

Einstufung der Prüfungsmitteilung des Landesrechnungshofs Brandenburg vom 10. Juli 2015 über die "Betätigung des Landes Brandenburg als Gesellschafter der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH in Zusammenhang mit den Kostensteigerungen und Verzögerungen beim Bau des Flughafens BER" als Verschlussache mit dem Geheimhaltungsgrad "VS-NfD"

Bohm, Rolfdieter

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bohm, R. (2016). *Einstufung der Prüfungsmitteilung des Landesrechnungshofs Brandenburg vom 10. Juli 2015 über die "Betätigung des Landes Brandenburg als Gesellschafter der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH in Zusammenhang mit den Kostensteigerungen und Verzögerungen beim Bau des Flughafens BER" als Verschlussache mit dem Geheimhaltungsgrad "VS-NfD"*. (Wahlperiode Brandenburg, 6/20). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50870-3>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Einstufung der Prüfungsmitteilung des Landesrechnungshofs Brandenburg vom 10. Juli 2015 über die „Betätigung des Landes Brandenburg als Gesellschafter der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH in Zusammenhang mit den Kostensteigerungen und Verzögerungen beim Bau des Flughafens BER“ als Verschlussache mit dem Geheimhaltungsgrad „VS-NfD“

Bearbeiter: Rolfdieter Bohm

Datum: 8. Februar 2016

Die Ausarbeitungen des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A.	Auftrag und Sachverhalt.....	2
B.	Stellungnahme	5
I.	Vorbemerkungen	5
II.	Rechtsgrundlagen und Zuständigkeit.....	5
1.	Vornahme einer Einstufung von VS.....	5
2.	Änderung der Einstufung einer VS	7
3.	Bei einer Änderung der Einstufung zu beachtendes Verfahren.....	8
III.	Materielle Grundlagen der Einstufungsentscheidung.....	9
1.	Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Einstufung als VS	9
a)	Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses.....	11
b)	Kann sich die FBB als Unternehmen der öffentlichen Hand auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen berufen?.....	12
c)	Schlüssigkeit der von der FBB genannten Gründe	14
aa)	Schwächung der Stellung in Zivilprozessen	14
bb)	Schwierigkeiten bei der künftigen Finanzierung	15
cc)	Ergebnis der Schlüssigkeitsprüfung	16
d)	Mögliche weitere Gründe für eine Einstufung der Prüfungsmitteilung	16
aa)	Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Dritter.....	17
bb)	Informationen in konkreter Wettbewerbssituation.....	18
2.	Sinn und Zweck der Regelungen in der VSO-LT.....	18
IV.	Zusammenfassung und Hinweise	20

A. Auftrag und Sachverhalt

Der Landesrechnungshof Brandenburg (LRH) hat die Betätigung des Landes Brandenburg als Gesellschafter der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH (FBB) im Zusammenhang mit dem Bau des Flughafens BER und den hierbei erfolgten Verzögerungen und Kostensteigerungen geprüft. Das Ergebnis dieser Prüfung hat der Rechnungshof in einer Prüfungsmitteilung vom 10. Juli 2015, Az. III 1 – 30.04.09.00 (FBB), zusammengefasst und diese Prüfungsmitteilung dem Land Brandenburg, konkret dem Ministerium für Finanzen (MdF),

zugeleitet. Der Ausschuss für Haushaltskontrolle und der Sonderausschuss BER des Landtages Brandenburg haben, nachdem das Vorliegen dieser Prüfungsmittelung bekannt geworden war, den Landesrechnungshof gebeten, auch den jeweiligen Ausschüssen des Landtages diese Prüfungsmittelung zu übermitteln, da das MdF eine Übermittlung nicht vornehmen wollte.

Vor Übermittlung der Prüfungsmittelung an die genannten Ausschüsse des Landtags Brandenburg hat der LRH zunächst das MdF um Stellungnahme zur Frage konsultiert, ob aus Sicht des MdF eine Einstufung der Prüfungsmittelung als Verschlussache (VS) unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der FBB erfolgen solle. Das MdF hat hierbei auf die alleinige Zuständigkeit des LRH zur Wahrung des Geheimschutzes hingewiesen. Daraufhin hat sich der LRH an die FBB gewandt, was später vom MdF bemängelt wurde. Die FBB hingegen hat eine entsprechende Einstufung befürwortet und für notwendig erachtet. Insbesondere hat die FBB folgende Argumente für eine Einstufung der Prüfungsmittelung als VS angeführt:

Die FBB befürchtet, dass

- wirtschaftliche Schäden durch eine Einschränkung ihrer zivilprozessualen Verteidigungsmöglichkeiten gegen Schadensersatzforderungen aufgrund der Verschiebung der Eröffnungstermine eintreten könnten und
- ein Bekanntwerden der Prüfungsfeststellungen die laufenden Verhandlungen mit Banken, Gesellschaftern, Bürgen und der EU-Kommission zur weiteren Ausfinanzierung des Projekts BER negativ beeinflussen und zu Verzögerungen führen könnten.

Aufgrund dieser Bedenken der FBB hat der LRH nach Abwägung mit dem hier vom LRH angenommenen großen Informationsinteresses der Öffentlichkeit eine Einstufung der genannten Prüfungsmittelung als VS im Geheimhaltungsgrad „Verschlussache – nur für den Dienstgebrauch“ (VS – NfD) vorgenommen und den beiden Ausschüssen des Landtages Brandenburg übermittelt. Das besonders große Informationsinteresse der Öffentlichkeit gerade an dieser Prüfungsmittelung stützt der LRH auf den Umstand, dass die FBB insgesamt vollständig im Eigentum der drei öffentlichen Gesellschafter Land Bran-

denburg, Land Berlin und Bundesrepublik Deutschland stehe und der Bau des BER erheblich mit Haushaltsmitteln dieser drei öffentlichen Gesellschaftern finanziert wurde bzw. werde.

Auf Nachfrage der beiden Landtagsausschüssen zu den Gründen der Einstufung hat der LRH im Wesentlichen die eben dargestellten Hintergründe geschildert. Rechtlich beruft sich der LRH auf die Verschlussachenordnung des Landtages Brandenburg (VSO-LT), die als Anlage 5 der Geschäftsordnung des Landtages Brandenburg vom Landtag (GOLT) beschlossen wurde. Hiernach sei in § 3a VSO-LT eine solche Einstufung als VS zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vorgesehen. Zwar binde die Geschäftsordnung des Landtages den LRH selbst nicht, da sie nur Binnenrecht des Landtages sei. Da aber die Übermittlung der Prüfungsmitteilung an den Landtag zur Beratung in seinen Ausschüssen erfolge, habe der LRH diese Vorschrift analog angewandt.

