

# „In camera“-Verfahren als Gewährung effektiven Rechtsschutzes?

## Neue Entwicklungen im europäischen Sicherheitsrecht

Von Dr. Benjamin Vogel, Freiburg\*

*Zum Schutz staatlicher Geheimhaltungsinteressen erlauben der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Gerichtshof der Europäischen Union eine gerichtliche Verwertung von Beweisen zunehmend auch dann, wenn der Inhalt dieser Beweise der durch sie belasteten Partei nicht vollständig offengelegt wird. Der Beitrag untersucht den möglichen Einfluss dieser Entwicklungen auf das Strafverfahren und bewertet sie im Lichte der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts kritisch. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte beinhaltet keinen angemessenen Ausgleich von Geheimnisschutz und effektiven Rechtsschutz und stellt letzteren ernstlich infrage. Geboten ist eine effektivere gerichtliche Kontrolle behördlicher Geheimhaltung, nicht eine Verwertbarkeit geheimer Beweise im Hauptsacheverfahren*

### I. Terrorismusprävention und Quellenschutz

Terrorismus stellt das Strafverfahrensrecht vor besondere Herausforderungen. Eine präventiv begründete Vorverlagerung der Strafbarkeit auf Vorbereitungshandlungen sowie nicht zuletzt die Ahndung von im Ausland begangenen terroristischen Taten verleiht nachrichtendienstlichen Ermittlungsergebnissen und der Geheimhaltung von Quellen besondere Bedeutung.<sup>1</sup> Der Wunsch nach vermehrt grenzüberschreitender Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden schafft zudem ein Bedürfnis, auch im Falle einer gerichtlichen Verwertung der so gewonnenen Beweise und Informationen zwischenstaatliche Vertraulichkeitszusagen zu honorieren.<sup>2</sup> Dem dadurch bedingten Interesse an der gerichtlichen Verwertung bloß mittelbarer Beweismittel kommt die in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vollzogene Abschwächung des Rechts auf Konfrontation von Belastungszeugen aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK<sup>3</sup> entgegen. Die deutsche Rechtsprechung kann

---

\* Ass. jur., Licencié en droit, Maître en droit (Paris X), LL.M. (Cambridge). Der Autor ist wissenschaftlicher Referent und Habilitand am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Dank für kritische Anmerkungen zu einem Entwurf dieses Beitrags gebührt Herrn Prof. Dr. Stefano Ruggeri (Messina).

<sup>1</sup> *Bigo/Carrera/Hernanz/Scherrer*, National Security and Secret Evidence in Legislation and before the Courts, 2014, S. 7.

<sup>2</sup> *Bigo/Carrera/Hernanz/Scherrer* (Fn. 1), S. 4; *Hickman/Tomkins*, in: Lazarus/McCradden/Bowles (Hrsg.), Reasoning Rights, 2014, S. 143 ff.; *van Harten*, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (17). Vgl. beispielhaft die auszugswise Wiedergabe einer Sperrerklärung des Bundesministeriums des Innern in BVerwG, Beschl. v. 29.4.2015 – 20 F 8/14, Rn. 15.

<sup>3</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05 u. 22228/06 (*Al-Khawaja u. Tahery v. Vereinigtes Königreich*); EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*); dahingehend

sich insofern darin bestätigt sehen, eine Beschränkung des Konfrontationsrechts in der Regel nicht durch ein Verwertungsverbot, sondern durch eine vorsichtige Beweiswürdigung zu kompensieren.<sup>4</sup>

Allerdings zeichnen sich in der Auseinandersetzung mit terroristischen Bedrohungen in Europa Entwicklungen ab, die im Umgang mit geheimen Beweisquellen deutlich über eine Einschränkung des Konfrontationsrechts hinausgehen und im Hinblick auf die Garantien des rechtlichen Gehörs und eines effektiven Rechtsschutzes erhebliches Konfliktpotential bieten. Deutlich wird dies vor allem an der Einführung von „in camera“-Verfahren vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG).<sup>5</sup> Unter „in camera“-Verfahren wird hier ein gerichtliches Verfahren verstanden, in dem das Gericht seine Entscheidung zumindest teilweise auf Beweise stützt, deren Inhalt gegenüber der dadurch belasteten Partei sowie ihrem Verfahrensbevollmächtigten nicht offengelegt wird. Dies betrifft zwar gegenwärtig (noch) nicht die Feststellung strafrechtlicher Schuld, teilweise aber Maßnahmen, die angesichts ihrer Anknüpfung an Straftaten und ihrer hohen Eingriffintensität strafrechtsäquivalent sind. Eine Auseinandersetzung mit der rechtsstaatlichen Zulässigkeit der so entstehenden Verfahren ist in Deutschland einerseits im Hinblick auf die weitere Positionierung der Bundesrepublik im Rat der Europäischen Union geboten. Von Interesse ist die gegenwärtig zu beobachtende Entwicklung aber auch mit Blick auf die Herausbildung gemeinsamer europäischer Verfahrensstandards im Strafrecht,<sup>6</sup> vor allem hinsichtlich Maßnahmen im Ermittlungsverfahren.

### II. Jüngere Entwicklungen zum rechtlichen Gehör auf europäischer Ebene

#### 1. Rechtsprechung des EGMR

Angestoßen wurde die Entwicklung hin zur Schaffung von „in camera“-Verfahren durch den EGMR in der Rechtssache

---

bereits auch EGMR, Urt. v. 26.3.1996 – 20524/92 (*Doorson v. Niederlande*); EGMR, Urt. v. 23.4.1997 – 21363/93 (*van Mechelen u.a. v. Niederlande*); EGMR, Urt. v. 16.2.2000 – 27052/95 (*Jasper v. Vereinigtes Königreich*). Eingehend dazu *Nanopoulos*, Modern Law Review 2015, 913, (923 ff.).

<sup>4</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 116; BGH NJW 2007, 204 (206); BGH NStZ-RR 2014, 246 (248 f.); *Meyer*, HRRS 2012, 117 (120); *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (138).

<sup>5</sup> Verfahrensordnung des Gerichts der Europäischen Union vom 4.3.2015, ABl. EU 2015 Nr. L 105, S. 1.

<sup>6</sup> Vgl. zuletzt Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren.

Chahal/Vereinigtes Königreich aus dem Jahr 1996.<sup>7</sup> Diese betraf die Frage effektiven Rechtsschutzes gegen eine ausländerrechtliche Freiheitsentziehung in Großbritannien zur Vorbereitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Die Feststellung einer Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK (d.h. des Rechts auf gerichtliche Überprüfung einer Freiheitsentziehung) beruhte dabei unter anderem darauf, dass jener der Ausweisungsanordnung und der Abschiebungshaft zugrunde liegende Verdacht der Begehung schwerer Straftaten auf geheim gehaltenen Beweisen beruhte. Letztere wurden von den nationalen Behörden weder gegenüber dem Betroffenen noch gegenüber den nationalen Gerichten offengelegt. Zwar erkannte der EGMR die Verwertung von geheimhaltungsbedürftigen Beweisen als mitunter unvermeidlich an, wenn es um Angelegenheiten der nationalen Sicherheit gehe. Die Geltendmachung des Schutzes der nationalen Sicherheit dürfe aber nicht zu einer Freistellung der Behörden von effektiver gerichtlicher Kontrolle durch die nationalen Gerichte führen. Es sei durchaus möglich, legitime Sicherheitsbedürfnisse an der Geheimhaltung der Art und Herkunft von Informationen einerseits sowie die Wahrung substanzieller Verfahrensrechte des Betroffenen andererseits durch bestimmte Techniken der Verfahrensführung zum Ausgleich zu bringen.<sup>8</sup> Dabei ließen die Straßburger Richter Sympathie für ein kanadisches Verfahrensmodell erkennen, in dem die geheimhaltungsbedürftigen Beweise durch das Gericht unter Ausschluss des Betroffenen und seines Verfahrensbevollmächtigten untersucht werden, diese lediglich eine Zusammenfassung des Inhalts der fraglichen Beweise erhalten und im Rahmen der gerichtlichen Prüfung jener Beweise die Interessen des Betroffenen von einem vom Gericht bestimmten und sicherheitsgeprüften Anwalt wahrgenommen werden.<sup>9</sup>

