

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1549

Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip

Konturen einer Staatszielbestimmung
unter dem Grundgesetz

Von

Johannes Held



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES HELD

Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1549

Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip

Konturen einer Staatszielbestimmung
unter dem Grundgesetz

Von

Johannes Held



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung des Bundesministeriums
des Innern und für Heimat, Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19265-6 (Print)
ISBN 978-3-428-59265-4 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von Dezember 2023. Vereinzelt wurde Rechtsprechung noch bis März 2024 berücksichtigt.

In erster Linie danke ich meinem Doktorvater, Professor Dr. Marcus Schladebach, LL.M., für die engagierte Betreuung des Vorhabens und die mir dabei stets entgegengebrachte Wertschätzung. Herrn Professor Dr. Norbert Janz danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Veröffentlichung der Dissertation wurde durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss durch das Bundesministerium des Innern und für Heimat und durch die Potsdam Graduate School (PoGS) der Universität Potsdam gefördert. Hierfür bedanke ich mich aufrichtig.

Dank für wertvolle Hilfe beim Korrekturlesen und für technische Unterstützung gilt Anne, Ziad und meiner Mutter. Schließlich möchte ich meinen Eltern, meinen Großeltern, meinen Schwestern, meinen Freundinnen und Freunden sowie Sophie danken. Ohne Euren andauernden Rückhalt und Eure stetige Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden.

Berlin, Mai 2024

Johannes Held

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einleitung	23
A. Problemaufriss	23
B. Öffentlichkeit im Verfassungsrecht – eine Bestandsaufnahme	24
I. Diskussionsverlauf	24
1. Geisteswissenschaftlich-staatstheoretische Grundlegung	25
2. Ausformung von Öffentlichkeit als Verfassungsgebot	27
3. Der Paradigmenwechsel bei der Verwaltungsöffentlichkeit als Diskussionskatalysator	28
II. Das Öffentlichkeitsprinzip in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	31
III. Das Öffentlichkeitsprinzip im Schrifttum	33
C. Anliegen und Gang der Untersuchung	36
D. Begriffsbestimmung	37
I. Die Bedeutungsschichten des Öffentlichkeitsbegriffs	37
1. Herkunft und ursprünglicher Wortsinn: Faktische Öffentlichkeit	38
2. Liberaler Kampfbegriff des 19. Jahrhunderts: Normative Öffentlichkeit	40
3. Das Publikum geht in die Bedeutung ein: Personale Öffentlichkeit	42
II. Zugrunde gelegter Öffentlichkeitsbegriff: Faktische Öffentlichkeit	43

Zweites Kapitel

Verfassungsprinzipien	45
A. Zur Verfassungsmethodik	45
I. Verfassungsmethodische Präjudizien	45
II. Ungeschriebenes Verfassungsrecht	48
III. Das methodische Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsinterpretation und Verfassungsfortbildung	52
B. Das Verfassungsprinzip als Rechtsnorm der Verfassung	55
I. Definition des Verfassungsprinzips	55
1. Definitionsansätze aus der rechtstheoretischen Prinzipiendiskussion	57

2.	Das Verfassungsprinzip nach der Definition <i>Reimers</i>	59
3.	Zur Tragfähigkeit der Definition	60
a)	Der versteckte Konsens in der rechtstheoretischen Diskussion	60
b)	Zur Zukunftsoffenheit von Verfassungsprinzipien: Parallelen zwischen ihrer Normstruktur und dem Regelungsstil der Verfassung ...	62
4.	Die Abwägungsfähigkeit von Verfassungsprinzipien und ihr Verhältnis zur Prinzipientheorie <i>Alexys</i>	67
II.	Sonderfall: Staatszielbestimmungen	69
1.	Staatszielbestimmungen als Optimierungsgebote	69
2.	Zwischen Optimierungsgebot und Evidenzkontrolle: Zur inhaltlichen Bindungswirkung und Justiziabilität von Staatszielbestimmungen	71
3.	Zusammenfassung	75
III.	Grundzüge der Herleitung ungeschriebener Verfassungsprinzipien	76
1.	Methode der Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht	76
2.	Kriterien zur Unterscheidung von Verfassungsinterpretation und Verfassungsfortbildung	80
IV.	Die Abwägung von Verfassungsprinzipien	83
1.	Die Abwägung als Modus prinzipieller Normanwendung	83
2.	Dogmatisches Grundgerüst und Praxis der Abwägung	85
C.	Allgemeine Verfassungsprinzipien	92
I.	Die Allgemeinheit von Verfassungsprinzipien als Ausdruck eines normativ-integralen Prinzipienverständnisses	92
II.	Die normativen Funktionen allgemeiner Verfassungsprinzipien	94