Weiter führt der LRH in seinem (nicht als VS eingestuften) Erläuterungsschreiben auf Seite 3 noch Folgendes aus:

„... Die Mitglieder [des Ausschusses – Erläuterung des Unterzeichners] können bereits vor der Sitzung von dessen Inhalt Kenntnis nehmen und sich ein Bild darüber machen, ob die Einstufung nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Sinn und Zweck ihrer Regelung entspricht. Sich über den Sinn und Zweck der parlamentarischen Regelungen und ihrer konkreten Anwendung auf den vorliegenden Fall zu verständigen, obliegt jedoch dem Ausschuss selbst. Um diesen Meinungsbildungsprozess zu unterstützen böte sich die Einholung eines entsprechenden Gutachtens des parlamentarischen Beratungsdienstes an.“

Etwas weiter wirft der LRH noch die Frage auf, ob die FBB, da sie vollständig in öffentlichem Eigentum stehe, überhaupt grundrechtsberechtigt sei und sich somit auf die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG berufen könne.

Vor diesem Hintergrund wurde der Parlamentarische Beratungsdienst um eine gutachtliche Stellungnahme zur Begründung der Einstufung der Prüfungsmitteilung als VS-NfD gebeten.

B. Stellungnahme

I. Vorbemerkungen

Dem Parlamentarischen Beratungsdienst wurde die als VS in der Geheimhaltungsstufe VS-NfD eingestufte Prüfungsmittelung des LRH selbst nicht zugeleitet und stand somit für eine gutachterliche Stellungnahme nicht zur Verfügung. Daher befassen sich die Ausführungen in diesem Gutachten nur mit den im Erläuterungsschreiben des LRH vom 25. Januar 2016 genannten Überlegungen und Begründungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Folglich kann nur eine Prüfung der Plausibilität der Ausführungen des LRH erfolgen. Dies wurde – auch mit Blick auf die Kürze der zur Bearbeitung durch den Parlamentarischen Beratungsdienst zur Verfügung stehenden Zeit – so mit dem Auftraggeber vereinbart.

Inhaltlich wird zunächst auf die Rechtsgrundlagen und die Frage der Zuständigkeit zur Einstufung und zur Änderung der Einstufung eingegangen. Im Weiteren wird auf die materiellen Grundlagen der Einstufung und auf die vom LRH aufgeworfene Frage nach der Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der FBB unter dem Gesichtspunkt der fraglichen Grundrechtsträgerschaft der FBB behandelt und hierbei auch die von der FBB genannten Argumente für eine Einstufung einer kritischen Betrachtung unterzogen. In einem abschließenden Abschnitt werden die Ergebnisse zusammengefasst und einige Hinweise zum möglichen weiteren Vorgehen gegeben.

II. Rechtsgrundlagen und Zuständigkeit

1. Vornahme einer Einstufung von VS

Die allgemeine Rechtsgrundlage über die Einstufung von VS im Land Brandenburg findet sich im Sicherheitsüberprüfungsgesetz.¹ Das BbgSÜG gilt als förmliches vom Landtag Brandenburg beschlossenes Gesetz für alle Personen und Behörden in Brandenburg. Nach § 3 Abs. 3 BbgSÜG sind aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes lediglich folgende Personengruppen ausgenommen:

¹ BbgSÜG vom 30. Juli 2001, GVBl. I, S. 126, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. März 2012, GVBl. I Nr. 16.

- Mitglieder des Landtages und der Landesregierung im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Stellung,
- Richter, soweit sie Aufgaben der Rechtsprechung wahrnehmen, und
- ausländische Staatsangehörige, die in der Bundesrepublik Deutschland im Interesse zwischenstaatlicher Einrichtungen und Stellen eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BbgSÜG ausüben sollen.

Hieraus folgt, dass Mitglieder des Landtages und der Landesregierung kraft ihrer verfassungsrechtlichen Stellung Zugang zu Verschlussachen haben und keiner gesonderten Sicherheitsüberprüfung, wie sie ansonsten nach § 3 Abs. 1 BbgSÜG erforderlich ist, bedürfen.

In § 6 Abs. 1 BbgSÜG ist der Begriff der Verschlussache allgemein wie folgt definiert:

„Verschlussachen sind im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, unabhängig von ihrer Darstellungsform. Sie werden entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung eingestuft.“

In § 6 Abs. 2 BbgSÜG findet sich dann die nähere Definition der vier bekannten Geheimhaltungsstufen von „Verschlussache – nur für den Dienstgebrauch“ (= VS-NfD) bis „STRENG GEHEIM“, wie sie inhaltlich parallel auch in der Verschlussachenordnung des Landtages Brandenburg² definiert sind. Die VSO-LT bindet als Anlage zur Geschäftsordnung nur den Landtag und die Mitglieder des Landtages und ergänzt das BbgSÜG, das – wie eben dargelegt – für die Mitglieder des Landtages im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Stellung nicht gilt. Soweit die Verwaltung des Landtages Brandenburg betroffen ist, gilt die Ausnahme im Anwendungsbereich gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 BbgSÜG nicht. Daher ordnet insoweit folgerichtig auch § 1 Abs. 4 VSO-LT für den Umgang der Landtagsverwal-

² VSO-LT = Anlage 5 zur Geschäftsordnung des Landtages Brandenburg für die 6. Wahlperiode vom 24. März 2015, GVBl. I Nr. 8. Die allgemeine Definition der Verschlussachen in der VSO-LT findet sich in § 3 Abs. 1.

tung mit Verschlussachen die Geltung der Verschlussachenanweisung für Landesbehörden³ an, die ihrerseits letztlich die „erforderliche Verwaltungsvorschrift“ im Sinne des § 36 Abs. 1 BbgSÜG darstellt.

Für den LRH findet somit die VSO-LT keine unmittelbare Anwendung, sondern es gilt lediglich das BbgSÜG und die VSA BB. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BbgSÜG erfolgt die Einstufung als VS durch eine amtliche Stelle bzw. auf Veranlassung einer amtlichen Stelle. Damit ist die herausgebende Stelle einer VS gemeint, wie dies § 8 Abs. 1 Satz 1 VSA BB ausdrücklich vorsieht. Die herausgebende Stelle bestimmt über die Einstufung als VS und prüft hierbei die Notwendigkeit einer Einstufung und – falls eine solche zu bejahen ist – den konkret festzulegenden Geheimhaltungsgrad innerhalb der bekannten vier Stufen (§ 8 Abs. 2 VSA BB).

2. Änderung der Einstufung einer VS

Die herausgebende Stelle ist nach § 9 Abs. 1 VSA BB auch für die Änderung oder Aufhebung des angeordneten Geheimhaltungsgrades zuständig.