In der Rechtssache A./Vereinigtes Königreich hat sich die Große Kammer des EGMR im Jahre 2009 mit Blick auf Art. 5 Abs. 4 EMRK schließlich ausdrücklich zur Zulässigkeit eines solchen Verfahrensmodells bekannt. Die Entscheidung betraf die mehrjährige Freiheitsentziehung von Ausländern, die in Großbritannien wegen des Verdachts der Beteiligung an terroristischen Straftaten des Landes verwiesen, aus rechtlichen Gründen aber nicht abgeschoben werden konnten. Einem speziellen sicherheitsgeprüften Anwalt könne, auch wenn dieser nach Kenntnisaufnahme der geheimen Beweise grundsätzlich nicht mehr mit dem Betroffenen kommunizieren darf, eine wichtige Rolle dabei zukommen, das Fehlen einer vollständigen Offenlegung von belastenden Beweisen auszugleichen. Dem Betroffenen müssten jedoch hinreichende Informationen über den gegen ihn bestehenden Verdacht mitgeteilt werden. Diese müssten detailliert genug sein, um

es dem Betroffenen selbst im Falle einer vollständigen oder überwiegenden Geheimhaltung der zugrundeliegenden Beweise zu erlauben, seinem Verfahrensbevollmächtigten sowie dem speziellen Anwalt sachgerechte Anweisungen zu geben. Den Anforderungen von Art. 5 Abs. 4 EMRK werde nicht genügt, wenn das offengelegte Material lediglich aus allgemeinen Behauptungen bestehe und die Freiheitsentziehung allein oder in entscheidendem Maße auf geheimen Beweisen beruhe.<sup>10</sup> Werde der Betroffene hingegen über die genaue Art der vorgeworfenen Handlung sowie ihren Ort und Zeitpunkt informiert, so könne dies eine hinreichende Möglichkeit bieten, die erhobenen Anschuldigungen wirksam anzugreifen.<sup>11</sup>

Noch nicht abschließend geklärt ist, inwieweit die vorgenannten Maßstäbe auch im Rahmen eines Strafverfahrens Geltung beanspruchen können. Der EGMR schließt diese Möglichkeit nicht aus. Vielmehr vertrat die Große Kammer in der dargestellten Entscheidung A./Vereinigtes Königreich ausdrücklich die Auffassung, angesichts der dort gegebenen mehrjährigen, formell allerdings nicht-strafrechtlichen Beschränkung der Freiheit der Beschwerdeführer müsse Art. 5 Abs. 4 EMRK substantiell die gleichen fair-trial-Garantien enthalten wie sie für Art. 6 Abs. 1 EMRK in strafrechtlicher Hinsicht gelten.<sup>12</sup> Daraus leitet die Große Kammer allerdings lediglich einen Anspruch des Betroffenen ab, so viele Informationen über den gegen ihn bestehenden Verdacht und die zugrunde liegenden Beweise mitgeteilt zu bekommen, wie dies ohne Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit oder der Sicherheit Dritter möglich ist.<sup>13</sup> Ein Verbot der weitreichenden Geheimhaltung von belastenden Beweisen im Strafverfahren ergibt sich für den EGMR aber aus Art. 6 Abs. 1 EMRK also gerade nicht.

Jüngst hat nunmehr eine Kammerentscheidung des EGMR die vorstehenden Maßstäbe für die Anordnung und den Vollzug einer (vierzehntägigen) Untersuchungshaft anerkannt und auf dieser Grundlage trotz eines weitestgehend „in camera“ abgehaltenen gerichtlichen Verfahrens eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK verneint. Die Beschwerdeführer waren lediglich über Grundzüge der ihnen vorgeworfenen terroristischen Anschlagpläne informiert worden. Zudem hatte man ihnen und ihren Verteidigern während der Haft Gelegenheit zur Einsichtnahme in das zugrundeliegende Beweismaterial verwehrt und sie nur in geringem Umfang über den Inhalt von Beweismaterial in Kenntnis gesetzt.<sup>14</sup> Zwar seien nach Art. 5 Abs. 4 EMRK Beweise gegenüber dem

<sup>7</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.11.1996 – 22414/93. Sehr kritisch dazu *Nanopoulos*, *Modern Law Review* 2015, 913 (931).

<sup>8</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.11.1996 – 22414/93, Rn. 131.

<sup>9</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.11.1996 – 22414/93, Rn. 144. Zu den dem EGMR dabei hinsichtlich des kanadischen Rechts unterlaufenen Missverständnissen *Jenkins*, *Columbia Human Rights Law Review* 2011, 279 (294 f.).

<sup>10</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05, Rn. 220; dazu *Murphy*, *King's Law Journal* 24 (2013), 19 (26 f.).

<sup>11</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05, Rn. 222.

<sup>12</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05, Rn. 217; vgl. *van Harten*, *International Journal of Evidence & Proof* 13 (2009), 1 (5 f.).

<sup>13</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05, Rn. 218.

<sup>14</sup> EGMR, Urt. v. 20.10.2015 – 5201/11 (*Sher v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 48, 62 ff.

Betroffenen vor Gericht grundsätzlich offenzulegen. Terroristische Straftaten würden jedoch in eine besondere Kategorie fallen. Zum Schutz menschlichen Lebens sei hier oft ein behördliches Handeln dringlich und daher eine Verhaftung von Verdächtigen notwendig, ohne die Quelle des zugrundeliegenden Verdachts oder zu der Quelle führende Informationen offenlegen zu müssen. Der Beschuldigte müsse lediglich genügend Informationen erhalten, die ihm Kenntnis der Art der ihm vorgeworfenen Straftat vermitteln und ihm die Möglichkeit eröffnen, Beweise zu seiner Entlastung vorzubringen.<sup>15</sup>

## 2. Rechtsprechung der Unionsgerichte

Unter dem Einfluss des EGMR hat zunehmend auch die Rechtsprechung der Unionsgerichte eine Präferenz für ein Verfahren „in camera“ erkennen lassen, um im Bereich des Ausländerrechts und im Bereich von restriktiven Maßnahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik<sup>16</sup> staatliche Geheimhaltungsinteressen und das Recht auf ein faires Verfahren zum Ausgleich zu bringen.<sup>17</sup> In seiner Rechtsprechung zur Listung von Personen, deren Vermögen wegen des Verdachts der Beteiligung an terroristischen Straftaten beziehungsweise der Verletzung länderspezifischer Embargos eingefroren wurde, nimmt der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) auf die dargestellte Entscheidung des EGMR in *Chahal/Vereinigtes Königreich* Bezug. Der erforderliche Ausgleich zwischen staatlichen Geheimhaltungsinteresse und individuellen Verfahrensrechten könne hergestellt werden, indem der gelisteten Person und ihrem Verfahrensbevollmächtigten lediglich eine Zusammenfassung des Inhalts der geheimen Informationen oder Beweise offengelegt werde. Die Nichtoffenlegung sei dann bei der Beweiswürdigung dahingehend zu berücksichtigen, dass sie die Beweiskraft der vertraulichen Beweise beeinflussen könne.<sup>18</sup>

Wie der EuGH dabei anerkennt, können einer Offenlegung bestimmter Umstände nicht nur „zwingende Gründe der Sicherheit“, sondern auch zwingende Gründe „der Gestaltung der internationalen Beziehungen der Gemeinschaft und ihrer

Mitgliedstaaten“ entgegenstehen.<sup>19</sup> Dem Unionsrichter könne aber die Vertraulichkeit von Beweisen und Informationen nicht entgegengehalten werden.<sup>20</sup> In einer Entscheidung zur Richtlinie 2004/38/EG<sup>21</sup> vertritt der EuGH ein weites Verständnis des Begriffs „Sicherheit eines Staates“. Eine Offenlegung bestimmter Beweise könne die Sicherheit „unmittelbar und besonders beeinträchtigen, als sie insbesondere das Leben, die Gesundheit oder die Freiheit von Personen gefährden könnte oder die von den nationalen Sicherheitsbehörden speziell angewandten Untersuchungsmethoden enthüllen und damit die zukünftige Erfüllung der Aufgaben dieser Behörden ernsthaft behindern oder sogar unmöglich machen könnte“.<sup>22</sup>

## 3. Reform der EuG-Verfahrensordnung

In den vergangenen Jahren haben EuGH und EuG wiederholt Entscheidungen der Europäischen Union für nichtig erklärt, durch welche das Vermögen der Betroffenen aufgrund des Verdachts der Beteiligung an Terrorismus oder als Sanktion der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik eingefroren wurde.<sup>23</sup> Begründet wurden diese Urteile wiederholt auch damit, dass das zuständige Unionsorgan dem Gericht keine hinreichenden Beweise zur Substantiierung des Verdachts vorgelegt habe.<sup>24</sup> Als Reaktion auf die fehlende Bereitschaft

<sup>15</sup> EGMR, Urt. v. 20.10.2015 – 5201/11, Rn. 149. Ähnlich schon EGMR (Große Kammer), Urt. v. 30.8.1990 – 12383/86 (*Fox, Campbell und Hartley v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 32.

<sup>16</sup> Zur Entwicklung von „in camera“-Verfahren in anderen Bereichen, vgl. im Telekommunikationsrecht EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – C-438/04 (*Mobistar*) = MMR 2006, 803 (804 f.) zu Artikel 4 der Richtlinie 2002/21/EG sowie den gegenwärtigen Richtlinienentwurf KOM (2013) 813 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 u. C-415/05 (*Kadi u. Al Barakaat*), Rn. 344 = NJOZ 2008, 4499 (4543); EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (*Kadi II*), Rn. 125; so auch schon EuG, Urt. v. 12.12.2006 – T-228/02 (*OMPI*), Rn. 158.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (*Kadi II*), Rn. 129; vgl. schon EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 u. C-415/05 (*Kadi u. Al Barakaat*), Rn. 344.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 u. C-415/05 (*Kadi u. Al Barakaat*), Rn. 342; EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (*Kadi II*), Rn. 125.

