

Neue Zugänge des Bundesrechnungshofes zur Öffentlichkeit – zugleich ein Beitrag zur Gesetzgebung durch Ausschüsse –

von Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg*

Die externe Finanzkontrolle durch den Bundesrechnungshof lebt in ihrer Wirksamkeit vom Grad der Aufmerksamkeit, den sie in der Öffentlichkeit erreicht. Insoweit war schon immer ein Bedürfnis des Bundesrechnungshofes erkennbar, ausgewählte Prüfungsprodukte nicht nur den geprüften Stellen und dem Bundestag, sondern nach eigenem Ermessen auch der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Mit der jüngsten Änderung der BHO im Juli 2013 sind solche Zugänge zur Öffentlichkeit nun erstmals in der 300-jährigen Geschichte der externen Finanzkontrolle in Deutschland gesetzlich ausgestaltet worden. Zugleich wurde die individuelle Zugänglichkeit von Informationen des Bundesrechnungshofes in einer Spezialnorm geregelt und dadurch die Anwendbarkeit des IFG ausgeschlossen. Die inhaltlich sinnvollen und materiell verfassungskonformen Vorschriften sind indes mangels hinreichender Gesetzesinitiative aus formellen Gründen verfassungswidrig: Der Haushaltsausschuss hat die Änderungsvorschläge in das laufende Verfahren eines anderen Gesetzes eingebracht, ohne dass zu diesem ein sachlicher Zusammenhang bestand.

I. Überblick über die Änderungen

Die jüngsten Änderungen der BHO vom Juli 2013 räumen dem Bundesrechnungshof verschiedene Zugänge zur Öffentlichkeit ein.¹ Diese Zugänge betreffen drei Prüfungsprodukte: die Prüfungsergebnisse i.S.d. § 96 BHO, die jährlichen Bemerkungen i.S.d. § 97 BHO sowie die Sonderberichte i.S.d. § 99 BHO. Während die Zugänglichkeit der Prüfungsergebnisse aus der Perspektive des Bundesrechnungshofes passiv ausgestaltet ist, er also auf individuelle Informationszugangsanträge reagieren kann und ggf. muss (II.), verfügt er bezüglich der Bemerkungen und Sonderberichte nunmehr über ein aktives Informationsinstrument (III.).

II. Individuelle Zugänglichkeit von Prüfungsergebnissen

Nach dem neu angefügten Absatz 4 des § 96 BHO kann der Bundesrechnungshof nun »Dritten durch Auskunft, Akteneinsicht oder in sonstiger Weise Zugang zu dem Prüfungsergebnis gewähren, wenn dieses abschließend festgestellt wurde. Gleiches gilt für Berichte, wenn diese abschließend vom Parlament beraten wurden. Zum Schutz des Prüfungs- und Beratungsverfahrens wird Zugang zu den zur Prüfungs- und Beratungstätigkeit geführten Akten nicht gewährt. Letzteres gilt auch für entsprechende Akten bei den geprüften Stellen.«

1. Sperrung des IFG

Mit Blick auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.11.2012, nach dem der Bundesrechnungshof eine anspruchspflichtige Stelle im Sinne des IFG sei,² liegt die besondere Bedeutung des neu eingefügten § 96 Abs. 4 BHO weniger in der Begründung einer Zugangsmöglichkeit zu Prüfungsergebnissen des Bundesrechnungshofes als viel-

mehr in dem Ausschluss der Anwendbarkeit des IFG. Denn die in dieser Norm zum Ausdruck gebrachte Befugnis, Dritten Zugang zu abschließend festgestellten Prüfungsergebnissen zu gewähren, ist als Spezialvorschrift über den Informationszugang zu verstehen, die dem IFG nach § 1 Abs. 3 IFG »vorgeht«. Die Änderung der BHO hat die Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts insofern zur Makulatur werden lassen.

Diese Bedeutung scheint auch in der Intention des Gesetzgebers gelegen zu haben. Jedenfalls lassen sich den Äußerungen des Abgeordneten Otto Fricke (FDP) und der Abgeordneten Petra Hinz (Bündnis 90/DIE GRÜNEN) in der zweiten Beratung des Änderungsgesetzes entnehmen, dass die Vorschrift als Spezialvorschrift gedacht ist, die das IFG in seinem Anwendungsbereich verdrängen soll.³ Nun soll die durchaus umstrittene Frage, ob und inwieweit der subjektive Wille des Gesetzgebers für die Interpretation einer Norm überhaupt maßgeblich ist, hier nicht näher erörtert werden. Festzuhalten ist allein, dass der Gesetzesinhalt einer Norm sicherlich nicht durch Äußerungen in der Plenardiskussion bestimmt werden kann. Doch in diesem Fall liegen die Abgeordneten richtig: Der neu in die BHO eingefügte § 96 Abs. 4 BHO erfüllt auch objektiv alle Voraussetzungen, um an der Vorrangregel des § 1 Abs. 3 IFG teilzuhaben, die das Verhältnis von besonderen Zugangsvorschriften zum allgemeinen Zugangsanspruch nach dem IFG bestimmt.⁴

2. Unterschied zum IFG

Dabei dürfen verschiedene Besonderheiten des § 96 Abs. 4 BHO im Vergleich zum Informationszugangsanspruch nach dem IFG nicht übersehen werden.

Gemeinsam ist den beiden Ansprüchen zwar ihre Voraussetzungslosigkeit: Weder nach dem IFG noch nach § 96 Abs. 4 BHO hängt der Zugang von besonderen persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen oder auch nur von der Geltendmachung eines bestimmten Zwecks ab. Identisch sind darüber hinaus auch die möglichen Zugangsarten: Der Zugang kann durch Auskunft, Akteneinsicht oder in sonstiger Weise erfolgen.

Doch darüber hinaus besteht ein bedeutender Unterschied: Anders als § 1 Abs. 1 IFG ist § 96 Abs. 4 BHO nicht als Anspruch des informationsbegehrenden Bürgers, sondern als Ermächtigung des informationsgewährenden Bundesrechnungshofes ausgestaltet. Diese unterschiedliche Gesetzestechnik führt auch zu einem unterschiedlichen Inhalt: Während der Anspruch nach dem IFG unmittelbar informationsge-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

1 Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Finanzausgleichsgesetzes und der Bundeshaushaltsordnung v. 15.07.2013, BGBl. I S. 2395.

2 BVerwG, Urt. v. 15.11.2012 – 7 C 1/12 = NVwZ 2013, 431 ff.

3 Vgl. BT-PlenProt 17/246, S. 3159 (B) u. 31520 (B).

4 Vgl. allg. M. Rossi, IFG, 2006, § 1 Rdnr. 110 im Ergebnis ebenso H. Greve, NVwZ 2014, 275, 277.

richtet ist, belässt § 96 Abs. 4 Satz 1 BHO dem Bundesrechnungshof einen Ermessensspielraum. Anders als das IFG räumt die Vorschrift dem Informationssuchenden somit keinen verbindlichen Anspruch auf Informationszugang, sondern nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über einen Antrag ein. Geht man mit dem Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Bundesrechnungshof bislang dem Anwendungsbereich des IFG unterfiel,⁵ ist dies insoweit ein informationsrechtlicher Rückschritt. Sofern man umgekehrt den Bundesrechnungshof vom Zugangsanspruch nach dem IFG ausgenommen sah,⁶ ist die Einräumung eines subjektiven Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung als Fortschritt zu bewerten, zumal sich durch die künftige Praxis des Bundesrechnungshofes im Umgang mit dieser Vorschrift die Unterschiede zwischen einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung und auf unmittelbaren Informationszugang nivellieren werden. Denn die Verwaltungspraxis, die ihrerseits sicherlich bald durch eine entsprechende Ergänzung der Prüfungsordnung und auch des Prüfungsleitfadens determiniert werden wird, wird im Zusammenspiel mit Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Selbstbindung führen, die das Ermessen des Bundesrechnungshofes in vielen Standardfällen auf Null reduzieren wird.