Da vorliegend eine Einstufung der Prüfungsmitteilung als VS im Geheimhaltungsgrad VS-NfD durch den LRH erfolgte, ist auch dieser für eine etwaige Änderung bzw. Aufhebung der Einstufung zuständig. Nach § 9 Abs. 1 VSA BB ist eine Änderung oder Aufhebung einer Einstufung vorzunehmen, sobald die Gründe für die bisherige Einstufung weggefallen sind. § 9 Abs. 1 VSA BB regelt somit strenggenommen nicht den Fall, dass sich eine vorgenommene Einstufung als von Anfang an unzutreffend erweist. Da jedoch in diesem Fall eine Aufhebung oder Herabsetzung erst recht („argumentum a fortiori“) erforderlich ist, ist

³ Die Verschlussachenanweisung für die Behörden des Landes Brandenburg – VSA BB – wurde von der Landesregierung am 16. April 1991 beschlossen. Zu diesem Zeitpunkt bestand generell für den Geheimschutz weder im Bund noch auf Landesebene eine gesetzliche Grundlage. Eine solche wurde auf Bundesebene erst mit dem dortigen Sicherheitüberprüfungsgesetz vom 20. April 1994 (BGBl. I, S. 867, zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. Dezember 2015, BGBl. I, S. 2161) geschaffen. Sie ist somit älter als das BbgSÜG. Da aber seit dem Inkrafttreten des BbgSÜG keine „neue“ VSA BB beschlossen wurde, gilt diese als Verwaltungsvorschrift i.S.d. § 36 Abs. 1 BbgSÜG weiter, da sie bislang nicht aufgehoben worden ist. Seitens der Landesregierung ist schon lange eine Überarbeitung der VSA BB angekündigt. Eine solche Anpassung bzw. Überarbeitung der VSA BB wäre sinnvoll, da die entsprechende Verschlussachenanweisung der Bundesregierung im Jahr 2006 in einer aktualisierten Form vorgelegt wurde. Die Verschlussachenanweisung des Bundes (VSA-Bund) kann unter folgendem Link abgerufen werden:

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Sicherheit/SicherheitAllgemein/VSA.pdf?__blob=publicationFile.

davon auszugehen, dass zum einen eine solche Änderung oder Aufhebung möglich ist und zum anderen die Zuständigkeit für die Änderungs- bzw. Aufhebungsentscheidung ebenso bei der herausgebenden Stelle liegt.

Diese Zuständigkeitszuweisung ist auch sachgerecht. So kennt nur die herausgebende Stelle die maßgebenden Überlegungen, die zur Einstufungsentscheidung geführt haben, und alle hierfür notwendigen Tatsachen.⁴ Da nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VSA BB bei einer Änderung oder Aufhebung einer VS-Einstufung alle Empfänger der VS zu benachrichtigen sind, ergibt sich auch hieraus eine sachliche Rechtfertigung für die Zuweisung der Änderungskompetenz an die herausgebende Stelle, da diese alle Empfänger kennt und bei sachgerechtem Vorgehen auch dokumentiert hat. Schließlich spricht auch das sog. „actus-contrarius-Prinzip“⁵ für diese Zuständigkeitszuordnung. Wer die Einstufung vornimmt, hat auch über die Rückstufung zu entscheiden.⁶

3. Bei einer Änderung der Einstufung zu beachtendes Verfahren

Weder das BbgSÜG noch die hier maßgebliche VSA BB enthalten nähere Bestimmungen über das bei einer Einstufungsänderung zu beachtende Verfahren. Es ist daher auf allgemeine Überlegungen abzustellen.

Da im Falle einer Rückstufung, d.h. im vorliegenden Fall einer Freigabe der Prüfungsmitteilung, möglicherweise schutzwürdige Rechte von Beteiligten des Prüfungsverfahrens und damit mögliche Betroffene der Prüfungsmitteilung verletzt sein können, ist diesen vor einer Änderungs- bzw. Freigabeentscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Daher sollte der LRH, bevor er tatsächlich eine Änderung vornimmt, sowohl dem MdF (als Empfänger der

⁴ Hierzu gehören insbesondere auch die vollständigen Prüfungsakten des LRH. Die hier fragliche Prüfungsmitteilung fasst das Ergebnis der Prüfung zusammen und wird aus den im Rahmen der Prüfung gewonnenen Erkenntnissen des LRH erstellt. Hierzu gehören u.a. Betriebs- und Geschäftsunterlagen der geprüften Stelle(n), Vermerke über Gespräche und Erläuterungen mit Mitarbeitern, Stellungnahmen der geprüften Stelle(n) etc. Unter Umständen maßgebliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dürften daher zunächst lediglich in diesem sachlichen Ausgangsmaterial der Prüfungsmitteilung enthalten gewesen sein und hieraus in die Prüfungsmitteilung, die eine bewertende Verdichtung des ausgewerteten Materials darstellt, Eingang gefunden haben.

⁵ Siehe zu diesem Prinzip zuletzt etwa VG Hamburg, Beschluss vom 22. Mai 2014, Az. 2 E 1688/14, juris.

⁶ Zu diesem Ergebnis führt auch eine Anwendung der – aus den genannten Gründen hier für den LRH nicht einschlägigen – VSO-LT: Nach § 4 Abs. 4 VSO-LT bestimmt die herausgebende Stelle über die Einstufung und – mangels gesonderter Regelungen – damit auch über die Änderung der Einstufung. Da hier die Einstufung durch den LRH erfolgt ist, von dem auch die fragliche Prüfungsmitteilung erstellt wurde, ist der LRH die herausgebende Stelle im Sinne dieser Vorschrift. Damit ist es im Ergebnis irrelevant, ob man die Zuständigkeit nach dem BbgSÜG i.V.m. der VSA BB oder nach der VSO-LT bestimmt.

Prüfungsmittelung und inhaltlich Hauptbetroffenem) als auch der FBB die Gelegenheit zur Stellungnahme geben.⁷ Die eingehenden Stellungnahmen sollten dann im notwendigen Abwägungsvorgang Berücksichtigung finden.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 VSA BB hat – im Falle einer Änderung der VS-Einstufung – der LRH als herausgebende Stelle alle Empfänger der VS zu benachrichtigen. Dies bedeutet, dass eine kurzfristige, ggf. im Rahmen einer Sitzung eines Ausschusses des Landtages Brandenburg erfolgende, Rücknahmeentscheidung des LRH nicht zu erwarten ist und aus den genannten verfahrensrechtlichen Überlegungen auch (kaum) rechtmäßig ergehen kann. U.a. vor diesem Hintergrund erklärt sich die vorsichtige Formulierung am Ende des Schreibens des LRH, wonach der LRH bereit sei, „*die Einstufung vor diesem Hintergrund zu überdenken.*“

III. Materielle Grundlagen der Einstufungsentscheidung

1. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Einstufung als VS

Im vorliegenden Fall ergibt sich eine Besonderheit daraus, dass der LRH die Einstufung der Prüfungsmittelung darauf stützt, dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der FBB eine solche Einstufung erfordere. Ein solcher Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist weder im BbgSÜG noch in der VSA BB ausdrücklich erwähnt, wohl aber in § 3a VSO-LT. Die VSA-Bund sieht in ihren Hinweisen zur Einstufung⁸ inzwischen auch eine Einstufung zum Schutz Belange Dritter vor, soweit diese von der

⁷ So wie dies bereits im Verfahren der Einstufung geboten war, ist eine solche Beteiligung der FBB im Rückstufungs-/Aufhebungsverfahren der VS-Einstufung naheliegend. Zugleich werden damit etwaige Haftungsrisiken, die im Falle einer möglicherweise rechtswidrigen Änderungsentscheidung des LRH – theoretisch – drohen könnten, minimiert. Wenn die FBB Gelegenheit zur Prüfung und zur Stellungnahme hatte und keine oder keine stichhaltigen Einwendungen erhoben hatte, kann einem möglichen Schadensersatzanspruch der zivilrechtliche Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB entgegengehalten werden. Dieser Einwand kann den an sich möglichen Anspruch sogar gänzlich ausschließen (Mitverschulden zu 100 %).

