

# AUFSATZ

## Der „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ – zur Relativität eines suggestiven Topos\*

Pascale Cancik

### 1. Einleitung: Stuttgart 21 im Fokus parlamentarischer Untersuchung

#### 1.1. Von der Minderheitsenquôte zur Mehrheitsenquôte

Das Bahnbauprojekt Stuttgart 21 und die heftigen Proteste dagegen haben unterschiedliche Debatten ausgelöst. Neben den Planungs- und Umweltfragen, die weiter diskutiert und das Projekt dauerhaft begleiten werden, standen insbesondere die Chancen und Risiken eingetübter Öffentlichkeitsbeteiligung im Zentrum fachlicher Debatten.<sup>1</sup> Jenseits dieser Fachdebatten, und in der bundesdeutschen Öffentlichkeit nur noch wenig wahrgenommen, wird zudem versucht, den Polizeieinsatz im Schlossgarten aufzuarbeiten, der als „Schwarzer Donnerstag“ in die Geschichte von Stuttgart 21 eingegangen ist.<sup>2</sup> Staatsanwaltschaft und Strafgerichtsbarkeit suchen nach möglichen individuellen Fehlern beteiligter Beamter. Im Parlament wiederum soll nach Abschluss des ersten Untersuchungsausschusses (Polizeieinsatz Schlossgarten I<sup>3</sup>) ein zweiter (Polizeieinsatz Schlossgarten II<sup>4</sup>) die Frage nach den politischen Verantwortlichkeiten für den Polizeieinsatz und die folgende Aufarbeitung klären. Zwischen dem ersten und dem zweiten Ausschuss liegt ein Regierungswechsel.<sup>5</sup> War der

\* Der Beitrag greift einzelne verfassungsrechtliche Fragen aus einem umfangreicheren Komplex auf, zu denen die Verfasserin im Auftrag des Untersuchungsausschusses „Polizeieinsatz Schlossgarten II“ des Landtags Baden-Württemberg ein Gutachten erstattet hat. Es wurde am 26. September 2014 im Untersuchungsausschuss vorgestellt. Für Unterstützung bei der Recherche und hilfreiche Diskussion einzelner Fragen danke ich meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Dipl.-Jur. *Bianka Trötschel*.

1 Vgl. nur *Klaus Ferdinand Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderungen an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, in: *Gewerbearchiv* 2011, S. 273 – 279; *Thomas Groß*, Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, in: *DÖV* 2011, S. 510 – 515; *Jan Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, Gutachten Teil D zum 69. Deutschen Juristentag, Bd. 1, München 2012.

2 Die Bilder der verletzten und verstörten Demonstranten vom 30. September 2010 wurden zum 4. Jahrestag wieder in Erinnerung gerufen.

3 Einsetzungsbeschluss des Untersuchungsausschusses „Aufarbeitung des Polizeieinsatzes am 30. September 2010 im Stuttgarter Schlossgarten“ vom 27. Oktober 2010, LT-Drs. 14/7111; Bericht und Beschlussempfehlung, LT-Drs. 14/7500 (ausgegeben am 2. Februar 2011).

4 Einsetzungsbeschluss des Landtags bezüglich des Untersuchungsausschusses „Aufklärung einer politischen Einflussnahme der CDU-geführten Landesregierung Mappus auf den Polizeieinsatz vom 30. September 2010 im Stuttgarter Schlossgarten und auf die Ergebnisse des Untersuchungsausschusses 2010/2011“ vom 18. Dezember 2013, LT-Drs. 15/4640.

5 Nach den Landtagswahlen im März 2011 wurde die ehemalige CDU/FDP-Koalitionsregierung von einer Koalitionsregierung gebildet von Grünen und SPD abgelöst. Die CDU, weiterhin

erste also eine klassische Minderheitenenquôte, initiiert von der damaligen oppositionellen Minderheit aus SPD und Grünen, ist der zweite eine Mehrheitenenquôte, beantragt und betrieben von den Minderheiten-Akteuren des ersten Ausschusses. Das hat – tatsächlich oder vermeintlich – Folgen für die Aufklärungsmöglichkeiten und löste daher besondere politische Unruhe bei der ehemaligen Regierungs-, nun Oppositionsfraktion, aus.

## 1.2. Die Fragen

Diese Unruhe hat zu einer verfassungsrechtlichen Debatte geführt, die Anlass bietet, einige bislang wenig beziehungsweise gar nicht diskutierte Fragen verfassungsrechtlich zu vertiefen. Bekanntlich können sich Grenzen einer Untersuchung aus dem Prinzip der Gewaltenteilung ergeben, konkretisiert durch den Einwand des „Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung“. Diesen Einwand erhebt im Normalfall die Regierung gegenüber einem Informationsverlangen eines Untersuchungsausschusses mit dem Ziel, die gewünschte Information nicht vorzulegen.<sup>6</sup> Die Besonderheit im vorliegenden Fall bestand darin, dass nicht die (amtierende) Regierung mit Berufung auf den Kernbereich ein Informationsverlangen des Untersuchungsausschusses ablehnte, sondern eine *Oppositionsfraktion* den Kernbereich einer früheren Regierung tangiert sah und daraus verfassungsrechtliche Folgen ableiten wollte. Damit liegt der Fall ganz anders als die typischen Konstellationen, in denen mit dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung rechtlich gearbeitet wird.

Die Frage, ob sich eine Oppositionsfraktion auf den Kernbereich einer ehemaligen Regierung berufen kann, ist gänzlich ungeklärt. Ungeklärt sind auch etwaige Rechtsfolgen eines solchen Arguments. Könnte aus dem Recht einer Regierung zur Nichtvorlage von Akten eine Pflicht werden? Gibt es also einen gegebenenfalls fortwirkenden Kernbereichsschutz zugunsten einer ehemaligen Regierung gegen die amtierende Regierung? Kann sich eine (Oppositions-)Fraktion auf diesen exekutiven Kernbereichsschutz berufen?

Der verfassungsrechtliche Maßstab für die Beantwortung dieser Fragen wird im Folgenden dem Grundgesetz entnommen. Die hier relevanten Regelungen, die das parlamentarische Regierungssystem konstituieren, entsprechen in wesentlichen Aspekten den Regelungen in den Landesverfassungen.<sup>7</sup> Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung des Grundgesetzes können daher auch dort zur Orientierung herangezogen werden.<sup>8</sup>

stärkste Fraktion im Landtag, damit nach 58 Jahren das erste Mal in der Rolle der parlamentarischen Opposition.

- 6 Dieser Einwand betrifft also in der Regel nicht den Untersuchungsauftrag als solchen, sondern typischerweise konkretes Informationsverlangen eines Untersuchungsausschusses. Der Grundsatz der Gewaltenteilung wirkt insofern als „Schranke der Beweiserhebung“, *Dieter Engels*, *Parlamentarisches Untersuchungsrecht und der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung*, in: *Jura* 1990, S. 71 – 78, S. 73; *Paul J. Glauben*, in: *ders. / Lars Brocker*, *Das Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern. Ein Handbuch*, Köln 2011, § 5 Rn. 10.
- 7 Vgl. zum Beispiel im zweiten Hauptteil, Titel I bis III VerfBW; Art. 35 VerfBW regelt das parlamentarische Untersuchungsrecht. Näheres dazu findet sich im Gesetz über Einsetzung und Verfahren von Untersuchungsausschüssen des Landtags vom 3. März 1976.
- 8 Zur Übernahme von Rechtsprechung des BVerfG zum GG mit Blick auf verfassungsrechtliche Fragen in Baden-Württemberg vgl. auch *BadWürttStGH*, Urteil vom 13. August 1991, GR 1/91 (Bestimmtheit von Untersuchungsaufträgen), in: *NVwZ-RR* 1992, S. 593 – 597, S. 594, sub II.1.

## 2. Differenz und Gleichheit von „Minderheits-“ und „Mehrheitsenquôte“

### 2.1. Grundsätzliche Gleichheit der verfassungsrechtlichen Anforderungen

Immer wieder findet sich die Aussage, das Untersuchungsrecht sei ein Recht der parlamentarischen Opposition. Diese Aussage ist rechtlich unzutreffend. Sie wird besonders problematisch, wenn daraus gefolgert wird, dass Mehrheitsenquôten rechtlich grundsätzlich einen anderen Status hätten als Untersuchungen, die von einer (oppositionellen) Minderheit initiiert werden.<sup>9</sup> Die begrüßenswerte Wahrnehmung der Stärkung der Funktion Opposition im Parlament führt so zu einer fragwürdigen Umdeutung rechtlicher Regelungen.

Die Unterscheidung Minderheitsenquôte – Mehrheitsenquôte knüpft daran an, von wem ein Untersuchungsausschuss beantragt wurde. Die Bezeichnungen dienen der Erfassung von Typen von Untersuchungsausschüssen, die etwa für die politikwissenschaftliche Analyse von Bedeutung sein kann. Die Unterscheidung hat indessen keine unmittelbare rechtliche Bedeutung.<sup>10</sup> Das Untersuchungsausschussrecht ist kein den oppositionsübenden Teilen im Parlament exklusiv zustehendes Recht. Wie Art. 44 Abs. 1 GG haben auch die Landesverfassungen das Untersuchungsrecht dem Parlament zugewiesen.<sup>11</sup> Zwar ist es richtig, dass in vielen Fällen der Untersuchungsausschuss gerade von den oppositionsübenden Teilen als besonderes Instrument der Kontrolle genutzt wird.<sup>12</sup> Verfassungsrechtlich wird dies auch anerkannt und befördert durch die Zuweisung von Rechten an die qualifizierte Minderheit.<sup>13</sup> Deshalb ist manchmal – vereinfachend – die Rede von einem Recht *der* Opposition. Die politisch zentrale Gegenüberstellung von Opposition einerseits – regierungstragende Parlamentsmehrheit und Regierung andererseits, die das parlamentarische Regierungssystem prägt, beseitigt aber die *auch* dem Parlament als Ganzem und damit der Parlamentsmehrheit als dem die Parlamentsentscheidungen de facto treffenden politischen Akteur verfassungsrechtlich zugewiesene Kontrollaufgabe und -befugnis nicht.<sup>14</sup> Die grundsätzlichen Anforderungen an die Zulässigkeit eines Untersuchungsauftrages und an das Verfahren im Untersuchungsausschuss sind also dieselben für eine Minderheits- wie für eine Mehrheitsenquôte. Zugleich ist festzuhalten, dass, etwa mit Blick auf Beweis-

9 Dies zumindest suggerierend: *Martin Reinhardt*, Der Untersuchungsausschuss – Funktion, Funktionswandel und Instrumentalisierung, in: *NVwZ* 2014, S. 991 – 995, S. 993.

10 Vgl. *Lars Brocker*, in: *Paul J. Glauben | ders.*, a.a.O. (Fn. 6), § 1 Rn. 30 ff.

11 Zum Beispiel Art. 35 Abs. 1 VerfBW.

12 Vier der sechs Untersuchungsausschüsse der laufenden und vergangenen beiden Wahlperioden auf Bundesebene wurden von oppositionellen Teilen des Parlaments beantragt: BT-Drs. 16/990 – BND-Untersuchungsausschuss; BT-Drs. 16/12480 – Hypo Real Estate-Ausschuss; BT-Drs. 17/888 – Gorleben; BT-Drs. 17/1475 – *Edathy*-Affäre.

13 Deshalb hat das Untersuchungsrecht besondere Bedeutung für die verfassungsrechtlich gewährleistete Funktion Opposition, dazu *Pascale Cancik*, Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition, in: *NVwZ* 2014, S. 18 – 24, S. 21.