3. Zugänglichkeit von Berichten

Unklar ist hingegen, auf welche »Berichte« sich der Zugangsanspruch nach § 96 Abs. 4 Satz 2 BHO bezieht. Die Bemerkungen i.S.d. § 97 BHO können ebenso wenig gemeint sein wie die Sonderberichte i.S.d. § 99 BHO, weil für diese Prüfungsprodukte ja gesonderte Zugangsregeln gelten und weil zudem auch wegen der obligatorischen Veröffentlichung im Internet überhaupt kein Bedarf mehr an einem individuellen Zugangsrecht besteht.

Nachdem der Bundesrechnungshof zudem die wenige Jahre andauernde Praxis, Ergebnisberichte zu publizieren, im Jahre 2006 eingestellt hat, kann sich der Begriff »Berichte« nur auf die sog. 88er-Berichte beziehen, auf Berichte also, die der Bundesrechnungshof als Ergebnis einer selbständigen Beratung nach § 88 Abs. 2 Satz 2 BHO erstellt. Mit diesem Inhalt wäre die Erstreckung der Zugänglichkeit auf »Berichte« von weitgehender Bedeutung, weil für deren Veröffentlichung nun eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht, die bislang fehlte.⁷ Allerdings werden die 88er-Berichte nur ausnahmsweise »abschließend vom Parlament beraten«, so dass ihre Einbeziehung in den Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 Satz 2 BHO durchaus fraglich erscheint. In jedem Fall ist der Bundesrechnungshof gut beraten, die Berichte vor einer etwaigen Bereitstellung auf schutzwürdige Informationen durchzusehen. Denn natürlich besteht auch bei Beratungsberichten ein Bedürfnis zum Schutz von Grundrechten und geheimhaltungsbedürftiger Informationen.⁸

4. Grenzen des Zugangsanspruchs

Die zentrale Bedeutung des § 96 Abs. 4 BHO dürfte aber nicht nur in der grundsätzlichen Verdrängung des IFG, sondern auch in der Bestimmung einiger Grenzen des Zugangs zu Prüfungsergebnissen liegen:

a) Begrenzung auf abschließend festgestellte Prüfungsergebnisse

Zunächst stellt § 96 Abs. 4 Satz 1 BHO klar, dass nur zu abschließend festgestellten Prüfungsergebnissen Zugang gewährt werden kann. Terminologisch gewinnt insofern die

Unterscheidung zwischen Prüfungsmitteln und Prüfungsergebnissen an Bedeutung, die normativ in § 33 PO-BRH einerseits und § 35 PO-BRH andererseits zum Ausdruck kommt. Diese Prüfungsprodukte unterscheiden sich prozedural dadurch, dass Prüfungsmitteln nur die vorläufigen Prüfungsergebnisse festhalten, während Prüfungsergebnisse nach Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens auch die Stellungnahmen der geprüften und ggf. anderer Stellen enthalten. Angesichts dieser Unterscheidung ist klar, dass die bloß vorläufigen Prüfungsmitteln nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Zwar wird die Frage, wann ein Prüfungsergebnis abschließend festgestellt wird, nicht durch die BHO selbst beantwortet. Doch die Terminologie des Gesetzes nimmt erkennbar Bezug auf die der Prüfungsordnung, so dass deren Rechtsnatur der verbindlichen Interpretation des Gesetzes nicht entgegensteht.⁹ Sachlich ist der Ausschluss vorläufiger Prüfungsmitteln im Übrigen durch mehrere Gesichtspunkte geboten: Erstens wird dem Zweck des kontradiktorischen Verfahrens Rechnung getragen, der in Anlehnung an rechtsstaatliche Grundsätze auch darin besteht, der geprüften Stelle rechtliches Gehör und die Möglichkeit zur Gegendarstellung einzuräumen.¹⁰ Zweitens bietet das Verfahren Gelegenheit, solche Informationen zu ermitteln, die aus grundrechtlichen Gründen geheimhaltungsbedürftig und deshalb bspw. zu löschen oder zu anonymisieren sind. Drittens flankiert das kontradiktorische Verfahren den Grundsatz der vollständigen Erhebung, indem die vom Bundesrechnungshof zu Grunde gelegten Informationen verifiziert werden können. Der Ausschluss vorläufiger Prüfungsmitteln erfolgt somit zugleich im Interesse der Informationswahrheit, die angesichts der faktischen Irreversibilität einmal zugänglich gemachter Informationen von besonderer Bedeutung für den verantwortlichen Umgang mit der Bereitstellung von Prüfungsergebnissen ist. Nicht zuletzt sichert das kontradiktorische Verfahren die Effektivität der Finanzkontrolle, denn die langfristige Wirksamkeit der Finanzkontrolle setzt ein vertrauensvolles Verhältnis zwischen dem Bundesrechnungshof auf der einen Seite und der geprüften Stelle auf der anderen Seite voraus, das durch voreilige und nicht überprüfte Publikation vorläufiger Ergebnisse gestört werden könnte.

b) Begrenzung auf Prüfungsprodukte

Von besonderer Bedeutung ist daneben § 96 Abs. 4 Satz 3 BHO. Danach wird »zum Schutz des Prüfungs- und Beratungsverfahrens Zugang zu den zur Prüfungs- und Beratungstätigkeit geführten Akten nicht gewährt.« Zu unterscheiden ist insoweit zwischen dem schriftlich dokumentierten oder jedenfalls nachvollziehbaren Prüfungsverfahren innerhalb des Bundesrechnungshofes und seinem Ergebnis, dem Prü-

5 Fußn. 2.

6 Differenzierend M. Rossi, Möglichkeiten und Grenzen des Informationshandelns des Bundesrechnungshofes, 2012, S. 100 ff.; M. Vogt, Zur Informationsständigkeit des Bundesrechnungshofes, 2013, S. 267.

7 Vgl. Rossi (Fußn. 6), S. 183.

8 D. Engels, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff, Bonner Kommentar zum GG, Art. 114, Rdnr. 288 (Loseblatt, Stand: August 2010).

9 Zur Frage, wann ein Rechnungsprüfungsverfahren abgeschlossen ist, vgl. auch 1VerfG Bbg, DÖV 1998, 200 (202); G. Drange, Publizität im Verhältnis von Bundesrechnungshof und Bundestag, 2007, S. 261; Engels (Fußn. 8), Art. 114, Rdnr. 298; zu den Konsequenzen dieser Frage für den Informationszugang Rossi (Fußn. 6), S. 115 f.; Vogt (Fußn. 6), S. 290.

10 Grundlegend hierzu Vogt (Fußn. 6), S. 146 ff.

fungsprodukt. Nur das Prüfungsergebnis als Prüfungsprodukt kann nach Maßgabe des § 96 Abs. 4 BHO zugänglich gemacht werden, nicht jedoch dürfen die internen Verfahrensakten herausgegeben werden.