Im Ergebnis ähnelt dann das erforderliche Vorgehen der Vorschrift des § 5 Abs. 2 AIG. Auch dort wird im Falle der Berührung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Gewährung von Akteneinsicht nach dem AIG zugunsten des betroffenen Unternehmens ein Anhörungs- bzw. Beteiligungsrecht eingeräumt.

Auch im Falle der Rückstufung oder Freigabe von VS der Nachrichtendienste des Bundes werden alle am Zustandekommen der Informationen in der zu prüfenden VS beteiligten Stellen beteiligt. Diese dort „Konsultationsverfahren“ genannte Vorgehensweise hat insbesondere im Verfassungsschutzverbund, der von einem intensiven wechselseitigen Austausch von Informationen zwischen dem Bundesamt für Verfassungsschutz und den Landesbehörden für Verfassungsschutz gekennzeichnet ist, große Bedeutung.

⁸ Anlage 1 zur VSA-Bund, S. 1 unten.

Bundesrepublik zu schützen sind. Hierbei werden u.a. auch die Pflicht zur Wahrung von Dienst- und Steuergeheimnissen oder persönlicher Daten Dritter als in Betracht kommende schützenswerte Belange genannt. Entsprechende ausdrückliche Regelungen – sei es gesetzlich oder in einer Verwaltungsvorschrift – gibt es in Brandenburg derzeit außerhalb der VSO-LT nicht. Daher hat der LRH seine Entscheidung mit einer Analogie zu § 3a VSO-LT begründet. Dies scheint, da insoweit im Brandenburgischen Landesrecht eine (planwidrige)⁹ Regelungslücke besteht, durchaus sachgerecht. Dies gilt umso mehr, als es um die Einstufung der Prüfungsmittelteilung im Zusammenhang mit der Übermittlung an den Landtag Brandenburg ging. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass aus § 7 Abs. 4 Satz 3 VSO-LT eine gewisse Außenwirkung folgt, da dort die herausgebenden Stellen außerhalb des Landtages ausdrücklich an ihre eigene Pflicht zur Prüfung einer VS-Einstufung erinnert werden. Daher kann eine Analogie zu § 3a VSO-LT die sich aus dem materiellen Recht ergebende Lücke auch sachgerecht schließen.

Letztlich kommt es aber nach hier vertretener Auffassung hierauf nicht an. Entscheidend dürfte im Ergebnis sein, ob die Berücksichtigung schutzwürdiger Belange Dritter im Interesse des Landes und eine Nichtberücksichtigung dieser Belange und die damit verbundene Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder nachteilig ist (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 BbgSÜG). Dies ist – dem Grunde nach – jedenfalls denkbar, da bei einem Verstoß gegen den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dem Land Brandenburg möglicherweise erhebliche Schadensersatzansprüche¹⁰ drohen und ferner die Durchführung der im öffentlichen Interesse liegenden Infrastrukturaufgabe „Flughafen BER“, in die bereits erhebliche öffentliche Mittel geflossen sind, erheblich erschwert werden könnte. Diese zumindest erheblichen – wenn auch mittelbaren – Auswirkungen einer (schuldhaften) Verletzung relevanter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter vermag damit – auch ohne die ausdrückliche Vorschrift des § 3a VSO-LT – für den Fall eines Bekanntwerdens der Informationen bei Unbefugten eine maßgebliche Interessengefährdung des Landes Brandenburg (und infolge der Beteiligung des Bundes und des Landes Berlin an der FBB möglicherweise auch der Bundesrepublik

⁹ Die Planwidrigkeit der Lücke wird schon daraus erkennbar, dass auch die Landesregierung die Notwendigkeit einer Überarbeitung der VSA BB schon lange für erforderlich erachtet. Diese Notwendigkeit wird u.a. mit den fehlenden Regelungen zum Schutz privater Dritter begründet.

¹⁰ Bei einer Verletzung von zu schützenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kommen Schadensersatzansprüche gegen die öffentliche Hand nach Maßgabe von § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG bzw. dem Staatshaftungsgesetz in Betracht.

und eines weiteren Landes) im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 BbgSÜG zu rechtfertigen. So verlangt das Bundesverfassungsgericht die Berücksichtigung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ausdrücklich und dies sogar bei der Durchführung gerichtlicher Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz.¹¹

Dies gilt allerdings nur, wenn tatsächlich relevante und aus Sicht des Landes rechtlich zu schützende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen. Dies ist daher im Folgenden näher zu untersuchen.

a) Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses

Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, wird aber in der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹² näher konkretisiert. Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist Art. 12 Abs. 1 GG. Werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vom Staat offenbart oder verlangen staatliche Stellen die Offenlegung, ist im Regelfall der Schutzbereich der Berufsfreiheit bzw. der Freiheit der unternehmerischen Betätigung betroffen.¹³

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind nach der Rechtsprechung Tatsachen, für die alle folgenden Merkmale kumulativ erfüllt sein müssen:

- Sie müssen sich auf einen bestimmten gewerblichen Betrieb beziehen,
- sie sind nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig,
- sie sollen nach dem erkennbaren Willen des Unternehmens geheim gehalten werden (subjektiver Geheimhaltungswille) und
- für sie haben die Unternehmen ein (im objektiven Sinne) berechtigtes wirtschaftliches Geheimhaltungsinteresse.¹⁴

¹¹ Siehe bei BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006, 1 BvR 2087, 2111/03, juris, Rn. 87

¹² So etwa in der Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses des BGH zu § 17 UWG, BGH, Urteil vom 10. Mai 1995, 1 StR 764/94, juris, Rn. 12.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 (Fn. 11), Rn. 81 f. Die Freiheit der unternehmerischen Betätigung wird außerdem auch auf Art. 14 GG gestützt. Soweit ausländische Unternehmen als „Nichtdeutsche“ sich nicht auf den Schutz des Art. 12 GG berufen können, erfolgt der Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG; so etwa VG Berlin, Beschluss vom 20. Dez. 2012, Az. 27 L 259.12, juris, Rn. 32.

¹⁴ Siehe insgesamt zum Vorstehenden mit weiteren Nachweisen und Begründungen Gutachten des PBD vom 23. Juni 2014 (Bearb. *Platter*), Auskunfts- und Informationsrechte im Vergleich (Presserecht – AIG

Nach den Ausführungen des LRH sind entsprechende Informationen in der Prüfungsmitteilung vorhanden. Somit kommt grundsätzlich eine Einstufung zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der FBB in Betracht.

b) Kann sich die FBB als Unternehmen der öffentlichen Hand auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen berufen?