14 Zur Kontrollaufgabe des Parlaments: *Siegfried Magiera*, in: *Michael Sachs* (Hrsg.), GG, München 2011, Art. 44 Rn. 1; *Paul J. Glauben*, in: *Bonner Kommentar*, 160. Aktualisierung, Heidelberg 2013, Art. 44 Rn. 33, 43; *Martin Morlok*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 2, Tübingen 2006, Art. 44 Rn. 12; zur faktischen Regierungskontrolle durch (nur) oppositionelle Teile des Parlaments: *Paul J. Glauben*, in: ebenda, Art. 44 Rn. 72; *Hans H. Klein*, in: *Theodor Maunz | Günther Dürig* (Hrsg.), GG, 70. EL, München 2013, Art. 44 Rn. 3; *Martin Morlok*, in: ebenda, Art. 44 Rn. 11; *Klaus Braun*, Landesverfassung Baden-Württemberg, Stuttgart 1984, Art. 35 Rn. 4.

rechte, der entsprechend qualifizierten *Minderheit* auch im Rahmen einer *Mehrheitsenquôte*, bei der es konsequenterweise ja keine Einsetzungsminderheit gibt, die Minderheitsrechte zukommen.<sup>15</sup>

## 2.2. Verfassungsrechtliche Besonderheiten in Folge eines Regierungswechsels?

In der Praxis des jeweiligen Untersuchungsausschusses kann der Unterschied zwischen Minderheits- und Mehrheitsenquôte möglicherweise auch rechtlich einmal bedeutsam werden. Dass die Wirkungsmöglichkeiten der Minderheit im Untersuchungsausschuss faktisch geringer sind als die der Mehrheit, gilt allerdings für beide Typen von Untersuchungsausschüssen. Die faktische politische Verbindung von regierungstragender Parlamentsmehrheit und Regierung prägt grundsätzlich jeden Untersuchungsausschuss, also Minderheits- wie Mehrheitsenquôte. Das ist Folge des sich aus dem Demokratieprinzip ergebenden Entscheidungsmodus nach Mehrheitsprinzip.<sup>16</sup> Die erforderliche Balance und Sicherung der Minderheit wird durch entsprechende Rechte gewährleistet.<sup>17</sup> Auch die Tatsache, dass Untersuchungsausschüsse durch parteipolitischen Kampf wirken und als Mittel dieses Kampfes genutzt werden<sup>18</sup>, prägt beide Typen von Untersuchungsausschüssen. Bei einer Mehrheitsenquôte mag indessen die Gefahr, dass der Untersuchungsausschuss (nur) als Mittel des Kampfes gegen „die Opposition“ genutzt wird<sup>19</sup>, wegen der höheren faktischen Durchsetzungschancen der Mehrheit und möglicher faktischer Informationsasymmetrien größer sein.<sup>20</sup> Auch darin spiegelt sich der zunächst politische Charakter einer parlamentarischen Untersuchung. *Verfassungsrechtlich* erfassbar ist das allenfalls im Sinne einer äußeren Missbrauchsgrenze beziehungsweise etwaiger Grenzen, die sich aus dem Abgeordnetenstatus oder dem Fraktionsstatus, gegebenenfalls in Verbindung mit dem Schutz der Oppositionsfunktion ergeben können. Solche Grenzen können insbesondere relevant werden, wenn aus

15 BVerfGE 105, S. 197, S. 224 f. (Parteispenden-Untersuchungsausschuss), Urteil vom 8. April 2002, 2 BvE 2/01, Rn. 109 f. – bundesverfassungsgericht.de.

16 Nur *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Bd. 2, Tübingen 2006, Art. 20 Rn. 73 ff.

17 Vgl. *Udo Di Fabio*, Parlament und Parlamentsrecht. Aufgaben, Organisation und Konflikte parlamentarischer Arbeit, in: *Der Staat*, 29. Jg. (1990), S. 599 – 618, S. 611. Zur erforderlichen minderheitsfreundlichen Auslegung vgl. *Pascale Cancik*, Vom Charme formaler Anknüpfungen im Parlamentsrecht, in: *Der Staat* 49 (2010), S. 251 – 273; zuletzt *dies.*, a.a.O. (Fn. 13), S. 18 ff. Restriktiver *Kyryll-Alexander Schwarz*, Unkontrollierbare Regierung – Die Rechte der Opposition bei der Bildung einer Großen Koalition im Deutschen Bundestag, in: *ZRP* 2013, S. 226 – 228.

18 *Norbert Achterberg* / *Martin Schulte*, in: *Hermann v. Mangoldt* / *Friedrich Klein* / *Christian Starck* (Hrsg.), GG, München 2010, Art. 44 Rn. 83, sprechen von einem „politischen Kampfinstrument“; *Martin Morlok*, in: a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 9, von einem „politisch-propagandistischen Kampfmittel“.

19 So die von der CDU-Fraktion im Landtag erhobene Behauptung, ohne Weiteres aufgegriffen bei *Martin Reinhardt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 991, S. 994.

20 Die Gefahr, dass das Untersuchungsrecht „in der Hand der Mehrheit und in Abstimmung mit der von ihr getragenen Regierung gegen die parlamentarische Opposition gerichtet wird“, erwähnt auch BVerfGE 105, S. 197, S. 225, Rn. 110 – bundesverfassungsgericht.de. Dagegen setzt das Gericht – nur – die Minderheitsrechte zur Mitwirkung und Mitgestaltung im Untersuchungsausschuss, und zwar eben gerade auch in der Mehrheitsenquôte. Kurz zum faktischen Problem auch *Dieter Wiefelspütz*, Die qualifizierte Minderheit im Untersuchungsausschuss, in: *Neue Justiz* 2002, S. 398 – 402, der sich ebenfalls mit den Minderheitsrechten in dieser Konstellation befasst.

einer regierungsgerichteten eine fraktions- oder abgeordnetengerichtete Untersuchung wird.<sup>21</sup> Dies ist aber keine automatische Folge eines Regierungswechsels.

Es ist mittlerweile unstrittig, dass Regierungshandeln zulässiger Gegenstand eines Untersuchungsausschusses ist.<sup>22</sup> Dass die betroffene Regierung durch eine andere abgelöst wurde, ändert nichts daran, dass es sich – in beschreibender Begrifflichkeit – um eine regierungsgerichtete Enquête handelt<sup>23</sup>, also eine typische Konstellation für einen Untersuchungsausschuss. Der Regierungswechsel führt insbesondere nicht dazu, dass der Untersuchungsausschuss zu einer so genannten fraktionsgerichteten Untersuchung würde. Das ist erst und nur dann der Fall, wenn das Verhalten einer Fraktion Gegenstand der Untersuchung ist.<sup>24</sup> Konstellationen, in denen das Verhalten mittlerweile abgelöster Regierungen oder ihrer Mitglieder untersucht wird, sind auch nicht unüblich, wie die Beispiele des Untersuchungsausschusses „Parteispenden“ und des Untersuchungsausschusses „Neue Heimat“ auf Bundesebene zeigen.<sup>25</sup>

### 3. Die Unklarheiten der „Kernbereichs“-Begrifflichkeit

Die Verfassungsrechtsprechung greift den Topos vom „exekutiven Kernbereich“ in der üblichen Technik der Referenz auf frühere Entscheidungen immer wieder auf. Die Literatur trägt ihn auf ähnliche Weise weiter. Mittlerweile machen sogar rechtliche Regelungen explizit davon Gebrauch. Das kann bei schnellem Lesen zu dem Eindruck führen, der exekutive

- 21 Die Frage nach den Grenzen einer oppositionsgerichteten Untersuchung war Teil des Gutachtens, kann hier aber nicht vertieft werden.
- 22 Die Befassungsbefugnis kann nach überwiegender Ansicht nicht weiter gehen als die Befassungs- und Kontrollkompetenzen des Parlaments, das den Ausschuss einsetzt. Diese, auch als Korollartheorie bezeichnete Anforderung wird seit der Weimarer Republik diskutiert. Der Begriff „Korollartheorie“ geht auf *Egon Zweig* zurück: *ders.*, Die parlamentarische Enquête nach deutschem und österreichischem Recht, in: *ZfP*, 6. Jg. (1913), S. 265 – 345; andere Auslegung des Art. 34 WRV schon bei *Walter Lewald*, Enquêterecht und Aufsichtsrecht, in: *AöR*, 44. Jg. (1923), S. 269 – 326, S. 292 f., der von einer gegenständlich nicht beschränkten parlamentarischen Untersuchungskompetenz ausgeht; vgl. *Norbert Achterberg*, Parlamentsrecht, Tübingen 1984, S. 153, S. 446 f.; *Paul J. Glauben*, a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 43. Während zunächst eher begrenzende Tendenzen bei der Definition der Zuständigkeit erkennbar waren, ist mittlerweile anerkannt, dass dem Parlament, im Rahmen seiner jeweiligen Verbandszuständigkeit, ein weites Befassungsrecht zukommt, nur: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Parlamentarische Untersuchungsausschüsse und kommunale Selbstverwaltung, in: *AöR*, 103. Jg. (1978), S. 1 – 42, S. 8 ff.; *Paul Feuchte*, in: *Rudolf Spreng / Willi Birn / ders.* (Hrsg.), Landesverfassung Baden-Württemberg, Stuttgart 1954, Art. 35 Rn. 1; *Klaus Braun*, a.a.O. (Fn. 14), Art. 35 Rn. 5; VerfGH RhPf, Urteil vom 11. Oktober 2010, in: *AS*, 38. Jg. (2010), S. 322, S. 334 f.
- 23 Auch Kontrollenquôte genannt, *Martin Morlok*, a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 17; *Siegfried Magiera*, a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 6; *Dieter Engels*, a.a.O. (Fn. 6), S. 71, S. 73.
- 24 Vgl. die Fallkonstellation in: VerfGH RhPf, Urteil vom 11. Oktober 2010, in: *AS*, 38. Jg. (2010), S. 322 ff. Gegen die Zulässigkeit einer fraktionsgerichteten Untersuchung: *Jörn Ipsen*, Untersuchungsausschüsse gegen Parlamentsfraktionen, in: *Utz Schliesky / Christian Ernst / Sönke E. Schulz* (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, S. 511 – 525.
- 25 Parteispenden-Untersuchungsausschuss, BT-Drs. 14/2139 (Einsetzungsantrag), BT-Drs. 14/9300 (Abschlussbericht); Neue Heimat-Untersuchungsausschuss, BT-Drs. 10/5575, 10/5589 (Einsetzungsantrag), BT-Drs. 10/6779 (Abschlussbericht).

Kernbereich sei eine klar definierte Rechtsposition, die vielfach erfolgreich durchgesetzt wird. Eine genauere Analyse zerstört diesen Eindruck.

Das grundlegende Problem der Umhegung von so genannten Kernbereichen liegt in der notwendigen Unklarheit einer entsprechenden Definition<sup>26</sup> und in der letztlich suggestiven Wirkung von Raum-Metaphern. Raumbilder prägen mehr oder weniger bewusst die Vorstellung eines verschlossenen Bereichs; sie unterstützen die Annahme absolut definierbarer Räume im unmittelbaren Wortsinn. Die Abgrenzung und Zuordnung staatlicher Funktionen ist aber komplizierter. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass ein „exekutiver Kernbereich“ zunehmend in Verfassungen und Gesetze als Grenze von Informationsverlangen aufgenommen wird.<sup>27</sup> In gewisser Weise verschleiert die Nutzung als abstrakter Rechtsbegriff das Problem der letztlich erforderlichen Einzelfallentscheidung sogar.

Das EUZBBG, zum Beispiel, regelt in seiner neuen Fassung 2013<sup>28</sup> in § 3 Abs. 4, dass der „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung (...) von den Unterrichtungspflichten unberührt“ bleibe. Zugleich sind die Informationspflichten in diesem Bereich aber sehr weit gefasst und umfassen durchaus vorbereitende Verhandlungen bei nicht abgeschlossenen Vorgängen.<sup>29</sup> Das ist zwingende Folge der weiterreichenden Kompetenz des Bundestages in EU-Angelegenheiten: Nach Art. 23 Abs. 2 GG wirkt er in diesen Angelegenheiten mit.<sup>30</sup> Mitwirkung aber geht weiter als die mit dem parlamentarischen Untersuchungsrecht ermöglichte nachträgliche Kontrolle.<sup>31</sup> Dann scheidet aber eine *cum grano salis* *einheitliche* Definition des jeweils geschützten Kernbereichs von vornherein aus, trotz des und entgegen dem am Untersuchungs- und Informationsrecht des Parlaments orientierten gleichen Wortlaut(s) in der entsprechenden Regelung. Wenn Mitwirkung in einem Regierungsbereich verfassungsrechtlich zugelassen wird, dann kann das Verhindern des „Mitregierens“ durch das Parlament – was der Kernbereichsschutz nach der klassischen

26 Vgl. Dieter Engels, a.a.O. (Fn. 6), S. 71, S. 74; Christoph Meyer-Bohl, Die Grenzen der Pflicht zur Aktenvorlage und Aussage vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Hamburger Verfassung, Berlin 1992, S. 99. Das Problem ist, anders gelagert, auch bekannt aus dem Bereich des Kommunalrechts: Ein Kernbereich der verfassungsrechtlich gewährten kommunalen Selbstverwaltung soll demnach gänzlich eingriffsfrei sein, also absolut geschützt. Die Abgrenzung jenes Kernbereichs vom nur relativ geschützten Randbereich ist aber durchaus schwierig. Zu Überlegungen, gegenüber den neueren Informationsansprüchen von Bürgern einen „Kernbereich parlamentarischer Eigenverantwortung“ zu Gunsten von Abgeordneten einzuräumen: Sven Hölscheidt / Dierk Wahlen, Informationsrechte von Abgeordneten und Bürgern: Soll der Bürger wissen, was der Abgeordnete weiß?, in: Alexander Dix / Gregor Franßen / Michael Klopfer / Peter Schaar / Friedrich Schoch (Hrsg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht Jahrbuch 2013, Berlin 2014, S. 63 – 78.

