DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

DOMBERT RECHTSANWÄLTE Part mbB
Campus Jungfernsee | Konrad-Zuse-Ring 12A | 14469 Potsdam

[redacted]

Reichweite und Grenzen des Rechts auf Akteneinsicht des Nationalen Begleitgremiums nach § 8 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für hochradioaktive Abfälle (Standortauswahlgesetz – StandAG)

Kurzgutachten

der Dombert Rechtsanwälte Part mbB

vorgelegt von

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Dominik Lück

Rechtsanwalt

Dr. Florian Penski

[redacted]

A. Problemaufriss und Gutachtenauftrag

Das Nationale Begleitgremium (nachfolgend: NBG) hat DOMBERT Rechtsanwälte mit der Bewertung verschiedener Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung seines Akteneinsichtsrechts nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG beauftragt.

Das NBG ist ein gesellschaftliches, pluralistisch zusammengesetztes Gremium. Es hat die Aufgabe, vermittelnd und unabhängig von Behörden, Parlament und unmittelbar beteiligten Unternehmen und Experteneinrichtungen das Standortauswahlverfahren, insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung, für die Endlagerung hochradioaktiver Abfälle zu begleiten, mit dem Ziel, so Vertrauen in die Verfahrensdurchführung zu ermöglichen (vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 StandAG; BT-Drs. 18/11398, S. 53). Das NBG soll dabei gemeinwohlorientiert im Dialog und Austausch mit der Öffentlichkeit und allen Akteuren des Standortauswahlverfahrens stehen und hierbei die Umsetzung des Beteiligungsverfahrens im Standortauswahlverfahren bis zur Standortentscheidung unterstützten (BT-Drs. 18/11398, S. 53).

Um diese Aufgaben erfüllen zu können, ist das NBG auf Informationen über das Standortauswahlverfahren angewiesen, die bei den zuständigen Institutionen vorliegen. Zu diesem Zwecke ist in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG ein Recht auf Akteneinsicht gegenüber dem Bundesamt für Sicherheit der nuklearen Entsorgung (BASE), der Bundesgesellschaft für Endlagerung mbH (BGE) als Vorhabenträgerin der Endlagerung, der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe sowie den geologischen Diensten vorgesehen.

Bisherige Erfahrungen mit der Akteneinsicht zeigen, dass die Umsetzung das NBG in der Praxis vor Probleme stellt. Die Einsicht (insbesondere bei der BGE) wird nur bei der Unterzeichnung einer Verschwiegenheitsvereinbarung gewährt, die unter anderem bestimmt, dass die Weitergabe von Informationen nur an solche Personen erlaubt ist, die ebenfalls eine Verschwiegenheitsvereinbarung unterzeichnet haben; das NBG sieht sich folglich daran gehindert,

selbst in nichtöffentlichen Sitzungen über den Inhalt der eingesehenen Dokumente zu beraten.

Das NBG bittet vor diesem Hintergrund um Prüfung folgender Rechtsfragen:

I. Nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG steht dem NBG ein voll umfängliches Recht auf Einsicht in alle Akten und Unterlagen zu. Sind irgendwelche Einschränkungen bei der Ausübung des Akteneinsichtsrechts bei den Institutionen vorgesehen? Gilt das Akteneinsichtsrecht gleichermaßen für die Subunternehmen bzw. Tochtergesellschaften der genannten Institutionen?

II. Können die Mitglieder des NBG bei den Akteneinsichten zur Verschwiegenheit verpflichtet werden? Wie ist in diesem Zusammenhang die bestehende Verfahrensvereinbarung über Akteneinsichtsnahmen zwischen NBG und BGE inkl. Verschwiegenheitserklärung, die aktuell für jede Akteneinsichtnahme des NBG bzw. der vom NBG beauftragenden Personen bei der BGE als Voraussetzung gilt, zu bewerten?

III. Die Feststellung einer möglichen Vertraulichkeit obliegt unseres Erachtens nicht dem NBG: Wie kann festgestellt werden, ob eine Unterlage oder Information tatsächlich unter eine Verschwiegenheitsvereinbarung fallen muss oder nicht? Wie kann die Prüfung zur Pflicht der Vertraulichkeit eines Dokuments / einer Information erfolgen?