Der LRH wirft in seinem Anschreiben allerdings eine wichtige Frage auf. 100 % der Geschäftsanteile der FBB befinden sich in Inhaberschaft der öffentlichen Hand.¹⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein solches Unternehmen unabhängig von seiner privatrechtlichen Rechtsform als Grundrechtsverpflichteter und nicht als Grundrechtsträger anzusehen.¹⁶ Diese Überlegung würde somit – aus grundrechtlicher Sicht – einen für den LRH und auch für den Landtag Brandenburg beachtlichen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der FBB ausschließen. Dies gilt umso mehr, als gerade bei solchen Unternehmen der öffentlichen Hand, die in privatrechtlicher Rechtsform organisiert sind, aber in erheblichem Umfang mit Haushaltsmitteln¹⁷ unterstützt werden, ein erhebliches öffentliches Interesse an einer umfassenden Kontrolle besteht. Dieses Kontrollinteresse war wohl auch Anlass für die Prüfung durch den LRH. Ferner hat der Landtag Brandenburg als Haushaltsgesetzgeber ein berechtigtes Interesse an der Kontrolle der Verwendung der von ihm bewilligten Haushaltsmittel bzw. Finanzierungshilfen durch die FBB bzw. das zuständige MdF, das durch eine Einstufung der ihm zur Verfügung stehenden Beratungsgrundlage nicht beeinträchtigt werden würde. Das Interesse des Landtages geht aber darüber hinaus: Erst durch eine öffentliche Beratung und die Möglichkeit für die

– Art. 56 Abs. 3 und 4 LV – unter besonderer Berücksichtigung der parlamentarischen Kontrolle öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform), S. 19 ff.

¹⁵ Konkret sind dies zu je 37 % die Länder Brandenburg und Berlin sowie zu 26 % der Geschäftsanteile die Bundesrepublik Deutschland.

¹⁶ Siehe hierzu etwa BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011, Az. 1 BvR 699/06, Beschluss vom 18. Mai 2009, Az. 1 BvR 1731/05 oder aus allerjüngster Zeit zwei weitere Beschlüsse vom 2. und 3. November 2015 (Az. 1 BvR 1530/15 und 1 BvR 1531/15 vom 2. November und Az. 1 BvR 1766/15, 17 BvR 1783/15 und 1 BvR 1815/15 vom 3. November 2015), alle abrufbar unter juris.

Siehe zu dieser Problematik unter näherer Darlegung des Meinungs- und Streitstandes sowie mit zahlreichen weiteren Nachweisen auch das Gutachten des PBD vom 23. Juni 2014 (Fn. 14), S. 78 ff.

¹⁷ Eine Unterstützung kommt durch Zuführung entsprechender Eigenkapitalmittel in Betracht. Denkbar sind auch Gesellschafterdarlehen, die – je nach Ausgestaltung – eigenkapitalersetzenden Charakter haben können. Hinzu kommen ev. Finanzierungshilfen durch Gewährung von Sicherheiten (z.B. Bürgschaften etc.), welche die Finanzierung des Unternehmens ermöglichen bzw. erleichtern.

Abgeordneten des Landtages, über die Beratung und die Beratungsgrundlage in der Öffentlichkeit zu sprechen und zu diskutieren, kann eine wirksame politische Bewertung und Kontrolle erfolgen.

Jedoch erkennen die Gerichte auch in diesen Fällen dem Grundsatz nach ein schutzwürdiges Interesse an einer Geheimhaltung entsprechender Informationen an, das sich zwar nicht auf Grundrechte stützen lässt, aber dennoch einer Offenlegung entgegenstehen kann. Die Gerichte haben dies bislang im Wesentlichen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Ansprüchen nach den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes oder der Länder¹⁸ entschieden.

Voraussetzung für einen solchen Geheimnisschutz öffentlicher Unternehmen ohne grundrechtliche Grundlage ist aber, dass das Unternehmen – wie ein privates – im Wettbewerb steht. Diese Wettbewerbssituation ist für die FBB im Grundsatz zu bejahen, da sie mit anderen Flughafenbetreibern im Wettbewerb um Flugangebote von Fluggesellschaften oder um Anbieter von Laden- oder sonstigen Geschäften bzw. Leistungen im Flughafengebäude bzw. zum Betrieb des Flughafens allgemein steht.¹⁹ In diesem Fall ist aber eine Abwägung²⁰ zwischen dem Geheimhaltungsinteresse, das sich auch aus dem einfachen Recht ergibt kann, und dem Offenbarungsinteresse vorzunehmen. Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass einem solchen öffentlichen Unternehmen keine Grundrechte zustehen und somit im Grundsatz eine geringere Schutzbedürftigkeit als einem (rein) privaten Unternehmen zukommt.

Da dem Parlamentarischen Beratungsdienst weder die Prüfungsmitteilung selbst noch die dieser zugrundeliegenden Prüfungsunterlagen bekannt sind, kann zur Schlüssigkeit der Abwägung durch den LRH keine nähere Stellungnahme abgegeben werden. Es kann in-

¹⁸ In Brandenburg ist dies das AIG.

Als Beispiel für eine solche Entscheidung auf Grundlage des Berliner IFG kann der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 2015, Az. 20 F 4/14, juris, genannt werden. Dort wird unter Rn. 21 ff. ausdrücklich eine vergleichbare Konstellation hingewiesen und trotz fehlenden Grundrechtsschutzes ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse – jedenfalls teilweise – anerkannt.

¹⁹ Zum Wettbewerb zwischen Flughäfen und zur Rechtsprechung des EuGH hierzu vgl. die Mitteilung der Kommission zu Leitlinien für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl. C 2014, S. 3 ff.

²⁰ Auf die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung weist das Bundesverwaltungsgericht (Fn. 18), Rn. 22, ausdrücklich hin. Diese Abwägung hat der LRH ausweislich seines Schreibens auch vorgenommen.

soweit allenfalls eine Prüfung der rechtlichen Plausibilität der von der FBB genannten Gründe zum Schutzbedarf ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erfolgen.

c) Schlüssigkeit der von der FBB genannten Gründe

Die FBB nennt im Wesentlichen zwei Hauptargumente, die aus ihrer Sicht für eine Einstufung der Prüfungsmitteilung als VS sprechen und die der LRH für seine Abwägung für maßgeblich gehalten hat.

aa) Schwächung der Stellung in Zivilprozessen

Als erstes Argument nennt die FBB, dass sie bei Bekanntwerden der Prüfungsmitteilung wirtschaftliche Schäden durch eine Einschränkung ihrer zivilprozessualen Verteidigungsmöglichkeiten gegen Schadensersatzforderungen aufgrund der Verschiebung der Eröffnungstermine des BER erleiden könnte.

