



Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 20/3420

Aktenrelevanz und das Löschen von Akteninhalten

Abschluss der Arbeit: 23. Mai 2024

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages sind urheberrechtlich geschützt. Über eine Veröffentlichung oder eine Weitergabe der Gutachten an Dritte entscheiden allein die Auftraggeberinnen und Auftraggeber einer Ausarbeitung. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt. Die Gutachten geben nicht die Auffassung des Schleswig-Holsteinischen Landtages, eines seiner Organe oder der Landtagsverwaltung wieder. Sie liegen allein in der fachlichen Verantwortung des Wissenschaftlichen Dienstes.

A. Auftrag.....	4
B. Beantwortung der aufgeworfenen Fragen	5
I. Gebot der Aktenmäßigkeit des Verwaltungshandelns	5
1. Normative Verankerung.....	5
a) Verfassungsrecht.....	5
b) Konkretisierung.....	6
2. Regelungsgehalt	9
a) Grundsätze ordnungsmäßiger Aktenführung.....	9
b) Im Detail: Das Gebot der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit	9
3. Verbindlichkeit für die Landesregierung	15
a) Bindung der Landesregierung	15
b) Bereichsausnahme für Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung?	15
II. Vereinbarkeit der im Auftrag beschriebenen Vorgehensweisen mit dem Grundsatz der Aktenmäßigkeit.....	17
1. Ausgangspunkt: Strenger Maßstab im Beamtenrecht	17
2. Unerheblichkeit der Kommunikationsform	19
3. Kommunikation über die Beendigung des Dienstverhältnisses mit Verabredungen über den Zeitpunkt und die Modalitäten der Beendigung	20
4. Kommunikation über ein etwaiges dienstliches Fehlverhalten	24
5. Kommunikation über die Notwendigkeit der Abgabe einer dienstlichen Erklärung	27
6. Bitte um Übersendung eines Antrags auf Entlassung aus dem Dienstverhältnis.....	28
7. Keine Ausnahme aufgrund des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung	30
III. Strafrechtliche Folgen eines Löschungsvorgangs.....	32
1. Unterdrückung beweiserheblicher Daten gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ...	32
a) Tatobjekt: E-Mails als beweiserhebliche Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB	33

aa) Einschränkung nach § 202a Abs. 2 StGB	33
bb) Einschränkung nach § 269 StGB?	33
b) Fehlende ausschließliche Verfügungsbefugnis	39
c) Tathandlung: Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen.....	41
d) Subjektiver Tatbestand	41
2. Datenveränderung gemäß § 303a Abs. 1 StGB	41
a) Daten, an denen ein fremdes Nutzungsrecht besteht.....	42
b) Rechtswidrigkeit.....	43
3. Verwahrungsbruch gemäß § 133 Abs. 1 StGB.....	43

A. Auftrag

Der Wissenschaftliche Dienst ist beauftragt worden, folgende Fragen im Zusammenhang mit dem Gebot der Aktenmäßigkeit und dem Löschen von Akteninhalten zu prüfen:

1. Stellt es einen Verstoß gegen die Aktenordnung der Landesverwaltung Schleswig-Holstein vom 07. Januar 2015 (Amtsbl. Schl.-H. 2015, S. 90 ff.), zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 10. April 2017 (Amtsbl. Schl.-H. 2017 Nr. 17, S. 529; ber. S. 901) dar, wenn

a) eine Ministerin oder ein Minister des Landes Schleswig-Holstein mit ihrer Staatssekretärin oder ihrem Staatssekretär ein Gespräch über die Beendigung des Dienstverhältnisses führt und dabei Verabredungen über den Zeitpunkt und die Modalitäten der Beendigung getroffen werden, und der Inhalt dieses Gesprächs weder in Vermerkform noch in sonstiger Weise aktenkundig gemacht wird?

b) eine Ministerin oder ein Minister in Gesprächen oder per elektronischer Kommunikation mit einer Staatssekretärin oder einem Staatssekretär über

- i) ein etwaiges dienstliches Fehlverhalten,
- ii) die Notwendigkeit der Abgabe einer dienstlichen Erklärung,
- iii) die Modalitäten der Beendigung des Dienstverhältnisses und
- iv) die Bitte um Übersendung einer schriftlichen Erklärung mit der Bitte um Entlassung aus dem Dienstverhältnis

kommuniziert und der Inhalt dieser Kommunikation weder in Vermerkform noch in sonstiger Weise aktenkundig gemacht wird?

2. Kann im Falle der Frage zu 1. b) durch die Löschung einer insoweit geführten elektronischen Kommunikation, bei Nichterfassung des Kommunikationsinhalts in anderer Form, der objektive Tatbestand einer Straftat verwirklicht worden sein und wenn ja, welcher?

B. Beantwortung der aufgeworfenen Fragen

I. Gebot der Aktenmäßigkeit des Verwaltungshandelns

1. Normative Verankerung

a) Verfassungsrecht

Ohne dass es insoweit einer ausdrücklichen einfachgesetzlichen Anordnung bedürfte, unterliegt die Verwaltung einer **Pflicht zur Führung vollständiger und ordnungsgemäßer Akten**.¹ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist eine ordnungsgemäße Aktenführung bereits deshalb notwendig, weil die „den Behörden nach dem Grundgesetz obliegende Vollziehung der Gesetze nicht ohne eine Dokumentation der einzelnen Verwaltungsvorgänge denkbar [sei], die das bisherige sachbezogene Geschehen sowie mögliche Erkenntnisquellen für das zukünftig in Frage kommende behördliche Handeln enthält.“² Erst die ordnungsgemäße Dokumentation von Verwaltungsvorgängen gestatte der Exekutive „eine fortlaufende Kenntnis aller für sie maßgeblichen Umstände ohne Rücksicht darauf, ob aus innerorganisatorischen Gründen oder wegen der Zuständigkeitsbegründung einer anderen Behörde ein neuer Bediensteter, der kein eigenes Wissen über die Vorgeschichte besitzt, mit der Bearbeitung der Sache betraut wird.“³

Ordnungsgemäß geführte Akten sind jedoch nicht nur zentrales Medium einer neutral-professionellen, personenunabhängigen Amtsführung, das präventiv die Arbeitsfähigkeit der Verwaltung sichert, sondern stellen auch die Grundlage der nachträglichen Kontrolle ebendieser Verwaltungstätigkeit dar.⁴ Verfassungsrechtlich wird das Gebot der Aktenmäßigkeit des Verwaltungsverfahrens daher als Ausfluss des **Rechtsstaatsprinzips** (Art. 20 Abs. 3 GG) begriffen:⁵ Nicht nur die Fach- bzw.

¹ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135). Daran anknüpfend BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622); OVG Greifswald, Beschluss vom 22. Dezember 2000 – 2 L 38/99 –, NVwZ 2002, 104 (106); VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – 1 S 1352/13 –, NVwZ-RR 2015, 161 (166); *Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2013, S. 173.

² BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135). So auch im Anschluss BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622).

³ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135). So auch im Anschluss BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622).

⁴ *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 20; *Eifert*, Electronic Government, 2006, S. 145; *Grundmann/Greve*, Löschung und Vernichtung von Akten, NVwZ 2015, 1726 (1726 ff.).

⁵ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135); OVG Greifswald, Beschluss vom 22. Dezember 2000 – 2 L 38/99 –, NVwZ 2002, 104 (107); VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – 1 S 1352/13 –, NVwZ-RR 2015, 161 (166); BT-Drs. 17/11473, S. 38; *Grundmann/Greve*, Löschung und Vernichtung von Akten, NVwZ 2015, 1726 (1726 f.);

Rechtsaufsicht bedarf zur Erfüllung ihres Kontrollauftrags der vollständigen Information über den zu begutachtenden Vorgang,⁶ auch Kontrolle durch das Parlament⁷, die Gerichte⁸ sowie die allgemeine Öffentlichkeit⁹ kann nur ausgeübt werden, wenn exekutives Handeln umfassend dokumentiert ist. Daneben stellen ordnungsgemäß geführte Akten die zentrale Informationsgrundlage der Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens für die Wahrung ihrer Rechte dar.¹⁰ Auf einfachgesetzlicher Ebene setzen folglich zahlreiche Akteneinsichtsrechte als Anspruchsgegenstand ordnungsgemäß geführte Akten (bzw. in Akten gesammelte Informationen) voraus.¹¹ Insoweit wird der Grundsatz ordnungsgemäßer Aktenführung auch als Bestandteil der **Rechtsweggarantie** (Art. 19 Abs. 4 GG) eingeordnet.¹²

b) Konkretisierung

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Aktenmäßigkeit eröffnet den Behörden für die Art und Weise der Aktenführung weitestgehend ein eigenes Organisationsermessen.¹³ Gleichwohl wird die Verwaltungspraxis durch eine Reihe von **Konkretisierungen unterschiedlicher Rechtsnatur** bestimmt, welche den Inhalt des zum Teil unbestimmten verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Aktenmäßigkeit ausprägen.

Eine ausdrückliche landesrechtliche Regelung zum Grundsatz der Aktenmäßigkeit, insbesondere zur Führung vollständiger Akten, in der Verwaltung existiert in *Schleswig-Holstein* nicht.

Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 29 Rn. 12; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 16; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 42.

⁶ BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622); BT-Drs. 17/11473, S. 38; *Eifert*, Electronic Government, 2006, S. 145; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 16.

⁷ BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622); VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – 1 S 1352/13 –, NVwZ-RR 2015, 161 (167 f.).

⁸ BT-Drs. 17/11473, S. 38; *Eifert*, Electronic Government, 2006, S. 145; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 16.

⁹ *Eifert*, Electronic Government, 2006, S. 145. Dazu weiterführend *Guckelberger*, Informationszugang zu exekutiven Textnachrichten, ZGI 2022, 55 ff.

¹⁰ Vgl. § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG bzw. § 88 Abs. 1 Satz 1 und 2 LVwG; dazu *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 29 Rn. 12 ff. Für das Strafverfahren vgl. § 147 Abs. 1 StPO; dazu *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 ff.

¹¹ Vgl. Art. 29 Abs. 2 Satz 2 LV (Parlament); § 99 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 86 Abs. 1 VwGO (Gericht); § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG, § 3 IZG-SH, § 3 Abs. 1 Satz 1 UIG (Öffentlichkeit); § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG bzw. § 88 Abs. 1 Satz 1 und 2 LVwG sowie spezialgesetzlich § 110 Abs. 1 BBG bzw. § 88 Abs. 1 LBG (Beteiligte).

¹² *Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2013, S. 173; *Funke*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 73; *Grundmann/Greive*, Löschung und Vernichtung von Akten, NVwZ 2015, 1726 (1727). Jedenfalls die Akteneinsicht (nicht jedoch die Pflicht zum Führen von Akten) ordnet auch BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 –, BVerfGE 101, 106 (123) der Garantie aus Art. 19 Abs. 4 GG zu.

¹³ Vgl. BT-Drs. 17/11473, S. 38.

Einen für die Landesverwaltung verbindlichen Rahmen für eine einheitliche Verwaltung des Schriftgutes stellt die **Aktenordnung** (AktenO)¹⁴ dar. Sie bestimmt insbesondere, wie Schriftgut zu ordnen, aufzubewahren, zu registrieren, bereitzustellen und auszusondern ist und enthält eine Reihe von spezifischen Handlungsanweisungen. Die Pflicht zur Führung vollständiger Akten wird in der Aktenordnung an keiner Stelle ausdrücklich normiert, jedoch an zahlreichen Stellen vorausgesetzt. Nicht enthalten sind zudem Vorgaben zur Aktenrelevanz oder Verarbeitung von Informationen, die im Rahmen mündlicher Kommunikation erlangt worden sind. Als Erlass der Staatskanzlei handelt es sich bei der Aktenordnung um Verwaltungsvorschriften, die für die schleswig-holsteinische Landesverwaltung verbindlich sind (Abschnitt I., Ziff. 3. AktenO). Den Regelungen der Aktenordnung gehen Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften sowie durch Ländervereinbarungen abweichende bundeseinheitliche Regelungen vor, die spezielle Regelungen zur Verwaltung von Schriftgut enthalten (Abschnitt II., Ziff. 1.4 AktenO).

Eine unverbindliche Handlungsempfehlung geben das **Grundsatzpapier** der gemeinsamen Arbeitsgruppe IT-gestützte Verwaltungsarbeit des Unterausschusses Allgemeine Verwaltungsorganisation des Arbeitskreises der Innenministerkonferenz sowie des Kooperationsausschusses Automatisierte Datenverarbeitung Bund/ Länder/ Kommunalbereich zur „**Aktenrelevanz von Dokumenten**“¹⁵ sowie das Grundsatzpapier des Bundesarchivs zum „**Umgang mit E-Mails in elektronischen Akten**“¹⁶. Ersteres bietet den Versuch eines zusammenfassenden Grundsatzes zur Aktenrelevanz und eine praxisorientierte Hilfe bei der Umsetzung des Grundsatzes der Aktenmäßigkeit, indem es hierfür Leitlinien empfiehlt und beispielhaft aufführt, welche Dokumente in der Regel als (nicht) aktenrelevant einzustufen sind. Das Grundsatzpapier zu E-Mails in elektronischen Akten hat zum Ziel, praktische

¹⁴ Aktenordnung für die schleswig-holsteinische Landesverwaltung (AktenO), Erlass der Staatskanzlei vom 7. Januar 2015 – StK OE-024.01-19/2015, Abl. S. 90; zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 10. April 2017, Abl. Nr. 17, S. 529; ber. S. 901.

¹⁵ UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, abrufbar unter https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Downloads/Anbieten/sgv-grundl-grundsatzpapier-aktenrelevanz-von-dokumenten.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 17. Mai 2024).

¹⁶ Bundesarchiv, Umgang mit E-Mails in elektronischen Akten, Stand März 2022, abrufbar unter https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Downloads/Anbieten/Behoerdenberatung/beratungsangebot-e-grundl-sgv-umgang-mit-e-mails-in-elektronischen-akten-juni-2022.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 17. Mai 2024).

Hinweise für den rechtssicheren Umgang der öffentlichen Stellen des Bundes mit dienstlichen E-Mails zu geben.¹⁷

Die Pflicht zur Aktenführung und deren Modalitäten können sich für bestimmte Sachgebiete und Inhalte partiell auch aus spezialgesetzlichen Normen ergeben, beispielsweise im Disziplinarrecht aus dem **Landesdisziplinalggesetz**¹⁸ (LDG), für die Personalaktenführung aus dem **Landesbeamtengesetz**¹⁹ (LBG), im Strafprozess aus der **Strafprozessordnung**²⁰ (StPO).

Auf *Bundesebene* findet die **Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien** (GGO)²¹, ergänzt durch die **Registraturrichtlinie** (RegR)²² Anwendung. Geregelt werden dort das Bearbeiten von Geschäftsvorfällen und Verwalten von Schriftgut in den Bundesministerien. Ausgangspunkt ist die Pflicht, Stand und Entwicklung der Vorgangsbearbeitung jederzeit aus den elektronisch oder in Papierform geführten Akten nachvollziehbar zu machen (§ 12 Abs. 2 GGO). Neben der Normierung wesentlicher Grundsätze wie dem der Aktenvollständigkeit und Einheitlichkeit (§ 4 RegR), dem dazugehörigen Verbot der Entfernung beziehungsweise Löschung von Dokumenten (§ 4 Abs. 3 RegR), werden beispielsweise die Begriffe des Schriftgutes und Dokumentes definiert (§ 3 RegR) sowie festgelegt, dass aktenrelevante elektronisch empfangene, erstellte oder versandte Dokumente bei papiergebundener Bearbeitung auszudrucken sind (§ 6 Abs. 3 RegR). Diese Bestimmungen sind für die Verwaltungspraxis in Schleswig-Holstein nicht bindend, für die Auslegung des Grundsatzes der Aktenmäßigkeit jedoch hilfreich.