Die strikte Unterscheidung dient, das offenbart der Gesetzestext in bester legistischer Technik selbst, dem Schutz des Prüfungs- und Beratungsverfahrens. Der Wortlaut der Vorschrift lässt keinen Zweifel daran, dass ein absoluter Schutz der betreffenden Informationen bewirkt wird. Dies war und ist beim IFG umstritten. Unklar ist hier, ob die »nachteiligen Auswirkungen auf Angelegenheiten der externen Finanzkontrolle« i.S.d. § 3 Nr. 1 lit. e IFG einzelfallbezogen oder abstrakt zu bestimmen sind. Im ersten Falle wäre dem Schutz durch eine temporale Ausnahme vom Informationszugang hinreichend Rechnung getragen,¹¹ während bei zweiter Ansicht nicht nur der Erfolg der konkreten Prüfung des Bundesrechnungshofes, sondern auch allgemein die Effektivität seiner Prüfungsmethoden vom Schutz umfasst wäre.¹² Bedeutsam ist dieser Streit vor allem, weil nach überwiegender Meinung der weitere Ausnahmetatbestand zum Schutz des Beratungsgeheimnisses nach § 3 Nr. 3 lit. b IFG ebenfalls nur eine zeitliche Ausnahme vom grundsätzlichen Informationszugangsanspruch normiert. Mit der verfassungsrechtlich geforderten und gewährleisteten Effektivität der Finanzkontrolle ist diese Interpretation der Ausnahmetatbestände freilich nicht vereinbar. Ein freier Zugang zu Informationen darf selbstverständlich nicht die Effektivität der externen Finanzkontrolle in der Zukunft gefährden. Genau dies wäre aber der Fall, wenn die internen »zur Prüfungs- und Beratungstätigkeit geführten Akten« nach Abschluss eines konkreten Prüfungsverfahrens zugänglich wären. Denn aus den dort dokumentierten Prüfmethode lassen sich Rückschlüsse auf künftige Prüfungen ziehen, so dass sich die Verwaltung oder andere geprüfte Stellen auf die Prüfung einstellen und gegebenenfalls Korruption oder Misswirtschaft vertuschen könnten. Vor diesem Hintergrund ist die absolute Ausnahme dieser Akten ebenso zu begrüßen wie die finale Formulierung des Tatbestandes (die »zur Prüfungs- und Beratungstätigkeit geführten Akten«), der zu einer weiten Auslegung führt. Sie ist im Übrigen letztlich der richterlichen Unabhängigkeit geschuldet, die die Mitglieder des Bundesrechnungshofes nach Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG genießen. Denn aus dieser richterlichen Unabhängigkeit folgt die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Willens- und Meinungsbildung der Mitglieder des Bundesrechnungshofes, die gewährleistet, dass die Diskussion innerhalb eines Kollegiums keinem Außenstehenden bekannt wird, so dass die Mitglieder sich in rechnerhofinternen Beratungen frei äußern können. Den nach § 96 Abs. 4 BHO zugänglich gemachten Unterlagen dürfen deshalb keine Rückschlüsse auf die Beratung sowie die Entscheidungsfindung zu entnehmen sein.

c) Grenzen zum Schutz privater Belange

Zu rügen, jedenfalls zu bedauern ist, dass der § 96 Abs. 4 BHO zwar eine abgeschlossene Regelung über die Zugänglichkeit von bestimmten Prüfungsprodukten des Bundesrechnungshofes normieren will, sich dabei aber nicht zum Schutz privater Belange verhält. Jede andere Informationszugangsregelung konkretisiert dagegen die Ausnahmetatbestände zum Schutz personenbezogener Daten, zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und zum Schutz des geistigen

Eigentums. Selbst der eher rechtsstaatlich als demokratisch begründete Anspruch auf Akteneinsicht, der in § 29 VwVfG verankert ist, wird insofern von der Ausnahmebestimmung des § 30 VwVfG flankiert.

Dass die genannten Schutzaspekte letztlich grundrechtlich determiniert sind und deshalb ohnehin nicht zur vollen Disposition des Gesetzgebers stehen,¹³ mindert dieses Mankum nicht. Denn wie die unterschiedlichen allgemeinen und sektoriellen Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder zeigen, ist der Gesetzgeber durchaus frei, die genannten Aspekte wahlweise nur einem Einwilligungs- oder auch einem Abwägungsvorbehalt zu unterwerfen. Indem § 96 Abs. 4 BHO dazu schweigt, liegt die Verantwortung für einen grundrechtskonformen Umgang mit solchen Daten nunmehr allein beim ermessensausübenden Bundesrechnungshof. Mit Blick auf mögliche Staats- und sonstige Haftungsansprüche¹⁴ sollte er den Schutz privater Belange ausgesprochen ernst nehmen.

III. Unterrichtung der Öffentlichkeit über Bemerkungen und Sonderberichte

Einen anderen, nicht aber einen weniger bedeutsamen Inhalt haben der neu eingefügte § 97 Abs. 5 BHO und der ebenfalls neu angefügte § 99 Satz 2 BHO. Nach diesen Vorschriften werden die Bemerkungen sowie die Berichte zu Angelegenheiten von besonderer Bedeutung (auch Sonderberichte oder 99er-Berichte genannt) unverzüglich nach Zuleitung an den Bundestag, den Bundesrat und die Bundesregierung im Internet veröffentlicht.

1. Gesetzliche Grundlage

Die rechtliche Bedeutung dieser Vorschriften liegt in ihrem Charakter einer Ermächtigungsgrundlage. Sie reagieren damit auf Stimmen in der Literatur,¹⁵ die entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶ einen Gesetzesvorbehalt für staatliches Informationshandeln fordern. Ob eine solche gesetzliche Grundlage tatsächlich erforderlich ist, mag angesichts der relativ geringen Grundrechtsrelevanz des Handelns des Bundesrechnungshofes bezweifelt werden.¹⁷ Doch ist der Gesetzesvorbehalt nicht nur grundrechtlich begründet, sondern auch durch die rechtsstaatliche Gewaltenteilung bedingt. Insofern tragen die neu eingefügten Vorschriften der Befürchtung Rechnung, der Bundesrechnungshof bekomme mit dem Recht zu einer aktiven Öffentlichkeitsarbeit eine politische Waffe in die Hand, die geeignet ist, das politische Kräfteverhältnis zwischen den verschiedenen Organen zu mo-

11 So wohl M. Sitsen, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, 2009, S. 164.

12 So Rossi (Fußn. 6), S. 111.

13 M. Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 134 ff.

14 Vgl. hierzu knapp Rossi (Fußn. 6), S. 204 ff.

15 In Bezug auf den Bundesrechnungshof etwa J. Wieland, DVBl 1995, 894 (903); allgemein auf staatliches Informationshandeln bezogen statt vieler jüngst F. Schoch, in: Franzius u.a. (Hrsg.), Beharren. Bewegten. Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, 2013, S. 201 (210 f.).

16 Vgl. bspw. BVerfG, Beschl. v. 15.08.1989 – 1 BvR 881/89 = NJW 1989, 3269 (3270); BVerfG, Urt. v. 26.06.2002 – 1 BvR 670/91 – BVerfGE 105, 279 (304).

17 Die Aufgabenzuweisung in Art. 114 Abs. 2 GG insofern als ausreichend erachtend Rossi (Fußn. 6), S. 198 f.; zuvor schon F. Knöpfle, in: Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 629 ff.

difizieren.¹⁸ Sollte dies so sein, wäre es gesetzlich durch die neu in die BHO eingefügten Vorschriften abgesichert.

Nicht ganz verständlich ist, dass sich die gesetzlichen Ermächtigungen weitgehend auf ihre Form beschränken und den Zugang zur Öffentlichkeit inhaltlich nicht weiter ausgestalten. Jedenfalls die Vorschriften zu den Bemerkungen und Sonderberichten beschränken sich darauf, deren Bereitstellung im Internet anzuordnen.

Zu begrüßen ist zwar, dass sie nicht nach der Intention der konkreten Öffentlichkeitsarbeit des Bundesrechnungshofes differenzieren. Ob die Informationen zur Mobilisierung gegen das Parlament oder die Verwaltung bereitgestellt werden¹⁹ oder lediglich die Öffentlichkeit unterrichten sollen,²⁰ kann in der Praxis ohnehin nicht unterschieden werden. Zudem entzieht sich die Frage, wie der Öffentlichkeit preisgegebene Informationen dort wirken, in aller Regel ebenso einer Prognose wie es unmöglich ist, dem Bundesrechnungshof bestimmte Intentionen nachzuweisen.