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (*Kadi II*), Rn. 125; so auch EuG, Urt. v. 12.12.2006 – T-228/02 (*OMPI*), Rn. 154 f.; EuG, Urt. v. 11.7.2007 – T-47/03 (*Sison I*), Rn. 201 f.; EuG, Urt. v. 4.12.2008 – T-284/08 (*PMOI II*) = BeckEuRS 2008, 484003, Rn. 74 f.; EuG, Urt. v. 30.9.2010 – T-85/09 (*Kadi II*) = BeckRS 2010, 54122, Rn. 143 f.

<sup>21</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 4.6.2013 – C-300/11 (*ZZ*), Rn. 66. Ähnlich schon EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05, Rn. 205.

<sup>23</sup> Zur Verordnung (EG) Nr. 881/2002 (Umsetzung von Terrorismus-Listen des UN-Sicherheitsrats): EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-415/05 (*Kadi I*); EuGH, Urt. v. 3.12.2009 – C-399/06 (*Hassan*); EuG, Urt. v. 29.9.2010 – T-135/06 (*Al-Faqih*); EuG, Urt. v. 30.9.2010 – T-85/09 (*Kadi II*); EuG, Urt. v. 14.1.2015 – T-127/09 (*Abdulrahim II*). Zur Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 (autonome EU-Terrorismus-Listen): EuG, Urt. v. 4.12.2008 – T-284/08 (*PMOI II*); EuG, Urt. v. 16.10.2014 – T-208/11 (*LTTE*). Zu anderen Sanktionen im Rahmen der GASP vgl. nur EuG, Urt. v. 29.1.2013 – T-496/10 (*Bank Mellat*); EuG, Urt. v. 6.10.2015 – T-275/12 (*Dynamo Minsk*).

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (*Kadi II*), Rn. 159 ff.; EuG, Urt. v. 4.12.2008 – T-284/08 (*PMOI II*), Rn. 76; EuG, Urt. v. 14.1.2015 – T-127/09 (*Abdulrahim II*), Rn. 83 ff.; EuG, Urt. v. 29.1.2013 – T-496/10 (*Bank Mellat*), Rn. 118;

der Mitgliedstaaten, den Unionsgerichten entsprechende Beweise vorzulegen,<sup>25</sup> erweiterte das EuG mit Wirkung vom 1.7.2015 im Einvernehmen mit dem EuGH und nach Genehmigung des Rates sein Verfahrensrecht.<sup>26</sup> Art. 105 Abs. 8 der Verfahrensordnung erlaubt es dem EuG in Zukunft,<sup>27</sup> vom Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens abzuweichen. Das Gericht kann demnach seine Entscheidung auf Auskünfte oder Unterlagen stützen, die von einer Hauptpartei vorgelegt und aufgrund ihres vertraulichen Charakters der anderen Hauptpartei nicht bekannt gegeben wurden, soweit es diese für die Entscheidung des Rechtsstreits für unerlässlich hält. Die Vertraulichkeit der Auskünfte oder Unterlagen muss sich gemäß Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung insofern aus zwingenden Gründen ergeben, als ihre Bekanntgabe die Sicherheit der Union oder eines oder mehrerer ihrer Mitgliedstaaten oder die Gestaltung ihrer internationalen Beziehungen verletzen würde. Dem Recht der anderen Hauptpartei auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz ist mittelst solcher durch das Gericht im Einzelfall zu bezeichnender Modalitäten Rechnung zu tragen. Dies kann gemäß Art. 105 Abs. 6 der Verfahrensordnung insbesondere durch die Vorlage einer nichtvertraulichen Fassung oder einer nichtvertraulichen Zusammenfassung der fraglichen Auskünfte oder Unterlagen erfolgen, die den wesentlichen Inhalt wiedergibt und es der anderen Hauptpartei ermöglicht, so weitgehend wie möglich Stellung zu nehmen.

### III. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör

#### 1. Weitgehende Ablehnung von „in camera“-Verfahren

Im Verwaltungsprozess ist ein „in camera“-Verfahren dem deutschen Recht vor allem ausweislich § 99 Abs. 2 VwGO nicht fremd. Diese Einschränkung des rechtlichen Gehörs ist allerdings grundsätzlich<sup>28</sup> nur mit Blick auf die gerichtliche

Prüfung der Rechtmäßigkeit der behördlichen Verweigerung der Aktenvorlage beziehungsweise der Erteilung von Auskünften zulässig, nicht jedoch mit Blick auf die Hauptsacheentscheidung.<sup>29</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sind „in camera“-Verfahren insofern zulässig, weil „im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gerade ein Absehen von einem ‚in camera‘-Verfahren zu einer Minderung des Individualrechtsschutzes“ führe, demgegenüber eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs weniger schwer wiege. Weil der Grundsatz in dubio pro reo hier nicht gelte, wirke sich die Geheimhaltung entscheidungserheblicher Tatsachen regelmäßig nachteilig für den Rechtsschutzsuchenden aus. Im Ergebnis würde dann das ungeschmälerete rechtliche Gehör zu einer Herabsetzung der Effektivität des Rechtsschutzes führen, nicht zu dessen Stärkung. Die Einschränkung des rechtlichen Gehörs bedeute hier deshalb ausnahmsweise eine Verbesserung des Rechtsschutzes.<sup>30</sup> In einer späteren Entscheidung meint das Bundesverfassungsgericht dann allerdings, eine Verbesserung des Rechtsschutzes könne kein abschließendes Kriterium für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „in camera“-Verfahren sein. Denn im Verwaltungsprozess wirke sich die Besserstellung eines Klägers regelmäßig zugleich nachteilig auf andere Rechteinhaber aus, deren Anspruch auf rechtliches Gehör ebenfalls zu berücksichtigen sei.<sup>31</sup> Die Schaffung von „in camera“-Hauptsacheverfahren ist demnach grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar, um den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und Rechte Dritter zum Ausgleich zu bringen.<sup>32</sup>

Im Strafverfahren ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber jedenfalls unzulässig, geheim zuhaltende Tatsachen nur gegenüber dem Gericht, nicht aber gegenüber dem Beschuldigten offenzulegen. Eine vollumfängliche Sachprüfung könne hier wegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht dadurch ermöglicht werden, geheime Unterlagen lediglich dem Strafgericht zu offenbaren. Dieser Grundsatz ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „unverzichtbar und gehört zum Kern einer rechtsstaatlichen Verfah-

---

EuG, Urt. v. 18.9.2015 – T-5/13 (Iran Liquefied Natural Gas), Rn. 55 ff.

<sup>25</sup> Insofern bedeutsam ist Art. 346 Abs. 1 lit. a AEUV: „Ein Mitgliedstaat ist nicht verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht.“

<sup>26</sup> Dahingehende Impulse finden sich bereits in EuGH, Urt. v. 3.9.2008 – C-402/05 u. C-415/05 (Kadi u. Al Barakaat), Rn. 343 f.; EuG, Urt. v. 12.12.2006 – T-228/02 (OMPI), Rn. 156, 158.

<sup>27</sup> Gemäß Art. 227 Abs. 3 der Verfahrensordnung tritt die Regelung erst nach Veröffentlichung eines Beschlusses des Gerichts gemäß Art. 105 Abs. 11 in Kraft, mit dem die Sicherheitsvorschriften zum Schutz der vertraulichen Daten festgelegt werden.

<sup>28</sup> Vgl. zudem § 138 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes; dazu BVerwG NVwZ 2014, 790; Schmidt-Aßmann, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1151; zu Verfahren im Informationsfreiheitsrecht BVerwG NJW 2007, 789, 792; dazu Schoch, in: Heckmann/Schenke/Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit

---

im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S. 905.

<sup>29</sup> Dagegen aber im Ergebnis OVG Münster NVwZ 2001, 820.

<sup>30</sup> BVerfGE 101, 106 (130) = NJW 2000, 1175 (1178); überzeugend insoweit auch van Harten, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (2).

<sup>31</sup> Dazu Schmidt-Aßmann (Fn. 28), S. 1156 f.; McGuire, GRUR 2015, 424 (431).