27 Zum Beispiel Art. 54 Abs. 4 SächsVerf: „Auf Verlangen eines Fünftels der Mitglieder des Untersuchungsausschusses ist die Staatsregierung verpflichtet, Akten vorzulegen und ihren Bediensteten Aussagegenehmigung zu erteilen, soweit nicht der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung berührt wird oder gesetzliche Regelungen, Rechte Dritter oder überwiegende Belange des Geheimnisses entgegenstehen.“

28 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 4. Juli 2013, BGBl. I S. 2170.

29 § 3 Abs. 2, 3, § 4 Abs. 1 Nr. 1 c), Abs. 2 S. 2 EUZBBG.

30 Zu den Folgen für die Unterrichtungspflichten der Bundesregierung: BVerfGE 131, S. 152 ff. (ESM/Euro-Plus-Paket), Urteil vom 19. Juni 2012, 2 BvE 4/11.

31 Zur Mitwirkung vgl. BVerfGE 131, S. 152 ff. sowie BVerfGE 130, S. 318 ff. (Neunergremium EFSF, StabMechG), Urteil vom 28. Februar 2012, 2 BvE 8/11.

Formulierung bezweckt<sup>32</sup> – für diese Fallkonstellation nicht die richtige Grenzziehung darstellen.

Die Abgrenzungsfrage wird zunehmend auch bedeutsam gegenüber Informationsansprüchen Privater oder der Medien.<sup>33</sup> Ob dabei der ebenfalls aufgerufene „exekutive Kernbereich“ in gleicher Weise zu bestimmen ist wie gegenüber dem Parlament oder einzelnen parlamentarischen Gremien mit ihren Geheimschutzmöglichkeiten, wäre aber womöglich erst noch zu klären. Zwar funktioniert der Schluss von der Zulässigkeit der Verweigerung gegenüber dem Parlament auf die Zulässigkeit der Verweigerung auch gegenüber Privaten. Der umgekehrte Schluss, ein vorrangiges Informationsrecht des Parlaments impliziere auch einen vorrangigen Informationsanspruch von Privaten, überzeugt indessen nicht ohne Weiteres.

Das Grundproblem des Kernbereichsarguments liegt darin, dass es zwischen Parlament und Regierung anders, als der Sprachgebrauch manchmal signalisiert, keinen wirklich klar umrissenen Bereich gibt, der auf Dauer und völlig unabhängig vom jeweiligen Gegenstand und Informationsinteresse des Parlaments dessen Kontrolle entzogen wäre. Denn es geht eben um die Zuordnung von Rechtspositionen zweier Organe, die beide im Gewaltenteilungsprinzip gründen. In einer Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ist die Rede von der „doppelten Funktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes“, der „Grund und Grenze parlamentarischer Kontrollrechte“ ist.<sup>34</sup> Zur Verdeutlichung ist hinzuzufügen, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz eben auch Grund und Grenze regierungsseitiger Informationsverweigerung ist.

Trotz dieser Unklarheiten bleibt die Abgrenzung aus Gründen der Effektivierung des Gewaltenteilungsprinzips erforderlich. Die mit der fallbezogenen Zuordnung einhergehende recht weitgehende Abhängigkeit von (verfassungsgerichtlichen) Einzelfallentscheidungen ist hinzunehmen, da eine andere Möglichkeit für die jeweils angemessene Zuordnung der beiden Rechtspositionen und damit letztlich für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Regierungssystems nicht ersichtlich ist. Die Kernbereichsbegrifflichkeit führt für die zu leistende Abgrenzung leicht zu Missverständnissen.<sup>35</sup> Sie ist aber in der ju-

32 So *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 1, S. 16, der ein „Mitregieren“ des Parlaments von der Kontrollkompetenz als nicht gedeckt sieht. Ursprünglich wurde der Begriff „parlamentarische Mitregierung“ auf die Praxis der Gesetzgebungsarbeit der Mehrheits- wie Minderheitsfraktionen in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages angewandt, vgl. *Wilhelm Kewenig*, Staatsrechtliche Probleme parlamentarischer Mitregierung am Beispiel der Arbeit der Bundestagsausschüsse, Bad Homburg 1970; siehe auch *Uwe Thaysen*, Parlamentarisches Regierungssystem in der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1976, S. 49 f., S. 60 f.

33 Vgl. zur erforderlichen Einzelfallabwägung eines Anspruchs nach UIG gegen den „Kernbereich“: VG Berlin, Urteil vom 18. Dezember 2013, in: ZUR 2014, S. 433 – 437, S. 435 f. Zu IFG und „Kernbereich“ vgl. *Friedrich Schoch*, IFG-Kommentar, München 2009, §§ 3 bis 6 Rn. 26 ff.; *Jürgen Roth*, in: *Sven Berger / Christoph Partsch / ders. / Christopher Scheel* (Hrsg.), IFG-Kommentar, Köln 2013, § 3 Rn. 108 f.; *Benjamin Schirmer*, in: *Hubertus Gersdorf / Boris P. Paal* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, München 2013, § 3 IFG Rn. 18 ff.

34 BVerfGE 110, S. 199, S. 219 (parlamentarisches Kontrollrecht [Schleswig-Holstein]), Beschluss vom 30. März 2004, 2 BvK 1/01, Rn. 53 – juris.

35 Pointiert *Johannes Masing*, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, Tübingen 1998, S. 322: „Einen Kernbereich der Regierung, in dem diese Frage [das heißt wie die Regierung mit der ihr anvertrauten Macht umgeht und ob sie dafür Folgebereitschaft verdient] ausgeblendet bleiben muss, gibt es nicht.“

ristischen Diskussion so eingeführt, dass an ihr im Folgenden festgehalten wird. Umso wichtiger ist es, die verfassungsrechtliche Bedeutung des Kernbereichseinwandes genauer zu entwickeln.

#### 4. Die Relativität des Schutzes von Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Regierung

##### 4.1. Rechtlicher Hintergrund: Grundsatz der Gewaltenteilung

Es gibt keine ausdrückliche Regelung im Grundgesetz, wonach der Regierung ein „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ zustehe, der dem Parlament absolut verschlossen ist.<sup>36</sup> Die Abgrenzung und Zuordnung von Kompetenzen erfolgt vielmehr zum einen durch ausdrückliche Zuweisungen an die verschiedenen Staatsorgane (Kompetenzordnung), zum anderen mit Hilfe des Grundsatzes der Funktionentrennung und Funktionsverschränkung, kurz auch „Grundsatz der Gewaltenteilung“, der im Rechtsstaatsprinzip begründet ist.<sup>37</sup> Dieser Grundsatz ist rechtlicher Hintergrund für die Einräumung eines Verweigerungseinwandes zu Gunsten der Regierung. Der mit dem grundsätzlichen Kontroll- und Informationsrecht des Parlaments (beziehungsweise des Untersuchungsausschusses) notwendig verbundene und verfassungsrechtlich gebilligte „Übergriff“ auf den Bereich der Regierung soll nicht dazu führen können, dass diese die ihr zugewiesene Aufgabe des Regierens nicht autonom wahrnehmen kann.<sup>38</sup> Anders formuliert: Der „Schutz der Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Regierung“ soll als Grenze für Informationsverlangen eines Untersuchungsausschusses wirken können.

Was das im Einzelnen bedeutet, war und ist umstritten. Einigkeit besteht wohl darüber, dass eine Untersuchung, die zur Arbeitsunfähigkeit (Funktionsunfähigkeit) des kontrollierten Organs, hier der Regierung, führen würde, eine Verweigerung der erforderlichen Mitwirkung, also unter anderem der Vorlage gewünschter Informationen rechtfertigen kann.<sup>39</sup> Zudem darf ein „Mitregieren“ des Parlaments im Sinne der Ausübung von Regierungskompetenzen durch das Parlament nicht erfolgen.<sup>40</sup> Daher soll insbesondere die Willensbildung innerhalb der Regierung selbst nicht „auforschbar“ sein, jedenfalls solange der betroffene politische Vorgang noch nicht abgeschlossen ist<sup>41</sup>; denn sonst könne ein „Mitregieren“

36 Auch die VerfbW kennt keine solche Formulierung. Anders etwa Art. 54 Abs. 4 SächsVerf.

37 Die ältere Argumentation darstellend und zugleich dogmatisch kritisierend *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 183 ff.

38 Zu diesem Zweck des Schutzes autonomer Wahrnehmung der Regierungskompetenzen BVerfGE 110, S. 199, S. 214 f., Rn. 44 – juris mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte; BVerfGE 124, S. 78, S. 120 f. (BND-Untersuchungsausschuss), Urteil vom 17. Juni 2009, 2 BvE 3/07, Rn. 123 – juris; BadWürttStGH, Urteil vom 26. Juli 2007, GR 2/07 (Untersuchungsausschuss Verhandlungen Haus Baden), in: NVwZ-RR 2008, S. 4 – 9, S. 4 f.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 1, S. 17.

39 Vgl. *Martin Morlok*, a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 27.

40 Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 1, S. 16.

41 Insofern die im Untersuchungsrecht ermöglichte Kontrolle durch das Parlament insgesamt recht streng begrenzend: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 1, S. 17; BVerfGE 124, S. 78, S. 120 f., Rn. 123 – juris.

durch vorzeitige parlamentarische / öffentliche Diskussion erfolgen, eine geschützte Willensbildung innerhalb der Regierung sei nicht möglich.<sup>42</sup> Grundsätzlich soll nach Ansicht der Rechtsprechung demnach die in Kabinetts- oder Ressortverhandlungen erfolgende Willensbildung geschützt sein.<sup>43</sup> Unter anderem Protokolle dieser Verhandlungen müssten, jedenfalls zunächst, nicht vorgelegt werden.

#### 4.2. Die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Auslegung: von der Annahme absoluter Schutzzräume zum relativen Verständnis

Das Diktum vom Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung geht maßgeblich zurück auf die Entscheidung des BVerfG zum Flick-Untersuchungsausschuss aus dem Jahr 1984.<sup>44</sup> Das Urteil greift das Spannungsverhältnis zwischen Informationsrecht und Informationsverweigerung auf. Es ist in der Folge unterschiedlich wahrgenommen worden, was vor allem an einer Formulierung im Urteil liegt:

„Angesichts dieser Verfassungslage und Verfahrensmöglichkeiten dürften sich nur unter ganz besonderen Umständen Gründe finden lassen, dem Untersuchungsausschuss Akten unter Berufung auf das Wohl des Bundes oder eines Landes vorzuenthalten. Solche Gründe können sich insbesondere aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz ergeben. Die Verantwortung der Regierung gegenüber Parlament und Volk (vgl. BVerfGE 9, 268 (281)) setzt notwendigerweise einen ‚Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung‘ voraus (Scholz, *Parlamentarischer Untersuchungsausschuss und Steuergeheimnis*, AöR 105 (1980), S. 598), der einen auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich einschließt. Dazu gehört z.B. 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.“<sup>45</sup>

Auch mit Blick auf diese Passage vertrat die zunächst wohl herrschende Lehre in Fortführung ihrer Position einen absolut untersuchungsfreien Bereich, der konkret insbesondere Protokolle von Kabinettsberatungen umfassen und gegebenenfalls sogar unabhängig von

42 Aus Kontrolle dürfe keine Mitbeteiligung werden, so *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 17; *Hans-Peter Schneider*, in: *ders. / Wolfgang Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin / New York 1989, § 38 Rn. 58; *Volker Busse*, *Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten*, in: DÖV 1989, S. 45 – 54, S. 49; zur „einengenden Vorwirkung“ und dem Einfluss auf die geschützte Willensbildung der Regierung BVerfGE 110, S. 199, S. 215, Rn. 44 – juris; *Christoph Schnabel / Bernhard Freund*, *Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung als Schranke der Informationsfreiheit*, in: DÖV 2012, S. 192 – 197, S. 194.