In der Literatur und Rechtsprechung werden die Maßstäbe einer ordnungsgemäßen Aktenführung zudem **mittelbar** im Zusammenhang mit **Akteneinsichts- oder Informationszugangsrechten** behandelt.²³

¹⁷ Dabei werden grundsätzliche rechtliche Vorgaben sowie Empfehlungen zur Speicherung von E-Mails in elektronischen Akten, zum Erstellen und Versenden von aktenrelevanten E-Mails und zum Umgang mit eingehenden E-Mails gegeben.

¹⁸ Landesdisziplinalggesetz (LDG) vom 18. März 2003, GVOBl. S. 154; zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. November 2023, GVOBl. S. 541.

¹⁹ Landesbeamtengesetz (LBG) vom 26. März 2009, GVOBl. S. 93; zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Dezember 2023, GVOBl. S. 634.

²⁰ Strafprozessordnung (StPO) vom 7. April 1987, BGBl. S. 1074, ber. S. 1319; zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. März 2024, BGBl. S. 109.

²¹ Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), seit dem 1. September 2000 in Kraft; zuletzt geändert durch Beschluss der Bundesregierung vom 11. Dezember 2019.

²² Beschluss des Bundeskabinetts vom 11. Juli 2001.

²³ Beispielhaft zu § 29 VwVfG: *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 21; *Rüdiger/Engel*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Auflage 2019, § 29 Rn. 37; zu § 88 LVwG: *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinalggesetz, Rn. 31 ff.; zu § 1 Abs. 1 IFG: *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 41 ff.;

2. Regelungsgehalt

a) Grundsätze ordnungsmäßiger Aktenführung

Eine ordnungsgemäße Aktenführung begründet die Verpflichtung der Verwaltung,

- Akten zu führen (**Gebot der Aktenmäßigkeit**),
- alle wesentlichen Verfahrenshandlungen vollständig und nachvollziehbar abzubilden (**Gebot der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit**) und
- diese wahrheitsgemäß aktenkundig zu machen (**Gebot wahrheitsgetreuer Aktenführung**),
- keine nachträglichen Entfernungen und Verfälschungen von rechtmäßig erlangten Erkenntnissen und Unterlagen aus den Akten vorzunehmen (**Gebot von Authentizität und Integrität**) sowie
- den Aktenbestand langfristig zu sichern (**Gebot der Aktensicherung**).²⁴

Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für Papier- wie für elektronische Akten.²⁵

b) Im Detail: Das Gebot der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit

Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens, das die Frage untersucht, inwieweit bestimmte Gesprächsinhalte bzw. Inhalte elektronischer Kommunikation aktenkundig gemacht werden müssen, verdient das Gebot der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit von Akten besondere Aufmerksamkeit. Dessen Gewährleistungsgehalt soll daher nachfolgend näher konturiert werden.

Dem in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bereits im Jahr 1983 postulierten Gebot, behördliche Aktenführung müsse „**möglichst vollständig [...]** **alle rechtlich erheblichen Tatsachen**“²⁶ abbilden und so eine „**wahrheitsgetreue Dokumentation des historischen Geschehensablaufs**“²⁷ ermöglichen, wird trotz

BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2021 – BVerwG 10 C 3.20 –, ZUM-RD 2022, 184, (186); zu § 110 BBG: OVG Münster, Beschluss vom 7. Januar 2015 – 1 B 1260/14 –, NVwZ-RR 2015, 387 (388 ff.).

²⁴ So die Auflistung in der Gesetzesbegründung zu § 6 EGovG, BT-Drs. 17/11473, S. 38. Ebenso *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 29 Rn. 12c f.; *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 16 f.; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 43; *Skrobotz*, in: Bauer et al., Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 29 VwVfG, Rn. 13. Im Wesentlichen übereinstimmend Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Positionspapier Aktenführung und E-Akte, Stand September 2020, S. 4 ff.

²⁵ Vgl. die in § 6 Satz 2 EGovG angeordnete Funktionsäquivalenz für die Umstellung von Papier- auf elektronische Akten. Weiterführend BT-Drs. 17/11473, S. 38; *Eifert*, Electronic Government, 2006, S. 145; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 44.

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135).

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135).

der dargestellten Versuche, durch Erlasse oder Praxisleitfäden seine einheitliche Anwendbarkeit innerhalb der Verwaltung zu gewährleisten, auch heute noch ein sehr „heterogener“²⁸ Gewährleistungsgehalt entnommen.

Konsens herrscht dahingehend, dass die Beurteilung der Aktenrelevanz eines Inhalts stets eine **Einzelfallbetrachtung** erforderlich mache,²⁹ die die Besonderheiten des jeweiligen Sachgebiets, Inhalt und Umfang der diesbezüglich angeordneten behördlichen Untersuchungspflichten sowie die Bedeutung des betreffenden Falls einzubeziehen habe.³⁰ Für einzelne Rechtsgebiete, etwa das Beamten-, Disziplinar- und das Strafprozessrecht, hat der Gesetzgeber losgelöst vom Einzelfall in abstrakt-genereller (und nicht abschließender) Weise angeordnet, welche Inhalte als aktenrelevant anzusehen sind.³¹ Fehlt – wie in den allermeisten Fällen – eine derartige gesetzgeberische Entscheidung, ist nach den mit dem Gebot der Aktenmäßigkeit verfolgten Schutzzwecken für den konkreten Einzelfall abzuwägen, welche Informationen im verwaltungseigenen Interesse sowie im Interesse Beteiligter³² und das Verwaltungshandeln kontrollierender Akteure, wie Gerichte, Parlament und Öffentlichkeit, Aufnahme in die Akten finden müssen.

Die Entscheidung darüber, welche Inhalte im Einzelfall zu den Akten zu nehmen sind, ist der jeweiligen Sachbearbeiterin bzw. dem jeweiligen Sachbearbeiter überantwortet. Das insoweit auszuübende Ermessen ist indes kein freies, sondern

²⁸ UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 4.

²⁹ OVG Greifswald, Beschluss vom 22. Dezember 2000 – 2 L 38/99 –, NVwZ 2002, 104 (107); Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Positionspapier Aktenführung und E-Akte, Stand September 2020, S. 5; UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 7; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 69.

³⁰ *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 20; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 45.

³¹ Vgl. für das *Beamtenrecht* § 106 Abs. 1 BBG, § 85 LBG, für das *Disziplinarrecht* §§ 17 Abs. 1 Satz 2, 22 Abs. 1 Satz 2, 28 LDG sowie für das *Strafprozessrecht* §§ 68b Abs. 3, 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 4, 100g Abs. 4 Satz 3, 100j Abs. 2 Satz 2, 100j Abs. 3 Satz 5, 100j Abs. 4 Satz 4, 101 Abs. 2 Satz 2, 101 Abs. 5 Satz 2, 101 Abs. 8 Satz 2, 154a Abs. 1 Satz 3, 160a Abs. 1 Satz 4, 160b Satz 2, 168b Abs. 1, 169a, 202a StPO. Insbesondere im Strafrecht, aber auch im Disziplinarrecht, ist in Anbetracht der Eingriffsintensität der behördlichen Maßnahmen ein strenger Maßstab für die Aktenrelevanz anzulegen. So gilt es hier, alles, was von irgendeiner Bedeutung für die gerechte Beurteilung der Straf- bzw. Disziplinarsache sein könnte, in den Akten zu vermerken. Hierzu näher *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3196) m.w.N. (für das Strafverfahren) sowie *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinargesetz, Rn. 32 f. m.w.N. (für das Disziplinarverfahren).

³² Vgl. § 78 LVwG.

bewegt sich in den durch die Regeln der ordnungsgemäßen Aktenführung gesetzten Grenzen³³ und hat einem objektivierten Willen der Verwaltung zu folgen.³⁴

Einigkeit besteht auch darüber, dass aus den Akten nicht lediglich die **für die konkrete Entscheidung rechtserheblichen Tatsachen**, sondern insbesondere auch die für die Entscheidungs*findung* relevanten **Bearbeitungsschritte**, inklusive der in diesem Rahmen vollzogenen Wertungen,³⁵ hervorzugehen haben.³⁶ Damit sollen die Entscheidung selbst und der Weg zu ihr hin für nicht mit der Bearbeitung betraute Personen nachvollziehbar bleiben. Zur Sicherung der **Nachvollziehbarkeit** muss daher der chronologische Ablauf der Bearbeitung den Akten zu entnehmen sein: Geschäftsgangsvermerke, Mitzeichnungen und Billigungen haben Aufnahme zu finden. Aber auch begründete Ablehnungen von Mit- und Schlusszeichnungen sind zu verakten. Die einzelnen Dokumente sind in zeitlicher Reihenfolge innerhalb der Akte abzulegen.³⁷ Damit sich die dokumentierten Inhalte für Dritte als verständlich erweisen können, sind diese nach einem verbindlichen Aktenplan anzulegen und in ein Aktenverzeichnis aufzunehmen.³⁸ Ferner sind nicht nur das Schriftgut selbst, sondern auch die hierzu vorhandenen Metadaten zu dokumentieren.³⁹

Nicht einheitlich bestimmt wird indes der für die Bewertung der Aktenrelevanz konkret anzulegende Maßstab. Als Minimalkonsens anerkannt ist, dass jedenfalls alle für die Entscheidung und den Weg zu ihr **wesentlichen** Informationen zu dokumentieren sind.⁴⁰ Teilweise wird darüber hinaus alles, „was mehr als nur einen geringen Informationswert zum Verwaltungsverfahren, zu den behördlichen Erwägungen und Wertungen sowie zu deren Ergebnis hat“, als aktenrelevant bewertet.⁴¹ Mitunter wird

³³ *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 17.

³⁴ *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 68.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135).

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135); BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622).

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244, 310/83 –, NJW 1983, 2135 (2135); OVG Greifswald, Beschluss vom 22. Dezember 2000 – 2 L 38/99 –, NVwZ 2002, 104 (107); UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 6; *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinargesetz, Rn. 34.

³⁸ Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Positionspapier Aktenführung und E-Akte, Stand September 2020, S. 6; UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 5.

³⁹ Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Positionspapier Aktenführung und E-Akte, Stand September 2020, S. 5 f.

⁴⁰ BVerwG, Beschluss vom 16. März 1988 – 1 B 153/87 –, NVwZ 1988, 621 (622); OVG Greifswald, Beschluss vom 22. Dezember 2000 – 2 L 38/99 –, NVwZ 2002, 104 (107); BT-Drs. 17/11473, S. 38; UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 6; *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinargesetz, Rn. 33.

⁴¹ Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Positionspapier Aktenführung und E-Akte, Stand September 2020, S. 5.

sogar gefordert, „alle Vorgänge, die Einfluss auf das Verwaltungshandeln und die Verwaltungsentscheidung genommen haben (können)“⁴², zu den Akten zu nehmen.

Ob eine Information **wesentlich** ist, lässt sich – in einer Einzelfallbetrachtung für das jeweilige Rechtsgebiet und die konkret zu treffende Entscheidung (s.o.) – anhand der folgenden **Kriterien** bewerten:

- Eingriffe in Rechte Dritter,
- Prozessrisiko,
- haushalterische bzw. finanziell wirksame Maßnahmen,
- Nachweis der ausgeübten und tradierten Verwaltungspraxis,
- Dokumentation und Rechtfertigung des Handelns der Beschäftigten gegenüber Vorgesetzten und Dritten.⁴³

Mitunter wird in Rechtsprechung und Literatur auch versucht, für die Bewertung der Aktenrelevanz nach unterschiedlichen Schriftgütern zu differenzieren. So seien **schriftliche** Äußerungen, inklusive E-Mails, stets – und damit unabhängig von ihrer konkreten Bedeutung – zu den Akten zu nehmen.⁴⁴ Bei **mündlichen** Äußerungen, die in Besprechungen oder Telefonaten ausgetauscht werden, solle hingegen lediglich nach Bejahung einer tatsächlichen Relevanz ein schriftlicher Vermerk oder eine Niederschrift anzufertigen sein.⁴⁵

Ein weiterer, auf eine leichtere Handhabbarkeit des Merkmals der Aktenrelevanz abzielender Ansatz unterscheidet zwischen **externen** Vorgängen (z. B. Anträge, Anfragen, Stellungnahmen anderer Behörden) und **internen** Vorgängen (z. B. Niederschrift über Telefongespräch): So seien erstere in der Regel zu dokumentieren, letztere jedoch nur bei einer Bedeutung der Aufzeichnung für die Nachvollziehbarkeit des entsprechenden Vorgangs.⁴⁶

⁴² *Trossen*, Elektronische Verwaltungsakten, Amtsermittlungsgrundsatz und das Gebot effektiven Rechtsschutzes, JM 2024, 78 (81).

⁴³ UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 5.

⁴⁴ OVG Greifswald, Beschluss vom 22. Dezember 2000 – 2 L 38/99 –, NVwZ 2002, 104 (107). So auch *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 20.

⁴⁵ UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 6; *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 20; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 45.

⁴⁶ *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 69. Allerdings kann auch eine behördenintern verschickte E-Mail zu den Akten zu nehmen sein, wenn diese Grundlage für das weitere dienstliche Handeln einer Person wird, OVG Münster, Beschluss vom 7. Januar 2015 – 1 B 1260/14 –, NVwZ-RR 2015, 387 (388 f.).

Unumstritten werden **Entwürfe und Notizen** als nicht aktenrelevant eingestuft.⁴⁷ Entwürfe sind solche Aufzeichnungen, in denen die zu treffende Entscheidung noch keine endgültige, von der unterzeichnungsberechtigten Person bezeichnete Festlegung gefunden hat, sich also der Behördenwille noch nicht manifestiert hat.⁴⁸ Derartige vorläufige Gedankenskizzen, die nach der Vorstellung der Verfasserin bzw. des Verfassers noch weiter bearbeitet werden sollen und deshalb noch nicht als Beleg für ihre oder seine Auffassung oder eine von ihr oder ihm angestrebte Entscheidung verstanden werden können,⁴⁹ sind nicht zu den Akten zu nehmen, um einen „innerbehördlichen Freiraum für die Erarbeitung von Konzepten“⁵⁰ zu bewahren. Aus demselben Grund sollen auch Notizen, also solche Aufzeichnungen, die als kurzzeitige Gedankenstütze und keinem längerfristigen Zweck dienen, keine Aufnahme in die Akten finden müssen.⁵¹ Auch **persönliche Unterlagen** der Behördenmitarbeiterin bzw. des Behördenmitarbeiters sowie deren bzw. dessen **private Kommunikation** sind nicht zu verakten.⁵²

Vereinzelte werden, **elektronische Kurznachrichten**, das heißt über Mobilfunk oder Messengerdienste versendete SMS und Nachrichten, enthielten bereits ihrem Wesen nach nur kurzlebige Informationen und unterlägen schon aus diesem Grund keiner Dokumentationspflicht.⁵³ Das Bundesverwaltungsgericht differenziert indes auch diesbezüglich nach dem Kriterium der **Relevanz** und schließt derartige Nachrichten nicht bereits *per se* von einer Pflicht zur Veraktung aus.⁵⁴ Auch die

⁴⁷ Vgl. § 2 Nr. 1 Satz 2 IFG, der Entwürfe und Notizen auch von dem Begriff der amtlichen Information ausschließt.

⁴⁸ *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 15.

⁴⁹ OVG Münster, Beschluss vom 7. Januar 2015 – 1 B 1260/14 –, NVwZ-RR 2015, 387 (388): Sofern ein Schreiben oder eine E-Mail ein Referat oder ein Dezernat verlasse, liege in der Regel indes eine endgültige Festlegung des Behördenwillens vor. Bestätigend *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3197).

⁵⁰ OVG Münster, Beschluss vom 7. Januar 2015 – 1 B 1260/14 –, NVwZ-RR 2015, 387 (388).