Zu bedauern ist hingegen erneut, dass sich die neu eingefügten Regeln nicht zu den Grenzen des Öffentlichkeitszugangs verhalten. Der grundrechtlichen Fundierung des Gesetzesvorbehalts werden sie insoweit nicht gerecht. Vielmehr hätten sie sich knapp zur Frage äußern sollen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen die zugänglich gemachten Informationen auch personenbezogene Daten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und sonstige grundrechtlich geschützte Belange Privater enthalten dürfen. So aber hat der Gesetzgeber nur eine formale Verantwortung übernommen, die eigentliche Verantwortung für den Inhalt der zugänglich zu machenden Informationen aber vollständig dem Bundesrechnungshof überlassen.

2. Unmittelbarer Zugang des Bundesrechnungshofes zur Öffentlichkeit

So liegt die eigentliche Bedeutung dieser neu eingefügten Vorschriften auch vor allem darin, dass der Bundesrechnungshof nunmehr über einen unmittelbaren Zugang zur Öffentlichkeit verfügt. Sowohl die Prüfungsergebnisse i.S.d. § 96 BHO als auch die Bemerkungen i.S.d. § 97 BHO und die Sonderberichte i.S.d. § 99 BHO können nunmehr direkt vom Bundesrechnungshof der Allgemeinheit bekannt gegeben werden. Bei den Bemerkungen und Sonderberichten ist diese Befugnis sogar als Pflicht ausgestaltet, so dass gesetzlich nunmehr eine Nivellierung des Informationsgrades der Verfassungsorgane (Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung) auf der einen Seite und der Öffentlichkeit auf der anderen Seite angeordnet ist. Diese Nivellierung steht freilich in doppelter Hinsicht – nämlich konditional und temporal – unter dem Vorbehalt der Unterrichtung der genannten Verfassungsorgane: Wenn und sobald der Bundesrechnungshof den Verfassungsorganen die Bemerkungen bzw. die Sonderberichte zugeleitet hat, informiert er zugleich die Öffentlichkeit.

Für die Sichtbarkeit des Bundesrechnungshofes im Buhlen um die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und der sie transportierenden wie konstituierenden Medien ist die Publikation der Berichte auf der eigenen Seite im Internet nicht zu unterschätzen. So kann nicht bestritten werden, dass die Vorschriften über den Öffentlichkeitszugang des Bundesrechnungshofes²¹ dem Bundesrechnungshof eine neue Rolle zuweisen, die auch das Verhältnis zu den anderen Bundesorga-

nen tangieren wird. Freilich werden, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,²² weder die Organkompetenzen des Bundestages noch die des Bundesrates dadurch beschnitten, dass der Bundesrechnungshof zur Bereitstellung von Informationen befugt wird. Allenfalls die Bundesregierung mag betroffen sein, deren Befugnisse im Grundgesetz aber gar nicht explizit normiert sind, sondern sich vielmehr aus einer Gesamtschau bzw. negativ aus den den anderen Verfassungsorganen nicht zugewiesenen Kompetenzen herleiten lassen. In Bezug auf eine Öffentlichkeitsarbeit bleibt dann aber festzuhalten, dass der Bundesregierung kein Monopol für ein Informationshandeln zusteht, sondern sich ihre Aufgabe und Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit aus ihrer Aufgabe und Befugnis zur Staatsleitung ableitet. Dies aber bedeutet abstrahiert, dass die Öffentlichkeitsarbeit der einzelnen Verfassungsorgane und auch des Bundesrechnungshofes das verfassungsrechtliche Gewaltenteilungsverhältnis so lange unberührt lässt, wie sie sich auf die konkret zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse beschränkt.

3. Funktionswandel

Mit dieser Nivellierung des Informationsgrades des Bundestages, des Bundesrates und der Bundesregierung einerseits und der Öffentlichkeit andererseits geht möglicherweise zugleich ein gewisser Funktionswandel einher. Denn der Bundesrechnungshof löst sich etwas aus seiner »dienenden Funktion«, die jedenfalls vom Bundesrechnungshof selbst ohnehin schon immer etwas skeptisch betrachtet wurde. Die geänderten Vorschriften lassen sich jedenfalls über konkrete Befugnisse hinaus durchaus als generelle Aufgabe lesen, die Öffentlichkeit über die Prüfungstätigkeit des Bundesrechnungshofes zu informieren und sie auf diesem Wege an der externen Finanzkontrolle partizipieren zu lassen.

IV. Verfassungswidrigkeit der Änderungen

Zu bedauern ist freilich, dass diese höchst sinnvollen Vorschriften verfassungsrechtlich auf ausgesprochen wackeligen Füßen stehen. Zwar sind in materieller Hinsicht keine Bedenken gegen die neu eingefügten Vorschriften über den Öffentlichkeitszugang des Bundesrechnungshofes erkennbar – im Gegenteil: die gesetzlichen Änderungen gestalten das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur lückenlosen Finanzkontrolle durch den Bundesrechnungshof, den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen und dem Wunsch nach weitgehender Öffentlichkeit unter Beachtung des Grundsatzes praktischer Konkordanz sachgerecht aus. Doch in formeller Hinsicht ist das Verfahren zur Änderung der BHO zu rügen. Denn bei näherer Betrachtung der Genese des Gesetzes ist erkennbar, dass die Änderungen der BHO

18 Kritisch deshalb A. von Mutius, in: Zavelberg (Hrsg.), Die Kontrolle der Staatsfinanzen, 1989, S. 319; S. Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, 1974, S. 229; insgesamt skeptisch auch Knöpfle (Fußn. 17), S. 629 (632).

19 Wieland (Fußn. 15), 894 (903).

20 Knöpfle (Fußn. 17), S. 629 (633).

21 Zu dieser Problematik U. Hufeld, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rdnr. 17 ff.; H. Blasius, DÖV 2002, 415 ff.; von Mutius (Fußn. 18), S. 312 ff.; Knöpfle (Fußn. 17), S. 629 ff.; Wieland (Fußn. 15), 894 ff.; W. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 714 f.; H. H. von Arnim, Wirksame Finanzkontrolle bei Bund, Ländern und Gemeinden, 1978, S. 27 ff.; jüngst Vogt (Fußn. 6), S. 226 f.

22 Rossi (Fußn. 6), S. 195 f.

– anders als das Gesetz, als dessen Artikel 2 sie beschlossen wurden – nicht vom Bundesrat, sondern vom Haushaltsausschuss des Bundestages initiiert wurden.