Drittes Kapitel

	Verfassungsrechtliche Grundlegung	96
A.	Ausgangspunkt	96
I.	Verfassungstheoretische Indizien: Die Wesensimmanenz von Öffentlichkeit und Verfassung	96
II.	Verfassungstextliche Anknüpfungspunkte	98
1.	Die Öffentlichkeit der Parlamentsverhandlung (Art. 42 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 3 Satz 3 GG)	98
2.	Das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG)	101
3.	Die förmliche Öffentlichkeit des Grundgesetzes (Art. 145, 79 Abs. 1 Satz 1 GG)	103
4.	Die Öffentlichkeit der Parteifinanzierung (Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG) ..	104
5.	Mitwirkung von Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union und Unterrichtungspflicht der Bundesregierung zur Unterrichtung von Bundestag und Bundesrat (Art. 23 Abs. 2 GG) ..	106
6.	Die Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen (Art. 82 Abs. 1 GG)	107

7. Das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG)	108
8. Das Gebot der Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) und das Zitiergebot bei der Verordnungsgebung (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG)	109
9. Die Gleichheit des öffentlichen Ämterzugangs (Art. 33 Abs. 2 GG) ..	111
10. Rechnungslegung und Entlastung der Bundesregierung (Art. 114 Abs. 1 GG)	112
11. Verschiedene Informationspflichten und sonstige auf Öffentlichkeit gerichtete Verfassungsbestimmungen	113
12. Ergebnis	116
III. Verfassungsgeschichtliche Genese	117
B. Zur Qualität staatlicher Öffentlichkeit unter dem Grundgesetz	126
I. Das normative Fundament	127
1. Öffentlichkeit und Demokratieprinzip	127
a) Bestandsaufnahme	127
b) Der Zusammenhang zwischen Demokratie- und Öffentlichkeitsverständnis	128
aa) Ausgangspunkt: Zwei verschiedene Demokratieverständnisse ..	128
bb) Öffentlichkeit und formal-monistisches Demokratieverständnis: Die These vom vorverfassungsrechtlichen Charakter demokratischer Öffentlichkeit	133
cc) Öffentlichkeit und pluralistische Demokratieverständnisse: Öffentlichkeit als normativ gewährleisteter Faktor demokratischer Legitimation	137
c) Das alternierende Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts	139
d) Maßgebliches Verständnis	143
aa) Die faktische Öffentlichkeit des Staates ist mehr als Verfassungsvoraussetzung	143
bb) Zugehörigkeit der Forderung nach faktischer Öffentlichkeit der Staatsgewalt gegenüber dem Volk zum Normbereich des Demokratieprinzips	147
cc) Öffentlichkeit und demokratische Legitimation	153
dd) Weitere demokratische Funktionen	156
2. Öffentlichkeit und Rechtsstaatsprinzip	160
a) Der historische Zusammenhang zweier Postulate des Liberalismus: Reduktion des Rechtsstaatsgedankens und Relativierung liberaler Öffentlichkeitsforderungen	160
b) Die Öffentlichkeit des Staates als Querschnitt rechtsstaatlicher Verbürgungen	162
c) Allgemeines Rechtsstaatsprinzip und grundsätzliche Öffentlichkeit des Staates – normative Lokalisierung rechtsstaatlicher Öffentlichkeit	165