⁵¹ OVG Münster, Beschluss vom 7. Januar 2015 – 1 B 1260/14 –, NVwZ-RR 2015, 387 (388); *Debus*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 43. Edition Stand 1. Februar 2024, § 2 IFG, Rn. 16; *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3197 f.).

⁵² *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 48 und 57; *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3198).

⁵³ So die Auffassung der Europäischen Kommission unter Berufung auf Art. 7 Nr. 1 European Commission Decision (EU) 2021/2121, ABI EU 2021 L 430, 30: „documents shall be registered if they contain important information which is not short-lived“. A.A. European Ombudsman, Recommendation on the European Commission’s refusal of public access to text messages exchanged between the Commission President and the CEO of a pharmaceutical company on the purchase of a COVID 19 vaccine (case 1316/2021/MIG), abrufbar unter <https://www.ombudsman.europa.eu/en/recommendation/en/151678> (letzter Zugriff: 15. Mai 2024).

⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2021 – 10 C 3.20 –, ZfR 2022, 30 (31). Im konkreten Fall wurden Twitter-Direktnachrichten aufgrund der darin enthaltenen Informationen mit „bagatellartigem Charakter“ als nicht aktenrelevant eingestuft. Dazu kritisch *Rossi*, ZRP 2022, 230 (231).

Bundesregierung hat zugesichert, den Inhalt einer Kommunikation per SMS zu verschriftlichen und zu den Akten zu nehmen, „soweit dieser für die inhaltliche Bearbeitung eines Verwaltungsvorgangs relevant ist.“⁵⁵ Dieses am üblichen Merkmal der Relevanz erfolgende Einstufung von elektronischen Kurznachrichten überzeugt vor dem Hintergrund der in der Praxis jedenfalls in Regierungskreisen vielfach erfolgenden Kommunikation über SMS oder Messengerdienste, die nicht nur kurzlebige Informationen, sondern durchaus auch politisch bedeutsame Inhalte enthält.⁵⁶ Anderenfalls könnte sich die Exekutive der Kontrolle durch Judikative und Legislative allein durch Auswahl des Kommunikationsmediums entziehen. Ferner leuchtet auch nicht ein, warum derartige Nachrichten – wie teilweise vertreten – nur dann zu verakten sein sollen, wenn damit Verwaltungstätigkeit und keine Regierungstätigkeit ausgeübt würde, da auch letztere der Kontrolle durch das Parlament unterliegt.⁵⁷ Anders als mündlich ausgetauschte Informationen, über die im Falle der Aktenrelevanz in der Regel⁵⁸ lediglich ein Vermerk zu fertigen ist, dürften relevante elektronische Kurznachrichten **vollständig** zu den Akten zu nehmen sein, auch wenn dies mitunter bedeutet – sofern das verwendete elektronische Gerät kein veraktungsfähiges Dateiformat unterstützt –, dass ein Ausdrucken⁵⁹ oder wortgleiches „Abtippen“ der Nachricht erforderlich ist.⁶⁰ Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass elektronische Kurznachrichten Telefonate ersetzen und aus diesem Grund lediglich in Gestalt eines Gesprächsvermerks zu den Akten zu nehmen sind.⁶¹ Denn bei der Anfertigung eines Vermerks, der eine bloße Zusammenfassung der ausgetauschten Informationen enthält, droht eine zu Lasten der Nachvollziehbarkeit gehende Verkürzung der abzubildenden Kommunikation. Da in elektronischen Nachrichten bereits eine Verschriftlichung der Kommunikation durch die Gesprächsbeteiligten selbst erfolgt ist, ist – anders als bei mündlichen Gesprächen – eine derartige Einbuße, die die Ausübung von Kontrolltätigkeit erschwert, nicht hinzunehmen.

⁵⁵ BT-Drs. 19/10084, S. 3 ff. So auch Informationsfreiheitsbeauftragte, Entschließung der 42. Konferenz vom 30. Juni 2022, SMS in die Akte, abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/IFG/AGID_IFK/42_Konferenz_SMS-in-die-Akte.html (letzter Zugriff: 15. Mai 2024); *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 45 und 57.

⁵⁶ Vgl. *Darnstädt/Frohn/Nezik/Wiegrefe*, Regieren mit dem Daumen, Der Spiegel 3/2013, S. 22 f.

⁵⁷ So *Kunze/Duhme*, DVBl 2013, 837 (838). Ablehnend *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 57.

⁵⁸ Teilweise ordnen Spezialgesetze auch das Führen von Protokollen an, vgl. etwa § 28 Satz 1 LDG.

⁵⁹ So auch § 6 Abs. 3 RegR für alle elektronisch empfangenen, erstellten oder versandte Dokumente, worunter auch elektronische Kurznachrichten fallen dürften.

⁶⁰ So wohl auch BT-Drs. 19/10084, S. 4: „Aktenrelevante Inhalte [in SMS] sind in geeigneter Form zu verschriftlichen und zur Akte zu nehmen.“

⁶¹ *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 57.

3. Verbindlichkeit für die Landesregierung

a) Bindung der Landesregierung

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Aktenmäßigkeit bindet die gesamte Landesverwaltung. Die für das *Verwaltungshandeln* von Behörden entwickelten Grundsätze gelten auch für das Handeln der Regierung, welches sich ebenfalls als Verwaltungstätigkeit darstellen kann.⁶² Für ein „eigentliches“ *Regierungshandeln* lässt sich die Anwendbarkeit aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz ableiten.⁶³ Die Verbindlichkeit für Staatssekretärinnen und Staatssekretäre ergibt sich aus ihrer Eigenschaft als Beamtinnen und Beamte der zu den obersten Landesbehörden zählenden Ministerien, § 5 Abs. 1 LVwG. Auch ihre Eigenschaft als sog. „politische Beamtinnen und Beamte“⁶⁴ entbindet sie nicht von der Befolgung des Grundsatzes der Aktenmäßigkeit, da dieser bei der Verwaltungs- als auch der Regierungstätigkeit gleichermaßen gilt.

b) Bereichsausnahme für Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung?

Diskutiert wird eine Ausnahme von der Pflicht zur Aktenführung für das *Regierungshandeln* unter Berufung auf den verfassungsrechtlich garantierten Schutz des Kernbereichs der exekutiven Eigenverantwortung.

Der **Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung** leitet sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip ab.⁶⁵ Dabei handelt es sich um einen selbst von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich der Regierung. Sinn des Kernbereichs ist es, die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit der Exekutive zu gewährleisten.⁶⁶

⁶² Träger der öffentlichen Verwaltung ist gemäß §§ 2, 4, 5 Abs. 1 LVwG unter anderem die Landesregierung als oberste Landesbehörde.

⁶³ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – 1 S 1352/13 –, juris Rn. 91.

⁶⁴ Gemäß § 37 LBG i.V.m. § 30 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG handelt es sich bei Staatssekretärinnen und Staatssekretären um Beamtinnen und Beamte, die ein Amt bekleiden, bei dessen Ausübung sie in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen. Der Unterschied zu den nichtpolitischen Beamtinnen und Beamten liegt in der fehlenden Verpflichtung zur parteipolitischen Neutralität und den Konsequenzen, die sich beispielsweise für die Dauer und Beendigung des Amtsverhältnisses ergeben; hierzu: Parlamentarischer Beratungsdienst Landtag Brandenburg, Die Rechtsstellung der Staatssekretäre in den Bundesländern, S. 8.

⁶⁵ Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. EL August 2023, Art. 45d Rn. 37.

⁶⁶ Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 197; BVerwG, Urteil vom 3. November 2011 – 7 C 3.11 –, ZUR 2012, 183 (187); vom 30. März 2017 – 7 C 19/15 –, NVwZ 2017, 1621; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 8. März 2017 – OVG 6 S 1.17 –, ZUM-RD 2017, 291.

Der Schutz dieses Kernbereichs wird einhellig als verfassungsrechtlicher Ausschlussgrund⁶⁷ gegenüber einem **Informationsanspruch** des Parlaments⁶⁸ und der allgemeinen Öffentlichkeit angesehen.⁶⁹

Zum Kernbereich gehört die Willensbildung der Regierung selbst, sowohl hinsichtlich der Erörterungen im Kabinett als auch bei der Vorbereitung von Kabinetts- und Ressortentscheidungen, die sich vornehmlich in ressortübergreifenden und -internen Abstimmungsprozessen vollzieht.⁷⁰ Dieser funktionsbezogene Schutz betrifft in erster Linie **laufende Verfahren**: Insbesondere enthält die Kontrollkompetenz des Parlaments und der Öffentlichkeit damit nicht die Befugnis, in laufende Verhandlungen und Entscheidungsvorbereitungen einzugreifen.⁷¹ Verhindert werden soll, dass im Falle der Kenntnisnahme Dritter ein Einfluss auf die anstehende Entscheidung im Sinne eines „Mitregierens Dritter“ möglich wäre.⁷² Im Einzelfall können jedoch auch **abgeschlossene Vorgänge** von einer Mitteilungspflicht beziehungsweise von einem Informationsrecht ausgenommen sein.⁷³ Schutzgut ist in diesen Fällen die Freiheit und Offenheit der Willensbildung innerhalb der Regierung in ihrer gubernativen – also **staatsleitenden und richtunggebenden Tätigkeit** –⁷⁴, die durch „einengende Vorwirkungen“ einer nachträglichen Publizität beeinträchtigt werden kann.⁷⁵ Da der Gewaltenteilungsgrundsatz im Hinblick auf die starke Stellung der Regierung verlangt, dass parlamentarische Kontrolle Wirksamkeit entfaltet, scheiden Informationsrechte bei abgeschlossenen Vorgängen nicht immer schon dann aus, wenn es sich um Akten aus dem Bereich der Willensbildung der Regierung handelt; vielmehr bedarf es im Einzelfall der Feststellung, ob zu erwarten ist, dass die Herausgabe der Informationen die Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Regierung beeinträchtigen würde.⁷⁶

⁶⁷ Der Kernbereich wird nicht ausdrücklich im Informationszugangsgesetz für das Land Schleswig-Holstein erwähnt. Näher zur rechtssystematischen Verortung der Schutzposition: *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Vorbemerkung §§ 3 bis 6, Rn. 28.

⁶⁸ Vgl. Art. 29 Abs. 3 Satz 1 LV.

⁶⁹ BT-Drs. 15/4493, S. 12; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 7 C 19/17 –, juris Rn. 18.

⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 7 C 19/17 – juris Rn. 18; BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 – 2 BvE 5/11 –, juris Rn. 137.

⁷¹ BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 – 2 BvE 5/11 –, juris Rn. 138.

⁷² BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 7 C 19/17 – juris Rn. 18; BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014 – 2 BvE 5/11 –, juris Rn. 137.

⁷³ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 1984 – 2 BvE 11/83, 2 BvE 15/83 – BverfGE 67, 100 Rn. 127 f.; vom 17. Juni 2009 – 2 BvE 3/07 –, juris Rn. 125 ff.; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – 1 S 1352/13 –, juris Rn. 92.

⁷⁴ OVG Münster, Urteil vom 24. Oktober 2014 – StGH 7/13 –, NordÖR 2015, 16 (20).

⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – 7 C 19/17 – juris Rn. 18.

⁷⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Juni 2009 – 2 BvE 3/07 –, juris Rn. 124 ff. Je weiter ein parlamentarisches Informationsbegehren in den innersten Bereich der Willensbildung der Regierung

In der Rechtsprechung wird vertreten, dass der Schutz des Kernbereichs nicht nur etwaige Informationsansprüche, sondern darüber hinaus **auch die Pflicht zur Führung vollständiger Akten** begrenze.⁷⁷ Demgegenüber steht die Ansicht in der Literatur, die Pflicht zur vollständigen Aktenführung gelte ohne Einschränkungen für die Regierung und könne nicht unter Hinweis auf diesen Kernbereich begrenzt werden. Es handele sich um eine objektivrechtliche Pflicht, und Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips stünden nicht zu Disposition der Regierung.⁷⁸

II. Vereinbarkeit der im Auftrag beschriebenen Vorgehensweisen mit dem Grundsatz der Aktenmäßigkeit

Die im Auftrag geschilderten Vorgehensweisen sollen nachfolgend auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden. Die im Gutachtauftrag formulierte Fragestellung wird dabei so verstanden, dass eine Prüfung nicht lediglich unter Rückgriff auf die Aktenordnung, sondern anhand des verfassungsrechtlichen Maßstabes des Grundsatzes der Aktenmäßigkeit erfolgen soll.

1. Ausgangspunkt: Strenger Maßstab im Beamtenrecht

Die zu untersuchenden Kommunikationsinhalte betreffen ein beamtenrechtlich ausgestaltetes Dienstverhältnis: In Schleswig-Holstein werden Staatssekretärinnen und Staatssekretäre für die Ausübung ihres Amtes in der Regel⁷⁹ in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen, verbunden mit der Möglichkeit, sie jederzeit in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen (sog. **politische Beamtinnen und Beamte**, vgl. § 37 Nr. 1 LBG). Die Ministerin bzw. der Minister ist unmittelbare Dienstvorgesetzte bzw. unmittelbarer Dienstvorgesetzter im Sinne des § 3 Abs. 2 LBG und damit für beamtenrechtliche Entscheidungen über die persönlichen Angelegenheiten der Staatssekretärin oder des Staatssekretärs zuständig.

eindringt, desto gewichtiger muss das parlamentarische Informationsbegehren sein, um sich gegen ein von der Regierung geltend gemachtes Interesse an Vertraulichkeit durchsetzen zu können. Die vorgelagerten Beratungs- und Entscheidungsabläufe sind demgegenüber einer parlamentarischen Kontrolle in einem geringeren Maße entzogen. Besonders hohes Gewicht kommt dem parlamentarischen Informationsinteresse zu, soweit es um die Aufdeckung möglicher Rechtsverstöße und vergleichbarer Missstände innerhalb der Regierung geht; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 30. März 2004 – 2 BvK 1/01 –, juris Rn. 59 f. Es hat eine Abwägung im Einzelfall zu erfolgen.

⁷⁷ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – 1 S 1352/13 –, juris Rn. 91.

⁷⁸ Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 2 IFG, Rn. 42. Dieser Aspekt wird vertieft unter Punkt B. II. 7. behandelt.

⁷⁹ Nur ausnahmsweise – wenn die Voraussetzungen für eine Verbeamtung wegen Überschreiten der Regelaltersgrenze oder Nichterfüllung der laufbahnrechtlichen Anforderungen nicht vorliegen – kann eine Staatssekretärin oder ein Staatssekretär im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden. Vgl. dazu Schmidt/Hechel, Die Rechtsstellung der Staatssekretäre in den Bundesländern, Parlamentarischer Beratungsdienst Landtag Brandenburg, 2011, S. 7.

