispruch, im Verwaltungsprozeß eine materiell ungerechtfertigte Verurteilung der öffentlichen Hand ergeht. Das Risiko kann vermieden werden, wenn der Verfassungsschutz seine Erkenntnisse in einer Weise gerichtlich nachweisbar macht, welche einen Hinweis auf geheimhaltungsbedürftige nachrichtendienstliche Methoden ausschließt.

x IV. Schluß

Der eingangs geäußerte Befund, wonach Maßnahmen des Verfassungsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG wie jedes andere Handeln der Exekutive einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen,¹²⁴ erweist sich nur auf der Ebene des GG als zutreffend. Durch Gesetze unterhalb der Verfassungsebene sind Sonderregelungen geschaffen, welche den Rechtsschutz des Bürgers gegen Maßnahmen der Nachrichtendienste teils rechtlich, teils faktisch erschweren, wenn nicht gar ausschließen. Der Betroffene erfährt entweder gar nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten von Maßnahmen gegen ihn; er kann deshalb nur im Ausnahmefall Klage erheben. Im Prozeß können die Behörden unter

122 Näher *Thomas/Putzo*, ZPO, 15. A., 1987, § 286, 5; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 48. A., 1990, § 286 Anh. 3 C.

123 S.o. III 2.

124 S.o. I.

Berufung auf das »öffentliche Wohl« unter weiten Voraussetzungen Informationen des Verfassungsschutzes zurückhalten oder einer gerichtlichen Nachprüfung partiell entziehen. Die Rechtsweggarantie des Bürgers bleibt unter diesen Umständen vielfach theoretisch.

Die hier dargestellten Einschränkungen des Rechtsschutzes hat das BVerfG, soweit es damit bislang befaßt war, unter partiell engen Kautelen für zulässig gehalten. Soweit diese Kautelen eingehalten sind, sind die Einschränkungen demnach nicht verfassungswidrig. Doch sind auch 20 Jahre nach dem Abhör-Urteil¹²⁵ noch nicht in allen Gesetzen die genannten Anforderungen erfüllt. Insoweit ist es nicht erstaunlich, daß einzelne Untergeichte nicht länger bereit sind, eine Übergangsfrist für weitere Neuregelungsbemühungen einzuräumen.¹²⁶ Die geplanten Neuregelungen des E-BDSG 1990 sind aus verfassungsrechtlicher Sicht teils überfällig, teils noch nicht ausreichend.¹²⁷

Und dennoch: Auch bei Erfüllung dieser grundgesetzlichen Mindestanforderungen verbleibt nicht nur bei potentiell Betroffenen nachrichtendienstlicher Arbeit, sondern auch in der Rechtswissenschaft nicht nur in Einzelfällen ein »ungutes Gefühl«.¹²⁸ Der Grund hierfür liegt darin, daß zwar der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Genüge getan sein mag; daß aber gerade wegen der zulässigen Beschränkungen dieses Grundrechts die »Funktionen« bzw. Wirkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten nicht verwirklicht werden können.¹²⁹ Hierzu können gerechnet werden

- die *Befriedungsfunktion*, welche den Streit durch Einschaltung einer neutralen Instanz zu schlichten versucht. Der Bürger hat dann nicht das Gefühl, dem Staat wehrlos gegenüberzustehen; sondern kann notfalls Hilfe durch Gerichte in Anspruch nehmen. Und es ist sogar besser, wenn man von einem Unparteiischen Unrecht bekommt, als wenn dem Bürger nur der materielle Gegner ein Recht abspricht.
- die *Legitimationsfunktion*: Zählt die Rechtsbindung von Behörden und Gerichten zu den Grundelementen ihrer demokratischen Legitimation,¹³⁰ so wird diese Legitimationswirkung durch eine Kontrolle der Einhaltung

125 BVerfGE 30, 1.

126 VG Hannover, NVwZ 1987, 826; VG Schleswig, RDV 1986, 93; zweifelnd VG Köln, NVwZ 1989, 85, 88; *Bäumler*, AöR 1985, 36 ff.

127 S. o. II.

128 *Flanderka* a.a.O., S. 115; nicht anders ist auch die o. I. zitierte Äußerung von H. Rupp zu verstehen.

129 Zu »objektiven Wertentscheidungen« des Art. 19 Abs. 4 GG Nwe. bei *Flanderka* a.a.O., S. 112 f.

130 So für die Rechtsprechung *Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 135 ff.

- ihrer Rechtsbindung gestärkt. Zu diesen Kontrollinstanzen zählen die Gerichte. Ihr partieller Ausschluß von der Kontrolle schwächt demnach die Legitimation des Handelns des Verfassungsschutzes.

Beide Rechtsschutzfunktionen sind aus Art. 19 Abs. 4 GG zu begründen; sie sind in ihm und nicht unabhängig von ihm verbürgt. Ein zulässiger Rechtswegausschluß schließt damit allerdings zugleich diese Funktionen aus. Um so nachhaltiger stellt sich die Frage nach Möglichkeiten, wie beide auch bei Ausschluß des Rechtsweges möglichst verwirklicht werden können. Die Berufung auf einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand verwirklicht jene Funktionen nicht, sondern beeinträchtigt sie. Und dies heißt: *Die Akzeptanz des Verfassungsschutzes leidet, wenn er die Kontrolle meidet*; und zwar auch dann, wenn die Berufung auf einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand möglich ist. Was getan werden kann, um die Rechtsschutzfunktionen zu verstärken, läßt sich so zusammenfassen:

- *Stärkung der vorhandenen Kontrollmechanismen*, welche ohne Gefährdung der Heimlichkeit nachrichtendienstlicher Arbeit agieren können. Die durch den E-BDSG 1990 bewirkte, partielle Schwächung der Datenschutzbeauftragten geht hier ebenso in die falsche Richtung wie die dafür gefundene Begründung.¹³¹
- *Berücksichtigung der Rechtsschutzfunktionen bei der Ermessensausübung*. Ist Ermessen hinsichtlich der Bekanntgabe von Informationen eingeräumt, so ist bei jeder Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, wie sich ein Absehen von der Bekanntgabe auf Akzeptanz und Legitimation des Verfassungsschutzes über den Einzelfall hinaus auswirkt.

Gerade deshalb, weil ein transparenter Geheimdienst ein Widerspruch in sich ist, bleibt ein unauflösbarer Rest: Eine Rechtsordnung, die geheime Informationssammlung hinnimmt, muß Abstriche bei der Kontrollierbarkeit jedenfalls durch potentiell Betroffene machen. Eine Rechtsordnung, die vollständige Kontrollierbarkeit staatlichen Handelns auf Antrag des Betroffenen intendiert, muß sich gegen geheime Nachrichtendienste entscheiden. Solange sie sich – wie das GG – zwischen beiden Polen bewegt, geht es nicht um das »Ob«, sondern primär um das »Wie« der Kontrolle. Jedenfalls die dargestellten Rechtsschutzfunktionen intendieren auch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen hier den Grundsatz: *So viel Kontrollierbarkeit wie möglich, so wenig kontrollfreie Bereiche wie nötig*. Dieser Grundsatz kann Richtlinien und Impulse als Auslegungsprinzip für das maßgebliche Recht wie auch als »Zweck der Ermächtigung« (§ 40 VwVfG) bei Ermessensnormen gelten.

131 S. o. II 3) a)