3.	Öffentlichkeit und Republikprinzip	167
4.	Die Entbehrlichkeit weiterer Gehalte	170
a)	Sozialstaatsprinzip	170
b)	Kommunikationsgrundrechte – insbesondere der „objektiv-rechtliche“ Gewährleistungsgehalt der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG)	171
II.	Geltung von Öffentlichkeit als ungeschriebene Verfassungsnorm	174
1.	Die Indizierung der Normqualität staatlicher Öffentlichkeit	174
2.	Der Geltungsgrund staatlicher Öffentlichkeit unter dem Grundgesetz ..	175
a)	Die grundsätzliche Öffentlichkeit von Legislative und Judikative als Normen ungeschriebenen Verfassungsrechts	176
aa)	Parlamentsöffentlichkeit als mitgesetztes Recht	177
bb)	Gerichtsöffentlichkeit als selbstverständliches Recht	183
(1)	Grundlagen und Vorgeschichte von Art. 134 HChE	184
(2)	Die Diskussion im Parlamentarischen Rat	186
(3)	Die Gerichtsöffentlichkeit als normative Prämisse des Grundgesetzgebers	187
b)	Die Öffentlichkeit der Exekutive als Norm ungeschriebenen Verfassungsrechts?	190
aa)	Verfassungsdogmatische Ausgangslage: Das klassische Verständnis	190
bb)	Keine Ableitbarkeit des Gebots faktischer Öffentlichkeit der Exekutive aus dem historischen Willen des Verfassungsgebers ..	192
cc)	Begründung im Wege der Verfassungsbildung	193
(1)	Möglichkeit der Verfassungsbildung im konkreten Fall ..	194
(2)	Keine induktive Begründbarkeit grundsätzlicher exekutiver Öffentlichkeit	196
(3)	Begründung grundsätzlicher exekutiver Öffentlichkeit	197
3.	Normativer Selbststand und Zentralnormqualität gesamtstaatlicher Öffentlichkeit	199
a)	Verhältnis von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip	200
b)	Verhältnis des Republikprinzips zu Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip	203
c)	Folgerungen	204
III.	Zur Struktur des Öffentlichkeitsgebots	206
1.	Geltung eines prinzipienförmigen Öffentlichkeitsgebots für die gesamte Exekutive?	207
a)	Klassisches Verständnis: Exekutive Arkanbereiche und Geheimhaltungsermessen	207
b)	Etablierung eines Abwägungsmodells durch die Judikatur von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht	212

c) Maßgebliches Verständnis: Keine verfassungsgrundsätzlichen Geheimbereiche der Exekutive	217
2. Optimierungscharakter des Öffentlichkeitsgebots	223
IV. Ergebnis: Das Gebot faktischer Öffentlichkeit der Staatsgewalt als ungeschriebenes Verfassungsprinzip und Staatszielbestimmung	228

Viertes Kapitel

Inhalt und Grenzen des Öffentlichkeitsprinzips	230
A. Konturierung der Normmerkmale	230
I. Öffentlichkeitsobjekt: Staatsgewalt	231
II. Adressatenkreis: Demokratisches Staatsvolk oder rechtsstaatliche Allgemeinheit?	231
III. Das Staatsziel der faktischen Öffentlichkeit der Staatsgewalt für die Allgemeinheit	233
1. Haupttelos des Öffentlichkeitsprinzips: Informationsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft	234
2. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Öffentlichkeit und Geheimhaltung als informatorisches Verteilungsprinzip der Verfassung	235
3. Verbindliche Wirkung des Staatsziels möglichst weitgehender Wahrnehmbarkeit und Zugänglichkeit staatlichen Handelns für die Allgemeinheit	238
a) Allgemeine Handlungsmaxime	238
b) Abwägungsauftrag	240
B. Inhaltliche Strukturierung des Öffentlichkeitsprinzips	241
I. Konkretisierung der Verfassungsnorm anhand des Öffentlichkeitsobjekts ..	242
1. Die förmliche Öffentlichkeit der Staatsgewalt	243
2. Die Öffentlichkeit staatlicher Entscheidungsverfahren	245
a) Entscheidungsöffentlichkeit	246
b) Verfahrensöffentlichkeit	248
3. Die Informationsöffentlichkeit	248
II. Inhaltliche Konkretisierung	253
1. Form und Reichweite: Die Forderung möglichst weitgehender Öffentlichkeit	254
2. Modale Dimension: Die Forderung nach dem Abbau von Zugangsmodalitäten	257
3. Personelle Dimension: Die Forderung möglichst allgemeiner Öffentlichkeit	260
4. Temporale Dimension: Die Forderung möglichst frühzeitiger Öffentlichkeit	261
C. Die Grenzen des Öffentlichkeitsprinzips	263