Nach dem verfassungsrechtlichen Gebot der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit von Akten sind Entscheidungen, die die **Rechtsstellung der Beamtin bzw. des Beamten** im Beamtenverhältnis betreffen, grundsätzlich als **aktenrelevant** einzustufen: Vereidigung (§ 9 LBG), Beförderung (§ 20 LBG), Entlassung (§§ 30 ff. LBG), Versetzung in den einstweiligen oder endgültigen Ruhestand (§§ 35 ff. LBG), Versetzung (§ 29 LBG), Abordnung (§ 28 LBG), Erteilung oder Versagung der Aussagegenehmigung (§ 37 Beamtenstatusgesetz⁸⁰ (BeamtStG)), Erteilung oder Versagung von Urlaub (§ 68 LBG) oder disziplinarrechtliche Entscheidungen (§§ 5 ff. LDG) begründen unmittelbare **Rechtsfolgen**, die nicht nur im verwaltungseigenen Interesse zu dokumentieren, sondern insbesondere auch für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes der Beamtin bzw. des Beamten und die in diesem Rahmen erfolgende Kontrolle der Verwaltungsentscheidung durch die Gerichte zu den Akten zu nehmen sind. Ferner spricht auch die zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) zählende⁸¹ **Fürsorgepflicht** des Dienstherrn gegenüber der Beamtin bzw. dem Beamten dafür, beamtenrechtliche Entscheidungen einer strengen Protokollierungspflicht zu unterwerfen. So leitet das Bundesverfassungsgericht aus der Fürsorgepflicht mit Blick auf die Entlassung einer Person aus dem Beamtenverhältnis eine „Garantie eines Mindeststandards an ordentlicher und fairer Gestaltung des verwaltungsmäßigen Prozedere“⁸² ab und trägt insoweit dem Dienstherrn bei sich nachteilig auf die im Beamtenverhältnis beschäftigte Person auswirkenden Entscheidungen besonders hohe Untersuchungspflichten auf. Ob derartig bestehende erhöhte Verfahrensanforderungen im Einzelfall auch eingehalten werden, kann indes gerichtlich nur überprüft werden, wenn auch eine Dokumentation der entsprechenden Verfahrensschritte erfolgt.⁸³

Der aus dem Verfassungsrecht für die Aktenrelevanz im Beamtenrecht abzuleitende strenge Maßstab findet auf einfachgesetzlicher Ebene seine Ausgestaltung: § 50 Satz 1 BeamStG i.V.m. § 85 LBG legt fest, dass für jede Beamtin und jeden Beamten eine **Personalakte** zu führen ist. Zur Aktenrelevanz bestimmt § 50 Satz 2 BeamStG:

⁸⁰ Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern vom 17. Juni 2008, BGBl. I S. 1010; zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Dezember 2023, BGBl. I Nr. 389.

⁸¹ Vgl. anstatt vieler BVerfG, Beschluss vom 2. Dezember 1958 – 1 BvL 27/55 –, BVerfGE 8, 332 (356 f.).

⁸² BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 1976 – 2 BvR 841/73 –, BVerfGE 43, 154 (166).

⁸³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Dezember 1958 – 1 BvL 27/55 –, BVerfGE 8, 332 (357): „Die Sicherung der Gewährleistung der Fürsorgepflicht liegt in der Sicherung des Rechtsweges.“

„Zur Personalakte gehören alle Unterlagen, die die Beamtin oder den Beamten betreffen, soweit sie mit dem Dienstverhältnis in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang stehen (Personalaktendaten).“

Auf diesen Inhalt beziehen sich auch das gem. § 88 LBG während und nach Beendigung des Beamtenverhältnisses bestehende Einsichtsrecht der Beamtin bzw. des Beamten, das der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dient. Der Personalakte soll sich dabei nicht lediglich eine das Dienstverhältnis getroffene Entscheidung entnehmen lassen, sondern auch der Weg zu einer Entscheidung soll in ihr Aufnahme finden. So betont das Bundesverwaltungsgericht:

*„Zu den Vorgängen, die in diesem Sinne in einem inneren Zusammenhang mit dem Beamtenverhältnis stehen und deshalb Bestandteil der Personalakten sind, gehören – neben Personalunterlagen und dienstlichen Beurteilungen – nicht nur die Vorgänge, die den Inhalt des Dienstverhältnisses insgesamt oder einzelner aus ihm fließender Rechte oder Pflichten bestimmen oder verändern, sondern auch die Unterlagen, die die **Art und Weise erhellen, in der die jeweilige Entscheidung vorbereitet worden ist, oder die Aufschluß über die Gesichtspunkte und Erwägungen geben, die für die einzelne das Dienstverhältnis berührende Maßnahme oder dafür, daß sie unterblieben ist, maßgebend waren.**“⁸⁴*

Dieser aus der verfassungsrechtlichen Stellung der Beamtinnen und Beamten abgeleitete, einfachgesetzlich konkretisierte strenge Maßstab streitet im Ausgangspunkt für eine Veraktung sowohl von die Rechtsstellung der Beamtin bzw. des Beamten im Beamtenverhältnis betreffenden *Entscheidungen* als auch von den wesentlichen *Bearbeitungsschritten* auf dem Weg zu der getroffenen Entscheidung.

2. Unerheblichkeit der Kommunikationsform

Nach dem Vorgesagten kommt es für die Bewertung der Aktenrelevanz nicht darauf an, ob die Kommunikationsinhalte während eines Gesprächs unter Anwesenden zwischen Ministerin bzw. Minister und Staatssekretärin bzw. Staatssekretär oder im Rahmen einer elektronischen Kommunikation, etwa per E-Mail, SMS oder unter Verwendung von Messengerdiensten, ausgetauscht worden sind.⁸⁵ Die Kommunikationsform hat keinerlei Einfluss auf die Aktenrelevanz; maßgeblich ist allein der

⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 1. Juli 1983 – 2 C 42/82 –, NVwZ 1984, 445 (445). Hervorhebungen sind solche der Verfasserinnen.

⁸⁵ Hierzu bereits unter Gliederungspunkt B. I. 2. b).

jeweilige Kommunikations*inhalt*. Unterschiede ergeben sich lediglich in der Art und Weise der Veraktung: Während eine verschriftlichte elektronische Kommunikation als solche zu den Akten zu nehmen ist, ist über ein mündliches Gespräch im Fall der Aktenrelevanz ein Vermerk anzufertigen.⁸⁶

Die folgende Prüfung differenziert daher – abweichend von der Fragestellung im Gutachtauftrag – nicht gesondert nach der Kommunikationsform, sondern es werden lediglich die einzelnen Kommunikationsinhalte auf ihre Aktenrelevanz hin untersucht.

3. Kommunikation über die Beendigung des Dienstverhältnisses mit Verabredungen über den Zeitpunkt und die Modalitäten der Beendigung

[Beantwortung der Gutachtenfrage 1. a) sowie 1. b) iii)]

Eine Kommunikation zwischen einer Ministerin oder einem Minister des Landes Schleswig-Holstein mit einer Staatssekretärin oder einem Staatssekretär über die Beendigung des Dienstverhältnisses betrifft die Rechtsstellung der Beamtin bzw. des Beamten im Beamtenverhältnis; die in diesem Rahmen getroffenen Verabredungen über den Zeitpunkt und die Modalitäten der Beendigung sind auf das Setzen von **konkreten Rechtsfolgen** gerichtet: Scheiden Beamtinnen bzw. Beamte gem. §§ 21 Nr. 1, 23 BeamStG i.V.m. § 31 LBG *durch Entlassung durch Verwaltungsakt* aus ihrem Beamtenverhältnis aus, verlieren diese die Rechte aus ihrer Beamtenstellung, insbesondere nach § 32 Abs. 2 LBG grundsätzlich ihren Anspruch auf Besoldung und Versorgung sowie ihre bis dahin erworbenen Versorgungsansprüchen gegenüber ihrem früheren Dienstherrn. Der Dienstherr ist von diesem Zeitpunkt an regelmäßig nicht mehr zur lebenslänglichen Alimentation und Fürsorge verpflichtet.⁸⁷ Er hat indes gem. §§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 181 ff. SGB VI⁸⁸ Nachversicherungsbeiträge in die gesetzliche Rentenversicherung zu entrichten. Ein Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis *durch Versetzung in den (einstweiligen) Ruhestand* gem. §§ 21 Nr. 4 Alt. 2, 26 ff. BeamStG i.V.m. § 36 ff. LBG führt eine Umwandlung des aktiven Beamtenverhältnisses in ein Ruhestandsbeamtenverhältnis mit eingeschränkten Rechten und Pflichten herbei⁸⁹ und begründet Ansprüche der

⁸⁶ Hierzu bereits unter Gliederungspunkt B. I. 2. b).

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 28. März 2007 – 2 BvR 1304/05 –, NVwZ 2007, 802 (802).

⁸⁸ Das Sechste Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 2002, BGBl. I S. 754, 1404, 3384; zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. März 2024, BGBl. I Nr. 107.

⁸⁹ *Sauerland*, in: Brinktrine/Schollendorf, Beamtenrecht Bund, 32. Edition Stand 15. Juli 2023, § 21 Rn. 17.

ausgeschiedenen Beamtin bzw. des ausgeschiedenen Beamten gegenüber dem früheren Dienstherrn nach dem schleswig-holsteinischen Beamtenversorgungsgesetz⁹⁰ (SHBeamtVG). Darüber hinaus besteht gem. § 5 Abs. 1 Besoldungsgesetz Schleswig-Holstein⁹¹ (SHBesG) für einen Übergangszeitraum ein Anspruch auf Weitergewährung der Besoldung.⁹² Diese rechtlichen Auswirkungen betreffen die Rechtsstellung im Beamtenverhältnis und stehen damit „mit dem Dienstverhältnis in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang“, wie es § 50 Satz 2 BeamtStG als für eine Veraktung maßgeblich statuiert.

Zur Bestimmung des durch Beendigung des Beamtenverhältnisses veränderten Pflichtenumfangs des Dienstherrn müssen bereits **im verwaltungseigenen Interesse** diesbezüglich getroffene Vereinbarungen Aufnahme in die Verwaltungsakte finden. So bedarf es der Kenntnis von einer *Verabredung über den Zeitpunkt* der Beendigung, die etwa in einem Antrag auf Entlassung durch die Beamtin bzw. den Beamten (§ 23 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG) zu dem vereinbarten Zeitpunkt (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 LBG) bestehen kann oder eine Vereinbarung über den Zeitpunkt der Versetzung in den einstweiligen Ruhestand (§ 30 Abs. 1 Satz 1 LBG) darstellen kann, um etwa zu ermitteln, ab wann Gehaltszahlungen einzustellen sind (vgl. etwa § 5 Abs. 1 SHBesG), in welcher Höhe ein Ruhegehaltsanspruch besteht (vgl. etwa §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 2 Nr. 3, 6 Abs. 3 Nr. 3, 7 Nr. 1 SHBeamtVG) oder für welchen konkreten Zeitraum Nachversicherungsbeiträge zu entrichten sind. *Verabredungen zu Modalitäten* der Beendigung des Beamtenverhältnisses können beispielsweise die Vereinbarung darüber sein, ob eine Beendigung durch Entlassung durch Verwaltungsakt gem. §§ 21 Nr. 1, 23 BeamtStG i.V.m. § 31 LBG oder aber durch eine Versetzung in den einstweiligen Ruhestand gem. §§ 21 Nr. 4 Alt. 2, 26 ff. BeamtStG i.V.m. § 36 ff. LBG erfolgen soll, was – wie oben gezeigt – unterschiedliche

⁹⁰ Gesetz des Landes Schleswig-Holstein über die Versorgung der Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richter (Beamtenversorgungsgesetz Schleswig-Holstein – SHBeamtVG) vom 26. Januar 2012, GVOBl. S. 153, 219; zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 2023, GVOBl. S. 645.

⁹¹ Gesetz des Landes Schleswig-Holstein über die Besoldung der Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richter (Besoldungsgesetz Schleswig-Holstein – SHBesG) vom 26. Januar 2012, GVOBl. S. 153, 154; zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Februar 2024, GVOBl. S. 873.

⁹² Die neben der Entlassung durch Verwaltungsakt sowie der Versetzung in den Ruhestand existierenden weiteren Beendigungsgründe des Beamtenverhältnisses werden für die Zwecke dieses Gutachtens nicht näher untersucht: Die in § 21 Nr. 2 und 3 BeamtStG aufgeführten Gründe lassen keinen Raum für Verabredungen zwischen Dienstvorgesetzter bzw. Dienstvorgesetztem und Beamtin bzw. Beamten. Auch die Entlassung kraft Gesetzes gem. §§ 21 Nr. 1, 22 BeamtStG i.V.m. § 30 LBG sowie der Eintritt in den Ruhestand wegen Erreichens der Altersgrenze gem. § 21 Nr. 4 Alt. 1, 25 BeamtStG i.V.m. § 35 LBG stellen keine verhandelbaren Positionen dar und dürften insoweit nicht vom Gutachtauftrag umfasst sein, der ausdrücklich die Aktenrelevanz von getroffenen „Verabredungen“ untersucht wissen will.

Rechtsfolgen impliziert, über die die Verwaltung zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Pflichten Gewissheit braucht.

Darüber hinaus sind derartige Kommunikationsinhalte auch zur **Gewährleistung nachträglichen Rechtsschutzes** für die Beamtin bzw. den Beamten zu den Akten zu nehmen, damit diese bzw. dieser die ihr oder ihm weiterhin zustehenden Rechte einklagen kann.

Eine derartige Kommunikation weist auch **keinen bloß vorläufigen, entwurfsähnlichen Charakter** auf, sodass sie nicht nach der für Entwürfe und Notizen akzeptierten Ausnahme von einer Veraktungspflicht befreit ist. Schließlich wurden in ihr bereits *Verabredungen* über Zeitpunkt und Modalitäten der Beendigung getroffen. Dem Begriff der Verabredung ist ein Bindungswille und ein (verfahrens-)abschließender Charakter inhärent.

Die Pflicht zur Veraktung entfällt auch nicht deshalb, weil die Entlassung politischer Beamtinnen und Beamter, zu denen Staatssekretärinnen und Staatssekretäre gem. § 37 Nr. 1 LBG zählen, **gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar** ist. § 30 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG bestimmt als Ausnahme vom Lebenszeitprinzip⁹³:

*„Beamtinnen auf Lebenszeit und Beamte auf Lebenszeit können **jederzeit** in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden, wenn sie ein Amt bekleiden, bei dessen Ausübung sie in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen.“⁹⁴*

Damit handelt es sich bei Staatssekretärinnen und Staatssekretären in Schleswig-Holstein (§ 37 Nr. 1 LBG) zwar um Beamtinnen und Beamte auf Lebenszeit, die jedoch „weitestgehend unbeschränkt“⁹⁵ in den einstweiligen Ruhestand mit entsprechenden Versorgungsbezügen versetzt werden können. Diese Sonderstellung rechtfertigt sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wie folgt:

„Ihre Rechtfertigung findet die Ausnahmekategorie der politischen Beamten darin, dass diese nach der Art ihrer Aufgaben in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung bedürfen und in fortwährender Übereinstimmung mit

⁹³ Ausführlich zu den verfassungsrechtlich anerkannten Durchbrechungen des Lebenszeitprinzips BVerfG, Beschluss vom 24. April 2018 – 2 BvL 10/16 –, BVerfGE 149, 1 (17 ff.). Die Abweichung vom Lebenszeitprinzip ist dabei nach Auffassung des BVerfG nur zulässig, solange der Kreis der politischen Beamtinnen und Beamten eng begrenzt ist, BVerfG, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 2 BvL 11/07 –, BVerfGE 121, 205 (223).

⁹⁴ Hervorhebung durch die Verfasserinnen dieses Gutachtens.

⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 24. April 2018 – 2 BvL 10/16 –, BVerfGE 149, 1 (21).

*den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen. [...] Die fortdauernde politische Übereinstimmung mit Auffassung und Zielsetzung weisungsberechtigter, demokratisch gewählter und verantwortlicher Organe des Staates ist konstituierendes und unerlässliches Element dieses Beamtenverhältnisses [...].*⁹⁶

Das für die Tätigkeit als Staatssekretärin bzw. Staatssekretär vorausgesetzte Vertrauen kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

*„[...] schon dann beeinträchtigt sein, wenn die Regierung Zweifel daran hegt, dass die fachliche oder persönliche Eignung des Beamten, seine Amtstätigkeit oder auch nur sein außerdienstliches Verhalten den höchstmöglichen Grad einer zielstrebigem, wirkungsvollen Zusammenarbeit im Sinne der von ihr verfolgten Politik gewährleistet [...]. Solche Zweifel können auch durch Unwägbarkeiten, sogenannte „Imponderabilitäten“ veranlaßt sein, die nicht stets genau zu umreißen sind [...].*⁹⁷

Daher ist weit überwiegend anerkannt, dass eine Versetzungsverfügung in den einstweiligen Ruhestand zunächst nicht der Angabe von Gründen bedarf.⁹⁸ Denn bereits das Ergreifen der Maßnahme als solche mache deutlich, dass das erforderliche Vertrauensverhältnis zur Regierung nicht mehr im erforderlichen Maße gegeben sei.⁹⁹ Allerdings bedeutet dies nicht, dass die Entlassung einer politischen Beamtin bzw. eines politischen Beamten gänzlich der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Vielmehr prüfen die Gerichte, ob die Entscheidung **ermessensfehlerfrei**¹⁰⁰ und

⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. April 2018 – 2 BvL 10/16 –, BVerfGE 149, 1 (21).

⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1964 – II C 182.61 –, juris Rn. 36.

⁹⁸ So bereits BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1964 – II C 182.61 –, juris Rn. 36. Zum Meinungsstand im Überblick OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – 6 A 739/18 –, juris Rn. 215 ff. Ob bei der Entlassung von politischen Beamtinnen und Beamten eine Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Gleichstellungsgesetz SH erforderlich ist, ist durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden. Ablehnend etwa *Brinktrine*, in: *Brinktrine/Schollendorf, Beamtenrecht Bund*, 33. Edition Stand 21. Juli 2023, § 54 BBG, Rn. 21.1. Gem. § 51 Abs. 6 Mitbestimmungsgesetz SH entfällt die Mitbestimmung des Personalrats.

⁹⁹ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – 6 A 739/18 –, juris Rn. 216.

¹⁰⁰ Aufgrund des weiten Ermessensspielraums wären indes lediglich Versetzungen in den einstweiligen Ruhestand ermessensfehlerhaft, die nicht der Behebung eines Vertrauensverlustes auf Seiten der politischen Spitze, sondern anderen Zwecken dienen sollen. In Ausnahmefällen kann darüber hinaus auch eine unzureichende Berücksichtigung persönlicher Interessen der politischen Beamtin bzw. des Beamten einen Ermessensfehler begründen, dazu näher OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – 6 A 739/18 –, juris Rn. 247 ff.; *Brinktrine*, in: *Brinktrine/Schollendorf, Beamtenrecht Bund*, 33. Edition Stand 21. Juli 2023, § 54 BBG, Rn. 13 ff.; *Hebeler*, in: *Battis, Bundesbeamtengesetz*, 6. Aufl. 2022, § 54 BBG, Rn. 9. Noch weitreichender beurteilt v. *Roetteken*, in: v. *Roetteken/Rothländer, Beamtenstatusgesetz*, 424. EL September 2022, § 30 Rn. 65 ff. den Ermessensspielraum der Regierung: Dieser hält einen Vertrauensverlust nicht für erforderlich, um die Versetzung zu begründen, vielmehr reichten auch andere politische Gründe, z.B. die Umbildung der Regierung aus. Ermessenswidrig sei es lediglich, die Versetzung in den

frei von Willkür¹⁰¹ erfolgte. Spätestens im gerichtlichen Verfahren hat die oberste Dienstbehörde den die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand begründenden Vertrauensverlust daher so weit zu substantiieren, dass sich das Gericht von dessen Vorliegen und von einer insgesamt rechtmäßigen Ermessensausübung überzeugen kann.¹⁰² Die Sicherstellung der – wenngleich eingeschränkten – gerichtlichen Überprüfbarkeit der Entlassung von politischen Beamtinnen und Beamten spricht dagegen, eine Ausnahme von der festgestellten Pflicht zur Veraktung anzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die Pflicht zur Veraktung neben ihrer rechtsschutzsichernden Funktion auch verwaltungseigenen Interessen dient, nämlich der Bestimmung des eigenen Pflichtenumfangs. Dieses Interesse ist bei der Entlassung politischer Beamtinnen und Beamter nicht weniger gewichtig zu bewerten als bei der Beendigung sonstiger Beamtenverhältnisse. Darüber hinaus spricht auch das Informations- und Kontrollinteresse des Parlaments dafür, die Entscheidung der Entlassung einer Staatssekretärin bzw. eines Staatssekretärs, deren bzw. dessen Tätigkeit „im Grenzbereich zwischen Politik und Verwaltung“¹⁰³ zu verorten ist, zu dokumentieren.

Im Ergebnis ist daher eine Kommunikation zwischen einer Ministerin oder einem Minister des Landes Schleswig-Holstein mit einer Staatssekretärin oder einem Staatssekretär über die Beendigung des Dienstverhältnisses, in der konkrete Verabredungen über den Zeitpunkt und die Modalitäten der Beendigung getroffen werden, zu verakten.

4. Kommunikation über ein etwaiges dienstliches Fehlverhalten

[Beantwortung der Gutachtenfrage 1. b) i)]

Dienstliches Fehlverhalten kann den Tatbestand eines Dienstvergehens erfüllen, sofern eine Staatssekretärin bzw. ein Staatssekretär damit schuldhaft die ihr bzw.

einstweiligen Ruhestand damit zu rechtfertigen, der Beamtin bzw. dem Beamten eine Tätigkeit in der Privatwirtschaft zu ermöglichen, oder wenn tragender Grund für die Maßnahme der Wunsch der Beamtin bzw. des Beamten ist, aus dem Beamtenverhältnis auszuschneiden. Ferner könnten Überlegungen, die mit anderen beamtenrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar sind, ermessensfehlerhaft sein.

¹⁰¹ BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1964 – II C 182.61 –, juris Rn. 35; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 2. Mai 2016 – 4 S 212/16 –, NVwZ-RR 2016, 630 (630); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – 6 A 739/18 –, juris Rn. 236 ff.; v. Roetteken, in: v. Roetteken/Rothländer, Beamtenstatusgesetz, 424. EL September 2022, § 30 Rn. 65 f.

¹⁰² Noch offen gelassen von BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 1964 – II C 182.61 –, juris Rn. 36; nun aber klarstellend OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15. Dezember 2021 – 6 A 739/18 –, juris Rn. 219 m.w.N.

¹⁰³ Hebel, in: Battis, Bundesbeamtengesetz, 6. Aufl. 2022, § 54 BBG, Rn. 4.

ihm obliegenden Pflichten verletzt hat.¹⁰⁴ Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vor, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen, hat die Ministerin als Dienstvorgesetzte bzw. der Minister als Dienstvorgesetzter gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 LDG ein **Disziplinarverfahren** einzuleiten. Das Disziplinarverfahren steht dabei unter der Maxime der **Wahrheitserforschungspflicht** und der **Verpflichtung zur Objektivität**.¹⁰⁵ Dies spricht dafür, dass die behördlich geführten Akten ein „vollständiges und faires Bild der bislang ermittelten Verfahrenswirklichkeit“¹⁰⁶ abzubilden haben, um dadurch eine „gerechte Beurteilung“¹⁰⁷ der Disziplinarsache zu ermöglichen.¹⁰⁸ In die Akten gehören damit alle Verfahrensschritte und ermittelten Inhalte, die für die behördliche Entscheidungsfindung von Bedeutung sein können. Unerheblich ist, ob diese auch tatsächlich in relevanter Weise die Entscheidung beeinflusst haben.¹⁰⁹ An verschiedener Stelle im Verfahren ordnet daher das Disziplinalgesetz ausdrücklich eine Pflicht zur Veraktung bzw. zur Fertigung von Protokollen an (vgl. §§ 17 Abs. 1 Satz 2, 17 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 1 Satz 2, 19 Abs. 2 Satz 2, 22 Abs. 1 Satz 3, 28 LDG). Sollte gegen die Staatssekretärin bzw. den Staatssekretär aufgrund des etwaigen Fehlverhaltens also bereits gem. § 17 Abs. 1 LDG ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden sein, wäre ab diesem Zeitpunkt die Kommunikation hierüber in jedem Fall zu den Akten zu nehmen, um ein vollständiges Bild des Verfahrens und der in diesem gesammelten Erkenntnisse nachvollziehbar abzubilden.

Doch auch wenn ein Disziplinarverfahren aufgrund des etwaigen Fehlverhaltens noch nicht eingeleitet worden ist – etwa weil erst noch zu klären ist, ob das Fehlverhalten überhaupt Anlass für die Einleitung eines Disziplinarverfahrens bietet oder aber die Ministerin oder der Minister im Rahmen der Kommunikation erstmalig Kenntnis von einem möglichen Fehlverhalten der Staatssekretärin oder des Staatssekretärs erhält¹¹⁰ – dürfte eine Kommunikation über ein etwaiges

¹⁰⁴ Vgl. § 47 Abs. 1 Satz 1 BeamStG.

¹⁰⁵ Vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 und 2 LDG. Dazu *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinalgesetz, Rn. 32.

¹⁰⁶ *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3196) mit Blick auf das Strafverfahren.

¹⁰⁷ *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3196) mit Blick auf das Strafverfahren.

¹⁰⁸ *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinalgesetz, Rn. 32.

¹⁰⁹ *Warg*, Der Begriff der Akte und ihre Vorlage im Strafverfahren, NJW 2015, 3195 (3196) mit Blick auf das Strafverfahren; *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinalgesetz, Rn. 32 für das Disziplinarverfahren.

¹¹⁰ Vgl. § 17 Abs. 1 LDG: Erst „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ begründen die Pflicht, ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Regelmäßig sind daher, insbesondere bei umfangreichen

Fehlverhalten zwischen Dienstvorgesetzter bzw. Dienstvorgesetztem und Beamtin bzw. Beamten zu den Akten zu nehmen sein: Zwar hat es das Bundesverwaltungsgericht als unschädlich eingestuft, wenn derartige **Vorermittlungen**, die dazu dienen, dass sich die Dienstvorgesetzte bzw. der Dienstvorgesetzte die erforderliche Überzeugung zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens verschafft, nicht zu den Akten genommen werden.¹¹¹ In der Entscheidung aus dem Jahr 2010 prüfte das Gericht indes nicht die Einhaltung des Grundsatzes der Aktenmäßigkeit, sondern untersuchte, ob eine nur teilweise erfolgte Dokumentation von Vorermittlungen die spätere Einleitung eines Disziplinarverfahrens verfahrenswidrig macht, weil sich der hierzu erforderliche Verdachtsgrad nicht aus den Akten ergibt. Daher sollten die in diesem Zuge zur Dokumentation getroffenen Äußerungen des Gerichts nicht überbewertet werden. Vielmehr streiten die Wahrheitserforschungspflicht und die Verpflichtung der Behörde zur Objektivität auch bereits in diesem frühen Stadium des Verfahrens dafür, sowohl der betroffenen Beamtin bzw. dem betroffenen Beamten und eventuell bestellten Verfahrensbevollmächtigten als auch dem Verwaltungsgericht alle gesammelten Erkenntnisse zugänglich zu machen.¹¹²

Losgelöst von einem eingeleiteten bzw. einzuleitenden Disziplinarverfahren streitet auch die in § 87 Abs. 1 LBG zum Ausdruck kommende Wertung für eine Pflicht, die Kommunikation über ein etwaiges dienstliches Fehlverhalten zu den Akten zu nehmen. Die Vorschrift lautet:

„Beamtinnen und Beamte sind zu Beschwerden, Behauptungen und Bewertungen, die für sie ungünstig sind oder ihnen nachteilig werden können, vor deren Aufnahme in die Personalakte zu hören, soweit die Anhörung nicht nach anderen Rechtsvorschriften erfolgt. Die Äußerung der Beamtinnen und Beamten ist zur Personalakte zu nehmen.“

Wenngleich darin eine Pflicht zur Anhörung und zur Dokumentation dieser Anhörung ausdrücklich nur für die Fälle statuiert ist, in denen Beschwerden, Behauptungen und Bewertungen durch die Dienstvorgesetzte bzw. den Dienstvorgesetzten in die Personalakte aufgenommen werden sollen – was im zu untersuchenden Fall nicht zwingend gegeben sein muss¹¹³ –, kommen in der Vorschrift die erhöhten

Sachverhalten, Vorermittlungen erforderlich, dazu BVerwG, Urteil vom 29. Juli 2010 – 2 A 4/09 –, juris Rn. 109.

¹¹¹ BVerwG, Urteil vom 29. Juli 2010 – 2 A 4/09 –, juris Rn. 110.

¹¹² So auch *Frankenstein*, in: PdK SH, Stand April 2023, C-13: Landesdisziplinargesetz, Rn. 35.

¹¹³ Zur Frage, welche Beschwerden in die Personal- bzw. Sachakte aufzunehmen sind, vgl. *Bodanowitz*, in: Schnellenbach/Bodanowitz, Beamtenrecht in der Praxis, 11. Aufl. 2024, § 12 Rn. 11.

Verfahrensanforderungen zum Ausdruck, die bereits dann Geltung beanspruchen, wenn Beschwerden, Behauptungen und Bewertungen für Beamtinnen und Beamte „ungünstig“ sind oder ihnen bloß „nachteilig werden können“. Diese als Ausdruck der Fürsorgepflicht des Dienstherrn sowie des Rechts auf Gehör¹¹⁴ zu verstehenden Anhörungs- und Dokumentationspflichten dürften auch auf solche Vorermittlungen Anwendung finden, die gegebenenfalls in die Einleitung eines Disziplinarverfahrens münden und insoweit für die Beamtin bzw. den Beamten nachteilig werden können.

5. Kommunikation über die Notwendigkeit der Abgabe einer dienstlichen Erklärung

[Beantwortung der Gutachtenfrage 1. b) ii)]

Eine dienstliche Erklärung einer Beamtin bzw. eines Beamten, in der diese bzw. dieser zu einem bestimmten Geschehen in dienstlicher Funktion Stellung nimmt, ist ein anerkanntes Mittel zur Sachverhaltsaufklärung, das im Prozess als zulässiges und geeignetes **Beweismittel**, etwa anstelle eines Zeugenbeweises, herangezogen werden kann.¹¹⁵ Eine Pflicht zur Abgabe einer dienstlichen Erklärung kann durch gesetzliche Anordnung¹¹⁶ oder durch eine Aufforderung durch die Dienstvorgesetzte oder den Dienstvorgesetzten¹¹⁷ begründet werden. Die Abgabe einer dienstlichen Erklärung setzt indes nicht zwingend eine Dienstpflicht voraus – sie kann auch aus eigener Initiative der Beamtin bzw. des Beamten erfolgen.¹¹⁸ Empfängerin oder Empfänger braucht nicht in jedem Fall eine Vorgesetzte oder ein Vorgesetzter sein. Sofern eine dienstliche Erklärung abgegeben wird – unabhängig davon, ob aufgrund einer entsprechenden Anordnung bzw. Aufforderung oder aus eigener Initiative¹¹⁹ –, unterliegt die erklärende Person der **Wahrheitspflicht**.¹²⁰

¹¹⁴ Polenz, in: PdK SH, Stand Mai 2023, C-17: Landesbeamtengesetz, § 87 Rn. 1.1.

¹¹⁵ Dienstliche Erklärungen werden als amtliche Auskunft gewertet und sind damit sowohl im Zivilprozess (§§ 273 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2, 358a Satz 2 Nr. 2 ZPO) als auch im Verwaltungsprozess (§ 98 VwGO) als Beweismittel anerkannt, dazu BGH, Urteil vom 29. Mai 1957 – V ZR 285/56 –, NJW 1957, 1440 (1440). Ferner sind dienstliche Erklärungen im gerichtlichen Verfahren im Rahmen eines Ablehnungsverfahrens einer Richterin oder eines Richters vorgeschrieben, siehe § 44 Abs. 3 ZPO und § 26 Abs. 3 StPO.

¹¹⁶ Vgl. § 44 Abs. 3 ZPO und § 26 Abs. 3 StPO; zur aus der gesetzlichen Anordnung resultierenden Dienstpflicht OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 9. Juni 2017 – 4 WF 103/17–, juris Rn. 33.

¹¹⁷ Das folgt aus der in § 35 Abs. 1 Satz 2 BeamStG normierten Folgepflicht.

¹¹⁸ Dau, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 42 WStG Rn. 8.

¹¹⁹ Dau, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 42 WStG Rn. 8.