Dieses Argument ist zunächst einleuchtend und nachvollziehbar. Bei genauerer Betrachtung ist allerdings auf § 138 Abs. 1 ZPO, die sogenannte prozessuale Wahrheitspflicht, hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift hat eine Partei im Zivilprozess²¹ ihre Erklärungen vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben. Es handelt sich hierbei aus Gründen der geordneten Rechtspflege um eine sowohl gegenüber dem Gericht als auch gegenüber dem Gegner bestehende Pflicht.²² Danach besteht ein Verbot einer wissentlichen Falschaussage und erstreckt sich auch auf Behauptungen und Bestreiten tatsächlicher Umstände. Ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht ist ferner die bewusste Behauptung unwahrer Tatsachen ebenso wie das Verschweigen bekannter Tatsachen, deren Vortrag für die begehrte Entscheidung erforderlich ist (sog. Halbwahrheit).²³

Soweit Mitarbeiter der FBB²⁴ als Zeugen im Prozess auftreten, unterliegen sie uneingeschränkt der Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage, auch soweit sie u.U. damit die Position ihres Arbeitgebers im Prozess beeinträchtigen.²⁵

²¹ Diese Vorschrift findet über § 46 Abs. 2 ArbGG auch in Prozessen vor den Arbeitsgerichten Anwendung.

²² Siehe hierzu bei Greger, in: Zöller, ZPO-Kommentar, 31. Auflage, 2016, Rn. 1 zu § 138 ZPO.

²³ So Greger, in: Zöller (Fn. 22), Rn. 2 f.

²⁴ Der oder die Geschäftsführer der FBB kommen nicht als Zeugen im Zivilprozess in Betracht. Sie können lediglich als Partei angehört oder ggf. als Partei vernommen werden.

Vor diesem Hintergrund ist somit das Argument der FBB zu relativieren. Sie steht – im Falle eines Prozesses – in der Pflicht, zutreffende Angaben zu machen. Dies gilt im prozessualen Vortrag und für Mitarbeiter etc. als Zeugen. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn dies zu Nachteilen im Prozess führen kann bzw. führt. Insoweit wird das plausible wirtschaftliche Interesse der FBB durch prozessuale Pflichten überlagert. Die Stichhaltigkeit des Arguments ist daher einer kritischen Würdigung im Rahmen der Abwägungsentscheidung zu unterziehen.

bb) Schwierigkeiten bei der künftigen Finanzierung

Das zweite Hauptargument der FBB ist der Umstand, dass ein Bekanntwerden der Prüfungsfeststellungen zu Schwierigkeiten bei den laufenden Verhandlungen mit Banken, Gesellschaftern, Bürgen und der EU-Kommission zur weiteren Ausfinanzierung des Projekts führen könnte.

Auch dieses Argument ist zunächst überzeugend, zumal bei einem Scheitern der Finanzierung das gesamte Projekt BER in Frage stünde und damit ein erheblicher Schaden auch für die Gesellschafter, mithin auch für das Land Brandenburg, eintreten könnten. Allerdings ist hier ebenfalls eine nähere Betrachtung vorzunehmen:

Soweit die Gesellschafter genannt werden, so haben diese ein Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen und ihnen ist von der Geschäftsführung über alle Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft zu geben (§ 51a GmbHG). Im Übrigen sind zumindest hinsichtlich des Gesellschafters „Land Brandenburg“ die Feststellungen der Prüfung ohnehin bekannt, da das MdF unabhängig von der Einstufung als VS die Prüfungsmittelung erhalten hat. Eine Schutzwürdigkeit kann sich daher aus diesem Gesichtspunkt nicht ergeben.

Soweit die EU-Kommission angesprochen ist, so sind dieser im Rahmen des Beihilfenprüfungsverfahrens nach dem einschlägigen Recht der EU²⁶ die notwendigen Informationen vollständig und zeitnah zur Verfügung zu stellen.²⁷ Die EU-Kommission kann ferner

²⁵ Zu der Zeugenpflicht siehe etwa *Fischer*, Kommentar zum StGB, 63. Auflage, 2016, Rn. 5 f. zu § 153 StGB

²⁶ Art. 107 ff. AEUV.

²⁷ Siehe Art. 2 Abs. 2 der Beihilfeverfahrensverordnung (VO Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999, ABI. L 83, S. 1, zuletzt geändert durch VO Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013, ABI. L 204, S. 15).

weitere Auskünfte verlangen und ggf. auch bei Dritten Informationen einholen.²⁸ Das bedeutet, dass die FBB gegenüber der EU-Kommission ebenfalls grundsätzlich zur Unterbreitung vollständiger und wahrheitsgemäßer Unterlagen und Angaben verpflichtet ist.

Soweit Kreditgeber angesprochen sind, so besteht im Zusammenhang mit der Gewährung von Krediten im Regelfall ebenfalls die Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Schilderung aller kreditmaßgeblichen Umstände. Ansonsten könnte u.U. sogar eine Strafbarkeit für die konkret handelnden Personen aus dem Bereich der FBB aus § 265b StGB (Kreditbetrug) in Betracht kommen. Nach § 265b Abs. 1 Nr. b) StGB können schriftliche unrichtige oder unvollständige Angaben, die für den Kreditnehmer vorteilhaft und für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, bereits den Tatbestand des Kreditbetruges erfüllen.²⁹

cc) Ergebnis der Schlüssigkeitsprüfung

Beide von der FBB genannten Hauptargumente für eine Einstufung der Prüfungsmittelung als VS bedürfen bei näherer Betrachtung einer weiteren Darlegung durch die FBB und Prüfung durch den LRH. Es bestehen gewisse Zweifel, inwieweit ein Bekanntwerden von Informationen aus der Prüfungsmittelung aus den von der FBB genannten Gründen bei Beachtung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften (§ 138 Abs. 1 ZPO, EU-Beihilfeverfahrensverordnung etc.) tatsächlich zu einem rechtlich relevanten Nachteil für die FBB führen kann. Ferner wäre der FBB hierzu auch nähere Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

d) Mögliche weitere Gründe für eine Einstufung der Prüfungsmittelung

Die Einstufungsentscheidung des LRH könnte aber trotz der kritischen Ausführungen zu den Argumenten der FBB im Ergebnis zutreffend sein. Hierbei kommen insbesondere folgende Überlegungen in Betracht:

²⁸ Siehe Art. 5 Abs. 1 und Art. 6a VO Nr. 659/1999 (Fn. 27).

²⁹ Zu den näheren Einzelheiten des Tatbestandes sowie zu den notwendigen Angaben und Hinweisen im Kreditantrag etc. siehe bei *Fischer* (Fn. 25), Rn. 23 ff. zu § 265b StGB und bei *Perron*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 28. Auflage, 2010, Rn. 30 ff. zu § 265b StGB.

aa) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Dritter

Soweit bekannt, erfolgte durch den LRH eine sehr umfassende Tiefenprüfung. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass auch in der Prüfungsmitteilung Informationen enthalten sind, die von Dritten als Vertragspartnern der FBB herrühren und möglicherweise dortige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, für deren Schutz die FBB aufgrund ihrer vertraglichen Bindung mit diesen Dritten einzustehen hat.³⁰ Denkbar ist dies etwa für technische Lösungen im Zusammenhang mit dem Bau des BER, die von Dritten entwickelt und im BER realisiert werden sollen, oder für im Rahmen von Vergabeverfahren der FBB übermittelte wirtschaftliche Daten/Referenzen/Kalkulationen von Vertragspartnern, die ebenfalls als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu betrachten sein können.