43 BVerfGE 67, S. 100, S. 139 (Flick-Untersuchungsausschuss), Urteil vom 17. Juli 1984, 2 BvE 11/83, 15/83, Rn. 127 – juris; BVerfGE 110, S. 199, S. 214, Rn. 44 – juris; BVerfGE 124, S. 78, S. 120 f., Rn. 123 – juris; BVerfGE 131, S. 152, S. 206, Rn. 115 – juris.

44 BVerfGE 67, S. 100 ff. Zur Veranschaulichung des damaligen Verfassungsrechtsstandes ist darauf hinzuweisen, dass – erst – in diesem Urteil zentral geklärt wurde, dass sich das Beweiserhebungsrecht eines Untersuchungsausschusses auch auf Aktenvorlagen erstreckt. Ferner ging es zentral um Fragen des Grundrechtsschutzes Privater, die vom Untersuchungsauftrag mitbetroffen waren.

45 BVerfGE 67, S. 100, S. 139, Rn. 127 – juris.

der Frage eingreifen sollte, ob es sich um einen schon abgeschlossenen politischen Vorgang handelte oder nicht.<sup>46</sup>

Dagegen hatten sich aber früh andere Stimmen in der Literatur gewandt, wie etwa *Peter Badura* oder *Ernst-Wolfgang Böckenförde*.<sup>47</sup> Letztlich ging es in der Debatte weniger um Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als um die richtige Auslegung der zitierten Passage. Anders als von der erstgenannten Position (absolut geschützter Kernbereich) angenommen, bezieht sich das Diktum des BVerfG von einem grundsätzlich nicht ausforschbaren Beratungsbereich nur auf nicht abgeschlossene Vorgänge. Im Übrigen sei aber schon in der Flick-Entscheidung gerade keine „absolute Immunisierung“ von Beratungs- und Entscheidungsabläufen gegen parlamentarische Untersuchungen festgestellt worden.<sup>48</sup> Diese Position ist zutreffend. Aus dem Wort „grundsätzlich“ folgt, dass schon damals auch für die heiklere Kategorie der nicht abgeschlossenen Vorgänge als verfassungsrechtlich mögliche Ausnahme ein Eingreifen der Kontrollkompetenz angenommen, mithin auch hier letztlich auf Einzelfallentscheidungen abgestellt wurde.<sup>49</sup> Das BVerfG hat das später mehrfach verdeutlicht.<sup>50</sup> Eine andere Auslegung würde der in Art. 44 GG gerade konkretisierten Funktionenzuordnung zwischen Regierung und Parlament nicht gerecht.<sup>51</sup>

Auch in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte ist das aufgegriffen worden, in Teilen aber durchaus strittig geblieben. So urteilte der Bremer Staatsgerichtshof 1989, dass bei der parlamentarischen Überprüfung abgeschlossener Sachverhalte das Untersuchungsrecht Vorrang vor dem Interesse der Regierung an einer generellen Geheimhaltung ihrer Beratungen habe.<sup>52</sup> Die Kontrollfunktion des Parlaments sei von besonderem Ge-

46 Als „regierungsfreundliche“ Position bezeichnet bei *Dieter Engels*, a.a.O. (Fn. 6), S. 71, S. 75. *Volker Busse*, a.a.O. (Fn. 42), S. 45, S. 51 ff.; *Gerhard Memminger*, *Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte*, in: DÖV 1986, S. 15 – 23, S. 22; *Frank Arloth*, *Grundlagen und Grenzen des Untersuchungsrechts parlamentarischer Untersuchungsausschüsse*, in: NJW 1987, S. 808 – 812, S. 811, spricht sich für eine Kontrolle aus, die grundsätzlich nur abgeschlossene Vorgänge betrifft; zu Recht kritisch gegenüber einem letztlich kontrollfrei konstruierten Regierungsbereich: *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 185 f.; ablehnend auch *Christoph Meyer-Bohl*, a.a.O. (Fn. 26), S. 102 ff.

47 *Peter Badura*, Anmerkungen zu BVerfG, Beschluss vom 5. Juni 1984, 2 BvR 611/84, in: DÖV 1984, S. 759 – 764, S. 762; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 1, S. 17; zusammengefasst bei *Dieter Engels*, a.a.O. (Fn. 6), S. 71, S. 74 f. als „parlamentsfreundliche Position“. Auch *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 183 ff., S. 306 ff., S. 320 ff.

48 *Dieter Engels*, a.a.O. (Fn. 6), S. 71, S. 77.

49 BVerfGE 67, S. 100, S. 139, Rn. 128 – juris: „Die Kontrollkompetenz des Bundestages erstreckt sich demnach *grundsätzlich* nur auf bereits abgeschlossene Vorgänge. Sie enthält nicht die Befugnis, in laufende Verhandlungen und Entscheidungsvorbereitungen einzugreifen. Aber auch bei abgeschlossenen Vorgängen sind Fälle möglich, in denen die Regierung aus dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung geheimzuhaltende Tatsachen mitzuteilen nicht verpflichtet ist.“

50 In dieser Weise die Flick-Entscheidung einordnend: BVerfGE 110, S. 199, S. 214, Rn. 43 ff. – juris; ebenso BVerfGE 124, S. 78, S. 120 f., Rn. 123 – juris.

51 So auch die dogmatischen Bedenken gegen frühere Auslegungen bei *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 183 ff.

52 BremStGH, Urteil vom 1. März 1989, St 1/88 (Vorlage von Kabinettsprotokollen), in: NVwZ 1989, S. 953 – 958, S. 956; Anderer Auffassung BayVerfGHE 38, S. 165 – 190, Urteil vom 27. November 1985, Vf. 67-IV-85 (Voraussetzung für Einsetzung eines Untersuchungsausschusses), Leitsatz 4: „Dieser Kernbereich darf [...] nicht ausgeforscht werden.“ Bezüglich des Fragerechts eines Landtagsabgeordneten urteilte der BayVerfGHE 54, S. 62 – 79, Urteil vom 17. Juli 2001, Vf. 56-IVa-00, Rn. 34 – juris, dass keine Antwortpflicht bestehe, wenn die Frage auf den Kernbe-

wicht, gerade im Hinblick auf die der Regierung „faktisch zukommende Machtposition“<sup>53</sup>. Das Untersuchungsausschussrecht müsse so ausgelegt und gestaltet werden, dass es eine *wirksame* parlamentarische Kontrolle ermögliche.<sup>54</sup> Die demokratische Ordnung treffe durch das Untersuchungsrecht gerade Vorkehrungen für etwa erforderliche „Selbstreinigungsprozesse“.<sup>55</sup> Diese erforderten gegebenenfalls auch die Einsichtnahme in Regierungsprotokolle, weil zum Prinzip der Verantwortlichkeit gerade gehören könne, dass Meinungsverschiedenheiten im Bereich der Regierung offengelegt werden.<sup>56</sup>

Die Annahme eines absolut und immer geschützten, unausforscharen Kernbereichs der Regierung kann daher nicht aufrechterhalten werden.<sup>57</sup> Vielmehr ist jeweils konkret die Frage der Zuordnung Parlamentsrecht – Regierungsrecht zu klären.<sup>58</sup> Das folgt aus der schon erwähnten „doppelten Funktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes“, der „Grund und Grenze parlamentarischer Kontrollrechte“<sup>59</sup>, aber auch regierungsseitiger Vertraulichkeitsrechte ist.

#### 4.3. Differenzierung nach Stand des zu untersuchenden Vorgangs (Abgeschlossenheit)

Rechtsprechung und Literatur differenzieren für etwaige Informationsverweigerungsrechte nach dem Stand des Vorgangs, der Gegenstand einer parlamentarischen Untersuchung ist.

reich exekutiver Eigenverantwortung abziele. Das Informationsrecht deutlich stärkend jetzt aber: BayVerfGH, Urteil vom 20. März 2014, Vf. 72-IV-a-12, (Fragerecht vs. Verfassungsschutz) Rn. 76 ff. – juris.

53 BremStGH, in: NVwZ 1989, S. 953, S. 955.

54 BVerfGE 124, S. 78, S. 114, Rn. 105 – juris.

55 BremStGH, in: NVwZ 1989, S. 953, S. 956.

56 Das Gericht erkennt dieses Motiv, die Einheitlichkeit der Außendarstellung der Regierung zu wahren, als Rechtfertigung für Geheimhaltung von Regierungsberatungen ausdrücklich als nicht ausreichend an, BremStGH, in: NVwZ 1989, S. 953, S. 957.

57 So auch *Martin Morlok*, in: a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 27 mit weiteren Nachweisen; *Paul J. Glauben*, a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rn. 51 ff.; *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 320 ff.; *Christoph Meyer-Bohl*, a.a.O. (Fn. 26), S. 102 ff.; *Christoph Schnabel / Bernhard Freund*, a.a.O. (Fn. 42), S. 192 f.

58 BadWürttStGH, in: NVwZ-RR 2008, S. 4, S. 5: „Abstrakt lässt sich die Abgrenzung zwischen dem parlamentarischen Untersuchungsrecht und dem aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz abzuleitenden Schutz der Exekutive vor einer frühen parlamentarischen Kontrolle nicht präzise festlegen [...] Für die Frage, ob eine parlamentarische Untersuchung in den verfassungsrechtlich geschützten „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ eingreift, muss im jeweiligen Einzelfall entscheidend sein, ob eine Untersuchung des Sachverhalts bereits zu dem von der Minderheit gewünschten – frühen – Zeitpunkt zu weitgehend in den geschützten Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich der Exekutive eingreift [...] Leitend ist die Erwägung, dass eine parlamentarische Untersuchung nicht zur Vorabkontrolle der einzelnen Schritte der Exekutive und damit zu einer Mitbeteiligung am Regierungshandeln führen darf.“ Einzelfallabwägung auch in: Bay-VerfGH, Urteil vom 20. März 2014, Vf. 72-IV-a-12, (Fragerecht vs. Verfassungsschutz) Rn. 84 – juris. Keine abwägungsresistente Sphäre jedenfalls bei abgeschlossenen Vorgängen und soweit es um die Aufdeckung möglicher Rechtsverstöße oder Missstände innerhalb der Regierung geht, *Paul J. Glauben*, a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rn. 55.

59 BVerfGE 110, S. 199, S. 219, Rn. 45 – juris.

(1) Bei *nicht abgeschlossenen* Vorgängen soll das Informationsrecht grundsätzlich ausgeschlossen sein, soweit die Willensbildung gerade im Kabinett / Ressort betroffen ist.<sup>60</sup> „Grundsätzlich“ ausgeschlossen heißt, wie gezeigt, gerade nicht: immer ausgeschlossen. Das BVerfG hat das in der Entscheidung zum BND-Untersuchungsausschuss verdeutlicht.<sup>61</sup> Die Gefahr einer – unzulässigen – Mitbeteiligung des Parlaments am Regierungshandeln ist bei nicht abgeschlossenen Vorgängen aber groß, weshalb *grundsätzlich* die Kontrollkompetenz des Parlaments zurückgestellt wird.