¹²⁰ Dies ordnet etwa § 13 Abs. 1 Soldatengesetz explizit für Soldatinnen und Soldaten an. Im Übrigen folgt dies aus der allgemeinen innerdienstlichen Wahrheitspflicht, der Beamtinnen und Beamte unterliegen, dazu Herrmann, in: Herrmann/Sandkuhl, Beamtendisziplinarrecht, 2. Aufl. 2021, § 10 Rn. 969. Etwas anderes gilt nur für Erklärungen im Disziplinar- bzw. Strafverfahren aufgrund der insoweit Anwendung findenden Selbstbelastungsfreiheit, vgl. § 20 Abs. 3 LDG.

Die Funktion der dienstlichen Erklärung als Mittel der Glaubhaftmachung streitet dafür, dass die *dienstliche Erklärung selbst* zu den Akten zu nehmen ist. Doch auch die *Aufforderung der Dienstvorgesetzten bzw. des Dienstvorgesetzten* ist zu verakten: Hierfür spricht zunächst der Umstand, dass erst die Aufforderung eine **Dienstpflicht** für die Beamtin bzw. den Beamten begründet, was sowohl im verwaltungseigenen Interesse als auch zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes zu protokollieren ist. Sollte etwa die Beamtin bzw. der Beamte der Aufforderung nicht Folge leisten, könnte nur so der Verstoß gegen eine Dienstpflicht nachgewiesen werden. Im Übrigen ist die Kenntnis über das Vorliegen und die Art und Weise einer derartigen Aufforderung für die **Beweiswürdigung** der daraufhin abgegebenen Erklärung erforderlich, weil nur so der Kontext der Erklärung für Dritte nachvollziehbar abgebildet wird. Auch das **Rechtsschutzinteresse** der Beamtin bzw. des Beamten verlangt eine Dokumentation der Aufforderung zur Abgabe einer solchen Erklärung; so könnte eine Aufforderung sich etwa im Nachhinein als rechtswidrig erweisen und eine Dienstpflicht durch sie nicht begründet worden sein.

Sofern eine Aufforderung zur Abgabe einer dienstlichen Erklärung *nach* Einleitung eines Disziplinarverfahrens erfolgen sollte, wäre diese im Übrigen auch aufgrund der in § 20 Abs. 1 Satz 3 LDG angeordneten Belehrungspflicht und des in § 20 Abs. 3 LDG für den Fall der unterbliebenen oder unrichtig erfolgten Belehrung normierten Verwertungsverbots zu den Akten zu nehmen.

6. Bitte um Übersendung eines Antrags auf Entlassung aus dem Dienstverhältnis

[Beantwortung der Gutachtenfrage 1. b) iv)]

§ 23 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG bestimmt die Rechtsfolgen eines sogenannten Antrags auf Entlassung¹²¹:

„Beamtinnen und Beamte sind zu entlassen, wenn sie die Entlassung in schriftlicher Form verlangen.“

Aufgrund der durch ihn ausgelösten Rechtsfolge der Beendigung des Beamtenverhältnisses ist der *Antrag* selbst in jedem Fall zu den Akten zu nehmen.¹²² Doch auch die *Bitte* der Dienstvorgesetzten bzw. des Dienstvorgesetzten, die Beamtin bzw. der

¹²¹ Vgl. daneben die Regelung in § 31 LBG, die formelle Anforderungen an einen derartigen Antrag stellt und dessen Rechtsfolgen näher konkretisiert.

¹²² Vgl. dazu bereits unter Gliederungspunkt B. II. 3.

Beamte möge einen entsprechenden Antrag übersenden, ist zu verakten: Insbesondere da der Antrag nach § 23 Abs. 1 Nr. 4 BeamtStG keine Begründung enthalten muss,¹²³ wäre das Geschehen, das zur Entlassung geführt hat, anderenfalls nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, was eine **Kontrolle der Entlassungsentscheidung durch Gerichte und Parlament** erschwert. Ferner ist der Antrag auf Entlassung als empfangsbedürftige Willenserklärung in entsprechender Anwendung der §§ 119 ff. Bürgerliches Gesetzbuch¹²⁴ (BGB) anfechtbar.¹²⁵ Um aber bewerten zu können, ob ein Anfechtungsgrund vorliegt – etwa, weil die Beamtin bzw. der Beamte zur Abgabe des Antrags durch Irrtum, arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung bestimmt worden ist –, benötigt das um Rechtsschutz angerufene Gericht Kenntnis von den Begleitumständen des Antrags und damit auch von der Bitte zur Abgabe des Antrags.

Darüber hinaus ist es zur **Berechnung der ruhegehaltfähigen Dienstzeiten** der bzw. des aufgrund eines Antrags auf Entlassung ausscheidenden Beamtin bzw. Beamten erforderlich, die näheren Hintergründe des Antrags zu kennen. So bestimmt § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. a SHBeamtVG:

„Nicht ruhegehaltfähig sind Dienstzeiten in einem Beamtenverhältnis, das durch Entlassung auf Antrag der Beamtin oder des Beamten beendet worden ist, a) wenn ihr oder ihm ein Verfahren mit der Folge des Verlustes der Beamtenrechte oder der Entfernung aus dem Dienst drohte.“

Um die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm prüfen zu können, bedarf es wiederum der Kenntnis sämtlicher den Antrag der Beamtin bzw. des Beamten begleitender Umstände. Nur so kann etwa beurteilt werden, ob die Beamtin bzw. der Beamte mit ihrem bzw. seinem Antrag einer ohnehin drohenden Entlassung zuvorkam.

Des Weiteren streitet auch der strenge Maßstab, den das Bundesverfassungsgericht aus der **Fürsorgepflicht** des Dienstherrn gegenüber der Beamtin bzw. dem Beamten für ein Entlassungsverfahren ableitet, dafür, die Bitte zur Abgabe eines Antrags auf Entlassung als Begleitumstand zu protokollieren:

¹²³ VG Schleswig, Urteil vom 7. November 2014 – 12 A 27/14 –, juris Rn. 24; *Sauerland*, in: Brinktrine/Schollendorf, *Beamtenrecht Bund*, 32. Edition Stand 15. Juli 2023, § 23 BeamtStG Rn. 37.

¹²⁴ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl. I S. 42, I 2003 S. 2909; zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2023, BGBl. I Nr. 411.

¹²⁵ BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1970 – II C 5.66 –, BVerwGE 37, 19 (20 f.).

*„Je undurchsichtiger eine Situation ist, je schwieriger es ist, die Motive einer Entlassung zu ergründen, je deutlicher parteiliche Interessen hervortreten, die bei der Entscheidung eine Rolle gespielt haben könnten, um so **genauer, detaillierter und sorgfältiger** muß – in Rücksicht auf die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinem Beamten – den **Einzelheiten** nachgegangen werden, auf denen die Entscheidung über die Entlassung fußt, und um so stärkeres Gewicht gewinnen bei der Frage, ob die Entlassung Bestand haben kann, die **Umstände** des Verfahrens.“¹²⁶*

7. Keine Ausnahme aufgrund des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung

Eine Ausnahme von der Pflicht zur Veraktung der in dem Gutachtenauftrag aufgeführten Kommunikationsinhalte unter Verweis auf einen betroffenen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung ist aus hiesiger Sicht abzulehnen.

Es überzeugt bereits nicht, dass eine Berufung auf den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung von der Pflicht zur Aktenmäßigkeit entbinden kann. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Zweck einer ordnungsgemäßen Aktenführung. Zwar schafft der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung einen nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich der Regierung, der den Informations- bzw. Auskunftsanspruch des Parlaments sowie der Öffentlichkeit begrenzt. Die Aktenführung dient jedoch nicht nur der Kontrolle des Regierungshandelns durch das Parlament und die Öffentlichkeit, sondern soll, wie bereits unter B. I. 1. a) erwähnt, in gleichem Maße die Arbeitsfähigkeit innerhalb der Exekutive sichern und Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens die Wahrung ihrer Rechte ermöglichen.

In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass das Informationsinteresse des Parlaments und der Öffentlichkeit jedenfalls bei Abschluss eines Vorgangs typischerweise überwiegt. Prozesse der Entscheidungsfindung müssen grundsätzlich wenigstens nachträglich durch das Parlament und das Wahlvolk politisch bewertet werden können.¹²⁷ Ein Vertraulichkeitsbedürfnis der Regierung kann zwar politisch nachvollziehbar sein; dies geht jedoch nicht stets mit einer verfassungsrechtlichen Relevanz einher.¹²⁸ Vielmehr müssten mögliche

¹²⁶ BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 1976 – 2 BvR 841/73 –, BVerfGE 43, 154 (173). Hervorhebungen durch die Verfasserinnen dieses Gutachtens.

¹²⁷ Cancik, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, ZParl, Heft 4/2014, 885 (898).

¹²⁸ Cancik, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, ZParl, Heft 4/2014, 885 (898); BVerfG, Urteil vom 30. März 2004 – 2 BvK 1/01 –, juris Rn. 68.

Hemmungseffekte auf eine freie, offene und vertrauliche Willensbildung im Sinne einer einengenden Vorwirkung durch die Furcht vor späterer Offenlegung konkret benannt und mit den Zwecken der Aktenführungspflicht abgewogen werden.¹²⁹

Daher lässt sich zum Zeitpunkt, in dem eine ordnungsgemäße Aktenführung grundsätzlich durchzuführen wäre, noch nicht sagen, ob auch bei Abschluss des Vorgangs das Vertraulichkeitsinteresse das Informationsinteresse überwiegen wird; einer späteren Einzelfallbetrachtung würde man damit zuvorkommen.

Der Schutz des Kernbereichs vor einem Einfluss auf die anstehende Entscheidung im Sinne eines „Mitregierens Dritter“ wird durch die Veraktung zudem nicht berührt, wenn der Ausnahmegrund – wie im Übrigen unstrittig – weiterhin auf Ebene etwaiger Informations- und Auskunftsansprüche angewendet wird. Daher ist es nicht erforderlich und zweckgemäß, unter Rückgriff auf das Kernbereichs-Argument bereits die Pflicht zur Führung vollständiger und ordnungsgemäßer Akten einschränken zu können.

Aber auch bei Annahme einer Ausnahmemöglichkeit auf Ebene der Aktenführungspflicht streitet bei den zu prüfenden Vorgehensweisen Folgendes gegen die Berufung auf den Kernbereich: Auch wenn es sich bei der Staatssekretärin oder dem Staatssekretär um eine politische Beamtin oder einen politischen Beamten handelt, die oder der bei der Ausübung des Amtes in fortdauernder Übereinstimmung mit den politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen muss (§ 30 Abs. 1 BeamtStG), und damit mittelbar auch die ressortinterne Regierungstätigkeit berührt sein kann, ist der Komplex der Beendigung des Dienstverhältnisses einer Staatssekretärin oder eines Staatssekretärs auch als **Verwaltungstätigkeit** der Ministerin oder des Ministers in ihrer oder seiner Funktion als Dienstvorgesetzte oder Dienstvorgesetzter (näher hierzu unter B. II. 3.) zu qualifizieren. Damit handelt es sich bereits nicht um eine rein **staatsleitende** und **richtungsgebende** Tätigkeit.¹³⁰ Bei einem Handeln auf Ebene der Verwaltung wird angenommen, dass der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung allenfalls ausnahmsweise berührt wird. Das Verwaltungshandeln unterliegt auch hinsichtlich der Willensbildung der Exekutive grundsätzlich uneingeschränkter parlamentarischer Kontrolle.¹³¹ Sollte es sich überdies um einen

¹²⁹ Vgl. *Cancik*, Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, ZParl, Heft 4/2014, 885 (897, 900) m.w.N.

¹³⁰ Vgl. *Peters*, Untersuchungsausschussrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 106.

¹³¹ BerlVerfGH, Urteil vom 14. Juli 2010 – VerfGH 57/08 –, BeckRS 2010, 51100. Gegenstand des Verfahrens waren von Abgeordneten geltend gemachte Akteneinsichtsrechte.

abgeschlossenen Vorgang handeln, könnte die Gefahr eines Mitregierens Dritter durch die Veraktung bereits nicht begründet werden. Im Fall eines nicht abgeschlossenen Vorgangs müssten konkrete Anhaltspunkte dafür dargelegt werden, dass eine „einengende Vorwirkung“ durch die Veraktung eintreten würde und eine sachlich förderliche Kommunikation zwischen den Beteiligten in Zukunft gehemmt wäre.¹³²

III. Strafrechtliche Folgen eines Löschungsvorgangs

Abschließend soll die Frage beantwortet werden, ob im Fall einer Löschung der elektronischen Kommunikation, bei Nichterfassung des Kommunikationsinhalts in anderer Form, der **objektive** Tatbestand einer Straftat verwirklicht worden sein kann. Auftragsgemäß wird nicht geprüft, ob auch der subjektive Tatbestand sowie die Rechtswidrigkeit und Schuld einer solchen Handlung bejaht werden können. Dies wäre ebenfalls Voraussetzung für die Annahme einer Strafbarkeit im Einzelfall.

1. Unterdrückung beweiserheblicher Daten gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

In Betracht kommt vordergründig eine Strafbarkeit nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen Unterdrückung beweiserheblicher Daten.

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. [...]

2. beweiserhebliche Daten (§ 202a Abs. 2), über die er nicht oder nicht ausschließlich verfügen darf, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert

[...]“

Schutzgut des § 274 StGB ist das Beweisführungsrecht an den im Tatbestand genannten Objekten und die damit einhergehende Beweisposition beziehungsweise Dispositionsfreiheit.¹³³

¹³² Vgl. BVerfG, Urteil vom 30. März 2004 – 2 BvK 1/01 –, juris Rn. 55.

¹³³ *Erb*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 1 m.w.N.; vgl. auch *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 1 m.w.N.; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 274 Rn. 2 m.w.N.; BGH, Urteil vom 29. Januar 1980 – 1 StR 683/79 –, NJW 1980, 1174 m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 2020 – 1 BvR 1627/19 –, Rn. 21 m.w.N.

a) Tatobjekt: E-Mails als beweiserhebliche Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB

Die „elektronische Kommunikation“ müsste zunächst ein taugliches Tatobjekt und damit „beweiserhebliche Daten“ darstellen. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB verweist für die Bestimmung beweiserheblicher Daten auf § 202a Abs. 2 StGB.

aa) Einschränkung nach § 202a Abs. 2 StGB

Die Legaldefinition des § 202a Abs. 2 StGB spricht von Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst **nicht unmittelbar wahrnehmbar** gespeichert sind oder übermittelt werden.¹³⁴ Nicht unmittelbar wahrnehmbar sind Daten, wenn ihr Bedeutungsgehalt nicht ohne weiteres, sondern erst nach technischer Umformung oder mittels technischer Hilfsmittel mit den menschlichen Sinnen erfassbar ist.¹³⁵

Elektronische Kommunikation, beispielsweise in Form einer SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail, enthält regelmäßig elektronisch gespeicherte Informationen, die erst nach einer entsprechenden technischen Umformung sichtbar werden, sodass Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB anzunehmen sind.¹³⁶ Da der Datenbegriff nicht beispielsweise auf personenbezogene Daten oder Geheimnisse beschränkt ist, sondern ein weiter Datenbegriff gilt, der Informationen jeder Art umfasst, ist der Inhalt der elektronischen Kommunikation für die Subsumtion unter den Datenbegriff nach § 202a Abs. 2 StGB zunächst nicht entscheidend.¹³⁷

bb) Einschränkung nach § 269 StGB?