I. Verfassungsrechtlicher Geheimnisschutz in der Rechtsprechung: Die Rechtfertigungstrias	264
II. Generelle Anforderungen an Geheimhaltung: Zu Akzessorietät, Relativität und Justiziabilität	266
III. Konturierung der verfassungsrechtlichen Geheimhaltungsgründe	269
1. Das Staatswohl als Ursprung öffentlichen Geheimnisschutzes der Verfassung	269
a) Staatswohlgeheimhaltung in der Rechtsprechung zur Parlamentsinformation	270
b) Annäherung des Staatswohlverständnisses von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht	271
c) Untauglichkeit des Staatswohlbegriffs als verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund	272
2. Die Unterscheidung funktionaler, materieller und grundrechtlicher Vertraulichkeit	274
3. Funktionale Vertraulichkeit: Der eigenverantwortete Kernbereich	276
a) Grundlagen und teleologische Rechtfertigung des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung	276
b) Ausrichtung des Kernbereichsschutzes an Akzessorietät und Relativität der Geheimhaltung unter besonderer Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung	279
aa) Relativierung des Maßstabs vom Verfahrensstand	279
bb) Relativierung des Einwands hypothetischer Vorwirkungen	281
c) Funktionale Vertraulichkeit der Verwaltung: Keine Übertragbarkeit des Kernbereichsschutzes	286
4. Materielle Vertraulichkeit: Anzulegender Maßstab	289
5. Grundrechtliche Vertraulichkeit: Staatliche Grundrechtsverantwortung	292
IV. Allgemeine Abwägungsleitlinien	293
a) Der Faktor Zeit	293
b) Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit	296
V. Fazit	299
D. Die normative Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips	302
I. Allgemeine Funktionen des Öffentlichkeitsprinzips	302
1. Ordnungs- und Bündelungsfunktion – zugleich: Überblick über die Subprinzipien des Öffentlichkeitsprinzips	302
2. Zukunftssichernde Funktion des Öffentlichkeitsprinzips	303
3. Abschirmende Funktion von Öffentlichkeit	306
II. Die Bedeutung von Öffentlichkeit für die einzelnen Staatsgewalten	308
1. Legislative	309
a) Auftrag zur Konkretisierung des Öffentlichkeitsprinzips	309
b) Öffentlichkeit als legitimer Gesetzeszweck und kollidierendes Verfassungsrecht	310

c) Subprinzip der Parlamentsöffentlichkeit	312
2. Exekutive	312
3. (Verfassungs-)Judikative	313