Soweit es sich bei diesen Vertragspartnern um Unternehmen in privater Hand handelt, stehen diesen (dritten) Unternehmen die Grundrechte aus Art. 12 GG bzw. ergänzend aus Art. 14 bzw. 2 Abs. 1 GG³¹ zur Seite. Mithin stellt sich in diesem Zusammenhang das oben diskutierte Problem der fehlenden Grundrechtsträgerschaft der FBB nicht und im Falle der notwendigen Abwägung sind diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter mit dem „vollen Schutzniveau“ zu bewerten.

Allerdings ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Vertragspartner eines Unternehmens, das im Eigentum der öffentlichen Hand steht, mit stärkerer Kontrolle und Transparenz durch entsprechende Aufsichts- und Kontrollgremien (Aufsichtsräte, Parlamente, Untersuchungsausschüsse etc.) rechnen müssen und dies bei ihrer Entscheidung, mit diesem „öffentlichen Unternehmen“ in Vertragsbeziehungen zu treten, berücksichtigen können. Eine Relevanz bei der Abwägungsentscheidung dürften daher nur gewichtige bzw. bedeutsame Geheimnisse Dritter haben.³²

³⁰ Zivilrechtlich kann eine solche Schutzpflicht/Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich vereinbart werden. Ferner kommt eine Schutzpflicht der FBB gegenüber ihren Vertragspartnern auch als ungeschriebene Vertragsnebenpflicht unter dem Gesichtspunkt des § 241 Abs. 2 BGB in Betracht.

³¹ Sofern es sich um ausländische juristische Personen handelt, die sich auf das „Deutschen-Grundrecht“ des Art. 12 Abs. 1 GG nicht berufen können.

³² Siehe hierzu z.B. BerlVerfGH, Urteil vom 14. Juli 2010, Az. 57/08, juris, Rn. 104 f.

Es kann folglich derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass möglicherweise relevante „Drittgeheimnisse“ in der Prüfungsmittelung enthalten sind. Eine entsprechende Prüfung wäre bei dem vom LRH angedeuteten Überdenken der Einstufungsentscheidung ggf. nachzuholen. Auch hierzu wäre der FBB Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.³³

bb) Informationen in konkreter Wettbewerbssituation

Wie eben ausführt, genießt die FBB, auch ohne Grundrechtsträger zu sein, einen zumindest abwägungsrelevanten Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, da sie in einer konkreten Wettbewerbssituation steht. Es ist denkbar, dass wettbewerbsrelevante Informationen in der Prüfungsmittelung enthalten sind, beispielsweise zu Fragen der Abfertigungskapazitäten oder zur Kalkulation der Flughafengebühren. Solche Informationen könnten für Fluggesellschaften oder Wettbewerber von Interesse und die Verhandlungs- und Wettbewerbsposition der FBB nachteilig beeinflussen.

Auch dieser Gesichtspunkt wäre – nach vorheriger Stellungnahme der FBB und des MdF – durch den LRH näher zu prüfen und in die gebotene umfassende Abwägung einzubeziehen.

2. Sinn und Zweck der Regelungen in der VSO-LT

Wie bereits dargelegt, findet die VSO-LT für den LRH keine unmittelbare Anwendung. Für den LRH gelten vielmehr das BbgSÜG und die dieses Gesetz ergänzende VSA BB. Beide Regelwerke sehen keine eigenständige Regelung zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor. Eine solche ausdrückliche Regelung findet sich im brandenburgischen Recht ausschließlich in § 3a VSO-LT. Die vom LRH vorgenommene analoge Anwendung ist ein methodisch gangbarer, aber jedenfalls nicht zwingender Weg. Vielmehr könnte auch der Begriff der nachteiligen Betroffenheit der Interessen des Bundes oder eines Landes in § 6 Abs. 2 Nr. 4 BbgSÜG herangezogen werden, aus dem sich eine grundsätzliche Befugnis zur Einstufung einer VS in die Geheimhaltungsstufe VS-NfD zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen öffentlicher Unternehmen ergibt.

³³ Diese könnte und müsste ggf. auch ihrerseits die möglichen Drittbeteiligten unterbeteiligen im Sinne des oben beschriebenen Konsultationsverfahrens (Fn. 7).

Da aber durch den LRH ausdrücklich die Frage nach dem Sinn und Zweck der Regelungen im Geschäftsordnungsrecht des Landtages aufgeworfen wurde, soll hierauf noch kurz eingegangen werden.

Die Änderung der VSO-LT und die Anpassungen in den §§ 80 ff. GOLD sind erstmalig in der Geschäftsordnung für den 6. Landtag Brandenburg vorgenommen worden. Zuvor gab es insbesondere keine gesonderte Regelung zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Dies stellte sich im Verlauf der 5. Legislaturperiode als mögliches Problemfeld heraus, da hier erstmals das Prinzip der öffentlichen Sitzungen der Fachausschüsse des Landtages Brandenburg eingeführt wurde und sich daher mehrfach die Frage stellte, ob bei Erörterungen entsprechender Sachverhalte etwa die Öffentlichkeit auszuschließen sei oder nicht. Als grundsätzlicher und regelungsdürftiger Problembereich wurde dies insbesondere in einem Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes aus dem Jahr 2014 identifiziert.³⁴

Bei der Ausarbeitung der Geschäftsordnung für den 6. Landtag Brandenburg spielte daher für den Vorschlag der Arbeitsgruppe der Parlamentarischen Geschäftsführer neben verschiedenen anderen Fragen³⁵ u.a. die Frage einer Neuordnung der Geheimschutzregeln in der GOLD und in ihren Anlagen, v.a. in der VSO-LT, eine maßgebende Rolle.³⁶ Ein zentrales Anliegen der Neuregelungen war es, den bisher nicht geregelten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in das Regelwerk des Landtages aufzunehmen und – insbesondere bei der Behandlung von entsprechenden Beratungsgegenständen in den Ausschüssen des Landtages – ein in sich geschlossenes und stimmiges auf die Geheimhaltungsstufen der VSO-LT abgestimmtes Regelungskonzept zu finden. Ergänzend erfolgten daher auch Anpassungen in der Datenschutzordnung.

³⁴ Siehe hierzu Gutachten des PBD vom 23. April 2014 (Fn. 14), S. 95 f.

³⁵ Diese Arbeitsgruppe der PGF wurde durch den Hauptausschuss eingesetzt, der zuvor vom Plenum mit der Erarbeitung eines Vorschlages für die GOLD für den 6. Landtag Brandenburg beauftragt worden war. Zentrale Punkte der Neuregelung waren z.B. die Frage der Einführung eines Gruppenstatus sowie Fragen der Gremienbesetzung. Siehe hierzu Beschlussempfehlung und Bericht des Hauptausschusses, Drs. 6/856, Anlage 5, bei I. 1. (S. 1 f.).