<sup>32</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2006, 1041 (1044); für eine Ausweitung des „in camera“-Verfahrens auf das Hauptsacheverfahren die abweichende Meinung des Richters Gaier, NVwZ 2006, 1047. In diesem Sinne im Ergebnis zu § 138 Telekommunikationsgesetz BVerwG NVwZ 2014, 790. Ähnlich bereits zu § 99 VwGO auch OVG Münster NVwZ 2001, 820; Mayen, NVwZ 2003, 537 (542); Schoch (Fn. 28), S. 908; zurückhaltender Schmidt-Aßmann (Fn. 28), S. 1162.

rengestaltung“.<sup>33</sup> Geheimhaltungsinteressen der Exekutive wirkten im Strafverfahren „in dubio pro reo“.<sup>34</sup> Das Verbot von „in camera“-Verfahren im Strafrecht gilt nicht erst mit Blick auf den Schuldspruch. Bereits die Beschwerdeentscheidung über die Anordnung von Untersuchungshaft darf nur auf Tatsachen und Beweise gestützt werden, „die dem Beschuldigten durch Akteneinsicht der Verteidigung bekannt sind“.<sup>35</sup> Die jüngere verfassungsrechtliche Judikatur erkennt einen umfassenden Anspruch auf rechtliches Gehör nunmehr zudem bereits für das strafrechtliche Beschwerdeverfahren über die Anordnung des dinglichen Arrests an. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts fügt der dingliche Arrest, auch soweit er lediglich zur Sicherung des Verfalls erfolgt, dem Betroffenen einen erheblichen Nachteil zu. Der Arrest bedeute eine gravierende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. „Mittelbare Beeinträchtigungen, etwa im Beruf oder bei der Kreditwürdigkeit“ seien auch im Falle einer möglichen Aufhebung der Maßnahme und einer staatlichen Entschädigung „irreparabel“. Daher müsse dem Betroffenen bereits im Arrestverfahren und nicht erst bei der endgültigen Entscheidung über den Verfall rechtliches Gehör gewährt werden. Wegen der Unvereinbarkeit eines „in camera“-Verfahrens mit Art. 103 Abs. 1 GG bedeute dies im Strafverfahren, dass „eine dem Betroffenen nachteilige Gerichtsentscheidung jedenfalls in der Beschwerdeinstanz nur auf der Grundlage solcher Tatsachen und Beweismittel getroffen werden kann, über die dieser zuvor sachgemäß unterrichtet wurde und zu denen er sich äußern konnte.“<sup>36</sup> Akteneinsicht müsse dem Beschuldigten Gelegenheit bieten, „zu überprüfen, ob die bezeichneten Beweismittel vollständig und richtig verwendet und beschrieben wurden und ob ihre vom befassten Gericht dargelegte Bewertung und Einordnung in den sachlichen und rechtlichen Zusammenhang überzeugt oder andere Deutungen näher liegen.“<sup>37</sup> Hierzu müssen, so das Bundesverfassungsgericht, „dem Beschuldigten die Beweismittel auf die gleiche Art und Weise zugänglich und anschaulich sein wie dem Richter.“ Die Übermittlung polizeilicher Ermittlungsberichte und eine Bezeichnung oder Beschreibung von Beweisstücken bietet dem Beschuldigten mithin noch kein hinreichendes rechtliches Gehör.<sup>38</sup> Jedenfalls im Beschwerdeverfahren dürfe der „intensive Eigentumseingriff der Arrestanordnung nicht mehr auf einen In-

formationsvorsprung der Ermittlungsbehörden gestützt werden“.<sup>39</sup>

## 2. Divergenzen

Hinsichtlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör divergieren die eben beschriebene verfassungsrechtliche Rechtsprechung und die jüngere Rechtsprechung von EGMR und EuGH im Bereich des Terrorismus erheblich. Dies gilt zunächst für die angesprochene Entscheidung des EGMR<sup>40</sup>, wonach im Bereich terroristischer Straftaten Untersuchungshaft auch auf der Grundlage von geheimen, gegenüber dem Beschuldigten und seinem Verteidiger nicht offengelegten Beweismaterial angeordnet werden darf. Dem Beschuldigten ist es dann gerade nicht möglich, sich zu den der Anordnung von Untersuchungshaft zugrunde liegenden Beweismitteln zu äußern.<sup>41</sup>

Offensichtliche Diskrepanz zum deutschen Verfassungsrecht besteht aber auch insofern, als die europäischen Gerichte zur Begründung weiterer massiv in die Freiheit des Einzelnen eingreifender Maßnahmen, wie mehrjährigen Freiheitsentzug (EGMR) oder dem Einfrieren von Vermögen (EuGH), eine Berücksichtigung geheimer Beweise für zulässig halten. Zwar handelt es sich hierbei formell nicht um strafrechtliche Maßnahmen; eine direkte Übertragbarkeit auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Untersuchungshaft und zum dinglichen Arrest im Strafverfahren scheidet mithin aus. Die erhebliche Eingriffsintensität der genannten Präventivmaßnahmen lässt jedoch vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips die Bedeutung ihres formell nicht-strafrechtlichen Charakters zurücktreten. Auch das Bundesverfassungsgericht stellt, soweit es den Anspruch auf rechtliches Gehör bei vorläufigen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Strafverfahren konkretisiert, maßgeblich auf deren Eingriffsintensität ab.<sup>42</sup> Zudem hält der EGMR mit Blick auf die strafrechtlichen fair-trial-Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK ein teilweise „in camera“ geführtes Verfahren grundsätzlich für zulässig.<sup>43</sup> Schließlich handelt es sich bei den vor dem EuGH im Vordergrund stehenden Maßnahmen – dem Einfrieren des Vermögens von Terrorismusverdächtigen – trotz ihres formell rein präventiven Charakters oft um funktionale Äquivalente zu vermögenssichernden strafprozessualen Maßnahmen.<sup>44</sup> Eine „Normalisierung“<sup>45</sup> von „in camera“-

<sup>33</sup> BVerfGE 57, 250 (288) = NJW 1981, 1719; bestätigend BVerfG NJW 2006, 1048 (1049); NStZ-RR 2008, 16 (17); NStZ-RR 2013, 379.

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2004, 2443 (2444); NJW 2006, 1048 (1049); NStZ-RR 2008, 16 (17).

<sup>35</sup> Vgl. BVerfG NJW 1994, 3219 (3220 f.); NJW 2004, 2443 (2444); NJW 2006, 1048 (1049); NStZ-RR 2008, 16 (17).

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2004, 2443 (2444); NJW 2006, 1048.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2006, 1048 (1049); so auch für die strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung BVerfG NStZ-RR 2008, 16 (17).

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2006, 1048 (1049).

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2006, 1048 (1049); so auch für die strafprozessuale Durchsuchung BVerfG NStZ-RR 2013, 379.

<sup>40</sup> EGMR, Urt. v. 20.10.2015 – 5201/11.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfG NJW 1994, 3219 (3220).

<sup>42</sup> BVerfG NJW 1994, 3219 (3220); NJW 2004, 2443 (2444); NJW 2006, 1048.

<sup>43</sup> *Nanopoulos*, *Modern Law Review* 2015, 913 (926); Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05, Rn. 217.

<sup>44</sup> Denn das Einfrieren des Vermögens von Terrorismusverdächtigen durch den Rat der Europäischen Union setzt zumindest voraus, das eine zuständige nationale Behörde gegen den Verdächtigen Ermittlungen anstellt; vgl. Art. 1 Abs. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931/GASP des Rates vom 27.12.2001. Für das fortgesetzte Einfrieren von Vermögen des Verdächtigen durch die Europäische Union ist dann

Verfahren auf der Ebene der Europäischen Union kann deshalb auch für das sich entwickelnde europäische Strafverfahrensrecht Maßstäbe setzen.<sup>46</sup> Es stellt sich dann die Frage, ob diese Entwicklung auch in Deutschland aufgegriffen oder ihr vielmehr rechtspolitisch sowie im Rahmen des Dialogs zwischen supranationalen und nationalen Gerichten<sup>47</sup> entgegengetreten werden sollte.

#### IV. Effektiver Rechtsschutz im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör und Geheimnisschutz

##### 1. Beschränkung der Sachverhaltsaufklärung infolge rechtlichen Gehörs

Für die Schaffung von „in camera“-Hauptsacheverfahren streitet dabei die These, effektiver Rechtsschutz lasse sich durch eine möglichst umfassende, wenn auch teilweise im Geheimen erfolgende gerichtliche Verwertung von vertraulichen Beweismaterial besser herstellen als durch die öffentliche Verwertung bloß mittelbarer oder anonymisierter Beweismittel.<sup>48</sup> Es kann tatsächlich so scheinen, also ob „in camera“-Verfahren mitunter einen effektiveren Rechtsschutz gewährleisten. Auch die deutschen<sup>49</sup> Strafgerichte stützen mit Billigung von Bundesverfassungsgericht und EGMR sogar den Schuldspruch mitunter in erheblichem Maße auf die durch Zeugen von Hörensagen („Quellenführer“) in die Verhandlung eingeführten Bekundungen anonymer polizeilicher oder nachrichtendienstlicher Gewährsleute.<sup>50</sup> Soweit unmittelbare Beweise zurückgehalten oder anonymisiert und mittelbar zulasten des Beschuldigten verwertet werden, wird diesem jedoch der Zugang zu potentiell entlastenden Beweismaterial verbaut. Entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wirken sich insofern Geheimhaltungsinteressen der Exekutive im Strafverfahren faktisch nicht ledig-

lich „in dubio pro reo“ zugunsten des Beschuldigten aus.<sup>51</sup> Eine „in camera“ erfolgende richterliche Befragung einer Vertrauensperson verspricht möglicherweise größere Zuverlässigkeit als die Befragung des anonymen Zeugen oder des bloßen Vernehmungsbekannteten. Sollen nach dem Willen des Bundesverfassungsgerichts im Strafverfahren „dem Beschuldigten die Beweismittel auf die gleiche Art und Weise zugänglich und anschaulich sein wie dem Richter“,<sup>52</sup> so bedeutet dies vor dem Hintergrund des staatlichen Interesses an der Geheimhaltung von Informanten und Ermittlungsmethoden eine erhebliche Einschränkung des richterlichen Erkenntnishorizonts.<sup>53</sup> Zumindest mit Blick auf dem Schuldspruch vorgelagerte, rein präventive Maßnahmen mag daher auf dem ersten Blick die Schaffung von „in camera“-Elementen durchaus als angemessener Ausgleich zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimhaltungsinteressen erscheinen.<sup>54</sup>