Fünftes Kapitel

Verhältnis des Öffentlichkeitsprinzips zu Informationsfreiheits- und Transparenzrecht	317
A. Reichweite der Vorgaben des objektiven Verfassungsrechts für die Ausgestaltung der administrativen Informationsöffentlichkeit	317
I. Meinungsstand	318
1. Herrschende Ansicht: Gewährleistung der infrastrukturellen Rahmenbedingungen sowie staatlicher Auftrag zur Informationsgrundversorgung	318
2. Minderansicht: Verfassungsrechtliche Pflicht zur Herstellung und Gewährleistung der Informationszugangsfreiheit	322
II. Bewertung der Positionen	323
1. Zurückweisung der Indifferenzannahme	323
2. Vermittlung administrativer Informationen durch Parlament und Presse unzulänglich	324
3. Keine bloße Infrastrukturverantwortung	327
4. Kein informatorischer Minimalstandard	328
III. Maßgebliches Verständnis: Verfassungsrechtliche Determination des „Obs“ grundsätzlicher administrativer Informationszugänglichkeit durch das Öffentlichkeitsprinzip	331
B. Folgen für die Auslegung des Grundrechts der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG)	334
I. Grundlagen	334
II. Die Bestimmung der allgemeinen Zugänglichkeit von Informationsquellen durch das BVerfG	336
III. Verwaltungsinformationen als allgemein zugängliche Informationsquellen – herrschende Ansicht: Schutzbereichseröffnung durch das Informationsfreiheitsrecht	337
IV. Bewertung im Lichte der vorherigen Ergebnisse	340
V. Maßgebliches Verständnis und Folgen für die Rechtsanwendung: Verfassungsrechtliche Widmung von Informationen der Verwaltung als allgemein zugängliche Informationsquellen durch das Öffentlichkeitsprinzip	344
C. Folgen für die Gestaltung des Informationsfreiheits- und Transparenzrechts ...	352
I. Verfassungsrechtlicher Rahmen	354
II. Konkretisierung des verbindlichen „Obs“ der Informationszugänglichkeit .	355
1. Kein verfassungsrechtlicher Bestandsschutz des IFG aus Sicht der herrschenden Meinung	355

2. Verfassungsrechtliche Gewährleistung einer grundsätzlichen Informationspflicht der Verwaltung	356
III. Konkretisierung des „Wies“ der Informationszugänglichkeit	358
1. Aussagen zur Art der zu schaffenden Informationspflicht	358
2. Allgemeine Anforderungen an die (pauschale) Beschränkung des Informationszugangs	360
3. Aussagen zu Zugangsmodalitäten	367

Sechstes Kapitel

Zusammenfassende Thesen	370
A. Zusammenfassende Thesen zum zweiten Kapitel: Verfassungsprinzipien	370
B. Zusammenfassende Thesen zum dritten Kapitel: Grundlegung von Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip	371
C. Zusammenfassende Thesen zum vierten Kapitel: Inhalt und Grenzen des Öffentlichkeitsprinzips	373
D. Zusammenfassende Thesen zum fünften Kapitel: Verhältnis des Öffentlichkeitsprinzips zu Informationsfreiheits- und Transparenzrecht	375
Literaturverzeichnis	377
Stichwortverzeichnis	415

Abkürzungsverzeichnis

ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
a. F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht/Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AK	Kommentar aus der Reihe der Alternativkommentare
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
As-Drs.	Ausschussdrucksache
Ausspr.	Aussprache
BArchG	Bundesarchivgesetz
BauGB	Baugesetzbuch
Bay.	Bayern; bayerisch
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BBG	Bundesbeamten-gesetz
BbgAIG	Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg
BbgPolG	Brandenburgisches Polizeigesetz
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Elektronische Rechtsprechungsdatenbank in beck-online
Begr.	Begründung, Begründer, begründet
BerlIFG	Berliner Informationsfreiheitsgesetz
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundshaushaltsordnung
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Brem.GBl.	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BremIFG	Bremer Informationsfreiheitsgesetz

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
D/H/S-GG	Grundgesetzkommentar Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.)
dies.	dieselbe, dieselben
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGovG	E-Government-Gesetz
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EUZBBG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote(n)
fortgef.	fortgeführt
FS	Festschrift
GeoZG	Geodatenzugangsgesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GO BR	Geschäftsordnung des Bundesrates
GSO	Geheimhaltungszustand des Deutschen Bundestages
GSZ	Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht
GVBl.-RP	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HChE	Herrenchiemseer Entwurf
HDSIG	Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz
HH	Hamburg, hamburgisch
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt

HmbTG	Hamburgisches Transparenzgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HSOG	Hessisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IFG-MV	Informationsfreiheitsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern
IFG-NRW	Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen
IFR	Informationsfreiheitsrecht Kommentar Fluck/Fischer/Martini
insb.	insbesondere
IntVG	Integrationsverantwortungsgesetz
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IZG LSA	Informationszugangsgesetz Sachsen-Anhalt
IZG-SH	Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar
K&R	Kommunikation und Recht
KWG	Kreditwesengesetz
LBG LSA	Landesbeamtenengesetz des Landes Sachsen-Anhalt
LIFG-BW	Landesinformationsfreiheitsgesetz Baden-Württemberg
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LobbyRG	Lobbyregistergesetz
LPG	Landespressegesetz
Ls.	Leitsatz
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
LTranspG-RP	Landestransparenzgesetz Rheinland-Pfalz
LVerf	Landesverfassung
MAD	Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst
MADG	MAD-Gesetz
M/K/S-GG	Grundgesetzkommentar von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.)
MMR	Multimedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland

NS	Nationalsozialismus, nationalsozialistisch
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PKGrG	Kontrollgremiumgesetz
PKV	Paulskirchenverfassung
PresseR	Presserecht
PUAG	Untersuchungsausschussgesetz
RGBL	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RuP	Recht und Politik
RV 1871	Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871
RW	Rechtswissenschaft
S.	Seite
sächs.	sächsisch
SächsTranspG	Sächsisches Transparenzgesetz
SH	Schleswig-Holstein
sog.	sogenannt, sogenannte
StPO	Strafprozessordnung
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz
ThürGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen
ThürTG	Thüringer Transparenzgesetz
ThürVbl.	Thüringer Verwaltungsblätter
TranspG	Transparenzgesetz
u. a.	und andere
UIG	Umweltinformationsgesetz
UmweltR	Umweltrecht
Verf	Verfassung
Verf.	Verfasser
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIG	Verbraucherinformationsgesetz
VkBkmG	Verkündungs- und Bekanntmachungsgesetz
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VSA	Verschlusssachenanweisung
VvB	Verfassung von Berlin

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwR	Verwaltungsrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGI	Zeitschrift für das gesamte Informationsrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Im Übrigen verweise ich auf: *Kirchner* (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin u. a. 2021.

Erstes Kapitel

Einleitung

A. Problemaufriss

„Das ganze politische Leben freier Völker bewegt sich in der Öffentlichkeit, wie man athmet in der Luft“,¹ formuliert Welcker in der Verfassungsdiskussion des Vormärzes. Dabei ist er von der Vorstellung geleitet, ein vollständig öffentlich stattfindender Staat sei nicht nur Desiderat, sondern der Demokratie kraft ihres antiken griechischen Ursprungs aufgegebener Naturzustand, den es zu verrechtlichen gelte. Die von ihm und anderen liberalen Theoretikern erhobene Forderung nach einer umfassenden rechtlich garantierten Öffentlichkeit des Staates scheiterte bekanntlich an der Realität des deutschen Konstitutionalismus und büßte deshalb ab der Mitte des 19. Jahrhunderts an Radikalität ein.² Das tat freilich der umfangreichen wissenschaftlichen Aufarbeitung von Öffentlichkeit keinen Abbruch. So wurde zutreffend bemerkt, dass „die Literatur zu Transparenz und Öffentlichkeit Bibliotheken sprengt“.³ Heute wird sich wohl nicht mehr ernsthaft daran zweifeln lassen, dass Publizität eine wesentliche Funktionsbedingung des Staates ist, die jedenfalls in gewisser Weise auch normativ von der Verfassung gewährleistet wird. Dass der Öffentlichkeit des Staates hier gleichwohl eine Untersuchung gewidmet werden soll, bedarf einer kurzen Erklärung.