IV. Wie kann sichergestellt werden, dass das NBG in nichtöffentlicher Sitzung Informationen beraten kann, die ggf. einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen?

V. Was wird dem NBG konkret empfohlen, um sein Akteneinsichtsrecht im Sinne des Gesetzes vollumfänglich, rechtskonform und ohne Einschränkungen ausüben zu können?

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Dem Akteneinsichtsrecht nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG stehen keine Ausnahmetatbestände gegenüber. Das NBG erhält Einsicht auch in schützenswerte Unterlagen. Nur der Schutz verfassungsrechtlich schützenswerter Interessen ist durch Verschwiegenheitsvereinbarungen sicherzustellen.

Die Tochtergesellschaften und Subunternehmer unterliegen nicht dem Akteneinsichtsrecht. Die in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG genannten Institutionen müssen die dort vorhandenen Informationen jedoch von diesen beschaffen und im Rahmen der Akteneinsicht zur Verfügung stellen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie die Akten und Unterlagen an ihre Tochtergesellschaften oder Subunternehmen weitergegeben haben, um das Akteneinsichtsrecht des NBG zu verhindern.

II. Die Mitglieder des NBG können zur Verschwiegenheit nur verpflichtet werden, soweit an den Informationen schutzwürdige öffentliche oder private Belange bestehen und das Informationsinteresse des NBG im Einzelfall nicht überwiegt.

Die Verschwiegenheitsvereinbarung der BGE und des BASE entsprechen diesen Vorgaben nicht und sind deshalb aufgrund Verstoßes gegen § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG nichtig.

III. Die Feststellung einer möglichen Vertraulichkeit obliegt nicht dem NBG. Es ist Aufgabe der in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG genannten Institutionen, für jede Information konkret darzulegen, dass schutzwürdige Belange entgegenstehen und Vertraulichkeit zu wahren ist.

IV. Über vertrauliche Informationen kann in nichtöffentlichen Sitzungen des NBG beraten werden, da die Mitglieder des NBG schon aufgrund der nichtöffentlichen Sitzung zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Die Verschwiegenheitsvereinbarungen stehen dem nicht entgegen.

V. Wir empfehlen dem NBG, die Verschwiegenheitsvereinbarungen in der aktuellen Form nicht zu unterschreiben. Es sollte angestrebt werden, anhand der in diesem Gutachten dargestellten Kritikpunkte an der Verschwiegenheitsvereinbarung, eine Lösung mit den in § 8 Abs. 2 StandAG genannten Institutionen zum zukünftigen Verfahren der Gewährung der Akteneinsicht zu finden.

Kann keine Lösung gefunden werden, besteht die Möglichkeit, die Akteneinsicht bei Verweigerung durch die Institutionen klageweise durchzusetzen.

C. Executive Summary

I. The right to inspect files pursuant to § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG is not subject to any exceptions. The NBG also obtains access to documents worth of protection. Only the protection of interests worth of protection under constitutional law is to be ensured by confidentiality agreements.

Subsidiaries and subcontractors are not subject to the right of inspection of records. However, the institutions named in § 8 Abs. 2 S. 1 must procure the information available therefrom and make it available within the framework of file inspection if there are concrete indications that they have passed on the files and documents to their subsidiaries or subcontractors in order to prevent the NBG's right of file inspection.

II. The members of the NBG can only be bound to secrecy insofar as public or private interests worth of protection exist in the information and the information interest of the NBG does not prevail in the individual case.

The confidentiality agreement of BGE and BASE does not comply with these requirements and is therefore null and void due to violation of § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG.

III The determination of possible confidentiality is not the responsibility of the NBG. It is the task of the institutions named in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG to demonstrate specifically for each piece of information that interests worthy of protection are at stake and that confidentiality is to be maintained.

IV. Confidential information may be discussed in closed meetings of the NBG, since the members of the NBG are already bound to secrecy by virtue of the closed meeting. The confidentiality agreements do not prevent this.

V. We recommend that the NBG not sign the confidentiality agreements in their current form. Efforts should be made to find a solution with the institutions named in § 8 Abs. 2 StandAG regarding the future procedure for granting access to files, based on the criticisms of the confidentiality agreement presented in this report.