##### 2. Defizite der Entwicklung auf Unionsebene

Die dargestellten Entwicklungen auf Unionsebene sind allerdings einseitig durch Geheimhaltungsinteressen der Mitgliedsstaaten motiviert<sup>55</sup> und zeugen von unzureichender Sorge um die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes. So bemüht sich der EuGH trotz seines weiten Verständnisses des Begriffs „Sicherheit eines Staates“<sup>56</sup> gerade im Bereich des Terrorismus bisher kaum um eine Konkretisierung der materiellen Anforderungen an die Geheimhaltung von Beweisen.<sup>57</sup> Zurückhaltung der Unionsgerichte gegenüber exekutiven

---

der Fort- und Ausgang des nationalen Ermittlungsverfahrens maßgeblich; vgl. EuG, Urt. v. 12.12.2006 – T-228/02 (OMPI), Rn. 117.

<sup>45</sup> *Nanopoulos*, *Modern Law Review* 2015, 913 (930); ähnlich *Murphy*, *King's Law Journal* 24 (2013), 19 (28 f.).

<sup>46</sup> Vgl. etwa den Verweis auf die Wahrung der Verteidigungsrechte bei Ausschluss des Beschuldigten aus der Verhandlung in Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren.

<sup>47</sup> Vgl. insoweit nur jüngst BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 43.

<sup>48</sup> Dahingehend im Ergebnis BVerfG NVwZ 2014, 790 (793); OVG Münster NVwZ 2001, 820 (821); NVwZ 2009, 475 (476 f.); *Gaier*, NVwZ 2006, 1041 (1047 f.); *Schoch*, NJW 2009, 2987 (2993).

<sup>49</sup> Rechtsvergleichend dazu *Bigo/Carrera/Hernanz/Scherrer* (Fn. 1), S. 9 ff.

<sup>50</sup> So etwa im Fall Haas: BGH NStZ 2000, 265; BVerfG NJW 2001, 2245; EGMR, Urt. v. 17.11.2005 – 73047/01. Vgl. auch BGH NJW 2004, 1259 (El Motassadeq).

<sup>51</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.4.2015 – 20 F 8/14, Rn. 8.

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2006, 1048 (1049).

<sup>53</sup> Vgl. *Gaier*, in: Göcken/Remmers/Vorwerk (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scharf zum 70. Geburtstag, 2008, S. 204.

<sup>54</sup> Nicht eingegangen werden kann hier auf mögliche „in camera“-Verfahren jenseits des Strafverfahrens bzw. strafverfahrensäquivalenter Maßnahmen. So wurde unter anderem im Hinblick auf eine Beteiligung der eigenen Behörden an menschenrechtswidrigen Praktiken ausländischer Geheimdienste 2013 in Großbritannien die Möglichkeit geschaffen, im Streit über zivilrechtliche Ansprüche „in camera“-Verhandlungen im Hauptsacheverfahren durchzuführen; vgl. Part 2 des Justice and Security Act 2013 und zur Vorgeschichte *R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 1)* [2008] EWHC 2048 (Admin.). Zu teilweise ähnlich gelagerten Fragen in Deutschland vgl. BVerwG NVwZ 2010, 321 (CIA-Flüge).

<sup>55</sup> *Nanopoulos*, *Modern Law Review* 2015, 913 (930).

<sup>56</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 4.6.2013 (ZZ?) – C-300/11, Rn. 66.

<sup>57</sup> *Nanopoulos*, *Modern Law Review* 2015, 913 (935 ff.), konstatiert bereits für die EGMR-Rechtsprechung insofern eine „Asymmetrie“, als der Gerichtshof der Bestimmung öffentlicher Interessen wie der „nationalen Sicherheit“ sowie der Frage ihre tatsächlichen Beeinträchtigung nur wenig Aufmerksamkeit widme und damit den Gehalt von Verfahrensrechten im Ergebnis relativiere. Diese Einseitigkeit lasse „in-camera“-Verfahren erst recht bedenklich erscheinen.

Geheimhaltungswünschen bringt dies nicht zum Ausdruck.<sup>58</sup> Der EuGH zeigt insoweit wenig Sensibilität für die dem „in camera“-Verfahren innewohnende Gefahr der Marginalisierung rechtlichen Gehörs. Vor allem bei der Geltendmachung von Geheimhaltungsbedürftigkeit durch einen Nachrichtendienst ist das Gericht nämlich mangels einschlägiger Erfahrung argumentativ regelmäßig unterlegen und somit tendenziell dem behördlichen Vorbringen zugeneigt.<sup>59</sup>

Nicht ersichtlich ist zudem, ob ein europäisches „in camera“-Verfahren tatsächlich zu einer besseren Sachverhaltsaufklärung beiträgt als dies im Falle von für das rechtliche Gehör weniger einschneidenden Formen der Beweiserhebung zu erwarten wäre.<sup>60</sup> Zwar betont der EuGH, die Geheimhaltung von Beweisen dürfe den Gerichten nicht entgegengehalten werden.<sup>61</sup> Allerdings führt er nicht weiter aus, in welchem Umfang die Gerichte solche Beweise einer Überprüfung unterziehen, etwa nachrichtendienstliche oder polizeiliche Gewährsleute persönlich vernehmen sollen. Die Schaffung von „in camera“-Verfahren führt demnach also nicht notwendigerweise zu einem weniger häufigen Rückgriff des Gerichts auf Zeugen vom Hörensagen oder Vernehmungsprotokolle, und dies ist offenbar auch nicht bezweckt.<sup>62</sup>

Darüber hinaus lässt der EuGH auch hinsichtlich der für das „in camera“-Verfahren geltenden Offenlegungspflichten einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und den staatlichen Geheimhaltungsinteressen vermissen. Zwar verlangt er wie schon der EGMR bei freiheitsbeschränkenden Maßnahme eine Offenlegung zumindest des wesentlichen Inhalts des gegen den Betroffenen erhobenen Verdachts.<sup>63</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH zum langjährigen Einfrieren des gesamten Vermögens von Terrorismusverdächtigten müssen die Verdacht begründenden Taten allerdings nicht zwingend nach Ort und Zeit genau bestimmt werden. Genügen kann vielmehr schon die Offenlegung der inhaltlichen Grundzüge der vorgeworfenen Tat und des nach einem Jahr bestimmten ungefähren Zeitraums ihrer Begehung.<sup>64</sup> Für den Betroffenen wird damit die Mög-

lichkeit der sachdienlichen Stellungnahme zu den erhobenen Vorwürfen massiv beschränkt.<sup>65</sup>

Unzureichende Sensibilität der Unionsgerichte gegenüber der Bedeutung rechtlichen Gehörs wird auch insofern deutlich, als die Schaffung von „in camera“-Verfahren auf Unionsebene im Wege einer bloßen Änderung der EuG-Verfahrensordnung erfolgte. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des rechtlichen Gehörs für die Rechtsstaatlichkeit des gerichtlichen Verfahrens hätte es nahe gelegen, eine solch tiefgreifende Änderung nicht durch eine Änderung der Verfahrensordnung,<sup>66</sup> sondern durch eine Änderung der Satzung des Gerichtshofs gemäß Art. 281 AEUV unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments vorzunehmen. Die Schaffung von „in camera“-Verfahren ohne vorausgehenden parlamentarischen Diskurs ist der rechtsstaatlichen Bedeutung des Themas schwerlich angemessen<sup>67</sup> und weckt Zweifel an ihrer Zulässigkeit. Dies gilt umso mehr deshalb, weil Art. 105 der neuen EuG-Verfahrensordnung den Anwendungsbereich von „in camera“-Verfahren nicht auf bestimmte Verfahrensgegenstände begrenzt.<sup>68</sup> Dahingehend war die Änderung der Verfahrensordnung bereits vor ihrer Verabschiedung durch mehrere Anwaltskammern kritisiert worden. Das Gericht habe zur Vorbereitung der Reform zwar den Rat, die Kommission, Mitgliedstaaten und sogar einige Drittstaaten konsultiert, von einer öffentlichen Konsultation etwa der anwaltlichen Berufsverbände jedoch abgesehen.<sup>69</sup>

Bezeichnenderweise schreibt die neue Verfahrensordnung schließlich nicht einmal die Mitwirkung eines speziellen (d.h. sicherheitsgeprüften) Anwalts vor, der in „in camera“-Verfahren die Interessen des Betroffenen vertreten könnte.<sup>70</sup> Zwar ist die Effektivität solcher Anwälte begrenzt, da sie den

---

noch die Vorinstanz: EuG, Urt. v. 30.9.2010 – T-85/09 (Kadi II), Rn. 176 f.