³⁶ So die Anlage zur Beschlussempfehlung des Hauptausschusses (Fn. 35) bei I. 2. (S. 3 ff.). Nähere Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Regelungen in den §§ 80 ff. GOLD und in der VSO-LT finden sich auf S. 4 sowie auf S. 6.

Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung und aus dem in § 7 Abs. 4 Satz 3 VSO-LT normierten Hinweis an die (externen) herausgebenden Stellen, in eigener Zuständigkeit die Notwendigkeit einer Einstufung mit Blick auf § 3a VSO-LT zu prüfen, dürfte die vom LRH gewählte Vorgehensweise, § 3a VSO-LT bei seiner Entscheidung maßgeblich zu berücksichtigen, dem Sinn und Zweck der Geheimschutzregelungen des Landtages in besonderem Maße entsprechen. Allerdings ist in der konkreten Anwendung bei der gebotenen Abwägung auch die Grundentscheidung des Landtages in § 80 Abs. 1 GOLT für öffentliche Ausschussberatungen zu berücksichtigen. Das Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten einer öffentlichen Beratung wird auch aus § 80a Abs. 1 Satz 1 GOLT deutlich, der einen Ausschluss der Öffentlichkeit von den Beratungen nur vorsieht, wenn *„überwiegende öffentliche oder schutzwürdige private Interessen dies zwingend erfordern.“* Im Falle einer Einstufung eines Beratungsgegenstandes als VS-NfD entfällt diese einzelfallbezogene Prüfung und Entscheidung durch den jeweiligen Ausschuss des Landtages selbst, weil dann der „Automatismus“ des § 7 Abs. 2 VSO-LT eintritt, der zwingend eine Behandlung des Beratungsgegenstandes in nichtöffentlicher Sitzung nach § 80a Abs. 1 Satz 1 GOLT vorschreibt. Aus den Ausführungen des LRH in seinem Anschreiben wird deutlich, dass er das hohe Interesse der Öffentlichkeit und des Landtages an Transparenz gerade hinsichtlich der Vorgänge im Zusammenhang mit den Verzögerungen und Kostensteigerungen beim Bau des BER durch die FBB erkannt und bei seiner Abwägung berücksichtigt hat. Dies entspricht der Regelungssystematik der Vorschriften des Landtages.

IV. Zusammenfassung und Hinweise

Für die Änderung der Einstufung der Prüfungsmitteilung des LRH als VS im Geheimhaltungsgrad VS-NfD ist ausschließlich der LRH zuständig. Diese Einstufung führt bei der Behandlung der Prüfungsmitteilung in Ausschüssen des Landtages nach der Vorschrift des § 7 Abs. 2 VSO-LT zwingend zum Ausschluss der Öffentlichkeit gem. § 80a Abs. 1 Satz 1 GOLT.

Eine detaillierte Überprüfung der Einstufungsentscheidung des LRH durch den Parlamentarischen Beratungsdienst konnte nicht erfolgen. Es lag weder die Prüfungsmittelung selbst vor, noch hatte der Parlamentarische Beratungsdienst einen Zugriff auf die zugrundeliegenden Prüfungsunterlagen. Die Überlegungen beschränkten sich daher auf eine Prüfung der Plausibilität der genannten Argumente und auf die Prüfung, ob die maßgeb-

lichen Zuständigkeiten und das zu beachtende Verfahren eingehalten worden sind. Die Zuständigkeiten und das Verfahren wurden durch den LRH beachtet; insbesondere die Beteiligung des MdF und der FBB waren geboten und sinnvoll.

Die Vorgehensweise des LRH, § 3a VSO-LT analog heranzuziehen, ist ein gangbarer Weg, der im Einklang mit Sinn und Zweck der vom Landtag getroffenen Regelungen steht. Insbesondere ein effektiver Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen war ein Hauptanliegen der Neuregelungen in der Geschäftsordnung des 6. Landtages Brandenburg.

Der LRH hat die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung zwischen Geheimhaltungsinteresse der FBB und dem hier bestehenden besonderen Interesse des Landtages und der Öffentlichkeit an Transparenz und Offenlegung erkannt und bei seiner Abwägung berücksichtigt. In die Abwägung eingeflossen sind auch Argumente der FBB (Schwächung in Zivilprozessen und mögliche Probleme bei Verhandlungen über die weitere Finanzierung der FBB/des BER), die bei genauerer Prüfung nicht uneingeschränkt überzeugen. Hingegen könnten weitere Erwägungen einbezogen werden, die die Einstufung rechtfertigen könnten: der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Dritter und der Schutz vor Offenlegung wettbewerbsrelevanter Informationen. Sollte der LRH in eine Überprüfung seiner Einstufungsentscheidung eintreten, wäre hierzu der FBB und dem MdF vor einer Änderung der Einstufung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Hierbei könnten die FBB und/oder das MdF ggf. diese weiteren Gesichtspunkte näher ausführen und dem LRH für seine Abwägungsentscheidung weiteres Abwägungsmaterial zur Verfügung stellen.

Die FBB als öffentliches Unternehmen kann sich zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht auf Grundrechte berufen. Dennoch sieht die – insoweit als gefestigt anzusehende – Rechtsprechung einen abwägungsrelevanten Geheimnisschutz von Unternehmen der öffentlichen Hand vor. Dieser setzt – von einfachrechtlich geregelten Konstellationen abgesehen – eine konkrete wettbewerbliche Konkurrenzsituation voraus. Es ist im Regelfall von einem geringeren Schutzniveau (im Vergleich zu grundrechtlich geschützten Privatunternehmen) auszugehen.

Sollte der LRH seine Einstufung ändern und die Prüfungsmitteilung „freigeben“, wäre für den Landtag bzw. die zur Beratung über die Prüfungsmitteilung zuständigen Ausschüsse das Verfahren nach § 7 Abs. 4 VSO-LT zu beachten. D.h. zunächst hat der Ausschussvorsitzende über die Frage der Einstufung (§ 3a Abs. 2 VSO-LT: in die Geheimhaltungsstufen VS-VERTRAULICH oder GEHEIM) oder der Anordnung sonstiger Sicherungsmaßnahmen (z.B. Ausschluss der Öffentlichkeit originär aus § 80a Abs. 1 Satz 1 GOLT, Teilschwärzungen, Pseudomysierung etc.) zu entscheiden und hierfür eine entsprechende Abwägung vorzunehmen. Die abschließende Entscheidung ist dem Ausschuss vorbehalten. Eine Freigabeentscheidung des LRH kann hierbei sicher eine indizielle Wirkung haben. Da die Prüfung des LRH lediglich die Frage der Einstufung betrifft, kann aus einer Freigabe der Prüfungsmitteilung durch den LRH aber nicht geschlossen werden, dass Schutzmaßnahmen nach § 80a GOLT nicht geboten sind.

gez. Rolfdieter Bohm