Als etwa in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts eine am positiven Verfassungsrecht orientierte Diskussion um Öffentlichkeit einsetzte, wurde diese zunächst durch den hohen geistesgeschichtlichen Einschlag determiniert, der dem Öffentlichkeitsbegriff als Postulat der Aufklärung anhaftete. Denn Öffentlichkeit war zuerst Untersuchungsgegenstand der Staatslehre und wurde lange als überpositives politisches oder moralisches Prinzip behandelt. Gleichzeitig sind „Öffentlichkeit“ und der jüngere Begriff der „Transparenz“ Schlag- bzw. Mode- worte, die eine geradezu ungebrochene allgemeine Zustimmung auf sich vereinen können.⁴ Das deutsche öffentliche Recht hingegen weist historisch eine zumindest ambivalente Beziehung zu Öffentlichkeit auf.⁵ Dies wurde spätestens offen-

¹ Welcker, in: Staatslexikon X, 1848, S. 246 (249).

² Dazu Wegener, *Der geheime Staat*, 2006, S. 138 ff., 149 ff.

³ Wischmeyer, *Die Verwaltung* 51 (2018), S. 393 (394).

⁴ Gröschner, VVDStRL 63 (2004), S. 344 (346 ff., 354 ff.); August/Osrecki, in: *Der Transparenz-Imperativ: Normen – Praktiken – Strukturen*, 2019, S. 1 (2 ff.).

⁵ Smend, in: *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, S. 11 ff.

bar, als sich das deutsche Verwaltungsrecht in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts mit gemeinschaftsrechtlichen Publizitätserwartungen konfrontiert sah, die auf entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen fußten.⁶ Bis zu diesem Zeitpunkt wurde dem deutschen Verfassungsrecht weithin noch kein auch die Exekutive umfassendes Öffentlichkeitsgebot entnommen.

Die gemeinschaftsrechtlichen Publizitätserwartungen verdichteten sich in der Folge noch,⁷ aber bereits die Richtlinie 90/313/EWG wurde vom deutschen Gesetzgeber durch das UIG zunächst nur widerspenstig⁸ und unzureichend⁹ umgesetzt. In der hierdurch ausgelösten Diskussion um die weitere Veröffentlichung der Verwaltung wurde dann auch das Verfassungsrecht zunehmend als Argument nutzbar gemacht und nun dem Grundgesetz – nicht ohne jede rechtspolitische Motivation – vermehrt Publizitätsanforderungen entnommen, die immer häufiger auch auf die Exekutive, insbesondere die Verwaltung, bezogen waren. Diese Gemengelage aus überpositivem Einschlag, einem hohen Maß instinktiver Zustimmung, sowie den gemeinschaftsrechtlichen Publizitätserwartungen, die auf die historischen Schwierigkeiten des deutschen Rechts trafen, hat zu einem Forschungsstand geführt, der als festgefahren bezeichnet werden muss. Die nachfolgende Betrachtung will die auch heute¹⁰ noch nicht eindeutig geklärte Lage in der Literatur zum Anlass nehmen und der Frage nachgehen, ob das positive Verfassungsrecht ein durchgehendes Öffentlichkeitsgebot enthält, das sich als Verfassungsprinzip bezeichnen lässt.

B. Öffentlichkeit im Verfassungsrecht – eine Bestandsaufnahme

I. Diskussionsverlauf

Der Diskussionsverlauf unter dem Grundgesetz lässt sich in drei Phasen unterteilen. Die ersten Publikationen nach Inkrafttreten der Verfassung trugen dem

⁶ Vgl. schon den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt (Abl.EG Nr. L 158 S. 56 ff.). Dazu auch *Winter/Gurlit*, in: Öffentlichkeit von Umweltinformationen: Europäische und nordamerikanische Rechte und Erfahrungen, 1990, S. 1 (2 ff.); *von Schwanenflügel*, DVBl 1991, S. 93 (94 ff.).

⁷ Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates (ABl. L 41 vom 14. Februar 2003, S. 26 ff.).