If no solution can be found, it is possible to take legal action to enforce the right to inspect files if the institutions refuse to do so.

D. Rechtliche Würdigung

I. Nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG steht dem NBG ein voll umfängliches Recht auf Einsicht in alle Akten und Unterlagen zu. Sind irgendwelche Einschränkungen bei der Ausübung des Akteneinsichtsrechts bei den Institutionen vorgesehen? Gilt das Akteneinsichtsrecht gleichermaßen für die Subunternehmen bzw. Tochtergesellschaften der genannten Institutionen?

1. Zunächst ist die Frage zu prüfen, ob und inwieweit das Akteneinsichtsrecht des NBG gem. § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG gegenüber den dort bezeichneten Institutionen Einschränkungen unterliegt.

   Nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG erhalten die Mitglieder Einsicht in alle Akten und Unterlagen des Standortauswahlverfahrens des BSE, der BGE, der Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe sowie der geologischen Dienste.

a) Das Akteneinsichtsrecht des NBG ist danach uneingeschränkt ausgestaltet.

   Gegenüber etwa dem Umweltinformationsgesetz (UIG, dort §§ 8, 9) sieht der Gesetzestext keine Ausschluss- und Beschränkungsgründe – beispielsweise zum Schutz personenbezogener Daten, von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder öffentlicher Interessen – vor (vgl. a. *Posser*, FS Dolde, 2014, 251 (267); *Wollenteilt*, in: Frenz, Atomrecht, 2019, § 8 StandAG Rn. 15; *Smeddinck*, StandAG, 2017, § 8 Rn. 30). Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Bestimmung, respektive den Aufgaben des NBG. Ohne die erforderlichen Informationen ist es dem NBG nicht möglich, seiner „Wächterfunktion" (vgl. hierzu *Wollenteilt*, in: Frenz, Atomrecht, 2019, § 8 StandAG Rn. 15) nachzukommen und das Standortauswahlverfahren effektiv zu begleiten. Bereits der Arbeitskreis Auswahlverfahren Endlagerstandorte (AkEnd) hielt in seinen Empfehlungen fest, dass das (damals noch so bezeichnete) neutrale Kontrollgremium darauf achtet, dass das Auswahlverfahren regelkonform umgesetzt werde, die Ergebnisse der einzelnen Verfahrensschritte prüfe und bewerte und deshalb Einsicht in alle Unterlagen erhalte (AkEnd-Bericht, S. 207).

b) Der Gesetzgeber geht damit einen anderen Weg als in anderen Gesetzen, die ein Recht auf Akteneinsicht gewähren. Dort wird der Schutz von öffentlichen und privaten Interessen dadurch sichergestellt, dass dem Recht auf Informationszugang selbst Grenzen gesetzt werden (§§ 8, 9 UIG, §§ 5, 6 des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG), §§ 29 Abs. 2, 30 VwVfG). In der Folge sind Akten und Unterlagen, an denen schützenswerte Interessen bestehen, der Akteneinsicht entzogen.

Nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG schließen die öffentlichen und privaten Interessen, die einem Informationszugang entgegenstehen könnten, die Einsicht der Unterlagen demgegenüber nicht aus. Der Schutz entgegenstehender Interessen setzt erst bei Bekanntgabe der Informationen gegenüber der Öffentlichkeit ein. Nach der Gesetzesbegründung ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsinteresse des NBG und im Einzelfall entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen durch Verschwiegenheitsverpflichtungen aufzulösen (BT-Drs. 18/11398, S. 53 f.).

Reichweite und Grenzen der Verschwiegenheit werden im Einzelnen ab II. behandelt.

2. Es ist ferner zu prüfen, ob das Akteneinsichtsrecht nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG auch für Subunternehmen bzw. Tochtergesellschaften der dort genannten Institutionen gilt.

Diese Frage betrifft nur solche Informationen, die ausschließlich bei den Subunternehmen oder Tochtergesellschaften vorliegen. Liegen diese *auch* bei den Institutionen vor – etwa, weil der beauftragte Subunternehmer ein Gutachten erstattet hat –, sind diese Informationen bereits vom Akteneinsichtsrecht gegenüber der Institution selbst erfasst.