1. Genese des Gesetzes

Die neuen Vorschriften der BHO wurden im Rahmen einer Anpassung des Finanzausgleichsgesetzes (FAG) beschlossen. Diese Änderung des FAG ging auf eine Initiative des Bundesrates vom 03.05.2013 zurück,²³ die ihrerseits auf einem Gesetzesantrag durch die Länder Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen vom 26.04.2013 beruhte.²⁴ Ihrem Antrag folgend, erklärte der Bundesrat den Gesetzentwurf für eilbedürftig i.S.d. Art. 76 Abs. 3 Satz 4 GG, um zu gewährleisten, dass das Gesetz noch innerhalb der 17. Legislaturperiode beschlossen werden konnte. Das FAG betraf weder in förmlicher Hinsicht die Vorschriften der BHO noch in inhaltlicher Hinsicht die Aufgaben und Befugnisse des Bundesrechnungshofes. Vielmehr passte es nur die Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen, die die ostdeutschen Flächenländer nach § 11 Abs. 3a FAG zum Ausgleich der Sonderlasten durch die strukturelle Arbeitslosigkeit erhalten, an neu erhobene Daten an – die Höhe der diesen Ländern zu gewährenden Zuweisungen verringerte sich um 30 Mio. Euro. Ausschließlich mit diesem Inhalt wurde der Gesetzentwurf des Bundesrates nebst Stellungnahme der Bundesregierung am 08.05.2013 in den Bundestag eingebracht.²⁵ Der Bundestag überwies den Gesetzentwurf in der ersten Beratung am 16.05.2013 an den federführenden Haushaltsausschuss sowie an den Ausschuss für Arbeit und Soziales.²⁶

Erst der Haushaltsausschuss empfahl sodann mit Beschluss vom 12.06.2013, den Gesetzentwurf zum FAG auch für die skizzierten Änderungen der BHO zu nutzen, die die Informationstätigkeit des BRH betreffen.²⁷ Aus dem »Entwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung des Finanzausgleichsgesetzes« wurde auf diese Weise der »Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Finanzausgleichsgesetzes und der Bundeshaushaltsordnung.« Dem Vorschlag lag ausweislich der dokumentierten Beschlussempfehlung ein Schreiben des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit vom 10.06.2013 zur beabsichtigten Änderung der BHO vor,²⁸ ohne dass deutlich wäre, welchen Inhalt dieses Schreiben hatte. Hinsichtlich des eigentlichen FAG schlug der Haushaltsausschuss keine Änderungen vor.

Dass die Empfehlung im Haushaltsausschuss fraktionsübergreifend – also ohne Gegenstimmen – beschlossen wurde, wurde im Rahmen der zweiten Beratung des Gesetzes im Plenum am 13.06.2013 von allen fünf Rednern hervorgehoben. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Änderungen der BHO fand dabei so gut wie nicht statt. Vielmehr beschränkten sich die Wortbeiträge darauf »zu begrüßen«, dass der Zugang zu Prüfungsergebnissen und Berichten des Bundesrechnungshofes konkretisiert wurde. Aus dem Wortbeitrag von *Claus Roland* (Die LINKE) ist ersichtlich, dass der Haushaltsausschuss seinerseits eine einstimmige Empfehlung des Rechnungsprüfungsausschusses umgesetzt hatte. *Otto Fricke* (FDP) betonte die Bedeutung der Vorschriften für nicht abgeschlossene Prüfungsverfahren und vom Parlament noch nicht beratene Berichte, die von der Zugänglichkeit ausgenommen seien, um eine Gefährdung der externen Rechnungskontrolle zu verhindern und den Erfolg der parlamentarischen Finanzkontrolle zu sichern. Zugleich hob er

hervor, dass die neuen Regelungen von allen Fraktionen als »lex specialis« gegenüber dem IFG verstanden würden – eine Auffassung, die auch der Wortmeldung von *Priska Hinz* (Bündnis 90/DIE GRÜNEN) entnommen werden kann. Sie ließ es sich nicht nehmen, zweimal von den *Transparenzpflichten* des Bundesrechnungshofes zu sprechen. Angesichts dieses Zauberworts dürften auch letzte wache Geister im (schwach besetzten) Plenum keinen Grund mehr gesehen haben, ihr Vertrauen in die Empfehlung ihrer Fraktionskollegen im Ausschuss zu hinterfragen. So wundert es nicht, dass der Gesetzentwurf in der unmittelbar anschließenden dritten Beratung ohne Gegenstimmen angenommen wurde.²⁹

Der Bundesrat, dessen Zustimmung (zur Änderung des FAG, nicht zur Änderung der BHO) nach Art. 106 Abs. 4 Satz 2 GG erforderlich war, stimmte dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz am 05.07.2013 zu, ohne sich noch einmal inhaltlich mit dem von ihm selbst auf den Weg gebrachten Gesetz zu befassen.³⁰ Das Gesetz konnte daraufhin am 19.07.2013 in Kraft treten³¹ – der Bundespräsident hatte offensichtlich keine Zweifel an der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

2. Zulässigkeit und Grenzen von Beschlussempfehlungen

Solche Zweifel sind indes angebracht. Denn indem der Haushaltsausschuss den Vorschlag, die Vorschriften der BHO zu ändern, einfach auf den bereits in den Bundestag eingebrachten Entwurf des Gesetzes zur Änderung des FAG aufstapelte, hat er sich faktisch als Gesetzesinitiant betätigt³² und dadurch vor allem die Beteiligungsrechte des Bundesrates und der Bundesregierung missachtet.

Ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen ein Ausschuss in der Form sogenannter Beschlussempfehlungen Änderungen an einem in den Bundestag eingebrachten Gesetzentwurf vorschlagen darf, ist nicht abschließend geklärt. Bei genereller Betrachtung ist zunächst hervorzuheben, dass der jeweils federführende Ausschuss des Bundestages nicht vollständig an den an ihn überwiesenen Gesetzentwurf gebunden sein kann. Denn anderenfalls stellte der (zumeist ja von der Regierung eingebrachte) Gesetzentwurf faktisch bereits das spätere Gesetz dar, bliebe dem Bundestag praktisch nur die polarisierende Entscheidung zwischen Zustimmung oder Verweigerung.³³ Der Gesetzesinitiant hat, um es aus seiner Perspektive zu beschreiben, gegenüber dem Bundestag deshalb nur ein Recht auf Befassung, nicht ein Recht auf Befolgung.³⁴ Dies gilt auch gegenüber den Ausschüssen, an die der Bundestag kraft Geschäftsordnungsautonomie die Hauptarbeit an Gesetzentwürfen übertragen hat. Doch

23 BR-PlenProt 909, 229 D und BR-Drucks. 309/13(B).

24 BR-Drucks. 309/13.

25 BT-Drucks. 17/13427.

26 BT-PlenProt 17/240, S. 30169D – 30171D, (30170C).

27 BT-Drucks. 17/13931, S. 4.

28 BT-Drucks. 17/13931, S. 4.

29 BT-PlenProt 17/246, S. 31517D – 31520C.

30 BR-PlenProt 912, S. 400D – 401A; BR-Drucks. 490/13(B).

31 Gesetz vom 15.07.2013 – BGBl I S. 2395.

32 Grundlegend zu dieser Problematik T. Brandner, Jura 1999, 449 ff.; vgl. zur Problematik von »Omnibusgesetzen« auch H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 50 u. 312 ff.

33 J. Kersten, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rdnr. 19 (Loseblatt, Stand: 69. EL 2013).

34 Treffend Brandner (Fußn. 32), 449 (452).

Einigkeit besteht auf der anderen Seite darüber, dass dem jeweiligen Ausschuss kein initiativversetzender Spielraum eingeräumt ist.³⁵ Ob der jeweilige Ausschuss seine verbleibenden inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten in verfassungskonformer Weise nutzt oder sie in verfassungswidriger Weise überschreitet, ist somit letztlich immer eine Frage des Einzelfalls.³⁶

Stets gilt freilich, dass der jeweilige Ausschuss sich nicht auf das Gesetzesinitiativrecht des Bundestages aus Art. 76 Abs. 1 GG berufen kann. Denn erstens zielt die grundgesetzliche Formulierung »aus der Mitte des Bundestages« bei Berücksichtigung des präzisierenden § 76 GOBT auf die politischen, nicht auf die organisatorischen Untergliederungen des Bundestages. Selbst wenn also Mitglieder eines Ausschusses in Fraktionsstärke eine Gesetzesinitiative ergriffen, agierten sie als Summe von Abgeordneten und nicht etwa als Ausschuss. Und zweitens träfe eine solche Möglichkeit nicht die typische Konstellation einer Beschlussempfehlung, in der – wie hier – ein Ausschuss Vorschläge zur Änderung eines bereits eingebrachten und also mit Stellungnahmen der Bundesregierung bzw. des Bundesrates versehenen Gesetzentwurfs unterbreitet. Vielmehr ist es ja gerade der verfahrens- und zeitsparende Sinn von Änderungsbeschlüssen, dass das Gesetzesverfahren nicht von vorne beginnt, sondern mit der zweiten Beratung im Bundestag fortgesetzt werden kann.