(2) Bei *abgeschlossenen* Vorgängen ist nach der Rechtsprechung über das Informationsrecht des Parlaments immer im Einzelfall zu entscheiden.<sup>62</sup> Der Schutz autonomer Willensbildung der Regierung hinsichtlich des betroffenen Vorgangs wird bei abgeschlossenen Vorgängen nicht mehr relevant, denn das „unerwünschte Mitregieren“<sup>63</sup>, das bei nicht abgeschlossenen Vorgängen verhindert werden soll, ist ohnehin nicht mehr möglich. Andere Aspekte könnten aber gegebenenfalls eine Informationsverweigerung durch die Regierung rechtfertigen; das Stichwort lautet: „Vorwirkung“.<sup>64</sup> Umgekehrt gilt aber auch, „dass parlamentarische Informationsrechte in Bezug auf abgeschlossene Vorgänge *nicht grundsätzlich immer dann ausscheiden*, wenn es sich um Akten aus dem Bereich der *Willensbildung* einschließlich der vorbereitenden Willensbildung innerhalb der Ressorts und der Abstimmung zwischen ihnen handelt“<sup>65</sup>. Die Frage, ob eine Aktenvorlage, die Aufschluss über Willensbildung ermöglicht, zulässig ist, ist weder pauschal zu verneinen noch zu bejahen.<sup>66</sup>

Versucht man, diese Einzelfallanwendungen<sup>67</sup> der Begrenzung des Kontrollrechts zu systematisieren, zeigt sich, dass die Differenzierung zwischen nicht abgeschlossenen und abgeschlossenen Vorgängen die aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips jeweils zu leistende Zuordnung für typische Fallkonstellationen konkretisiert. Sie impliziert aber gerade keine unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die unterschiedenen Konstellationen. Vielmehr folgt der Maßstab aus dem Gewaltenteilungsprinzip, konkretisiert über die Kriterien Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Regierung, aber eben auch: Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung des Parlaments (doppelte Funktion des Gewaltentei-

60 BVerfGE 110, S. 199, S. 214, Rn. 44 – juris.

61 BVerfGE 124, S. 78, S. 120 f., Rn. 123 – juris: „Eine Pflicht der Regierung, parlamentarischen Informationswünschen zu entsprechen, besteht danach in der Regel nicht, wenn Informationen zu einem Mitregieren Dritter bei Entscheidungen führen können, die in der alleinigen Kompetenz der Regierung liegen. [...] Die Kontrollkompetenz des Parlaments erstreckt sich daher grundsätzlich nur auf bereits abgeschlossene Vorgänge. [...]“.

62 BVerfGE 110, S. 199, S. 218 f., Rn. 51 – juris. Das Urteil erging zum ähnlich liegenden Bereich anderer Informationsrechte des Parlaments; es äußert sich aber gerade auch im Zusammenhang mit der Flick-Entscheidung, so dass die verfassungsrechtlichen Überlegungen auf das Untersuchungsrecht und damit verbundene Informationsverlangen übertragbar sind. Zudem BVerfGE 124, S. 161, S. 188 f. (parlamentarisches Fragerecht [Bundestag]), Beschluss vom 1. Juli 2009, 2 BvE 5/06, Rn. 123 – juris („Die nähere Grenzziehung bedarf der Würdigung im Einzelfall.“); BadWürttStGH, in: NVwZ-RR 2008, S. 4, S. 5.

63 BVerfGE 110, S. 199, S. 214, Rn. 44 – juris.

64 BVerfGE 110, S. 199, S. 215, Rn. 45 – juris; siehe dazu unten Abschnitt 5.

65 BVerfGE 110, S. 199, S. 219, Rn. 52 – juris, ausdrücklich zur bundesverfassungsrechtlichen Rechtslage (Hervorhebung im Zitat durch die Verfasserin).

66 BVerfGE 110, S. 199, S. 218 f., Rn. 51 – juris.

67 Zur Notwendigkeit der Einzelfallentscheidung auch BadWürttStGH, in: NVwZ-RR 2008, S. 4, S. 5; BayVerfGH, Urteil vom 20. März 2014, Vf. 72-IV-a-12 (Fragerecht vs. Verfassungsschutz), Rn. 84 – juris.

lungsgrundsatzes). Das Gewicht der Regierungsposition gegenüber dem Informationsrecht des Parlaments ist typischerweise größer bei nicht abgeschlossenen, typischerweise geringer bei abgeschlossenen Vorgängen. Weder kommt also je eine absolute Exemption von parlamentarischer Kontrolle in Betracht<sup>68</sup> noch je ein unbegrenztes Kontrollrecht des Parlaments.

#### 4.4. Die Vorwirkungsproblematik

Im Fall eines abgeschlossenen Vorgangs wiegt, wie gezeigt, das Vertraulichkeitsinteresse der Regierung gegenüber dem Informationsrecht des Parlaments typischerweise weniger schwer, weil bestimmte Gefährdungen der Eigenverantwortung der Regierung in Form des „unerwünschten Mitregierens“ nicht mehr eintreten können. Das BVerfG will aber in die Abwägung ein präventives Element einstellen, indem mögliche „einengende Vorwirkungen“ auf die freie, offene und vertrauliche Willensbildung für die Zukunft berücksichtigt werden sollen. Eine gewisse Unbefangenheit von Regierungsmitgliedern und ihre offene Kommunikation untereinander sollen nicht durch die Furcht vor späterer Offenlegung verhindert werden. Dieser „in erster Linie präventive Schutz der Funktionsfähigkeit“ soll also auch bei abgeschlossenen Vorgängen eine Grenze für Informationsverlangen begründen können.<sup>69</sup> Wo diese verläuft, ist indessen nicht klar bestimmt.

Für die nähere Bestimmung einer solchen Grenze darf die Funktion des Untersuchungsrechts als Instrument parlamentarischer Kontrolle nicht vernachlässigt werden. Dass Kontrolle auch Vorwirkungen, präventive Effekte haben kann, ist gerade einer ihrer wesentlichen Zwecke. Wenn etwa problematisches Verhalten festgestellt wird, ist es ein Ziel der Untersuchung, dieses zukünftig zu verhindern. Insofern ist eine mögliche Vorwirkung auf die Zukunft als Effekt einer parlamentarischen Untersuchung nicht nur unvermeidbar, sondern geradezu gewollt.<sup>70</sup> Zu berücksichtigen ist also, dass die Regierung dem Parlament und letztlich auch dem Souverän demokratisch verantwortlich ist. Mit Blick auf befürchtete Vorwirkungen, genauer: eine mögliche „Hemmung sachlich förderlicher Kommunikation zwischen den Beteiligten“, hat das BVerfG daher genau geprüft, welche präventiven Effekte überhaupt Anlass zur verfassungsrechtlichen Sorge geben würden. Insofern ist jedenfalls eine auf konkrete Befürchtungen gestützte Prüfung und Abwägung erforderlich.<sup>71</sup> Das wieder-

68 Vgl. *Martin Morlok*, in: a.a.O. (Fn. 14), Art. 44 Rn. 27 mit weiteren Nachweisen; *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 320 ff.

69 BVerfGE 110, S. 199, S. 215, Rn. 45 f. – juris.

70 Ähnlich BVerfGE 110, S. 199, S. 225, Rn. 70 – juris: Informationsbegehren seien gerade die Wahrnehmung des parlamentarischen Kontrollrechts „in seiner wichtigsten Funktion, nämlich als Instrument präventiver Sicherung verfassungskonformen Verhaltens der Regierung und ihrer einzelnen Mitglieder“.

71 In BVerfGE 110, S. 199, S. 222 f., Rn. 64 ff. – juris, hat das Gericht etwa festgehalten, dass kein Anlass zur Annahme bestehe, dass wegen späterer möglicher Publizität Ministerien künftig einen realistisch ermittelten Haushaltsbedarf nicht mehr anmelden würden oder das Finanzministerium etwaige Gegenvorstellungen nicht mehr einbrächte. Auch das Vorbringen, die Opposition könne Durchsetzungserfolge / -misserfolge der beteiligten Ressortmitglieder erkennen und dies im politischen Prozess thematisieren, greift letztlich nicht. „Die Möglichkeit, dass Beobachter diese Informationen zu Rückschlüssen auf die Durchsetzungsfähigkeit der beteiligten Regierungsmitglieder nutzen könnten, begründet jedoch keine Gefahr für Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Landesregierung. Das Interesse der einzelnen Regierungsmitglieder daran, dass das

um setzt voraus, dass solche möglichen Hemmungseffekte konkret benannt werden und dann geprüft wird, ob verfassungsrechtlich insofern Schutzbedarf besteht. Nicht jedes politisch nachvollziehbare Vertraulichkeitsbedürfnis ist verfassungsrechtlich relevant. Soweit ersichtlich gibt es bislang keinen Fall, in dem ein Verfassungsgericht konkret wegen befürchteter zukünftiger Hemmungseffekte die Offenlegung der Information im Untersuchungsausschuss abgelehnt hätte.

Ob es überhaupt gelingen kann, überzeugend darzulegen, dass der *nachträgliche* Einblick in die Willensbildung im Kabinett „eine sachgerechte und eigenständige Regierungsführung nachhaltig beeinträchtigen würde“, ist fraglich. Jedenfalls wären an ein solches Argument hohe Anforderungen zu stellen. Denn „dass sich ohne das Risiko einer Kontrolle ungenierter handeln und freimütiger beraten lässt“, ist kein ausreichender Grund für einen etwaigen Präventivschutz.<sup>72</sup> Demokratische Verantwortlichkeit der Regierung bedeutet ja gerade, dass auch Prozesse der Entscheidungsfindung wenigstens nachträglich politisch bewertet werden können – durch das Parlament und durch das Wahlvolk.

#### 4.5. Kontrollüberlegung Geheimschutzrecht: kein absoluter Arkanbereich gegenüber dem Parlament

Eine weitere mögliche Grenze für Informationsverlangen, insbesondere Aktenvorlagebegehren eines Untersuchungsausschusses kann sich mit Blick auf Geheimnisschutz wegen Sicherheitsbelangen des Staates ergeben.<sup>73</sup> Der rechtliche Umgang mit Geheimschutzbelangen im Spannungsfeld von parlamentarischem Kontrollrecht und Geheimnisschutz, der sich mittlerweile etabliert hat, unterstützt die eben entwickelte Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips, weshalb ein kurzer Blick hilfreich ist. Für Fälle, in denen Geheimnisschutz erforderlich ist, ist ein eigenständiges Schutzsystem normiert. Es arbeitet insbesondere mit der Einstufung von Dokumenten als Verschlussache.<sup>74</sup> Vorgesehen sind unterschiedliche Geheimhaltungsgrade. Das Parlamentarische Untersuchungsausschussgesetz des Bundes (PUAG) ermöglicht ausdrücklich die Einsicht eines Untersuchungsausschusses auch in Verschlussachen der obersten Geheimhaltungsstufe.<sup>75</sup> Mit Blick auf

Ausmaß ihrer Durchsetzungsfähigkeit innerhalb der Regierung dem Parlament und damit auch einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleibt, ist verfassungsrechtlich nicht per se geschützt.“ Ebenda, Rn. 68. Im Fall des Informationsanspruch Privater nach dem UIG hielt das VG die Begründung mit Blick auf etwaige Vorwirkungen ebenfalls nicht für ausreichend: VG Berlin, in: ZUR 2014, S. 433, S. 435.

72 *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), S. 322, auch das vorige Zitat, unter anderem gegen die Argumentation von *Volker Busse*, a.a.O. (Fn. 42), S. 45 ff.

73 Auch: „Staatswohl“ des Bundes / eines Landes, das durch Bekanntwerden geheimhaltungsbedürftiger Informationen gefährdet werden kann.

74 Geregelt typischerweise in Geheimschutzordnungen der Staatsorgane, zum Beispiel Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlussachen (VS-Anweisung – VSA) vom 31. März 2006. Die Parlamente haben regelmäßig korrespondierende Geheimschutzordnungen, in den Untersuchungsausschussgesetzen wird dann häufig auf diese Geheimschutzregelungen verwiesen, zum Beispiel §§ 9 Abs. 4, 12 Abs. 3 UAG BW.

75 § 16 PUAG. Der Kreis der Einsichtsberechtigten wird je kleiner gefasst, desto höher die Vertraulichkeitseinstufung ist.