Etwaige mit den Tochtergesellschaften oder Subunternehmen abgeschlossene Vertraulichkeitsvereinbarungen sind unbeachtlich, da das Akteneinsichtsrecht

nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG nicht abbedungen werden kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.03.2016 – 7 C 2/15 –, juris, Rn. 36). Solche Vereinbarungen sind nichtig (§ 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB im Falle privatrechtlicher Verträge, § 54 S. 1 Hs. 2 VwVfG bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, vgl. *Penski*, Der voraussetzungslose Zugang zu amtlichen Informationen und private Belange, 2021, S. 205 in Fn. 840).

Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich also auf solche Informationen, die nicht oder nicht mehr bei den in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG genannten Institutionen vorliegen.

Dies vorausgeschickt ist in rechtlicher Hinsicht Folgendes festzuhalten:

a) § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG zählt die Institutionen, die vom Akteneinsichtsrecht erfasst sind, abschließend auf. Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift sind die Tochtergesellschaften bzw. Subunternehmen nicht selbst vom Recht auf Akteneinsicht des NBG umfasst.

b) Das NBG hat grundsätzlich auch keinen Anspruch darauf, dass die in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG genannten Institutionen die Informationen von ihren Tochtergesellschaften bzw. Subunternehmern beschaffen, um dem NBG eine Einsicht in die Akten und Unterlagen zu ermöglichen.

Für das verwaltungsverfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht nach § 29 Abs. 1 VwVfG ist anerkannt, dass kein Anspruch darauf besteht, dass die Behörde Akten von anderen Behörden hinzuzieht (*Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 29 Rn. 9; *Pautsch*, in: Pautsch/Hoffmann, VwVfG, 2. Aufl. 2021, § 29 Rn. 12). Auch zum Anspruch nach dem IFG ist anerkannt, dass eine solche Pflicht der Behörde grundsätzlich nicht besteht (*Penski*, Der voraussetzungslose Zugang zu amtlichen Informationen und private Belange, 2021, S. 46 m.w.N.).

c) Etwas anderes soll aber dann gelten, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Behörde bestimmte Vorgänge zur Vermeidung der Akteneinsicht gesondert führt oder aus der Hand gibt (zum Anspruch nach § 29 VwVfG *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 29 Rn. 40). Der Antragsteller soll in diesem Fall einen Anspruch darauf haben, dass die Behörde die Akten beschafft bzw. beizieht (a.a.O.).

Angesprochen ist hiermit das im Grundsatz von Treu und Glauben fußende Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, das als allgemeines Rechtsprinzip auch im Verwaltungsrecht Anwendung findet (§ 242 BGB analog, vgl. m.w.N. nur BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 – 8 C 46/91, NVwZ 1993, 1102 (1104)). Durch die zielgerichtete Verhinderung des Akteneinsichtsrechts verstößt die Behörde gegen die ihr nach dem Gesetz obliegende Aufgabe, Akteneinsicht zu gewähren. Zum Anspruch nach dem IFG hat die Rechtsprechung dementsprechend anerkannt, dass eine Behörde dann zur (Wieder)Beschaffung von Informationen verpflichtet ist, wenn sie diese Informationen in Kenntnis eines geltend gemachten Informationsbegehrens aus der Hand gibt (OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.03.2012 –12 B 27.11 –, juris, Rn. 42; Urt. v. 18.03.2010 – 12 B 41.08 –, juris, Rn. 22).

Da es sich um ein allgemeines Rechtsprinzip handelt, können diese Gedanken auf das Akteneinsichtsrecht des NBG übertragen werden. Soweit danach also konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine der in § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG genannten Institutionen die Einsichtnahme in Akten und Unterlagen des Standortauswahlverfahrens durch das NBG gezielt verhindert – etwa, indem sie die Akten „aus der Hand gibt" –, hat das NBG einen auch gerichtlich durchsetzbaren Anspruch darauf, dass die entsprechenden Akten und Unterlagen beschafft und im Rahmen der Akteneinsicht zur Verfügung gestellt werden.