<sup>55</sup> Vgl. *Barak-Erez/Waxman*, Columbia Journal of Transnational Law 2009, 3 (24).

<sup>66</sup> Dahingehende Kritik auch von Anwaltskammern und Menschenrechtsorganisationen des Vereinigten Königreichs und Irlands in ihrem Brief an den Präsidenten des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 22.7.2013, einzusehen auf <http://europeansanctions.com/2013/07/> (15.12.2016).

<sup>67</sup> *Murphy*, King's Law Journal 24 (2013), 19 (29); *ders.*, in: Davis/de Londras (Hrsg.), Critical Debates on Counter Terrorism Judicial Review, 2014, S. 298; ähnlich im Hinblick auf die Einführung von „in camera“-Verfahren außerhalb des Strafrechts im Vereinigten Königreich auch das dortige Oberste Gericht in der Rechtssache *Al Rawi* [2011] UKSC 34.

<sup>68</sup> *Nanopoulos*, Modern Law Review 2015, 913 (930).

<sup>69</sup> Vgl. insbesondere die Briefe mehrere Anwaltskammern und Menschenrechtsorganisationen des Vereinigten Königreichs und Irlands an den Präsidenten des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21.5.2013 und vom 22.7.2013, einzusehen auf <http://europeansanctions.com/2013/07/> (15.12.2016).

<sup>70</sup> Kritisch dazu auch *Bigo/Carrera/Hernanz/Scherrer* (Fn. 1), S. 57 f.; *Nanopoulos*, Modern Law Review 2015, 913 (930).

---

<sup>58</sup> Dahingehend auch die Einschätzung zur Praxis der „in camera“-Verfahren im Vereinigten Königreich *Nanopoulos*, Modern Law Review 2015, 913 (919).

<sup>59</sup> Eingehend zu dieser Dynamik *van Harten*, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (20 ff.).

<sup>60</sup> *Mayen*, NVwZ 2003, 537 (543) fordert insofern die „Aus-schöpfung milderer Mittel“.

<sup>61</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (Kadi II), Rn. 125; EuGH, Urt. v. 18.2.2016 – C-176/13 P (Bank Mellat), Rn. 109 f.

<sup>62</sup> Vgl. *Bigo/Carrera/Hernanz/Scherrer* (Fn. 1), S. 23; *van Harten*, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (13).

<sup>63</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 19.2.2009 – 3455/05 (A./Vereinigtes Königreich), Rn. 220; EuGH, Urt. v. 4.6.2013 (ZZ) – C-300/11, Rn. 66.

<sup>64</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2013 – C-584/10 (Kadi II), Rn. 142 ff. Anspruchsvoller und enger an den vom EGMR in A. v. Vereinigtes Königreich aufgestellten Anforderungen orientiert



Betroffenen grundsätzlich nicht über den Inhalt der geheimen Beweise unterrichten dürfen.<sup>71</sup> Den Betroffenen ist es somit nicht möglich, auf die in geheimem Beweismaterial enthaltenen Informationen zu reagieren. Soweit dem speziellen Anwalt ein umfassendes Beweisantragsrecht eingeräumt und er auch nach Einsichtnahme in das geheime Beweismaterial mit dem Betroffenen sprechen darf,<sup>72</sup> könnte durch spezielle Anwälte jedoch ein zumindest im Ansatz adversatorisches Verfahren gewährleistet werden.<sup>73</sup>

### 3. Grundsätzliche Bedenken gegenüber „in camera“-Hauptsacheverfahren

Grundsätzliche Zweifel an „in camera“-Hauptsacheverfahren beruhen aber vor allem auf der aus ihnen resultierenden fundamentalen Strukturveränderung<sup>74</sup> des gerichtlichen Verfahrens. Denn damit verbunden ist eine Abkehr von dem Grundsatz, dass die Freiheit des Bürgers staatlicherseits durch ein gerichtliches Urteil nur eingeschränkt werden darf, wenn er sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt sachdienlich äußern konnte.<sup>75</sup> Dafür muss dieser Sachverhalt für den Betroffenen einsehbar sein, in der Regel sogar noch vor einer erstmaligen gerichtlichen Entscheidung.<sup>76</sup> Andernfalls büßte jener seine Subjektstellung<sup>77</sup> und mithin seine Würde<sup>78</sup> im Verfahren weitgehend ein. Darf das Gericht bei seiner Überzeugungsbildung auf überlegenes Wissen zurückgreifen, so wird diese Legitimationsgrundlage der Justiz aufgegeben.

Darüber hinaus führt eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs kaum zu sachrichtigeren Entscheidungen. Selbst wenn die Offenlegung des wesentlichen Inhalts eines Verdachts in einem über den EuGH hinausgehenden Maße verlangt und damit dem Betroffenen Gelegenheit zu einer substantiierten Erwiderung geboten würde, so blieben dem Betroffenen doch jedenfalls ihn belastende Beweise vorenthalten. Der Verdächtige ist zu seiner Verteidigung in der Regel auf die Infragestellung der Zuverlässigkeit der Belastungs-

beweise angewiesen. Dieser Weg ist ihm infolge der Geheimhaltung der Beweise jedoch zumindest teilweise verstellt. Durch „in camera“-Hauptsacheverfahren wird dem Gericht die Kompetenz zugesprochen, über die Relevanz von Beweismaterial und zugleich über dessen Zuverlässigkeit ohne Mitwirkung des Betroffenen zu entscheiden.<sup>79</sup> Doch wird es für das Gericht ohne das diesbezügliche Tatsachewissen des Verdächtigten regelmäßig nicht möglich sein, Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit eines Beweises zu erkennen. Die Einschätzung des Gerichts stützt sich dann also insoweit einseitig<sup>80</sup> auf die Sachverhaltsdarstellung der Behörden und ist damit in besonderem Maße anfällig für Fehler und Missbrauch.<sup>81</sup>

Die Verwertbarkeit von geheimem Beweismaterial im Hauptsacheverfahren hat mithin nicht zur Folge, dem Gericht eine zuverlässigere Beurteilung des Beweismaterials zu ermöglichen. Die damit einhergehende Einschränkung des rechtlichen Gehörs bedeutet vielmehr grundsätzlich zugleich eine Einschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes. Der Gesetzgeber begrenzt also nicht rechtliches Gehör zugunsten effektiven Rechtsschutzes, sondern begrenzt effektiven Rechtsschutz zugunsten des Schutzes von Geheimhaltungsinteressen.<sup>82</sup> Eine Effektivierung des gerichtlichen Rechtsschutzes durch „in camera“-Verfahren könnte höchstens durch einen damit einhergehenden Ausschluss oder zumindest eine weitgehende Beschränkung der Verwertbarkeit der Aussagen anonymen Zeugen, Zeugen vom Hörensagen und von Vernehmungprotokollen erreicht werden. Andernfalls bedeuten „in camera“-Verfahren eine einseitige Schlechterstellung des Betroffenen. Nicht zuletzt im Falle der Verwertung von Beweismitteln, die von ausländischen Sicherheitsdiensten vertraulich erlangt wurden, scheidet eine solche Beschränkung der Verwendung mittelbarer Beweismittel allerdings in der Regel praktisch aus.<sup>83</sup> Rechtsvergleichende Erfahrungen mit „in camera“-Verfahren lassen zudem den Schluss zu, dass Beweiswürdigungsstandards dabei sogar hinter den Maßstäben offener Verfahren zurückbleiben.<sup>84</sup>

<sup>71</sup> Barak-Erez/Waxman, Columbia Journal of Transnational Law 2009, 3 (29 f.).

<sup>72</sup> Vgl. Jenkins, Columbia Human Rights Law Review 2011, 279 (320 f.).

<sup>73</sup> Sehr kritisch dazu Murphy, King's Law Journal 24 (2013), 19 (30 f.).

<sup>74</sup> Ähnlich insoweit für den Zivilprozess McGuire, GRUR 2015, 424 (433).

<sup>75</sup> BVerfGE 19, 32 (36); 49, 325 (328); 89, 381 (392); vgl. Gray, International Journal of Evidence & Proof 18 (2014), 230 (240); Murphy, King's Law Journal 24 (2013), 19.

<sup>76</sup> Zu durch den Zweck des Verfahrens bedingten Ausnahmen insoweit BVerfGE 9, 89 (95); 18, 399 (404); 49, 329 (342); 70, 180 (188 f.).

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395 (409). BVerfG, Beschl. v. 2.3.2011 – 2 BvR 43/10, 2 BvR 86/10, 2 BvR 140/10; Beschl. v. 21.3.2011 – 2 BvR 301/11; Beschl. v. 24.7.2014 – 2 BvR 1489/14.

<sup>78</sup> Dazu BVerfGE 7, 275 (279); 9, 89 (95); Barak-Erez/Waxman, Columbia Journal of Transnational Law 2009, 3 (35 f.).