Aussagen von Angehörigen der Exekutive hat die Regierung die Möglichkeit, die Aussagegenehmigung zu verweigern oder zu begrenzen. Auch in solchen Fällen muss die Verweigerung der Aktenvorlage oder Aussagegenehmigung ausdrücklich begründet werden, wie § 18 Abs. 2 S. 2 PUAG regelt.<sup>76</sup> Verfassungsrechtlicher Hintergrund ist auch hier, dass die Bestimmungen zum Untersuchungsrecht das Ziel haben, eine „wirksame parlamentarische Kontrolle“ sicherzustellen.<sup>77</sup> Dementsprechend muss zum einen das Informationsrecht so weitgehend wie möglich gewährt werden und zum zweiten überprüfbar sein, ob die Verweigerung der je zuständigen Stelle der Exekutive aus den angegebenen Gründen nachvollziehbar ist. Diese Überprüfung zu ermöglichen, ist Ziel der Begründungspflicht.

Auch in diesem Bereich ist also verfassungsrechtlich kein dem Parlament gleichsam unzugänglicher Raum errichtet, den allein die Exekutive kontrollieren würde. Vielmehr ist verfassungsrechtlich anerkannt, dass das Staatswohl Parlament und Regierung gemeinsam anvertraut ist.<sup>78</sup> Solange durch Geheimschutzvorkehrungen des Parlaments beziehungsweise des Untersuchungsausschusses wirksame Vorkehrungen gegen das Bekanntwerden von Dienstgeheimnissen getroffen werden, können regelmäßige Aktenvorlagen nicht verweigert und auch Aussagegenehmigungen nicht beschränkt werden.<sup>79</sup>

#### 4.6. Zwischenergebnis: Relativität des Kernbereichsschutzes, Einzelfallprüfung, Begründungslasten

Es zählt wie gezeigt zur gefestigten Rechtsprechung, dass, jedenfalls für abgeschlossene Vorgänge, letztlich nur im Einzelfall, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, festgestellt werden kann, ob die Weitergabe von Informationen (durch Vorlage von Akten / auf andere Weise) den „Kernbereich“ verletzen würde.<sup>80</sup> Das BVerfG und ähnlich einige Landesverfassungsgerichte sehen eine Abwägung der beiden betroffenen Rechte vor: parlamentarisches Informationsrecht einerseits, Schutz der Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Regierung andererseits. Dabei wird das jeweilige Gewicht des Informationsinteresses im konkreten Fall zur jeweiligen Schutzwürdigkeit der Information ins Verhältnis gesetzt. Anders formuliert: Das Verfassungsrecht kennt insofern nur einen relativen Schutz des Kernbereichs, keinen absoluten.<sup>81</sup>

76 Sowohl eine Einstufung als Verschlussache wie auch die Verweigerung von Aussagegenehmigungen ist zu begründen und vor dem BVerfG oder vor dem BGH rechtlich angreifbar. Zur Begründungspflicht vgl. auch § 14 Abs. 2 UAGBW; jetzt auch BayVerfGH, Urteil vom 20. März 2014, Vf. 72-IV-a-12, (Fragerecht vs. Verfassungsschutz) Rn. 86 f. – juris.

77 BVerfGE 124, S. 78, S. 114, Rn. 105 – juris.

78 So schon in der Entscheidung zum Flick-Untersuchungsausschuss: BVerfGE 67, S. 100, S. 136, Rn. 120 – juris; BVerfGE 124, S. 78, S. 124, Rn. 130 – juris: „Das Parlament und seine Organe können nicht als Außenstehende behandelt werden, die zum Kreis derer gehören, vor denen Informationen zum Schutz des Staatswohls geheimzuhalten sind.“

79 BVerfGE 124, S. 78, S. 124 f., Rn. 130 – juris. Vertiefend zu alledem jetzt *Gunter Warg*, Die Grenzen parlamentarischer Kontrolle am Beispiel des Staatswohls, in: NVwZ 2014, S. 1263 – 1269.

80 Nur BVerfGE 110, S. 199, S. 218 f., Rn. 51 – juris; BVerfGE 124, S. 161, S. 188 f., Rn. 123 – juris; BadWürttStGH, in: NVwZ-RR 2008, S. 4, S. 5.

81 So wohl auch schon *Dieter Engels*, a.a.O. (Fn. 6), S. 71 ff.; zur Bedeutung der Begründung ebenda, S. 77. BadWürttStGH, in: NVwZ-RR 2008, S. 4, S. 5.

In allen Fallkonstellationen ist mithin eine Prüfung des Einzelfalls erforderlich. Die Differenzierung der Fallkonstellationen nach dem Kriterium des abgeschlossenen Vorgangs erleichtert diese Prüfung durch berechnete Vorannahmen, die aber im Einzelfall widerlegbar sein können. Sie macht die Prüfung nicht überflüssig. Für abgeschlossene Vorgänge werden gegebenenfalls andere typische Gefährdungen der Funktionsfähigkeit der Regierung relevant als bei nicht abgeschlossenen.

Entsprechend der Bedeutung für die Ausfüllung der verfassungsrechtlichen Funktionen von Regierung und Parlament verteilen sich auch die Darlegungs- und Begründungslasten für die jeweilige Position. Ob Akten vorlagepflichtig sind, kann nicht allein nach einem formalen Kriterium entschieden werden. So sind beispielsweise Kabinetts- oder Ressortprotokolle als Träger von Informationen über die Willensbildung in der Regierung typischerweise bis zum Abschluss des Vorgangs vor Informationsersuchen geschützt. Möglicherweise, aber durchaus nicht zwingend, sind sie auch nach Abschluss des Vorgangs geschützt. Damit verfassungsrechtlich beurteilt werden kann, ob das Informationsrecht des Parlaments ausreichend gewichtig ist, um auch solche Akten einbeziehen zu dürfen, muss jeweils der konkrete Einzelfall geprüft werden.

Rechtstechnisch bedeutet das, dass bei einer Informationsverweigerung immer eine Begründung erforderlich ist.<sup>82</sup> Ihre Intensität hängt von der Fallkonstellation ab. Nicht ausreichend ist, jedenfalls bei abgeschlossenen Vorgängen, die allgemein-abstrakte Behauptung oder ein pauschaler Hinweis, dass die Willensbildung der Regierung betroffen sei.<sup>83</sup> Denn sonst wäre es dem Parlament und das heißt auch der parlamentarischen Opposition nicht möglich, die verfassungsrechtliche Plausibilität der Verweigerung zu bewerten und gegebenenfalls verfassungsgerichtlich dagegen vorzugehen. Das aber widerspräche dem Grundsatz, dass dem Parlament und der Opposition in Gestalt der qualifizierten Minderheit wirksame Kontrollmöglichkeiten um ihrer Funktionsfähigkeit willen eröffnet sein müssen.

Die Anforderung an die Begründung einer Informationsverweigerung korrespondiert gewissermaßen mit den Anforderungen an einen Beweisantrag (Informationsvorlageantrag) eines Untersuchungsausschusses.<sup>84</sup> Dieser muss zwar nicht im Detail bestimmt sein, da das Parlament oder die Opposition aufgrund der Informationsasymmetrie ja gerade nicht genau wissen kann, welche Informationen der Regierung für die Untersuchung relevant sind.<sup>85</sup> Ein völlig unbestimmter „Schuss ins Blaue“ wäre aber unzulässig. Umgekehrt gilt für den Gegeneinwand („Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“), dass dieser ebenfalls nachvollziehbar machen muss, weshalb die Information verweigert wird. Auch hier dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden, damit die Vertraulichkeit nicht letztlich schon durch das Begründungserfordernis ausgehöhlt wird. Aber es darf eben auch kein Geheimhaltungs- oder Kernbereichseinwand „ins Blaue hinein“ erfolgen.

82 In der verfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist mittlerweile anerkannt, dass die verfassungsrechtliche Informationspflicht der Regierung den Grundsatz, die Verweigerungsmöglichkeit hingegen die Ausnahme darstellt. Deshalb hat eine Regierung, die erbetene Informationen verweigern will, die Pflicht, diese Verweigerung besonders zu begründen: BVerfGE 124, S. 161, S. 192 f., Rn. 131 ff. – juris.

83 BVerfGE 124, S. 78, S. 122, Rn. 125 – juris. Zur Begründungslast in der Fallkonstellation eines Informationsanspruchs Privater nach dem UIG: VG Berlin, in: ZUR 2014, S. 433, S. 435.

84 Auch bei den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Untersuchungsauftrages des Parlaments kann das relevant sein, vgl. BadWürttStGH, in: NVwZ-RR 1992, S. 593, S. 595.

85 Vgl. Paul J. Glauben, in: a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rn. 55 ff.

## 5. Wahrnehmungsbefugnis der Regierung versus „Fortwirkung des Kernbereichs“

### 5.1. Abwehrrecht der Regierung

Angesichts der Besonderheit der baden-württembergischen Fallkonstellation – eine Fraktion beruft sich auf den Kernbereich einer Regierung – ist nochmals auf den Normalfall hinzuweisen: Die Behauptung, ihr exekutiver Kernbereich sei betroffen, ermöglicht es der Regierung, Informationsverlangen des Parlaments abzuwehren. Wo Informationen den Kernbereich betreffen, ist dem jeweiligen Informationsrecht eine Grenze gesetzt. Diese wird „realisiert“, indem die Regierung die Information unter Berufung auf den Kernbereichsschutz verweigert, was je nach Situation unterschiedlich intensiv, begründet werden muss.<sup>86</sup> Die Verweigerung kann vor den Verfassungsgerichten mit der Behauptung rechtswidriger Verkürzung des parlamentarischen Informations- und Kontrollrechts angegriffen werden. Entsprechend dieser rechtlichen Struktur greift das Kernbereichsargument ein, wenn die Regierung, als potentiell zur Information Verpflichtete, es geltend macht. Dementsprechend behandelt die bislang vorliegende Rechtsprechung wie auch die Literatur jeweils ‚nur‘ die Frage, ob eine Informationsverweigerung durch die Regierung und damit die Begrenzung des parlamentarischen Informationsrechts im konkreten Fall gerechtfertigt ist oder nicht.<sup>87</sup>

Grundsätzlich führt die Berufung auf den Kernbereich dazu, dass konkrete Informationsverlangen abgewehrt werden *können*. Eine *Pflicht* der Regierung zur Vorenthaltung von Akten ist bislang nicht gefolgert worden.<sup>88</sup> Insofern unterscheidet sich die hier untersuchte Konstellation der ausschließlich inter-organschaftlichen Rechtsbeziehung von anderen Konstellationen, in denen die Regierung etwa Rechtspositionen Dritter (Grundrechte / Datenschutz) zu beachten hat und deshalb im Einzelfall verpflichtet sein könnte, bestimmte Unterlagen nur unter besonderen Schutzvorkehrungen, im Ausnahmefall möglicherweise sogar gar nicht vorzulegen.<sup>89</sup>

86 BVerfGE 124, S. 161, S. 192 f., Rn. 131 ff. – juris.

87 BVerfGE 67, S. 100, S. 144, Rn. 140 – juris; BVerfGE 124, S. 78, S. 120 f., Rn. 123 - juris; BVerfGE 131, S. 152, S. 206, Rn. 115 – juris. Zum parlamentarischen Fragerecht bezüglich geheimdienstlicher Informationsbeschaffung über Abgeordnete BVerfGE 124, S. 161, S. 189, Rn. 124 ff. – juris.

88 Anders jetzt, konkret zum Untersuchungsausschuss „Polizeieinsatz Schlossgarten II“, *Martin Reinhardt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 991, S. 994, der aus einer „gerechtfertigten Vorenthaltung“ einer Vorgängerregierung eine „Geheimhaltungspflicht der Nachfolgeregierung“ folgert, „wenn nur so eine effektive Gewährleistung des exekutiven Kernbereichs sichergestellt“ sei. Die Sachverhaltsannahme, von der *Reinhardt* ausgeht, die Vorgängerregierung habe sich auf den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung berufen, war den vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen. Der verfassungsrechtlichen Bewertung *Reinhardts*, diese behauptete Berufung sei auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt gewesen, stünde also schon entgegen, dass gar nicht klar sein *kann*, auf welche Akten sich eine entsprechend begründete Verweigerung bezogen haben soll. Dann kann aber auch nicht bewertet werden, ob die Vorenthaltung verfassungsmäßig war oder nicht. Die dafür anzustellende Einzelfallprüfung ist schlicht nicht möglich. Ob die damaligen Oppositionsfraktionen oder jetzigen Regierungsfraktionen ein „berechtigtes“ Zurückhalten „unbestritten“ ließen, ist für die verfassungsrechtliche Bewertung an dieser Stelle irrelevant.