II. Können die Mitglieder des NBG bei den Akteneinsichten zur Verschwiegenheit verpflichtet werden? Wie ist in diesem Zusammenhang die bestehende Verfahrensvereinbarung über Akteneinsichtsnahmen zwischen NBG und BGE inkl. Verschwiegenheitserklärung, die aktuell für jede Akteneinsichtnahme des NBG bzw. der vom NBG beauftragenden Personen bei der BGE als Voraussetzung gilt, zu bewerten?

1. Wie bereits unter I., 1. angesprochen, kann die Akteneinsicht nur im Rahmen verfassungsrechtlicher Grenzen eröffnet werden. Es stellt sich deshalb die Frage, wie mit Geheimhaltungsbedarf, wie er etwa im Atomrecht im Bereich der Anlagensicherung anerkannt ist (siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 20.09.2010 – 20 F 9/10 zur terroristischen Gefahr bei der Bekanntgabe von Schutzvorkehrungen eines Standortzwischenlagers), umzugehen ist.

   Der Gesetzgeber hat sich, wie bereits angesprochen, dafür entschieden, nicht den Weg über Ausnahme- und Beschränkungsgründe, sondern Verschwiegenheitsvereinbarungen zu gehen, um eine umfassende Akteneinsichtnahme zu gewährleisten. Andernfalls, wenn die Mitglieder nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet würden, könnte die Einsicht in die Unterlagen nicht gewährt werden, soweit schützenswerte Interessen entgegenstehen (vgl. a. *Wollenteilt*, in: Frenz, Atomrecht, 2019, § 8 StandAG Rn. 16).

   Die Frage ist damit dahingehend zu beantworten, dass die Mitglieder des NBG zur Verschwiegenheit verpflichtet werden können, wenn ihnen Unterlagen im Rahmen der Akteneinsicht zur Verfügung gestellt werden, die aufgrund überwiegender, schützenswerter öffentlicher oder privater Interessen geheimhaltungsbedürftig sind.

2. Als Orientierungspunkt für die Reichweite der Verschwiegenheit dienen nach der Gesetzesbegründung die in §§ 8, 9 UIG vorgesehenen Beschränkungen. Dort heißt es wörtlich (BT-Drs. 18/11398, S. 53 f.; vgl. a. *Wollenteilt*, in: Frenz, Atomrecht, 2019, § 8 StandAG Rn. 16):

> **„Soweit das Akteneinsichtsbegehren Unterlagen betrifft, die nicht nach dem Umweltinformationsgesetz (UIG) herauszugeben sind, sind die Mitglieder gegebenenfalls zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Dies ist der Fall, wenn verfassungsrechtlich geschützte Güter durch eine Bekanntgabe bestimmter Informationen verletzt werden können und das Interesse an der Geheimhaltung das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung überwiegt. Auf Grundlage des geltenden UIG können neben individuellen Interessen und Rechten an den Unterlagen insbesondere öffentliche Belange eine Verschwiegenheitsverpflichtung begründen. Geschützt werden z.B. materielle öffentliche Belange wie der Bestand des Staates, seine internationalen Beziehungen, die Funktions- und Handlungsfähigkeit der informationspflichtigen Stellen, die Bewahrung der ordnungsgemäßen Rechtspflege sowie Verfahrensrechte der Betroffenen."**

Bei den Ausnahmetatbeständen in §§ 8, 9 UIG handelt es sich um sog. Beschränkungsgründe. Diese Gruppe von Ausnahmetatbeständen kennzeichnet, dass die Akteneinsicht nicht insgesamt, sondern nur „soweit" ausgeschlossen ist, wie schutzwürdige Interessen entgegenstehen (*Penski*, Der voraussetzungslose Zugang zu amtlichen Informationen und private Belange, 2021, S. 66). Im Übrigen ist ein teilweiser Informationszugang unter Aussonderung der schutzwürdigen Informationen zu eröffnen (vgl. § 5 Abs. 3 UIG, EuGH, Urt. v. 09.09.1999, NVwZ 1999, 1209 ff.). Entsprechend hält die Gesetzesbegründung im vorstehenden Zitat fest, dass „gegebenenfalls" zur Verschwiegenheit zur verpflichten ist, „soweit" schutzwürdige Belange entgegenstehen.