⁸ Dafür spricht jedenfalls das Überschreiten der Umsetzungsfrist um mehr als anderthalb Jahre. Vgl. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 90/313/EWG; BGBl. I 1994, S. 1490 ff.

⁹ EuGH, Urteil vom 9. September 1999 – Rs C-217-97 – NVwZ 1999, S. 1209 ff. Siehe auch *Schoch/Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002, S. 31–32.

¹⁰ Vgl. etwa C. Möllers, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 317 (358–359).

überpositiven und geisteswissenschaftlichen Einschlag von Öffentlichkeit Rechnung (hierzu 1.). Danach wurde Öffentlichkeit als Verfassungsgebot zunehmend anhand positivrechtlicher Verfassungsbestimmungen untersucht (hierzu 2.). Wie eben angesprochen, lässt sich dann spätestens zum Ende des letzten Jahrhunderts eine Beeinflussung der Diskussion durch die aufgekommenen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und ihre nationale Umsetzung im Bereich der Verwaltungsöffentlichkeit beobachten (hierzu 3.).

1. Geisteswissenschaftlich-staatstheoretische Grundlegung

Die zunächst grundlegendste Abhandlung stammt zweifelsohne aus der Feder Rudolf Smends¹¹ und trägt den Titel „Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit“.¹² Neben einer semantisch-etymologischen Aufarbeitung des Begriffs der Öffentlichkeit setzt Smend die Begrifflichkeit in den europäischen Kontext und arbeitet schließlich die Besonderheiten der deutschen Verfassungsgeschichte heraus. Der Öffentlichkeitsbegriff beschreibe einerseits das „grundsätzliche, verfassungsmäßige Offenbarsein“, also das Faktum der „Zugänglichkeit zu den Bereichen von allgemeinem Interesse“, insbesondere die „Öffentlichkeit der staatlichen Gewalten selbst“.¹³ Die so verfasste Öffentlichkeit erschöpfe sich jedoch nicht in dieser Beschreibung, sondern umfasse gleichsam normativ die „Bezeichnung des eigentlichsten aufgegebenen Wesens moderner Staatlichkeit“.¹⁴ Dieser monumentalen Formulierung zum Trotz hatte der recht knapp gehaltene Beitrag jedenfalls nur den Anspruch einer ersten Wegebahnung.¹⁵ Die Erstveröffentlichung der bedeutenden gesellschaftsanalytischen Untersuchung von Jürgen Habermas¹⁶ im Jahr 1962 legte dann den Grundstein für weitere Publikationen, die unter den Begriffen des Öffentlichen und der Öffentlichkeit sowohl allgemein dem Verhältnis von Verfassung und Gesellschaft als auch dem verfassungsmäßigen Status weiterer staatlich-gesellschaftlich intermediärer

¹¹ Schon in „Verfassung und Verfassungsrecht“ begreift Smend staatliche Öffentlichkeit ausdrücklich als Voraussetzung des Integrationsprozesses Smend, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S. 119 (201). In der Tat wird sich das integrative Staatsverständnis Smends schwer im Arkanstaat verwirklichen lassen. Öffentlichkeit ist die Voraussetzung schlechthin für den integrativen Lebensvorgang des Staates im Smendschen Sinne.

¹² Smend, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11 ff. Zuvor hatte bereits Ehmke, AöR 79 (1953), S. 385 (394–395) das „Prinzip der Öffentlichkeit und Einsichtbarkeit des staatlichen Lebens“ angesprochen. Aus dem Schweizer Schrifttum Kalt, Das Prinzip der Öffentlichkeit staatlichen Handelns als Voraussetzung der demokratischen Willensbildung, 1953.

¹³ Smend, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11 (14).

¹⁴ Smend, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11 (17).

¹⁵ So äußerte Smend, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 11 die „Hoffnung auf abschließende Arbeiten anderer auf breiterer Grundlage“.

¹⁶ Hier zitiert in der Neuauflage Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990.