89 Zum Problem unmittelbar oder mittelbar Private betreffender Untersuchungen: *Johannes Masing*, a.a.O. (Fn. 35), insbesondere S. 329 ff.

Um die erforderliche Abwägung leisten zu können, ist, wie gezeigt, die Begründung (-spflicht) der Regierung zentral.<sup>90</sup> Deshalb kommt es auch so entscheidend an auf die Frage der Wahrnehmungsbefugnis, also auf die Frage, ob nur die Regierung Kernbereichsschutz geltend machen kann. Denn nur auf der Basis einer Begründung, die sich auf konkrete Inhalte etwa zurückzuhaltender Informationen stützen kann, ohne sie deshalb im Einzelnen offenzulegen, kann beurteilt werden, ob das Verweigerungsrecht wegen des Schutzes der Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung der Regierung dem Informationsrecht des Parlaments in diesem Fall vorgeht. Eine umfassende Herausnahme bestimmter Informationen beziehungsweise Akten rein aufgrund formaler Zuordnungen (Kabinettsprotokoll u.ä.) reicht dafür, wie gezeigt, nicht aus. Es ist nicht recht zu sehen, wie ein anderes Organ oder ein anderer Organteil als gerade die Regierung diese Begründung leisten könnte.

Insofern ist es wohl auch kein Zufall, dass in der bisherigen Praxis, soweit ersichtlich, ein Kernbereichseinwand immer nur von einer amtierenden Regierung vorgebracht wurde.<sup>91</sup> Wie dargelegt, hat das nicht nur praktische, sondern auch verfassungsrechtliche Gründe. Diese sind nicht nur formaler Art, wie etwa die Zuständigkeitsüberlegung, was angesichts der Bedeutung von formalrechtlichen Regelungen (Zuständigkeitszuweisungen, Verfahren) durchaus ausreichend wäre. Vielmehr sind die Gründe wegen der zu leistenden Begründung einer Informationsverweigerung auch materieller Art. Die Berufung auf den Kernbereich setzt eine eigenständige Prüfung und Bewertung durch die Regierung anhand der gegebenenfalls nur ihr vorliegenden Informationen voraus.<sup>92</sup> Sie fordert ferner, wie gezeigt, eine Begründung, die die Aktenvorenthaltung für das Parlament, die Opposition im Parlament und gegebenenfalls das Verfassungsgericht überprüfbar macht.<sup>93</sup> Eine Berufung einer Fraktion auf den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung scheidet demnach verfassungsrechtlich aus. Die Kontrollüberlegung, ob es einer Fraktion möglich sein sollte, gegen den Willen „ihrer“ Regierung Kernbereichseinwände zu erheben, verdeutlicht die verqueren Folgen einer solchen Absolutheitsannahme beziehungsweise einer versuchten Objektivierung des Kernbereichsschutzes.

Für die zu treffende Regierungsentscheidung spielt schließlich auch die etwaige zeitliche Modifikation des Abwehrrechts eine Rolle. Nach Abschluss von Vorgängen ist der Schutz der aktuellen Willensbildung, der aus Gründen der Eigenverantwortung und Funktionsfähigkeit der Regierung gewährt wird, nicht mehr tangiert. Mithin kann die zunächst von der Regierung zu leistende, in der Folge gegebenenfalls zu überprüfende Abwägung zwischen Informationsrecht und Vertraulichkeitsschutz mit Zeitablauf zu veränderten Ergebnissen führen. Eine dauerhaft gleichbleibende Informationsverweigerung ist also kaum denkbar.

90 Vgl. nur jüngst BayVerfGH, Urteil vom 20. März 2014, Vf. 72-IV-a-12, (Fragerecht vs. Verfassungsschutz) Rn. 86 f. – juris.

91 Im Fall des Untersuchungsausschusses Transnuklear verweigerte die amtierende Regierung Aktenvorlagen, die sich auf Beratungen der Vorgängerregierung bezogen, unter Berufung auf den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung vor allem mit Blick auf den Vorwirkungsaspekt. Diese Verweigerung wurde nicht verfassungsgerichtlich überprüft. Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des 2. Untersuchungsausschusses, BT-Drs. 11/7800 vom 15. Oktober 1990, S. 23 ff.

92 Zur Dispositionsbefugnis der amtierenden Regierung auch *Christoph Meyer-Bohl*, a.a.O. (Fn. 26), S. 104 f.

93 Vgl. neben der schon genannten Rechtsprechung auch ebenda, S. 103.

## 5.2. „Fortwirkung“ eines ehemaligen Kernbereichsschutzes?

Mit Blick auf den Untersuchungsausschuss „Polizeieinsatz Schlossgarten II“ ist, unterstützt durch einen kurzfristig erschienenen Zeitschriftenbeitrag<sup>94</sup>, vorgebracht worden, es gebe eine „Fortwirkung des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung“. Dieser schütze nicht nur den Willensbildungsprozess einer bestimmten Regierung, sondern der Exekutive an sich. Um diesen Schutz zu erreichen, sei von einer „Fortwirkung des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung“ auszugehen. Denn sonst wäre die regierungsinterne Bereitschaft zu einem offenen Meinungsbildungsprozess gefährdet. Kurz vorher heißt es: „Mit Rücksicht auf zukünftige Regierungsbildungen und die Ausübung des freien Mandats müssen auch diese ehemaligen Mitglieder der Landesregierung geschützt werden.“<sup>95</sup>

Es ist nicht ganz klar, auf welches verfassungsrechtliche Argument die Fortwirkung letztlich gestützt werden soll. Neben dem Schutz des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung vor negativen Vorwirkungen wird auf die Ausübung des freien Mandats und auf eine zukünftige Regierungsbildung abgestellt. Inwiefern das freie Mandat ehemaliger Regierungsmitglieder beeinträchtigt wird, wenn Informationen über ihr Handeln als Regierungsmitglied offenbar werden, wird indessen nicht näher erläutert. Auch bleibt offen, ob eine Fortwirkung dann nicht anzunehmen wäre, wenn keine ehemaligen Regierungsmitglieder im nachfolgenden Parlament vertreten sind. Unklar ist ebenfalls, ob es auf die konkrete Nähe eines ehemaligen Regierungsmitglieds zum Untersuchungsgegenstand ankommen soll. Inwiefern konkrete Einzelrechte von Abgeordneten, die unter dem Oberbegriff des Abgeordnetenstatus zusammengefasst werden, wie etwa das Teilnahmerecht, die allgemeine Mitwirkungsbefugnis, Rederechte, Stimmrechte etc., beeinträchtigt sein könnten, ist ebensowenig ersichtlich. Auch die Frage, inwiefern zukünftige Regierungsbildungen, die noch gänzlich unsicher sind, verfassungsrechtlichen Schutz genießen oder solchen vermitteln, wird nicht beantwortet. Entsprechende verfassungsrechtliche Begründungen sind letztlich auch kaum vorstellbar. Verfassungsrechtlich bemerkenswert ist ferner, dass die angenommene „Fortwirkung“ nicht nur zu einem Vorenthaltungsrecht der nachfolgenden Regierung, sondern sogar zu einer Pflicht führen soll.

## 5.3. Geheimhaltungspflicht einer Regierung?

Ein Recht begründet die Möglichkeit, aber gerade nicht die Pflicht, etwas zu tun. Die Unterscheidung zwischen Recht und Pflicht ist kategorial. Eine „Verdichtung eines Rechts zu einer Pflicht“<sup>96</sup> ist demnach zwar durchaus denkbar, aber eine seltene Ausnahme.<sup>97</sup> Wie oben gezeigt, führt die rechtliche Struktur des Kernbereichseinwands aber gerade nicht zu einer Pflicht, da ein absoluter Schutz eines gegenständlich gedachten Kernbereichs verfas-

94 Vgl. *Martin Reinhardt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 991, S. 994.

95 Mit: „diese ehemaligen Mitglieder“ sind solche gemeint, die im neuen Landtag vertreten sind.

96 *Martin Reinhardt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 991, S. 994.

97 Etwas anders liegt dies im Bereich des verwaltungsrechtlichen Ermessens, das sich zu einer Handlungspflicht bestimmter Art verdichten kann. Das ist hier nicht zu vertiefen. Zu einer entsprechenden Ausnahme im verfassungsrechtlichen Bereich aus Gründen der Gewährleistung der Funktion wirksamer Oppositionsmöglichkeiten im Ausnahmefall der qualifizierten Großen Koalition: *Pascale Cancik*, a.a.O. (Fn. 13), S. 18 ff.

sungsrechtlich nicht begründbar ist und nur der Regierung die Wahrnehmungsbefugnis zusteht, was gegebenenfalls sogar einen Verzicht auf den Vertraulichkeitsschutz einschließen könnte.<sup>98</sup>

Die Annahme einer entsprechenden Pflicht einer Regierung führte denn auch zu paradoxen Bindungen. Eine Kontrollüberlegung mag das verdeutlichen: Angenommen, es bestünde eine Minderheitsenquôte gegen eine amtierende Regierung. Ein Beweisantrag soll nun die Willensbildung bezüglich eines noch nicht abgeschlossenen (!) Vorgangs erfassen. Die Regierung ist damit einverstanden, die entsprechenden Akten vorzulegen, um den Sachverhalt zu klären und Vermutungen auszuräumen. Eine *Pflicht*, Informationen aus dem Bereich der Willensbildung (bei abgeschlossenen oder gar bei nicht abgeschlossenen Vorgängen) nie vorzulegen, würde das verhindern. Verfassungsrechtlich schiene es äußerst fragwürdig, eine demokratisch legitimierte und dem Parlament verantwortliche Regierung so einzuschränken.

#### 5.4. Fortwirkende Geheimhaltungspflicht in Folge (möglicher) Aktenvorlageverweigerung einer Vorgängerregierung?

Es bleibt aber zu untersuchen, ob eine Vorgängerregierung eine Art Sperrwirkung bezüglich Aktenvorlage oder Informationserteilung herbeiführen kann, so dass ihre Nachfolgerin jene Akten und Informationen einem späteren Untersuchungsausschuss nicht zugänglich machen dürfte. Auch die Annahme einer solchen Sperrwirkung führte zur Annahme einer Pflicht der amtierenden Regierung und damit zu möglicherweise schwer definierbaren Bindungen an Entscheidungen einer Vorgängerregierung. Angesichts der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines demokratisch erreichten Regierungswechsels erscheint das problematisch. Zum besseren Verständnis ist die Behauptung einer Fortwirkung weiterzudenken. Dabei scheinen grob drei Fallkonstellationen denkbar:

(1) Die Vorgängerregierung hat sich nicht auf einen Kernbereich berufen, also ihre damalige Wahrnehmungsbefugnis gar nicht ausgeübt oder jedenfalls keine überprüfbare Begründung für die Geltendmachung des Kernbereichseinwandes vorgelegt. Weshalb sollte eine nachfolgende Regierung dann an einer Aktenvorlage gehindert sein, auch wenn sie selbst keine Hinderungsgründe sieht, ihre eigene Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung also gar nicht als gefährdet betrachtet? Wie sollte die nachfolgende Regierung konkret die nicht vorzulegenden Akten nachträglich identifizieren? Schon praktisch ist kaum ersichtlich, wie eine solche „Fortwirkung“ eines nicht erhobenen Einwandes operabel gemacht werden könnte. Aus welchen verfassungsrechtlichen Gründen dies geschehen sollte, ist noch weniger ersichtlich.