Aus diesem Grunde unterscheidet die Geschäftsordnung des Bundestages die Einbringung einer Gesetzesvorlage aus der Mitte des Bundestages (§ 76 GOBT) von den Aufgaben der Ausschüsse (§ 62 GOBT). Vor allem aber bindet § 62 Abs. 1 Satz 2 GOBT die Ausschüsse als vorbereitende Beschlussorgane streng an die überwiesenen Vorlagen und öffnet diese Bindung nur in Bezug auf unmittelbar mit diesen in Sachzusammenhang stehende Fragen.³⁷ Eine Missachtung dieser Bestimmung der Geschäftsordnung, darüber herrscht in der Literatur Einigkeit, führt unabhängig von der genauen Rechtsnatur der Geschäftsordnung des Bundestages zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzgebungsverfahrens, weil sie Verfassungsrecht, namentlich Art. 76 Abs. 1 GG, konkretisiert.³⁸

Freilich bleibt der Begriff des »unmittelbaren Sachzusammenhangs« auslegungsfähig. Der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, dem nach § 127 Abs. 1 Satz 2 GOBT die Auslegung der Geschäftsordnung obliegt, hat den Passus 1984 zum Gegenstand einer Auslegungsentscheidung gemacht. Danach besteht ein unmittelbarer Sachzusammenhang (nur), »wenn die Ergänzungen am Gesetzgebungsgrund oder an den Gesetzgebungszielen der ursprünglichen Vorlage anknüpfen.«³⁹ In der Literatur – das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Problematik noch nicht geäußert⁴⁰ – wird dieser Maßstab zum Teil zusätzlich dadurch aufgeweicht, dass aus praktischen Gründen und angesichts des Wesens und der Aufgaben der Ausschussarbeit nur ein evidenter Verstoß bzw. Missbrauch zur Verfassungswidrigkeit des jeweiligen Gesetzes führen könne.⁴¹ Insofern mag eine Tendenz erkennbar sein, den Gestaltungsspielraum der Ausschüsse nicht zu sehr zu begrenzen. Zugleich wird allgemein eingeräumt, dass es Grenzen für die Beschlussempfehlungen der Ausschüsse gibt und geben muss. Denn das Grundgesetz und ihm folgend die Geschäftsordnung des Bundestages trennen ganz bewusst zwischen Initiativberechtigten auf der einen Seite und beschlussvorbereitenden Organen auf der anderen Seite.⁴²

3. Kein Zusammenhang zwischen Finanzausgleichsgesetz und Bundeshaushaltsordnung

Die Grenzen wurden im Falle der Änderungen der BHO deutlich überschritten.

Zunächst lag der Grund für die eigenmächtige Ergänzung des Änderungsgesetzes nicht in der Überweisung an den Ausschuss, sondern in einem Schreiben des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI).⁴³ Betrachtet man insofern die zeitliche Abfolge, wird die Anmaßung eines Initiativrechts besonders augenfällig. Denn das Schreiben des BfDI, das die Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses vom 12.06.2013 beeinflusste, datiert vom 10.06.2013.⁴⁴ Es konnte also dem Bundesrat zur Zeit seiner Initiative zur Änderung des FAG nicht vorgelegen haben. Vielmehr führte der Ausschuss einen Sachverhalt in einen Gesetzentwurf ein, der zeitlich erst nach der Initiative bekannt wurde. Die Änderung der BHO konnte schon deshalb nicht Teil der überwiesenen Vorlage sein.

35 Kersten (Fußn. 33), Art. 77 Rdnr. 19; J. Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 77 Rdnr. 33; B.-O. Bryde, JZ 1998, 115 (117 f.).

36 Kersten (Fußn. 33), Art. 76 Rdnr. 64, Art. 77 Rdnr. 19, Brandner (Fußn. 32), 449 (453).

37 Wörtlich lautet § 62 Abs. 1 Satz 2 GOBT: »Als vorbereitende Beschlussorgane des Bundestages haben [die Ausschüsse] die Pflicht, dem Bundestag bestimmte Beschlüsse zu empfehlen, die sich nur auf die ihnen überwiesenen Vorlagen oder mit diesen in unmittelbarem Sachzusammenhang stehenden Fragen beziehen dürfen.«

38 Brandner (Fußn. 32), 449 (454). Zu § 62 Abs. 1 Satz 2 GOBT auch Bryde (Fußn. 35), 115 (117 f.); Masing (Fußn. 35), Art. 77 Rdnr. 33.

39 Auslegungsentscheidung von 1984, dokumentiert in: Auslegungsentscheidungen des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, Februar 2013, S. 90. Auf diese 1984 geprägte Formulierung rekurrieren auch Brandner (Fußn. 32), 449 (454), und Masing (Fußn. 35), Art. 77 Rdnr. 33.

40 Allein die Entscheidung zu den Grenzen des Vermittlungsausschusses (BVerfGE 120, 56 (75)) mag eine gewisse Richtung vorgeben. Dort heißt es: »Entscheidend ist allein, dass sie im Gesetzgebungsverfahren vor dem Gesetzesbeschluss bekannt gegeben worden sind und die Abgeordneten in Wahrnehmung ihrer ihnen aufgrund ihres freien Mandats obliegenden Verantwortung die Möglichkeit hatten, diese zu erörtern, Meinungen zu vertreten, Regelungsalternativen vorzustellen und hierfür eine Mehrheit im Parlament zu suchen. Diese Möglichkeit wird verschlossen, wenn Regelungsgegenstände erst nach der letzten Lesung des Bundestages in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt werden. Die Abgeordneten werden stattdessen mit einem fertigen Gesetzentwurf konfrontiert, dessen einzelne Bestandteile sie in diesem Verfahrensabschnitt nicht mehr in das übliche Beratungsverfahren aufnehmen können. Dies ist nur vertretbar, wenn es sich sämtlich um Regelungsgegenstände handelt, die jedenfalls dem Grunde nach im Gesetzgebungsverfahren erkennbar geworden sind. Andernfalls können auch keine Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundestag und Bundesrat bestehen, auf deren Ausgleich das Vermittlungsverfahren zielt, da das Parlament mit dem Regelungsgegenstand noch nicht befasst war.« Allerdings kann diese Entscheidung aus zwei Gründen nicht unmittelbar auf Bundestagsausschüsse übertragen werden: Erstens unterscheidet sich der (verfassungsrechtlich fundierte) Vermittlungsausschuss in Zusammensetzung und Funktion von Ausschüssen des Bundestages und zweitens tritt er erst zu einem späteren Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens, nämlich nach dem im Plenum und d.h. unter den Augen der Öffentlichkeit gefassten Beschluss des Bundestages, in Erscheinung – das vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobene Argument, vom Vermittlungsausschuss erstmals formulierte Gesetzesinhalte unterliefen den Grundsatz der Öffentlichkeit, trägt bei Ausschussempfehlungen insofern nicht, die ja in zweiter und dritter Beratung jedenfalls noch die Chance auf Öffentlichkeit haben.

41 Kersten (Fußn. 33), Art. 77 Rdnr. 19: »... nur in besonderen Missbrauchsfällen belegen lassen ...« und »... auf vollkommen willkürliche Veränderungen und Erweiterungen eines Gesetzentwurfs beschränkt ...«.