Die Strafbarkeit nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt zudem eine **Beweiserheblichkeit** der Daten voraus. Es ist streitig, ob es sich im Rahmen des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB um beweiserhebliche Daten im Sinne des § 269 StGB handeln muss oder eine „sonstige“ Beweiserheblichkeit genügt. Beweiserhebliche Daten im Sinne des § 269 StGB sind zunächst solche Daten, die dazu bestimmt sind, bei einer

¹³⁴ Damit ist der Datenbegriff im Vergleich zu dem aus § 269 StGB (Fälschung beweiserheblicher Daten) beschränkt, da das Merkmal fehlender unmittelbarer Wahrnehmbarkeit dort nicht gefordert wird; *Erb*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 269 Rn. 14; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 269 Rn. 7.

¹³⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 202a Rn. 2; *Graf*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 202a Rn. 15 m.w.N.; vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 202a Rn. 5.

¹³⁶ *Graf*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 202b Rn. 7. Ebenso *Bleckat*, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (396); *Eisele*, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, 1. Aufl. 2023, § 19 Rn. 12.

¹³⁷ *Graf*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 202a Rn. 12; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 202a Rn. 3; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 202a Rn. 2; *Bleckat*, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (396).

Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen benutzt zu werden.¹³⁸ Der Tatbestand der Fälschung beweisrelevanter Daten in § 269 StGB fordert zudem eine Beweiserheblichkeit, die **urkundengleicher Art** sein muss.¹³⁹ Diese ist dann gegeben, wenn die Daten nach ihrem zu verarbeitenden Informationsgehalt eine Erklärung enthalten, die bestimmt und geeignet ist, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und ihren Aussteller erkennen lassen.¹⁴⁰

Während der Wortlaut des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Bestimmung der Dateneigenschaft allein anhand der Vorschrift des § 202a StGB fordert und zwar die Beweiserheblichkeit aufgreift, nicht hingegen die Urkundengleichheit¹⁴¹, sprechen eine systematische und teleologische Auslegung sowie die Entstehungsgeschichte und Gesetzesunterlage¹⁴² dafür, den Begriff der Beweiserheblichkeit auch beim Tatbestand der Datenunterdrückung enger zu fassen und eine urkundengleiche Beweisfunktion zu fordern.¹⁴³ § 274 StGB ist systematisch im 23. Abschnitt der „Urkundendelikte“ verortet.¹⁴⁴ Auch eine Zusammenschau der Kernbereichsfälle des § 274 StGB spreche dafür, einen Urkundencharakter vorzusetzen.¹⁴⁵ Letztlich streite der Sinn und Zweck beziehungsweise praktische Gründe für die Annahme eines eingeschränkten Begriffs der Beweiserheblichkeit im Sinne des § 269 StGB. Der Begriff der Beweiserheblichkeit in § 269 StGB sei grundsätzlich konturlos und

¹³⁸ BT-Drs. 10/5058, S. 34.

¹³⁹ „Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr beweisrelevante Daten so speichert oder verändert, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde [...]“

¹⁴⁰ So die h.M.: *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 269 Rn. 9; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 269 Rn. 5 f. Eine andere Ansicht definiert die Urkunde als eine Erklärung im Rechtsverkehr, die in dauerhaften Zeichen verkörpert ist und die Identität des Erklärenden erkennen lässt; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 17; gleichbedeutend auch *Erb*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 25.

¹⁴¹ Dem folgend *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 274 Rn. 8; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 22c. So auch *Meyer*, Datenunterdrückung gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB – ein Kabinettstückchen?, IuR – 1988, S. 421 (423), die den Unterschied darin festmacht, dass § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf die Garantiefunktion verzichtet und lediglich fordert, dass es sich um Daten handeln muss, die irgendeinen rechtlich bedeutsamen Inhalt haben.

¹⁴² Zum Verweis auf die Entstehungsgeschichte der Norm und Gesetzesbegründung: *van Rienen*, Datenlöschung im Angesicht eines Litigation Holds – strafrechtlich (ir)relevant?, NSTZ 2023, 274 (275). Laut der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages im Rahmen des Änderungsverfahrens des § 274 StGB ersetzt die Verwendung des Merkmals „beweisrelevant“ die Verweisung auf § 269 StGB; das Merkmal sei wie dort zu verstehen; BT-Drs. 10/5058, S. 34.

¹⁴³ So *Erb*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 23; *Bleckat*, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (396); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 5; OLG Nürnberg, Beschluss vom 23. Januar 2013 – 1 Ws 445/12 –, ZD 2013, 282 (282 f.); wohl auch *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 8; dargestellt und offengelassen hat den Streit OLG Hamm, Beschluss vom 07. April 2020 – 4 RVs 12/20 –, NSTZ 2020, 673 (675 f.).

¹⁴⁴ *Erb*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 23.

¹⁴⁵ *Bleckat*, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (396).

erlange erst mit der Gleichstellung mit der Urkunde seinen Bedeutungsgehalt. Zudem würden auch in § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur Urkunden, und damit keine Beweismittel geringeren Ranges, geschützt werden.¹⁴⁶ Dem Wortlautargument wird weiterhin entgegengebracht, dass sich die Geltung der begrifflichen Anforderungen des § 269 schon durch das Wort „beweiserheblich“ ergeben würden.¹⁴⁷ Diese Ansicht überzeugt nach hiesiger Auffassung. Insbesondere erscheint es nicht schlüssig, dass im Rahmen des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ansonsten jegliche Kommunikations-E-Mails, die einen Austausch ohne rechtserheblichen Inhalt zwischen zwei Personen beweisen können, als Tatobjekt in Betracht kämen¹⁴⁸ und innerhalb des § 274 Abs. 1 StGB ein derart unterschiedlicher Schutzgrad gelten soll.

Unproblematisch dürfte zunächst das Erfordernis zu bejahen sein, dass die Daten in Form von SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail ihren Aussteller bzw. ihre Ausstellerin erkennen lassen und damit die urkundentypische **Garantiefunktion** erfüllen.

Ob auch die urkundenähnliche **Beweisfunktion** von Daten im Sinne des § 269 StGB zu bejahen ist, ist zunächst im jeweiligen Einzelfall für jede Datei zu bestimmen. Dabei ist insbesondere zu beleuchten, um was für Daten es sich handelt und zu welchem Zweck sie erstellt wurden.¹⁴⁹

Bei der Feststellung der Beweisfunktion im Einzelfall kann auf Grundsätze, die für die Bestimmung einer Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB entwickelt wurden, zurückgegriffen werden.

Während die Beweiseignung objektiv zu beurteilen ist, wird die Beweisbestimmung subjektiv geprägt.¹⁵⁰ *Beweisgeeignet* ist zunächst jede Tatsache, die im Rechtsverkehr nicht völlig bedeutungslos ist,¹⁵¹ beziehungsweise geeignet ist, auf die Überzeugungsbildung in einem Rechtsverhältnis mitbestimmend einzuwirken¹⁵². Eine *Beweisbestimmung* kann zunächst von vornherein durch die Ausstellerin oder den Aussteller bezweckt sein (sog. Absichtsurkunde), gleichsam wird von

¹⁴⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 5.

¹⁴⁷ Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 8. So auch der Gesetzgeber: BT-Drs. 10/5058, S. 34.

¹⁴⁸ Bleckat, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (396).

¹⁴⁹ van Rienen, Datenlöschung im Angesicht eines Litigation Holds – strafrechtlich (ir)relevant?, NSTZ 2023, 274 (276). Bezogen auf sog. Phishing-Mails: Graf, „Phishing“ derzeit nicht generell strafbar!, NSTZ 2007, 129 (132 f.).

¹⁵⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 12 f.; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 267 Rn. 11 f.

¹⁵¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 12.

¹⁵² Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 11 f.

Rechtsprechung und überwiegenden Teilen der Literatur angenommen, dass diese Bestimmung auch erst nachträglich durch die Ausstellerin oder den Aussteller oder Dritte erfolgen kann (sog. Zufallsurkunde¹⁵³).¹⁵⁴ Für die Absichtsurkunde ist es nicht erforderlich, dass ein zweckgerichtetes Handeln der Ausstellerin oder des Ausstellers vorliegt; es genügt, dass ihr oder ihm bewusst ist, ein anderer könne mit der Urkunde Beweis erbringen.¹⁵⁵ Es ist hingegen nicht ausreichend, dass nur die tatsächliche Möglichkeit besteht, von dem Schriftstück Gebrauch zu machen, um eine Beweisbestimmung annehmen zu können.¹⁵⁶

Entsprechend wird in der Literatur beispielhaft angeführt, dass die Beweiserheblichkeit *in der Regel* bei innerbetrieblicher Kommunikation per E-Mail z.B. für Meetingabsprachen und Kommunikation zwischen Bekannten ohne rechtserheblichen Inhalt ausscheidet, während diese bei E-Mails über Vertragsverhandlungen meist gegeben sein dürfte.¹⁵⁷ Ausgenommen werden vom Urkundenbegriff Entwürfe¹⁵⁸, sodass eine urkundengleiche Beweisbestimmung jedenfalls erst mit Versendung der SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail entstehen kann¹⁵⁹. Der Beweiswert der Daten muss zumindest in einer Gesamtschau angenommen werden können; das einzelne Datum muss hingegen nicht beweiserheblich sein.¹⁶⁰

Im Einzelnen kann für die gelöschte elektronische Kommunikation mit den im Auftrag angegebenen Kommunikationsinhalten Folgendes festgehalten werden: Auch wenn es sich um innerdienstliche bzw. -behördliche Kommunikationsinhalte gehandelt hat, ist eine *Beweiseignung* aus hiesiger Sicht für sämtliche Daten zu bejahen. Schließlich konnte für alle Kommunikationsinhalte festgestellt werden, dass sie beispielsweise zum **Zwecke der Gewährleistung nachträglichen Rechtsschutzes** veraktet

¹⁵³ Zum Beispiel eines „Liebesbriefs“: BGH, Urteil vom 1. Juli 1959 – 2 StR 191/59 –, NJW 1959, 2173 (2174), einer schulischen Klassenarbeit: BGH, Urteil vom 5. Juni 1962 – 5 StR 143/62 –, NJW 1962, 1523 (1523). Dies für eine private Notiz, die von einem Dritten bei Gericht eingereicht wird, annehmend: *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 14.

¹⁵⁴ *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 267 Rn. 12 m.w.N.; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 267 Rn. 12 m.w.N. So auch OLG Jena, Beschluss vom 23. Juni 2009 – 1 Ws 222/09 –, BeckRS 2009, 86295; OLG Bremen, Urteil vom 14. Februar 1962 – Ss 123/61 –, NJW 1962, 1455. Anderer Ansicht beispielsweise *Erb*, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2014, § 269 Rn. 10; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 9 ff.

¹⁵⁵ *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 14.

¹⁵⁶ *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 14.

¹⁵⁷ *Bleckat*, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (397); so auch *van Rienen*, Datenlöschung im Angesicht eines Litigation Holds – strafrechtlich (ir)relevant?, NSTZ 2023, 274 (276).

¹⁵⁸ *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 14.

¹⁵⁹ *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 269 En. 12.

¹⁶⁰ *Buggisch*, Fälschung beweiserheblicher Daten durch Verwendung einer falschen E-Mail-Adresse?, NJW 2004, 3519 (3520) m.w.N.

werden müssen und damit im Rechtsverkehr auf die Überzeugungsbildung mitbestimmend einwirken können (s. B. II. 3.–6.).

Darüber hinaus müsste auch die *Beweisbestimmung* der Daten angenommen werden können. Eine *eindeutige* Beweisbestimmung kann den elektronischen Kommunikationsdaten, die in dem Gutachtenauftrag aufgeführt werden, bereits aufgrund der zu ermittelnden *subjektiven Zwecksetzung*¹⁶¹ und diesbezüglich fehlender Sachverhaltsangaben nicht zugesprochen werden. An dieser Stelle ist daher allein eine Bewertung unter Rückgriff auf die objektiven Umstände¹⁶² und den typischen Zweck der Kommunikationsinhalte, die auf eine subjektive Bestimmung schließen lassen können, möglich. Letztlich dürfte es von den Umständen des Einzelfalls abhängen, ob eine Beweisbestimmung für die SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail angenommen werden kann.

Auch insoweit ist voranzustellen, dass allein der Umstand, dass es sich um innerdienstliche Kommunikation gehandelt hat, nicht genügen dürfte, um eine Beweisbestimmung von vornherein abzulehnen¹⁶³; vielmehr ist der konkrete Einzelfall zu bewerten. Dafür, dass bereits die Verfasserin oder der Verfasser der SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail das Bewusstsein hatte, dass eine Beweiserbringung mit den Daten möglich ist, sprechen viele der unter dem Aspekt der Aktenrelevanz (B. II.) aufgeführten Gesichtspunkte: Bei einer *Kommunikation über die Beendigung eines Dienstverhältnisses mit Verabredungen über den Zeitpunkt und die Modalitäten der Beendigung* dürfte beiden Kommunikationspartnerinnen bzw. -partnern bewusst sein, dass sich der oder die jeweils andere im Zweifel auf die Kommunikation berufen kann oder wird, um die damit einhergehenden konkreten Rechtsfolgen für das beamtenrechtliche Rechtsverhältnis zu beweisen. Entsprechendes dürfte auch für eine *Kommunikation über die Notwendigkeit der Abgabe einer dienstlichen Erklärung* gelten; auch hier kann nur schwerlich das Bewusstsein bezweifelt werden, dass diese Aufforderung, die eine Dienstpflicht begründet, im Nachhinein von beiden Seiten zur Beweisführung eines Verstoßes gegen die Dienstpflicht im Fall einer Nichtbefolgung oder im Fall einer daraufhin abgegebenen

¹⁶¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 13.

¹⁶² Vgl. Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 14 m.w.N.

¹⁶³ Zum Teil wird für § 269 StGB angeführt, dass Eingriffe in innerdienstliche oder innerbetriebliche Datenspeicherungen nicht erfasst werden, bzw. erst dann, wenn die Daten die EDV, in der sie entstanden sind, verlassen oder wenn der Betreiber durch die Speicherung der Daten in seiner eigenen Anlage einer Beurkundungspflicht genügt; Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 269 Rn. 9.

Erklärung zur Beweiswürdigung dieser rechtlich erheblichen Erklärung herangezogen werden kann. Auch eine *Bitte um Übersendung eines Antrags auf Entlassung aus dem Dienstverhältnis* ist, wie bereits dargestellt, maßgeblicher Bestandteil für die Beurteilung der Wirksamkeit des Antrags auf Entlassung sowie für die Bestimmung der ruhegehaltfähigen Dienstzeiten. Der Umstand, dass die Kommunikation daher das Rechtsverhältnis beeinflussende Handlungen auslöst oder für die Bewertung künftiger Rechtsfolgen entscheidend ist, streitet jedenfalls für eine Beweisbestimmung der Beteiligten.

Unschärfer dürfte das Ergebnis für die Daten zur *Kommunikation über ein etwaiges dienstliches Fehlverhalten* ausfallen, da der Gutachtenauftrag insoweit einen weiten Spielraum zu den Inhalten dieser Kommunikation lässt und eine eindeutige rechtliche Bewertung der Zweckbestimmung die Kenntnis der konkreten Inhalte und Umstände im Einzelfall erforderlich macht. Sollte die Kommunikation im Zusammenhang mit einem eingeleiteten Disziplinarverfahren stehen oder aufgrund ihrer möglichen nachteiligen Wirkung in die Personalakte aufzunehmen sein, indiziert die Einbettung in diese gesetzlich vorgegebenen förmlichen Verfahren zur Aufnahme in die Akten, dass den an der Kommunikation Beteiligten die Beweisbedeutung bewusst ist.