(2) Die Vorgängerregierung hat sich auf den Kernbereichseinwand berufen, deshalb bestimmte Akten nicht vorgelegt und dies begründet. Eine verfassungsgerichtliche Entscheidung, ob diese Zurückbehaltung verfassungsmäßig war, liegt nicht vor. Wenn die Begründung ausreichend bestimmt ist, wäre es der amtierenden Regierung zumindest möglich, die verfassungsrechtliche Einstufung der Vorgängerregierung zu bewerten. Ohne eine solche eigene Bewertung der amtierenden Regierung könnte eine etwaige Pflicht zur Zurückbehaltung der Akten (Sperrwirkung) nicht angenommen werden, denn sonst müsste die Re-

<sup>98</sup> Zur Dispositionsbefugnis der Regierung kurz *Christoph Meyer-Bohl*, a.a.O. (Fn. 26), S. 104 f.

gierung ja gegebenenfalls sogar verfassungswidriges Verhalten ihrer Vorgängerin perpetuieren. Eine Pflicht der amtierenden Regierung, sich Erwägungen der Vorgängerregierung zu eigen zu machen, erscheint demgegenüber also nicht überzeugend. Das gilt umso mehr, als sich, wie gezeigt, die verfassungsrechtlich geforderte Abwägung zwischen Vertraulichkeitsinteresse und Informationsrecht mit Zeitablauf auch verändern kann.<sup>99</sup>

(3) Die Vorgängerregierung hat sich auf den Kernbereich berufen und deshalb bestimmte Akten nicht vorgelegt. Diese Zurückbehaltung wurde vom Verfassungsgericht für zulässig erklärt. Damit hat eine verfassungsrechtliche Abwägung des Einzelfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt stattgefunden, die außerdem gerichtlich nachvollzogen wurde. Selbst in dieser Fallkonstellation ist nicht zwingend von einer dauerhaften Sperrwirkung auszugehen.<sup>100</sup> Vielmehr hätte die amtierende Regierung zu prüfen, ob die verfassungsrechtliche Abwägung inzwischen zu einem anderen Ergebnis führt, denn wie gezeigt ist typischerweise der Vertraulichkeitsschutz zu Gunsten der Regierung nach Abschluss eines Vorgangs weniger gewichtig. Die amtierende Regierung träge aber selbstverständlich die Pflicht, bei der eigenen Prüfung der Aktenvorlage / Informationsübermittlung die Abwägung des Verfassungsgerichts zu beachten.

Die Problematik einer angenommenen Sperrwirkung wird zudem darin deutlich, dass ihre Länge kaum definierbar scheint.<sup>101</sup> Müsste die Sperrwirkung zum Beispiel so lange andauern, wie ein ehemaliges Regierungsmitglied Abgeordneter des Parlaments bleibt? Das erscheint wenig einsichtig. Zudem bestünde die Gefahr, dass bei längerer Sperrwirkung das regelmäßig geforderte öffentliche Interesse an der Aufklärung zweifelhaft wird, weil der betreffende Vorgang „nur noch“ historisch interessant, der Gemeinwohlbezug der Untersuchung aber möglicherweise nicht mehr darstellbar ist.

Zusammenfassend zeigt sich, dass nur in einer der angedachten Konstellationen eine, zudem begrenzte, „Fortwirkung“ eines Kernbereichseinwandes denkbar wäre. Eine abstrakte Sperrwirkung aufgrund einer ohne Einzelfallabwägung erfolgenden, gleichsam formalen Zuordnung von Informationen oder Akten zu einem Kernbereich ist hingegen verfassungsrechtlich nicht begründbar. Sie entwertete das Kontrollrecht des Parlaments und der Opposition im Parlament und führte letztlich zur Unüberprüfbarkeit von Geheimhaltungsentscheidungen einer Regierung. Es ist nicht zu verkennen, dass die Begründungsanforderungen, die insofern auf der jeweiligen Regierung lasten, anspruchsvoll sind. Nur so ist angesichts der typischen Informationsasymmetrie aber die Wirksamkeit des parlamentarischen und gegebenenfalls oppositionellen Kontrollrechts zu sichern.

## 5.5. Kein Schutz gegen „Missbrauch“ nach einem Regierungswechsel?

Gibt es also keinen Schutz gegen „missbräuchliches“ Informationsverhalten der neuen Regierung? Eine vorwiegend parteipolitisch begründete Änderung des Aktenvorlageverhaltens nach einem Regierungswechsel ist nicht auszuschließen. Dies kann möglicherweise auch

99 *Martin Reinhardt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 991, S. 994, will denn auch keine „starrten Fortwirkungsgrenzen“ annehmen. Nach welchen Kriterien die behauptete zeitliche Blockierungswirkung begrenzt werden soll, bleibt unklar.

100 Eine kurze Erörterung der Grenze etwaiger Sperrwirkungen vgl. ebenda, S. 994.

101 Letztlich offengeblieben, ebenda, S. 994.

einmal als politisch missbräuchlich wahrgenommen und debattiert werden. Verfassungsrechtlich ist es nicht erfassbar – aus guten Gründen. Jeder Versuch der Regulierung brächte zugleich die Gefahr mit sich, den verfassungsrechtlich nur umhegten, gerade nicht detailliert verregelten Bereich der politischen Auseinandersetzung, der für die parlamentarische Demokratie zentral ist<sup>102</sup>, zu stören. Die in öffentlichen Debatten zu Aufregungszwecken geeignete Evokation als „Missbrauch“ führt für die verfassungsrechtliche Argumentation nicht weiter.<sup>103</sup>

Der problematischen Ausnutzung der Möglichkeiten durch die Regierungsmehrheit sind verschiedene, rechtlich in der Tat schwache Grenzen gesetzt. Das gilt aber auch außerhalb von Untersuchungsausschüssen. Zu verhindern wäre eine letztlich nur noch historisch interessante Aufarbeitung, die Jahre später ehemaliges Regierungsverhalten untersucht, ohne dass ein Zusammenhang zur gegenwärtigen Kontrollkompetenz des Parlaments ersichtlich wäre. Dafür könnte neben dem Kompetenzeinwand der Grenzbegriff des öffentlichen Interesses an einer Untersuchung fruchtbar gemacht werden. Historisch-wissenschaftliche Interessen sind bedeutsam, aber nicht durch parlamentarische Untersuchungen zu befriedigen. Eine nicht zu unterschätzende, allerdings politisch und nicht rechtlich wirkende Grenze bietet auch die politische Öffentlichkeit. Parlamentarische Aufarbeitungen, die als unsachlich oder als parlamentarisch nicht gefordert eingeschätzt werden, können durchaus kritisch wahrgenommen werden. Insofern steht gerade nicht von vornherein fest, ob parteipolitische Strategien einer Regierungsmehrheit oder einer Opposition, die mit einer Untersuchung verfolgt werden, tatsächlich aufgehen.

## 6. Zusammenfassung

(1) Das Recht, eine Untersuchung zu initiieren, steht verfassungsrechtlich der Opposition im Parlament (genauer: einer qualifizierten Minderheit)<sup>104</sup> ebenso zu wie dem Parlament insgesamt (Parlamentsmehrheit). Grenzen eines Untersuchungsauftrages wie auch des Untersuchungsverlaufs ergeben sich gegenüber anderen Staatsorganen primär aus der Kompetenzordnung der Verfassung. Der insofern zentrale Grundsatz der – verkürzt so genannten – Gewaltenteilung normiert im deutschen Verfassungsrecht des parlamentarischen Regierungssystems eine spezifische Form der Funktionenzuordnung und -verschränkung. Das parlamentarische Untersuchungsrecht ist kein „Angriff“ auf verfassungsrechtlich exklusiv zugewiesene Zuständigkeiten, sondern verfassungsrechtliche Konkretisierung dieser Funktionenzuordnung. Es dient als ein Instrument der parlamentarischen Kontrollfunktion gegenüber Regierung und Exekutive. Der damit verbundene Zugriff auf „Bereiche der Regierung“ ist verfassungsrechtlich gewollt.

(2) Die Kontrollkompetenz umfasst nicht die Mitwirkung an Regierungsaufgaben („Mitregierung“). Deshalb sind der Kontrolle beziehungsweise im Regelfall bestimmten

102 Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 22), S. 1, S. 18.

103 Vgl. *Udo Di Fabio*, a.a.O. (Fn. 17), S. 599, S. 613 mit Fn. 75.

104 Zur – ausnahmsweisen – Möglichkeit einer nicht qualifizierten Minderheit, der von ihm so genannten Splitterenquête, einen Untersuchungsausschuss zu initiieren, vgl. *Lars Brocker*, Die „Splitterenquête“: Rechte der nicht qualifizierten („einfachen“) Minderheit im parlamentarischen Untersuchungsverfahren, in: DÖV 2014, S. 475 – 479.

einzelnen Informationsverlangen im Rahmen einer parlamentarischen Untersuchung Grenzen gesetzt. Ihr verfassungsrechtlicher Hintergrund ist der Gewaltenteilungsgrundsatz. Er hat eine doppelte Funktion: nämlich Grenze, aber auch Grund für die Informationsrechte zu sein. Mit Blick auf das Verhältnis gerade zur Regierung ist für diese Grenze die – Absolutheit suggerierende – Wendung vom „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ etabliert. In Rechtsprechung und Lehre hat sich indessen zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, dass diese Grenze der verfassungsrechtlichen Funktionenzuordnung hinsichtlich der Informationsrechte des Parlaments nur für den Einzelfall konkretisiert werden kann. Vorzunehmen ist eine Abwägung zwischen dem Informationsrecht des Parlaments im Kontext der Kontrollfunktion einerseits und dem Vertraulichkeitsinteresse der Regierung zur Aufrechterhaltung ihrer Funktionsfähigkeit und Eigenverantwortung andererseits.

(3) Ein absolut, dauerhaft geschützter Bereich der Regierung, der zu absoluter, dauerhafter Exemption von parlamentarischer Kontrolle führte, ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Der Vertraulichkeitsschutz aufgrund des so genannten Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung – also jenseits des anderweitig normierten Geheimnisschutzes – ist in Umfang und Dauer relativ. Die Einzelfallabwägung kann grundsätzlich nur anhand einer konkreten Informationsverweigerung vorgenommen werden. Diese muss die Regierung begründen, da nur so das Gewicht des parlamentarischen Informationsrechts gegenüber dem Gewicht des Vertraulichkeitsinteresses der Regierung bewertet werden kann. Die in Rechtsprechung und Lehre entwickelte Differenzierung zwischen „nicht abgeschlossenen“ und „abgeschlossenen Vorgängen“ als Gegenstand eines Informationsverlangens konkretisiert die verfassungsrechtliche Funktionenzuordnung für typische Fälle.

(4) Bei „abgeschlossenen Vorgängen“ erkennt die Rechtsprechung als mögliche Rechtsposition zur Abwehr des parlamentarischen Informationsrechts nur eine etwaige unzuträgliche „Vorwirkung“ an, die zur Hemmung hinsichtlich der sachlich erforderlichen freien Regierungskommunikation führt. Bei der Definition der verfassungsrechtlich zu vermeidenden Vorwirkung ist die verfassungsrechtlich ihrerseits vorgesehene präventive Wirkung von Kontrolle zu berücksichtigen. Bestimmte präventive Effekte, auch die Verhinderung bestimmten Verhaltens, sind verfassungsrechtlich gerade gewünscht. Wann eine verfassungsrechtlich zu vermeidende „Vorwirkung“ anzunehmen ist, ist daher nur schwer zu bestimmen. Das allgemeine „Risiko öffentlicher Rechenschaftslegung“ ist dem Regieren in einer parlamentarischen Demokratie immanent.

(5) Die Wahrnehmungsbefugnis, also die Möglichkeit, sich auf den „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ zu berufen, ist ausschließlich der amtierenden Regierung zugewiesen. Das folgt aus der Kompetenzordnung, hat aber mit Blick auf das Begründungserfordernis auch materielle Gründe. Eine Umdeutung des Rechts, sich auf den „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ zu berufen, in eine Pflicht einer Regierung ist verfassungsrechtlich nicht begründbar. Die Annahme einer „Fortwirkung“ oder „Sperrwirkung“ eines „ehemaligen“ Informationsverweigerungsrechts führte nicht nur zu einer solchen Umdeutung eines Rechts in eine Pflicht, sondern auch zu verfassungsrechtlich bedenklichen Bindungen einer amtierenden Regierung. Diese können jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn während der Amtszeit der Vorgängerregierung eine konkrete Informationsverweigerung nicht erklärt und begründet wurde, weil dann eine verfassungsrechtliche Bewertung, ob diese Verweigerung zulässig war und, nach Zeitablauf, noch ist, nicht möglich ist. Die amtierende Regierung, weil ihrerseits dem Parlament und dem demokratischen Souverän verantwortlich, muss jeweils eine eigenständige Prüfung und Bewertung vornehmen.