<sup>79</sup> Kritisch dazu das kanadische Oberste Gericht in Charakaoui [2007] 1 SCR 350, Rn. 63 sowie das Oberste Gericht des Vereinigten Königreichs in Al Rawi [2011] UKSC 34, Rn. 36.

<sup>80</sup> Dahingehend ausführlich die empirische Untersuchung zur Praxis der administrativen Präventivhaft in Israel bei Krebs, in: Lazarus/McCruden/Bowles (Hrsg.), Reasoning Rights, 2014, S. 198.

<sup>81</sup> van Harten, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (15 ff.) mit Beispielen zu Missbrauch in Kanada und den Vereinigten Staaten. Eingehend zur Missbrauchsanfälligkeit von Anonymität Mazzone/Fischer, in: Cole/Fabbrini/Vedaschi (Hrsg.), Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law, 2013, S. 205 f.

<sup>82</sup> Vgl. Gaier (Fn. 53), S. 208; Schmidt-Aßmann (Fn. 28), S. 1156.

<sup>83</sup> Vgl. van Harten, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (18).

<sup>84</sup> Vgl. Krebs (Fn. 80), S. 198.



Eine mit „in camera“-Verfahren verbundene Hoffnung auf eine bessere Sachverhaltsaufklärung und damit auf effektiveren Rechtsschutz ist also eher realitätsfremd.<sup>85</sup> Dazu mögen „in camera“-Verfahren zwar im Einzelfall beitragen können, insbesondere wenn mittelbare Beweismittel Glaubwürdigkeitsdefizite ihrer vertraulichen Quelle verschweigen. Die Frage, ob sich diese Hoffnung im konkreten Fall bewahrheitet, ist aber mangels Offenlegung der die Entscheidung tragenden Beweise einem öffentlichen Diskurs unzugänglich. Damit entziehen sich „in camera“-Verfahren letztlich auch politischer und wissenschaftlicher Kritik<sup>86</sup> ebenso wie den Einwänden von nicht zum „in camera“-Verfahren zugelassenen Zeugen<sup>87</sup>. Abträglich ist dies auch dem öffentlichen Vertrauen in die Gerichte.<sup>88</sup> Die irrtümliche Annahme, solche Verfahren böten eine umfassende gerichtliche Kontrolle, kann schließlich zu einer übermäßigen behördlichen Geltendmachung von Geheimhaltungsinteressen verleiten und damit die gegenüber dem Betroffenen bestehenden Offenlegungspflichten sukzessive noch weiter verringern.<sup>89</sup>

#### 4. Trennung von Hauptsacheverfahren und „in camera“-Zwischenverfahren

Angesichts der damit verbundenen Schwächung des gerichtlichen Rechtsschutzes sollte – auch soweit rein präventive freiheitsbeschränkende Maßnahmen dem Schutz von Dritten vor massiver (vor allem terroristischer) Gewalt dienen – eine Verwertung von gegenüber dem Betroffenen nicht offengelegten Beweisen im gerichtlichen Hauptsacheverfahren ausscheiden. Eine Verwertung mittelbarer Beweise oder der Aussage anonymen Zeugen,<sup>90</sup> insbesondere von Zeugen vom Hörensagen, ist zwar in den Bereichen organisierte Kriminalität und Terrorismus für die Urteilsfindung mitunter unvermeidlich.<sup>91</sup> Dies ist allerdings gegenüber „in camera“-

Hauptsacheverfahren vorzugswürdig. Zur Wahrung der Verteidigungsrechte des Betroffenen muss die Sperrung von Beweismitteln dabei aber einer richterlichen Kontrolle unterworfen sein. Andernfalls könnten Behörden die die Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes willkürlich, das heißt ohne Berücksichtigung der konkret auf dem Spiel stehenden Interessen,<sup>92</sup> behindern.<sup>93</sup>

Diese Kontrolle hat aber – wie in Deutschland durch § 99 Abs. 2 i.V.m. § 189 VwGO gewährleistet<sup>94</sup> – außerhalb des Hauptsacheverfahrens durch einen gesonderten Spruchkörper zu erfolgen. Ein überlegenes Wissen des Gerichts der Hauptsache gegenüber dem Rechtsschutzsuchenden mit Blick auf den Verfahrensgegenstand wird dadurch ausgeschlossen. Die gesonderte Überprüfung der Geheimhaltung im Zwischenverfahren erfolgt zwar ihrerseits zwangsläufig in einem „in camera“-Verfahren. Die darin liegende Beschränkung des Rechtsschutzes ist jedoch verglichen mit einem „in camera“-Hauptsacheverfahren vergleichsweise gering.<sup>95</sup> Zum einen gewährt auch Art. 103 Abs. 1 GG kein Recht auf eine bestimmte Art von Beweismitteln.<sup>96</sup> Zudem ist bei fehlender Möglichkeit zur Konfrontation eines unmittelbaren Zeugen mit der deutschen Rechtsprechung ohnehin eine vorsichtige, die übrigen Ergebnisse der Beweisaufnahme berücksichtigende Würdigung der Aussage eines Zeugen vom Hörensagen zu verlangen.<sup>97</sup> Auf eine solche Aussage kann eine Verurteilung „regelmäßig nur dann gestützt werden“, wenn sie „durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt“ wird.<sup>98</sup> Eine besonders kritische Überprüfung wird von den deutschen Gerichten hinsichtlich der Bekundungen einer anonym gebliebenen Gewährsperson gefordert, wenn deren Vernehmung nur wegen der Weigerung der zuständigen Behörde ausscheidet, die Identität preiszugeben oder Aussagegenehmigung zu erteilen.<sup>99</sup>

Effektiver Rechtsschutz gegen auf geheim gehaltene Informationsquellen gestützte Maßnahmen lässt sich letztlich bestenfalls durch eine klare Beschränkung der gerichtlichen Verwertbarkeit mittelbarer Beweise erreichen, nicht hingegen durch Geheimverfahren. Grundrechtsfreundlicher als die

<sup>85</sup> Cole/Vladeck, in: Lazarus/McCruden/Bowles (Fn. 80), S. 170.

<sup>86</sup> Goss, in: Lazarus/McCruden/Bowles (Fn. 80), S. 133 f.; Nanopoulos, Modern Law Review 2015, 913 (931).

<sup>87</sup> van Harten, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (14 f.).

<sup>88</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168; dazu Walther, NStZ 2015, 383 (384).

<sup>89</sup> Barak-Erez/Waxman, Columbia Journal of Transnational Law 2009, 3 (31 ff.).

<sup>90</sup> Zur unter Umständen bestehenden Pflicht, eine umfassende behördliche Sperrung des Zeugen im Wege seiner anonymisierten Vernehmung (gegebenenfalls unter optischer und akustischer Abschirmung) zu vermeiden: BGH NJW 2003, 74 (76); NStZ 2005, 43; NStZ 2006, 648 (649); NJW 2007, 1475.

<sup>91</sup> Zur gegenseitigen Abhängigkeit von Menschenrechtsschutz und Staatsschutz differenzierend Di Fabio, NKW 2008, 421 (422); Nanopoulos, Modern Law Review 2015, 913 (915 f.). Zur US-amerikanischen Praxis des Verwertung mittelbarer Beweismittel, etwa der Substituierung einer Zeugenbefragung durch ein schriftliches Verfahren unter dem Classified Information Procedures Act: Chandran, Duke Law

Journal 2015, 1411 (1425 f.); Radsan, Cardozo Law Review 2010, 437 (450).

<sup>92</sup> Zum öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung als Abwägungskriterium im Rahmen des durch § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO eingeräumten Ermessens: BVerwG NVwZ 2010, 905 (909).

<sup>93</sup> Vgl. BGHSt 29, 109 (112).

<sup>94</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 28), S. 1150; Schoch (Fn. 28), S. 899.

<sup>95</sup> Insoweit ähnlich Mayen, NVwZ 2003, 537 (543).

<sup>96</sup> BVerfG NJW 1981, 1719 (1722); NJW 1994, 2347.

<sup>97</sup> BVerfG NJW 2010, 925 (926); BGH NJW 2007, 237 (239); BGH NStZ-RR 2014, 246 (249).

<sup>98</sup> BVerfG NJW 2010, 925 (926).

<sup>99</sup> BVerfG NJW 1981, 1719 (1725); NJW 2010, 925 (926); BGH NJW 2004, 1259 (1261) und bereits BGHSt 17, 382 (386) = NJW 1962, 1876 (1877); BGHSt 34, 15 (18) = NJW 1986, 1766. Dahingehend auch zur Begründung eines dringenden Tatverdachts OLG Frankfurt NJW 1968, 1000.