Für alle aufgeführten elektronischen Kommunikationsdaten ist zudem miteinzubeziehen, dass es sich bei der Absenderin oder dem Absender um eine Ministerin oder einen Minister, und damit die Leiterin oder den Leiter einer obersten Landesbehörde, handelt. In einer entsprechenden Position dürfte von dem Vorliegen eines Bewusstseins der erhöhten Beweisbedeutung dieser elektronischen Kommunikation für das Rechtsverhältnis der Beamtinnen und Beamten in der Regel auszugehen sein. Weiterhin kann auch die Richtschnur aus dem Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“ zur Würdigung herangezogen werden, die besagt, dass Dokumente und zugehörige entscheidungserhebliche Bearbeitungsschritte dann aktenrelevant sind, wenn sie zum späteren Nachweis der Vollständigkeit, zur Nachvollziehbarkeit und für die Transparenz des Verwaltungshandelns innerhalb der Verwaltung als auch gegenüber Dritten **beweisfest** vorzuhalten sind.¹⁶⁴ Damit wird allen aktenrelevanten Vorgängen, auch der hier in Frage stehenden elektronischen Kommunikation (s. B. II. 3.–6.), bereits *per se* eine Beweisfunktion zugeschrieben, die der Landesverwaltung und den ihr zugehörigen Personen bekannt sein dürfte.

¹⁶⁴ UA AV des AKVI der IMK/KoopA ADV, Grundsatzpapier „Aktenrelevanz von Dokumenten“, 2009, S. 5.

Damit streiten in den überwiegenden Fällen jedenfalls der objektive Empfängerhorizont und die deutliche Beweiseignung für das Vorliegen einer von Anfang an gegebenen Beweisbestimmung der Kommunikationsdaten.

Würde man die Rechtserheblichkeit entgegen diesen Argumenten zunächst nur als potentiell und nicht bezweckt ansehen und eine Absichtsurkunde ablehnen, käme grundsätzlich auch eine nachträgliche Zwecksetzung in Betracht. Angesichts des Umstandes, dass die aktenrelevanten Daten im zu untersuchenden Fall gelöscht wurden, scheidet jedoch das Entstehen einer Zufallsurkunde jedenfalls durch nachträgliche Verwendung der elektronischen Kommunikation und eine damit einhergehende nachträgliche Beweisbestimmung aus.

Im Ergebnis ist zu betonen, dass insbesondere das Merkmal der Beweisbestimmung von einer Würdigung der Umstände im konkreten Einzelfall abhängt und eine abschließende Bewertung an dieser Stelle mangels näherer Sachverhaltsangaben nicht möglich ist.

b) Fehlende ausschließliche Verfügungsbefugnis

Über die beweiserheblichen Daten darf die Täterin oder der Täter zudem nicht oder nicht ausschließlich verfügen dürfen. In Anlehnung an § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB¹⁶⁵ kommt es bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals nicht auf das Eigentum oder die Nutzungsbefugnisse an den Daten an, sondern allein auf das Vorliegen eines fremden **Beweisführungsrechts**.¹⁶⁶

Für den Fall einer E-Mail wird vertreten, dass der Absenderin bzw. dem Absender und der Empfängerin bzw. dem Empfänger jeweils ein eigenes Beweisführungsrecht an der E-Mail zustehen.¹⁶⁷ Denn Absenderin oder Absender können den Abgang und Empfängerin oder Empfänger den Zugang einer E-Mail beweisen.¹⁶⁸

Dem tritt die Ansicht entgegen, die dafür plädiert, dass das Merkmal des Beweisführungsrechts eingeschränkt ausgelegt werden muss: Danach steht den Kommunikationspartnerinnen bzw. -partnern jeweils (und ausschließlich) das

¹⁶⁵ Wonach die Urkunde der Täterin oder dem Täter nicht oder nicht ausschließlich gehören darf.

¹⁶⁶ *Erb*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 24; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 22d.

¹⁶⁷ *Eisele*, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, 1. Aufl. 2023, § 19, Rn. 10.

¹⁶⁸ *Bleckat*, Urkundenunterdrückung durch Löschen von E-Mails, NJ 2021, 395 (396). Die Einschränkung der ansonsten bestehenden Strafbarkeit beim Löschen von „einfachen“ Kommunikations-E-Mails hat nach dieser Auffassung durch das Stellen hoher Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der Beweiserheblichkeit von E-Mails zu erfolgen.

Beweisführungsrecht an den bei ihnen beziehungsweise bei dem jeweils genutzten Provider gespeicherten – empfangenen oder versendeten – E-Mails zu. Eine Löschung auf dem *eigens* genutzten Provider würde damit grundsätzlich keine Beeinträchtigung des Beweisführungsrechts der oder des jeweils *anderen* bedeuten.¹⁶⁹ Ansonsten würde das Löschen gewöhnlicher Auftragsbestätigungen oder Zugangse-Mails stets den objektiven Tatbestand der Datenunterdrückung erfüllen.¹⁷⁰ Auch nach dieser Ansicht kann sich jedoch etwas anderes dann ergeben, wenn der oder die andere einen **materiell-rechtlichen Anspruch** auf Herausgabe oder Vorlage der Daten hat.¹⁷¹

Für das Vorliegen eines Beweisführungsrechts an den E-Mails bzw. SMS oder WhatsApp-Nachrichten der jeweils anderen Kommunikationspartnerin bzw. des jeweils anderen Kommunikationspartners auch nach dieser zweiten Ansicht könnten im hier zu prüfenden hypothetischen Fall die Grundsätze der Aktenführung und damit einhergehenden Ansprüche auch auf Aktenvorlage sprechen. Die elektronische Kommunikation unterliegt der Pflicht zur vollständigen Aktenführung (s. B. II.). Die Aktenführung liegt laut Bundesverfassungsgericht auch

„im wohlverstandenen Interesse des betroffenen Einzelnen, der nur auf der Grundlage möglichst vollständiger Erfassung aller rechtlich erheblichen Tatsachen seinen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf angemessene Behandlung seiner Angelegenheit durch die zuständigen Behörden – und gegebenenfalls durch die Gerichte – mit Erfolg geltend machen kann.“¹⁷²

Mit diesen Erwägungen gehen insbesondere Akteneinsichtsrechte nach § 29 Abs. 1 S. 1 VwVfG bzw. § 88 Abs. 1 Satz 1 und 2 LVwG einher. Daraus ergibt sich, dass die Verfahrensbeteiligten einen Anspruch darauf haben, auch mit den Akten der Behörde Beweis beispielsweise gegenüber den Gerichten zu erbringen. Die Akteneinsichtsrechte im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens werden im hiesigen Themenbereich ergänzt durch Auskunftsrechte über die in der Personalakte befindlichen Daten nach § 110 Abs. 1 und 2 BBG § bzw. § 88 Abs. 1 LBG. Damit spricht vieles dafür, dass in der hiesigen Konstellation das Beweisführungsrecht an den Daten in Form einer SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail jeweils beiden

¹⁶⁹ Eisele, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, 1. Aufl. 2023, § 19, Rn. 10.

¹⁷⁰ Eisele, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, 1. Aufl. 2023, § 19, Rn. 10.

¹⁷¹ Eisele, in: Klaas/Momsen/Wybitul, Datenschutzsanktionenrecht, 1. Aufl. 2023, § 19, Rn. 10.

¹⁷² BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 1983 – 2 BvR 244/83 –, juris Rn. 2.

Kommunikationspartnerinnen bzw. -partnern zugesprochen werden muss und damit keine ausschließliche Verfügungsbefugnis vorliegt.

c) Tathandlung: Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen

Löschen im Sinne des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist die endgültige vollständige Beseitigung der Daten.¹⁷³ Gemäß dem Gutachtenauftrag ist von einem Löschen der elektronischen Kommunikation auszugehen.¹⁷⁴

d) Subjektiver Tatbestand

Zusätzlich zu diesen objektiven Tatbestandsmerkmalen erfordert die Erfüllung des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf subjektiver Ebene zum einen **Vorsatz** bezüglich aller aufgeführten objektiven Tatbestandsmerkmale und zusätzlich die **Absicht der Nachteilszufügung**.¹⁷⁵ Die Täterin oder der Täter muss mit Vornahme der Tathandlung beabsichtigen, fremde Beweisführungsrechte zu beeinträchtigen.¹⁷⁶ Die Strafbarkeit hängt daher auch entscheidend von dem Vorliegen dieser, über den bloßen Vorsatz hinausgehenden, überschießenden Innentendenz ab.

2. Datenveränderung gemäß § 303a Abs. 1 StGB Beim Löschen von elektronischer Kommunikation kommt grundsätzlich auch die Verwirklichung einer Datenveränderung nach § 303a Abs. 1 StGB in Betracht:

„Wer rechtswidrig Daten (§ 202a Abs. 2) löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Eine Strafbarkeit nach § 303a Abs. 1 StGB kann insbesondere bei einer fehlenden Beweiserheblichkeit oder Nachteilszufügungsabsicht im Sinne des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB denkbar sein, da beides von § 303a Abs. 1 StGB nicht gefordert wird.

¹⁷³ Erb, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 25.

¹⁷⁴ Zu beachten ist, dass das Löschen von Daten in bestimmten Fällen oder nach Ablauf bestimmter Fristen auch gesetzlich vorgesehen sein kann: § 90 LBG normiert Löschungspflichten für Personalaktendaten, in der Aktenordnung finden sich in Ziff 4.2 Aufbewahrungsfristen für Schriftgut und damit einhergehende Vernichtungspflichten. Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens wird davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Löschung/Vernichtung nicht gegeben sind.

¹⁷⁵ Die Anforderungen an die Nachteilszufügungsabsicht sind streitig, sollen an dieser Stelle jedoch nicht diskutiert werden.

¹⁷⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 7; Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 13; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 274 Rn. 11; BGH, Urteil vom 29. Januar 1980 – 1 StR 683/79 –, NJW 1980, 1174; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21. September 1999 – 1 WS 347/99 –, NStZ 2000, 201. Die Anforderungen an den Grad des Vorsatzes sind im Einzelnen streitig, s. hierzu Erb, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 18 ff.

Tatbestandliche Voraussetzungen hingegen sind neben dem Vorliegen von **Daten** im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB und dem **Löschen** (hierzu s. unter 1.) die **Rechtswidrigkeit** dieser Tathandlung und nach herrschender Meinung auch die **Fremdheit** der Daten.

a) Daten, an denen ein fremdes Nutzungsrecht besteht

Die tatbestandliche Einschränkung auf fremde Daten tritt dem Umstand entgegen, dass anderenfalls auch die Beeinträchtigung von Daten, an denen lediglich die Täterin oder der Täter selbst ein Interesse hat, unter Strafe gestellt wäre.¹⁷⁷ Erforderlich ist damit, dass eine andere Person als die Täterin oder der Täter am unveränderten Bestand der Daten ein rechtlich geschütztes Interesse haben muss und daher an den Daten (auch) ein fremdes Verfügungs- und Nutzungsrecht besteht.¹⁷⁸ Im Unterschied zum oben behandelten Beweisführungsrecht ist hier ein unmittelbares rechtlich geschütztes Interesse in Form einer **eigentümerähnlichen Datenverfügungsbefugnis** zu prüfen.¹⁷⁹ Zur Bestimmung dieser Befugnis wird in der Literatur überwiegend zunächst auf die sachenrechtliche Zuordnung des Datenträgers abgestellt, sodass der Eigentümerin bzw. dem Eigentümer oder rechtmäßigen Besitzerin bzw. Besitzer des Datenträgers auch die Datenverfügungsbefugnis zustünde.¹⁸⁰ Die Rechtsprechung stellt zum Teil auf den „Skripturakt“ ab, sodass die Verfügungsbefugnis der Person zusteht, die die Speicherung und Übermittlung der Daten unmittelbar selbst bewirkt.¹⁸¹ Einigkeit dürfte hingegen bei der Versendung einer E-Mail zu verzeichnen sein: Die Verfügungsbefugnis der Absenderin oder des Absenders besteht bis zu dem Zeitpunkt, an dem die E-Mail den Server des Serviceproviders

¹⁷⁷ *Wieck-Noodt*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 9. Zudem wird so den Bedenken gegen die Bestimmtheit der Norm begegnet.

¹⁷⁸ *Wieck-Noodt*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 9 m.w.N.; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 3; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 303a Rn. 5; dies unter dem Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit behandelnd *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 303a Rn. 4.

¹⁷⁹ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 3; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 303a Rn. 5.

¹⁸⁰ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 3 m.w.N.; *Wieck-Noodt*, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 10 m.w.N.; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 303a Rn. 5; *Kargl*, in:

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 303a, Rn. 6 f. Der am Datenträger Nutzungsberechtigte kann einer anderen Person auf schuldrechtlicher Grundlage die Nutzung der gespeicherten Daten überlassen.

¹⁸¹ BayObLG, Urteil vom 24. Juni 1993 – 5 St RR 5/93, BayObLGSt 1993, 86 (89); OLG Nürnberg, Beschluss vom 23. Januar 2013 – 1 Ws 445/12 –, BeckRS 2013, 3553; auch laut *Jüngel/Schwan/Neumann*, Das Abfangen von E-Mails nach § 303a StGB, MMR 2005, 820 (821) vorzugswürdig.

der empfangenden Person erreicht; ab diesem Zeitpunkt ist diese verfügungsbe-
rechtigt.¹⁸²

Das Tatbestandsmerkmal wäre daher allenfalls dann erfüllt, wenn die Daten in Form der SMS, WhatsApp-Nachricht oder E-Mail auf dem Datenträger der jeweils anderen Kommunikationspartnerin oder des jeweils anderen Kommunikationspartners gelöscht würden. Ein Beweisführungsrecht dürfte für die Annahme einer eigentümer-ähnlichen Datenverfügungsbefugnis nicht genügen, sodass eine Strafbarkeit nach § 303a Abs. 1 StGB ausscheidet, wenn die Löschung der elektronischen Kommunikation auf dem jeweils eigenen Datenträger erfolgt ist.

b) Rechtswidrigkeit

Der Vollständigkeit halber soll auch die das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht unerwähnt bleiben; dieses wird überwiegend als einschränkendes Tatbestandsmerkmal¹⁸³ eingeordnet und setzt voraus, dass die Tathandlung ohne oder gegen den Willen der nutzungs- oder verfügungsberechtigten Person oder der bzw. des vom Inhalt der Daten Betroffenen vorgenommen wurde.¹⁸⁴ Die Rechtswidrigkeit wird daher insbesondere durch Einwilligung der nutzungs- oder verfügungsberechtigten Person ausgeschlossen.¹⁸⁵ Ob dieses Merkmal erfüllt ist, hängt daher von der jeweiligen Sachverhaltskonstellation ab.

3. Verwahrungsbruch gemäß § 133 Abs. 1 StGB

Die Erfüllung des Tatbestandes des Verwahrungsbruches nach § 133 Abs. 1 StGB, wonach sich strafbar macht,

„[w]er Schriftstücke oder andere bewegliche Sachen, die sich in dienstlicher Verwahrung befinden oder ihm oder einem anderen dienstlich in Verwahrung

¹⁸² Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 3; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 303a Rn. 5 m.w.N.; Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 303a, Rn. 7; Jüngel/Schwan/Neumann, Das Abfangen von E-Mails nach § 303a StGB, MMR 2005, 820 (821 f.), der auf das erste Abspeichern der Daten abstellt.

¹⁸³ Wieck-Noodt, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 17; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 303a Rn. 5 m.w.N. Andere ordnen es als allgemeines Verbrechenmerkmal ein, vgl. Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 10 m.w.N.

¹⁸⁴ Wieck-Noodt, in: MüKo StGB, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 17; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 303a Rn. 19; BT-Drs. 10/5058, S. 34.

¹⁸⁵ Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Salinger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 303a Rn. 16; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 10.

gegeben worden sind, zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder der dienstlichen Verfügung entzieht“,

scheitert am Tatobjekt. § 133 Abs. 1 StGB fordert ein Schriftstück oder eine bewegliche Sache. Damit scheiden elektronisch gespeicherte Daten, beispielsweise E-Mails oder SMS, als taugliche Tatobjekte aus.¹⁸⁶

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Oliwia Urbanski und Dr. Marie Holst

¹⁸⁶ Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, BeckOK StGB, 60. Edition Stand 1. Februar 2024, § 133 Rn. 2.