Zudem, wie auch die Gesetzesbegründung betont, ist der Informationszugang trotz entgegenstehender Interessen zu gewähren, wenn das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt. Es ist also für jede konkrete Information abzuwägen, ob diese nicht doch aufgrund eines überwiegenden Informationsinteresses zugänglich – bzw. im Fall des § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG von der Verschwiegenheit ausgenommen – ist.

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit kann danach nur solche Teile der Akten und Unterlagen umfassen, an denen schutzwürdige öffentliche oder private Belange bestehen und an denen das NBG kein überwiegendes Informationsinteresse hat.

3. Diesen Vorgaben entspricht die Verschwiegenheitserklärung zwischen dem NBG und der BGE mbH nicht.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Verschwiegenheitsvereinbarung grundsätzlich zutreffend festhält, dass Verschwiegenheit nur zu wahren ist für „(…) die Informationen, an welchen Rechte Dritter" bestehen oder „(…) wenn durch eine Veröffentlichung verfassungsrechtlich geschützte Güter verletzt werden würden (…)". Allerdings werden pauschal personenbezogene Daten, Rechte am geistigen Eigentum, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie verfassungsrechtliche öffentliche Interessen in Bezug genommen. Durch die Verschwiegenheitserklärung ist nicht klar, inwieweit durch das NBG Verschwiegenheit zu wahren ist. Durch die Orientierung an den Beschränkungsgründen der §§ 8, 9 UIG ist insoweit zu fordern, dass die geheimhaltungsbedürftigen Informationen, etwa einzelne Seiten oder Teile der Akten, konkret bezeichnet werden.

Kritisch ist weiter zu betrachten, dass keine Ausnahme für Informationen vorgesehen ist, an denen ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse des NBG besteht. Es ist keineswegs eindeutig, dass solche Informationen in der Verschwiegenheitserklärung ausgenommen sein sollen. Auch die bisherige Praxis der Akteneinsicht ist geprägt von einem umfassenden Verständnis der Verschwiegenheit seitens der BGE.

Schließlich ist der Umstand zweifelhaft – ohne der Frage IV. vorzugreifen –, dass die Verschwiegenheitspflicht sich auch auf weitere Mitglieder des NBG erstrecken soll. Kennzeichnend für eine Verschwiegenheitspflicht ist, dass die anvertrauten Geheimnisse nicht einem Dritten gegenüber offenbart werden dürfen. Das Akteneinsichtsrecht nach § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG steht allerdings allen Mitgliedern des NBG zu. Es ist insofern widersprüchlich und verstößt gegen § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG, die Akteneinsicht einerseits allen Mitgliedern zu eröffnen, die Weitergabe andererseits auch innerhalb des Gremiums zu beschränken. Das Akteneinsichtsrecht hat den Zweck, die Information des gesamten Gremiums zu gewährleisten, damit dieses seine gesetzlichen Aufgaben erfüllen kann.

In der jetzigen Ausgestaltung verstößt die Verschwiegenheitsvereinbarung damit gegen § 8 Abs. 2 S. 1 StandAG und ist mithin nichtig (§ 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB bzw. § 54 S. 1 Hs. 2 VwVfG, s.o.).

III. Die Feststellung einer möglichen Vertraulichkeit obliegt unseres Erachtens nicht dem NBG: Wie kann festgestellt werden, ob eine Unterlage oder Information tatsächlich unter eine Verschwiegenheitsvereinbarung fallen muss oder nicht? Wie kann die Prüfung zur Pflicht der Vertraulichkeit eines Dokuments / einer Information erfolgen?

Es trifft zu, dass die Beurteilung, ob im Einzelfall von einer vertraulichen Information auszugehen ist, nicht dem NBG obliegt.

Es ist nach allgemeiner Auffassung Aufgabe der zur Akteneinsicht verpflichteten Stelle, das Vorliegen von Ausnahmen konkret darzulegen und ggf. in einem gerichtlichen Verfahren zu beweisen (*Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, § 29 VwVfG Rn. 65; st. Rspr. BVerwG, Urt. v. 30.03.2017 – 7 C 19/15 –, juris, Rn. 12; Urt. v. 23.02.2017 – 7 C 31/15 –, juris, Rn. 65; Urt. v. 17.03.2016 – 7 C 2/15 –, juris, Rn. 23 zu den Informationsfreiheitsgesetzen).