Schaffung von „in camera“-Hauptsacheverfahren sind daher vor allem auf den konkreten Sachverhalt<sup>100</sup> bezogene strenge Maßstäbe hinsichtlich der von den deutschen Gerichten geforderten und dabei auf den Schutz verfassungsrechtlich geschützter Belange abstellenden „Unumgänglichkeit“<sup>101</sup> einer Geheimhaltung. Das Vorenthalten von belastenden unmittelbaren Beweismitteln und deren Substituierung durch mittelbare Beweise bedeutet eine Beeinträchtigung der Effektivität des Rechtsschutzes und ist auf das unbedingt erforderliche Maß zu begrenzen.<sup>102</sup> Denn dadurch wird dem Betroffenen unter Umständen die Möglichkeit zur Heranziehung von ihm entlastenden Beweisen genommen.<sup>103</sup> Zur Wahrung der Verfahrensfairness haben die Behörden daher vernünftige Anstrengungen zu unternehmen, um die Anwesenheit von Zeugen im Verfahren zu gewährleisten.<sup>104</sup> Dem Rückgriff auf mittelbare Beweise werden dadurch Grenzen gesetzt. Insbesondere mit Blick auf die Nichtvernehmung eines Zeugen aus Sorge um dessen Sicherheit fordert daher konsequenterweise auch die Große Kammer des EGMR, die Strafgerichte dürften sich nicht mit der bloßen abstrakten Möglichkeit einer Verletzung des Zeugen abfinden, sondern hätten die insoweit bestehende Befürchtung anhand von Beweisen zu substantiieren.<sup>105</sup>

Effektiver Rechtsschutz gegen eine Geheimhaltung von Belastungsbeweisen erfordert in prozessualer Hinsicht zudem

<sup>100</sup> Dazu bereist EGMR (Große Kammer), Urt. v. 16.2.2000 – 28901/95 (Rowe u. Davis v. Vereinigtes Königreich), Rn. 61; vgl. auch BVerwG NVwZ 2010, 905 (906), wonach insoweit zur Begründung einer Sperrerklärung die „konkret befürchteten Nachteile“ darzulegen sind. Dafür genüge „die bloße Möglichkeit eines Nachteils nicht“. „Nachteil in diesem Sinne ist u.a. dann gegeben, wenn und soweit die Bekanntgabe des Akteninhalts die künftige Erfüllung der Aufgaben der Sicherheitsbehörden einschließlich deren Zusammenarbeit mit anderen Behörden erschweren oder Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen gefährden würde.“ Die „Prognose, ob eine Offenbarung bestimmter Dokumente eine Beeinträchtigung der auswärtigen Beziehungen erwarten lässt, [ist] verwaltungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar“. Ähnlich BVerwG, Beschl. v. 2.7.2009 – 20 F 4/09, Rn. 8; BVerwG NVwZ 2010, 321.

<sup>101</sup> BVerfG NJW 1981, 1719 (1723); BGHSt 29, 109 (112) = BGH NJW 1980, 464 (465); BVerwG NJW 1987, 202 (203).

<sup>102</sup> BGH NJW 2003, 7476; zur Pflicht der Exekutive, bei ihrer Entscheidung das Interesse an der Wahrheitsfindung und das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Beschuldigten zu berücksichtigen: BVerfGE 57, 250 (284) = NJW 1981, 1719 (1724); BGH NJW 2007, 3010 (3012).

<sup>103</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 2.7.2009 – 20 F 4/09, Rn. 5; Beschl. v. 29.4.2015 – 20 F 8/14, Rn. 8.

<sup>104</sup> Vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 27.2.2014 – 5699/11 (Lucic/Kroatien), Rn. 79; EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 122.

<sup>105</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05 u. 22228/06 (Al-Khawaja u. Tahery v. Vereinigtes Königreich), Rn. 124.

Sorgfalt der Gerichte im Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO, einem übertriebenen<sup>106</sup> Bedürfnis nach Geheimhaltung nicht zur Geltung zu verhelfen. In diesem Zwischenverfahren kann es zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes für das Gericht auch erforderlich sein, über die zunächst von der Behörde vorgelegten Akten hinaus weitere Beweismittel anzufordern,<sup>107</sup> etwa Sachverständige oder Behördenmitarbeiter als Zeugen zu vernehmen, um die Tatsachengrundlage des zur Begründung der Sperrerklärung angegebenen Nachteils zu prüfen.<sup>108</sup> Nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer strafrechtlichen Relevanz nachrichtendienstlicher Erkenntnisse darf sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Zwischenverfahren nicht mit der Behauptung eines (angeblich) besseren Sachverständnisses der Sicherheitsbehörden abfinden und deren Vorbringen auf die bloße Nachvollziehbarkeit oder ein „Mindestmaß an Plausibilität der Begründung“<sup>109</sup> prüfen. Andernfalls droht die Effektivität der gerichtlichen Kontrolle von Sperrerklärungen infolge einer zunehmend engeren internationalen Zusammenarbeit von Sicherheitsbehörden insbesondere unter Berufung auf zwischenstaatlich vereinbarte Verwendungsbeschränkungen unterlaufen zu werden. Große Bedeutung für die Bejahung eines schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresses zukommen sollte zudem der oft nur im Zwischenverfahren effektiv überprüfbaren Fragen, ob bei der Erlangung des gesperrten Beweismittels einschlägige rechtliche Vorgaben eingehalten wurden und ob geheim gehaltene Umstände Zweifel an der Zuverlässigkeit eines gesperrten Zeugen begründen. Eine Beeinflussung der Überzeugungsbildung des Hauptsachegerichts durch die tatsächlichen Feststellungen im Zwischenverfahren muss dabei ausgeschlossen werden, andernfalls mittelbar letztlich doch ein „in camera“-Hauptsacheverfahren geschaffen würde. Deshalb darf die Begründung des Zwischenurteils keine Feststellungen zur Glaubwürdigkeit der geheimen Beweisquelle enthalten.

<sup>106</sup> Dies als Kernproblem der Praxis herausstellend: *Barak-Erez/Waxman*, Columbia Journal of Transnational Law 2009, 3 (32); *Chandran*, Duke Law Journal 2015, 1411 (1429); *Cole/Vladeck* (Fn. 85), S. 175; *van Harten*, International Journal of Evidence & Proof 13 (2009), 1 (20 ff.). Dahingehend wohl auch die Einschätzung des stellvertretenden Vorsitzenden der G 10-Kommission des Deutschen Bundestages mit Blick auf das zwischen Deutschland und den USA geschlossenen Geheimschutzabkommens; *Huber*, NVwZ 2015, 1354 (1357): Dessen Behandlung als „Verschlusssache“ sei „wenn man seinen Inhalt zur Kenntnis genommen hat, nicht nachvollziehbar“. Es werde „getrickst“.

<sup>107</sup> *Rudisile*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 29. Lfg., Stand: Oktober 2015, § 99, Rn. 35.

<sup>108</sup> Eine gesonderte Beweisaufnahme sieht § 99 Abs. 2 VwGO gegenwärtig nicht ausdrücklich vor; vgl. BVerwG NVwZ 2002, 1249 (1250); BVerwG, Beschl. v. 2.7.2009 – 20 F 4/09, Rn. 10; *Neumann*, DVBl. 2016, 473 (481); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), S. 1150; *Schoch* (Fn. 28), S. 899.

<sup>109</sup> So aber BVerwG, Beschl. v. 29.4.2015 – 20 F 8/14, Rn. 14 f.; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 2.7.2009 – 20 F 4/09, Rn. 9.

Zur Herstellung praktischer Konkordanz<sup>110</sup> zwischen Geheimhaltungsinteressen und effektiven Rechtsschutz kann es schließlich *de lege ferenda* auch geboten sein, im Rahmen des Zwischenverfahrens nach § 99 Abs. 2 VwGO – aber eben nur hier – einen sicherheitsgeprüften, gegenüber dem Betroffenen mit Blick auf geheime Beweise zur Verschwiegenheit verpflichteten Verfahrensbevollmächtigten zuzulassen. Dessen Aufgabe sollte darin bestehen, durch die Herstellung eines kontradiktorischen Elements die Effektivität des Zwischenverfahrens zu verbessern und sich darin gegenüber dem Gericht für eine möglichst weitreichende Offenlegung relevanter Beweismittel einzusetzen.<sup>111</sup> Eine solche Weiterentwicklung der gerichtlichen Kontrolle erscheint vor allem mit Blick auf jene Extremfälle geboten, in denen ein Konflikt zwischen der Gefährdung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter und einer (vor allem aus präventiven Gründen) unerlässlich gebotenen Durchführung des Strafverfahrens zu einer schwerwiegenden Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten führt.<sup>112</sup> In solchen Fällen wird mitunter auch eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung im Hauptsacheverfahren keine hinreichende Kompensation für das Vorenthalten der den mittelbaren Beweisen zugrunde liegenden vertraulichen Quellen bilden,<sup>113</sup> sondern bedarf es darüber hinaus einer in tatsächlicher Hinsicht vertieften Kontrolle der behördlichen Geheimhaltungsentscheidung.

---

<sup>110</sup> Vgl. *Cole/Vladeck* (Fn. 85), S. 170.

<sup>111</sup> Dazu *Barak-Erez/Waxman*, *Columbia Journal of Transnational Law* 2009, 3 (28 f., 45); *Cole/Vladeck* (Fn. 85), S. 173.

<sup>112</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 3010 (3013).

<sup>113</sup> Anders aber im Ergebnis im Fall *Motassadeq* BGHSt 49, 112 (123) = NJW 2004, 1259 (1263).

---