42 Bryde (Fußn. 35), 115 (118); ihm folgend Brandner (Fußn. 32), 449 (454).

43 Vgl. BT-Drucks. 17/13931, S. 4 rechte Spalte oben: »Ihm lag dabei auf Ausschussdrucksache 17(8)6059 ein Schreiben des BfDI vom 10.06.2013 zur beabsichtigten Änderung der Bundeshaushaltsordnung vor.«

44 Vgl. BT-Drucks. 17/13931, S. 4.

Darüber hinaus besteht zwischen der Aktualisierung des FAG und der Änderung der BHO keinerlei unmittelbarer Sachzusammenhang. Die Vorschriften über die Zugänglichkeit von Prüfungsergebnissen und die Veröffentlichung von Bemerkungen und Sonderberichten des Bundesrechnungshofes knüpfen weder an den Gesetzgebungsgrund noch an die Gesetzgebungsziele der Änderung des FAG an. Hier geht es um eine Anpassung des finanziellen Ausgleichs für Bundesländer, die wegen struktureller Arbeitslosigkeit besondere Finanzleistungen zu erbringen haben, dort soll die Zugänglichkeit von Prüfungsprodukten des Bundesrechnungshofes geregelt werden. Der einzige Zusammenhang, der zwischen den beiden Änderungsgesetzen besteht, ist nicht inhaltlicher, sondern organisatorischer Art: Für beide Gesetze ist der Haushaltsausschuss federführend. Diese Zuständigkeitsübereinstimmung gibt ihm aber nur das Recht, sich überhaupt mit beiden Themen zu befassen, wie § 62 Abs. 1 Satz 3 GOBT festhält. Nicht hingegen befreit sie ihn von den sachlichen Grenzen von Beschlussempfehlungen.

Ohne dass es für die sachliche Unverbundenheit des FAG mit Vorschriften über die Zugänglichkeit von Prüfungsprodukten des Bundesrechnungshofes noch eines Beweises bedürfte, sei darauf hingewiesen, dass auch die formelle Erfassung der Gesetzgebung im Dokumentations- und Informationsservice (DIP) des Deutschen Bundestages indiziert, dass der eine Vorgang mit dem anderen nichts zu tun hat. Als Schlagwörter werden in den Basisinformationen über den Vorgang »Arbeitslosengeld II, Bundesergänzungszuweisung, Finanzausgleichsgesetz« und »Grundsicherung für Arbeitssuchende« geführt. Von Informationspflichten des Bundesrechnungshofes ist dort ebenso wenig die Rede wie überhaupt die BHO als betroffenes Gesetz aufgeführt wird.⁴⁵

Der Haushaltsausschuss hat das Gesetz zur Änderung des FAG also als »Omnibus« benutzt,⁴⁶ hat ihm die Regelungen über das Informationshandeln des Bundesrechnungshofes »aufgefropft«.⁴⁷ Er hat unter Missachtung des § 62 Abs. 1 Satz 2 GOBT einen völlig neuen Gesetzgebungsgegenstand in das Verfahren eingeführt, ohne dazu nach Art. 76 Abs. 1 GG berechtigt zu sein.

4. Folgen

Positiv gewendet mag die Änderung der BHO als Lehrbeispiel für die politische Praxis dienen, wie äußerst günstige Bedingungen genutzt bzw. geschaffen werden können, um komplexe und durchaus umstrittene Gesetzesänderungen zu bewirken: Erstens bestand nicht nur wegen der bevorstehenden Sommerpause, sondern wegen der nach der Sommerpause endenden Legislaturperiode ein enormer zeitlicher Druck, verschiedenste Gesetze noch zu verabschieden. Zweitens konnte sich das als Zugpferd, als »Omnibus«, dienende, geradezu »technisch« anmutende FAG sowohl der parteipolitischen wie auch der föderalen Zustimmung sicher sein. Und drittens wurde eine interfraktionelle Zustimmung auch zum aufgesattelten Änderungsgesetz durch geschicktes Betonen der Transparenzpflichten und Ausblenden ihrer Einschränkungen erreicht. Dem außenstehenden Betrachter bleibt – nicht zuletzt wegen der Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Rechnungsprüfungsausschusses – im Dunkeln, ob und durch wen diese Bedingungen aktiv geschaffen oder lediglich passiv genutzt wurden. In jedem Fall könnte das Kalkül im

Ergebnis aufgehen. Denn während die Missachtung des § 62 Abs. 1 Satz 2 GOBT und die durch sie indizierte Verletzung des Art. 76 Abs. 1 GG zwar theoretisch-normativ zur Nichtigkeit der geänderten Normen führt, können sie praktisch folgenlos bleiben.

In theoretisch-normativer Hinsicht mag man darüber streiten, ob bloß formelle Verfassungsverstöße die Nichtigkeit eines Gesetzes begründen können, wenn in materieller Hinsicht doch keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken gegen die beschlossenen Bestimmungen bestehen. Insbesondere wenn Regelungen – wie hier – ohne Gegenstimmen beschlossen wurden, ist die Versuchung groß, eine etwaige Nichtigkeit als bloße Förmel zu kritisieren. Dieser Streit soll hier nicht entfaltet werden. Denn Einigkeit besteht darin, dass ein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Verfahrensvorschriften jedenfalls dann zur (Teil-)Nichtigkeit des Gesetzes führt, wenn die Vorschrift zwingend ist und der Gesetzesbeschluss auf dem Verstoß beruht.⁴⁸ Die abschließende Aufzählung der Initiativberechtigten in Art. 76 Abs. 1 GG ist solch zwingender Natur.⁴⁹ Zudem hätten weder der Bundestag noch anschließend der Bundesrat über die Änderungen der BHO beschließen können, wenn nicht der Haushaltsausschuss entsprechende Änderungsvorschläge in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt hätte. Dieser Teil des Artikelgesetzes beruht somit auf dem Verstoß, so dass viel für die Rechtsfolge der Nichtigkeit spricht. Das vermeintlich pragmatische Argument, dass doch alle politischen Parteien im Bundestag den Änderungen der BHO zugestimmt haben, trägt in einer konstitutionellen Demokratie ebenso wenig wie die Überlegung, der Bundesrat hätte die Änderungen noch erkennen können, als er wegen der Zustimmungspflichtigkeit der Änderungen des FAG noch einmal über das Gesetz entscheiden musste. Abgesehen davon, dass der vom Haushaltsausschuss vorgeschlagene und vom Bundestag übernommene Titel des Gesetzes »zur Änderung des Finanzausgleichsgesetzes und der Bundeshaushaltsordnung« den in Zeitnot agierenden Mitgliedern des Bundesrates keinen Hinweis darauf gab, dass hier über den eigenen Gesetzentwurf hinaus noch ein gänzlich anderes Sachgebiet neu geregelt worden ist, kann eine Verletzung des Rechts auf Stellungnahme nicht durch die spätere Möglichkeit, über einen Einspruch zu entscheiden, geheilt werden.