Aus der Natur der – hier entsprechend anzuwendenden – Beschränkungsgründe nach §§ 8, 9 UIG folgt, wie aufgezeigt, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung nicht pauschal auf die gesamte Akte bezogen werden darf, sondern stets für konkrete Aktenteile bis hin zu einzelnen Worten oder Daten differenziert nachzuweisen ist (vgl. *Schneider*, a.a.O.). Die Institutionen müssen die Unterlagen notfalls Seite für Seite, Wort für Wort durchgehen (so zum UIG VG Berlin, Urt. v. 19.12.2017 – 2 K 236.16 –, juris, Rn. 63 f.). Dies korreliert mit der – zuvor dargestellten – konkreten Bezeichnung der geheimhaltungsbedürftigen Informationen in einer Verschwiegenheitsvereinbarung.

IV. Wie kann sichergestellt werden, dass das NBG in nichtöffentlicher Sitzung Informationen beraten kann, die ggf. einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen?

Soweit im Einzelfall tatsächlich eine Verschwiegenheitspflicht angenommen werden kann, dürfen die Informationen durch das NBG nicht veröffentlicht, insbesondere nicht in den regelmäßig öffentlichen Sitzungen (vgl. § 5 Abs. 1 der Geschäftsordnung) behandelt werden.

Anderes gilt jedoch für nichtöffentliche Sitzungen. Diesen ist immanent, dass alle anwesenden Mitglieder über die in der nichtöffentlichen Sitzung behandelten Gegenstände zur Verschwiegenheit verpflichtet sind (vgl. für den kommunale Sitzung etwa *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Kap. 10 Rn. 628), da es sich ihrer Natur nach um geheimhaltungsbedürftige Informationen handelt (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 13.06.1995 – 7 A 12186/94 –, juris, Rn. 7).

Aus diesem Grund stehen die Verschwiegenheitsvereinbarungen einer Beratung in nichtöffentlicher Sitzung von Anfang an nicht entgegen. Denn im letzten Absatz der Verschwiegenheitsvereinbarung heißt es, dass diese Verpflichtung „(…) ausdrücklich auch die Weitergabe einer unter die Verschwiegenheitspflicht fallenden Information an die weiteren Mitglieder des NBG [umfasst], die im Hinblick auf diese Informationen nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sind."

Die Verschwiegenheitsvereinbarung ordnet insoweit nicht ausdrücklich an, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit aus einer solchen Vereinbarung folgen muss; aus unserer Sicht ist die Verschwiegenheit aufgrund der nichtöffentlichen Sitzung daher ausreichend.

V. Was wird dem NBG konkret empfohlen, um sein Akteneinsichtsrecht im Sinne des Gesetzes vollumfänglich, rechtskonform und ohne Einschränkungen ausüben zu können?

Aufgrund der Zweifel an der Wirksamkeit der Verschwiegenheitsvereinbarungen können wir an dieser Stelle nur empfehlen, diese nicht zu unterzeichnen und in einem ersten Schritt zu versuchen, mit den Institutionen eine Lösung zu finden, um die Verschwiegenheitsvereinbarung hinsichtlich der in diesem Gutachten angesprochenen Punkte zu überarbeiten.

Kann keine Lösung gefunden werden, besteht die Möglichkeit, die Akteneinsicht bei Verweigerung durch die Institutionen klageweise (ggf. im Wege eines Eilverfahrens, dies wäre im jeweiligen Einzelfall zu prüfen) durchzusetzen. In dem gerichtlichen Verfahren ist es dann Sache der Institutionen, konkret darzulegen, ob und inwieweit dem Akteneinsichtsrecht schutzwürdige Belange entgegenstehen und dass Einzelfall das Geheimhaltungsinteresse das Informationsinteresse des NBG überwiegt.

Diese Fragen werden von dem erkennenden Gericht vollständig geprüft (vgl. nur *Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, § 29 VwVfG Rn. 65).

Potsdam, den 15.07.2022

[redacted]

Dr. Lück

[redacted]

Dr. Penski