In praktischer Hinsicht ist hingegen zu betonen, dass die formelle Verfassungswidrigkeit der Änderungen der BHO nur vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden kann, dass die Vorschriften mit anderen Worten bis zu einer entsprechenden Entscheidung als verfassungsmäßig gelten und somit entsprechende Bindungswirkung erzeugen. Ob es allerdings überhaupt je zu einer Befassung des Bundesverfassungsgerichts kommen wird, erscheint überaus zweifelhaft. Die Wahrscheinlichkeit eines Antrags auf abstrakte Normenkontrolle dürfte angesichts der parteilichen und föderalen Zustimmung zu dem Änderungsgesetz jedenfalls sehr gering und jedenfalls während der Legislaturperiode der Großen

45 Vgl. eine Abfrage unter DIP, ID: 17-52773.

46 Zur Terminologie Schulze-Fielitz (Fußn. 32), S. 50 u. 312 m.w.N.

47 So die Terminologie von Brandner (Fußn. 32), 449 (454).

48 BVerfG, Urt. v. 10.05.1977 – 2 BvR 705/75 – BVerfGE 44, 308 (313); Kersten (Fußn. 33), Arr. 76 Rdnr. 117, dort auch m.w.N. zu abweichenden Ansichten; Brandner (Fußn. 32), 449 (455); Bryde (Fußn. 35), 115 (119 f.); B. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 76 Rdnr. 1a.

49 Siehe nur Brandner (Fußn. 32), 449 (455).

Koalition ausgeschlossen sein.⁵⁰ Allerdings darf die Möglichkeit nicht unterschätzt werden, dass die Änderungen der BHO im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens auf den verfassungsgerichtlichen Prüfstand geraten. Wenn etwa ein Verwaltungsgericht mit der Frage befasst werden sollte, ob und in welchem Ausmaß die neuen Vorschriften der BHO die Anwendbarkeit des IFG sperren, ist der Weg zu einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht weit und stünde jedenfalls offen.

Ob das Bundesverfassungsgericht dann die Nichtigkeit der neu eingefügten Bestimmungen feststellen oder die formellen Zweifel aus pragmatischen Gründen hinter die materielle Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften anstellen würde, vermag nicht prognostiziert zu werden. Zu bedauern ist gleichwohl noch einmal, dass über den sinnvollen und in inhaltlicher Hinsicht verfassungskonformen Vorschriften nur wegen ihres unsauberen Zustandekommens das Damokles-Schwert der Nichtigkeit schwebt. Die gesetzlichen Pfeiler des Informationshandelns des Bundesrechnungshofes sollten auf sicherem Fundament stehen, damit sie nicht bei kleinsten Widrigkeiten ins Wackeln geraten oder gar einstürzen.

V. Ausblick

Der Bundesrechnungshof verfügt nach geltendem Recht nun explizit über verschiedene Zugänge zur Öffentlichkeit. Ein in der wissenschaftlichen Literatur geführter Meinungsstreit ist damit beendet, ebenso sicherlich manche Unsicherheit bei den Mitgliedern des Bundesrechnungshofes.

Wie, in welchem Umfang und mit welchen Wirkungen der Bundesrechnungshof diese Zugänge nun nutzt, ist allein seiner eigenen Entscheidung überlassen. Eine gewisse Selbstbeschränkung wird ihm dabei angeraten werden müssen.⁵¹ Denn in dem Maße, in dem sich der Bundesrechnungshof als institutionalisiertes Kontrollorgan der Öffentlichkeit (und d.h. natürlich auch der Medien) bedient, um die Wirksamkeit sei-

ner Prüfungen zu erhöhen und den Kontrollierten ein Lernen zu ermöglichen,⁵² lässt er sich auf die besonderen (Spiel-)Regeln der Öffentlichkeit ein, die nicht leicht zu durchschauen und zu beherrschen sind.⁵³ Er konkurriert zudem mit einer Vielzahl von anderen Kontrollinitiativen, die sämtlich die Wirkungen der Öffentlichkeit für ihre Zwecke nutzen wollen. Sein besonderer Prüfungsmaßstab, die Wirtschaftlichkeitsprüfung, mag im Nebeneinander mit anderen Maßstäben durchaus einmal zurücktreten. So mag sich im Einzelfall in der öffentlichen Meinung eine primär an politischen Maßstäben und an einer »Gesamtbilanz« orientierte positive Erfolgsbewertung über eine am Maßstab der Wirtschaftlichkeit gefundene negative Einzelbilanz eines Postens hinwegsetzen, denn die Auffassung des Bundesrechnungshofes ist nur eine von vielen auf dem Markt der öffentlichen Meinung.

Insgesamt ist die Möglichkeit, den Prüfungen des Bundesrechnungshofes mit der Öffentlichkeit mehr Wirksamkeit zu verleihen, ebenso Chance wie Risiko. Wie das Bundesverfassungsgericht sein Verhältnis zu den von ihm kontrollierten staatlichen Organen, insbesondere auch zu den gesetzgebenden Körperschaften, nur durch ein gewisses Maß an richterlicher Zurückhaltung dauerhaft bestimmen kann und seine (hohe) Akzeptanz weniger auf seiner rechtlich eingeräumten Verwerfungsbefugnis als vielmehr auf der Überzeugungskraft seiner ausgewogenen Entscheidungen beruht, muss sich auch der Bundesrechnungshof eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, um nicht nur Zugang zur Öffentlichkeit zu haben, sondern diese auch tatsächlich im Interesse der effektiven Finanzkontrolle nutzen zu können.

50 Obwohl ihm prozessrechtlich jedenfalls nicht die faktionsübergreifende Zustimmung zum Gesetz entgegenstünde – vgl. BVerfGE 90, 286 (339).

51 Folgende Überlegung schon bei Rossi (Fußn. 6), S. 201 f.

52 Vgl. Rossi (Fußn. 13), S. 274.

53 Zur Öffentlichkeitskontrolle A. Scherzberg, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 49 ff.

Abwägung und Alternativenprüfung beim Stromnetzausbau – Zum aktuellen Streitstand

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Prof. Dr. Tobias Leidinger, Düsseldorf*

Der bedarfsgerechte Ausbau der Stromnetze gehört unbestritten zu den entscheidenden Voraussetzungen für das Gelingen der Energiewende. Für eine rechtssichere Gestaltung des mehrstufigen Planungsprozesses kommt es darauf an, dass die planungsrechtlichen Grundsätze der Abwägung und Alternativenprüfung jeweils richtig angewendet werden. Insoweit ist festzustellen, dass bereits eine Reihe von Streitpunkten bestehen. Der Beitrag zeigt auf, welche Maßgaben bei der Netzentwicklungsplanung insoweit Geltung beanspruchen und wie sie sich – richtig verstanden – sowohl im Bereich der Bedarfsplanung als auch auf der Ebene der Vorhabenzulassung jeweils auswirken.

I. Einführung: Stromnetzausbau – Das Konzept des Gesetzgebers

Der Ausbau länderübergreifender oder grenzüberschreitender Höchstspannungsleitungen erfolgt seit 2011 im Rahmen ei-

nes gestuften Planungs- und Zulassungsregimes, bestehend aus fünf aufeinander abgestimmten Stufen: Stufe 1 – Szenariorahmen, Stufe 2 – Netzentwicklungsplan/Offshore-Netzentwicklungsplan, Stufe 3 – Bundesbedarfsplan, Stufe 4 – Bundesfachplanung, Stufe 5 – Planfeststellung. Die fünf Stufen können in den Bereich der Bedarfsplanung (Stufe 1–3) und der Vorhabenzulassung (Stufe 4 und 5) unterschieden werden. Materiell-rechtlich geht es auf sämtlichen Stufen um Planung: Einerseits zur Bestimmung des energiewirtschaftlichen Bedarfs für den Netzausbau, andererseits um die Festlegung der Trassenkorridore und konkreten Trassenverläufe. Planung folgt keinem Konditionalprogramm (»wenn-dann-Schema«), das nur eine richtige Entscheidung

* Prof. Dr. Tobias Leidinger ist Rechtsanwalt bei Gleiss Lutz, Düsseldorf. Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum sowie Direktor am dortigen Institut für Berg- und Energierecht. Der Beitrag beruht auf dem dort von ihm am 16.01.2014 unter gleichnamigen Titel gehaltenen Vortrag.