

Inhaltsverzeichnis

A. Das Phänomen des Gesetzgebungsoutsourcings und seine Einordnung.....	17
I. Begriff des Gesetzgebungsoutsourcings	17
1. Fälle des Gesetzgebungsoutsourcings	18
2. Ablauf der Beauftragung einer Rechtsanwaltskanzlei	20
3. Gründe für die Beauftragung einer Rechtsanwaltskanzlei	20
4. Beschränkung der Untersuchung auf formelle Gesetze	22
II. Vergleichbarkeit des Gesetzgebungsoutsourcings mit privater Rechtsetzung	22
1. Abgrenzung zur staatlichen Rechtsetzung anhand der Normgebereigenschaft	22
a) Verantwortlichkeit als Kriterium	23
b) Inhaltliche Erstellung als Kriterium	24
c) Vorgabenfreie Erstellung als Kriterium	24
2. Übertragung der Normgebereigenschaft auf Private	26
a) Übertragung durch Beleihung	26
b) Übertragung durch Verweisungen	28
aa) Verweis auf vergaberechtliche Verdingungsordnungen	28
bb) Verweis auf Tarifverträge	29
cc) Verweis auf DIN-Normen	31
dd) Vergleichbarkeit privat erstellter Gesetzentwürfe	32
3. Ergebnis	33
III. Vergleichbarkeit des Gesetzgebungsoutsourcings mit sachverständiger Beratung	34
1. Begriff des Sachverständigen	34

a) Sachkunde	34
b) Objektivität	35
c) Rechtsanwälte als Sachverständige	35
2. Vorrangige Beratung durch staatsinterne Wissensressourcen	36
a) Beschränkte Zuständigkeit der internen Berater in der Theorie	36
b) Beteiligung interner Berater an der Staatsleitung in der Praxis	38
3. Beratung durch externe Sachverständige	39
a) Formen der Beratung	40
aa) Art des Sachverständigen	40
bb) Anlass und Form der Beratung	40
b) Bedenken gegen die externe Beratung	41
aa) Interessenvertreter als Sachverständige	41
bb) Beratung als Mitentscheidung	41
4. Ergebnis	42
B. Verfassungsrechtliche Probleme des Gesetzgebungsoutsourcings	45
I. Verstoß gegen das Demokratieprinzip	45
1. Repräsentative Demokratie als Prüfungsmaßstab	46
a) Demokratie als Verfassungsprinzip	46
b) Repräsentative Demokratie	47
2. Legitimation staatlicher Entscheidungen	49
a) Legitimation durch Verfahren	49
aa) Initiativrecht der Bundesregierung nach Art. 76 Abs. 1 GG	49
(1) Regelungslücke bezüglich der Erstellung von Gesetzentwürfen	50

(2) Reichweite des Initiativrechts.....	51
(a) Funktionen des Initiativrechts.....	51
(b) Inhalt des Rechts zur Gesetzesinitiative	52
(c) Pflicht zur Gesetzesinitiative?	55
(aa) Initiativpflicht.....	55
α) Initiativpflicht aus Gesetzgebungspflicht	56
αα) Gesetzgebungspflichten aus Unionsrecht	56
ββ) Gesetzgebungspflichten aus Verfassungsrecht.....	58
β) Initiativpflicht aus Aufforderung eines anderen Initiativberechtigten	62
γ) Initiativpflicht aus Aufforderung zur (Neu-)Regelung durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	65
δ) Initiativpflicht aus Selbstverpflichtung	65
ε) Initiativpflicht aus Koalitionsvereinbarungen	66
(bb) Pflicht zur eigenen Einbringung des Gesetzentwurfs.....	67
α) Regelfall: Eigene Einbringung beim Bundestag.....	67
β) Sonderfall: Einbringung einer Regierungsvorlage „aus der Mitte des Bundestages“ zur Verfahrensbeschleunigung	67
αα) Ansicht in der Literatur: Nur Verfassungswidrigkeit des Verfahrens, nicht aber des Gesetzes	68
ββ) Kritik an dieser Ansicht und Lösungsmöglichkeiten	69
ααα) Historische Betrachtungsweise	69
βββ) Sinn und Zweck der Verfahrensvorschriften.....	71
γγγ) Vorzugswürdige Betrachtung: Abstellen auf die Verantwortlichkeit nach außen	71

(cc) Pflicht zur eigenen Erstellung des Gesetzentwurfs	72
(dd) Ergebnis	73
bb) Vorgaben an die Entstehung eines Gesetzentwurfs durch die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien.....	74
cc) Einhaltung des „äußeren Gesetzgebungsverfahrens“	76
(1) Verhältnis von Bundestag und Bundesrat	76
(2) Beschluss über die Gesetzesvorlage im Bundestag	77
(a) Grundsatz der drei Lesungen nach der GOBT.....	77
(b) Auswirkungen eines Verstoßes gegen die GOBT	80
(3) Notwendige Beteiligung des Bundesrates	81
(a) Einspruchsgesetze	82
(b) Zustimmungsgesetze	82
(4) Inkrafttreten des Gesetzes.....	83
(5) Ergebnis	86
b) Legitimationsdefizit durch mangelnde Unabhängigkeit	87
aa) Eigenverantwortlichkeit der Bundesregierung	89
bb) Verantwortungszusammenhang	90
(1) Verantwortung gegenüber dem Parlament	90
(2) Verantwortung gegenüber dem Legitimationssubjekt „Volk“	92
(a) Meinungsbildung des Volkes.....	92
(b) Prinzip der Öffentlichkeit	93
(c) Insbesondere: Transparenzgebot.....	95
cc) Ergebnis	96

II. Verstoß gegen das Gemeinwohl	98
1. Begriffsbestimmung: Grundentscheidung für den Individualismus	98
a) Verwirklichung des Gemeinwohls durch Wahrnehmung von Partialinteressen.....	99
b) Verwirklichung des Gemeinwohls in der Gemeinschaft	100
aa) Bindung des Staates an die Grundrechte	100
bb) Schrankensetzung durch gemeinwohlfreundliche Prozesse	103
(1) Kompromissbildung durch Verfahren	103
(2) Kompromissbildung durch Gesetzgebungsoutsourcing?	106
2. Gemeinwohlverstoß durch Interessenkollisionen	106
a) Interessenorientierte Anwaltstätigkeit.....	107
b) Interessenorientierte Erstellung von Gesetzentwürfen	110
3. Gemeinwohlverstoß durch Distanzverlust zwischen Rechtspflege und Gesetzgebung	112
a) Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege	112
b) Anwaltliche Gesetzgebung?.....	113
4. Gemeinwohlverstoß durch Rollenkonflikte in Bezug auf die spätere anwaltliche Mandatsarbeit	115
5. Ergebnis.....	116
III. Verstoß gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	116
1. Anwendungsvoraussetzung: Vorliegen hoheitlicher Befugnisse	117
a) Definition der „hoheitlichen Befugnisse“	117
aa) Enger Hoheitsbegriff	117
bb) Erweiterter Hoheitsbegriff	118

cc) Vermittelnde Ansicht	118
b) Erstellung eines Gesetzentwurfs als hoheitliche Tätigkeit	119
2. Folge der Anwendung: Beschäftigung von Berufsbeamten i.S.d. Art. 33 Abs. 4 GG	121
a) Begriff des öffentlichen Dienstes	121
b) Begriff des öffentlichen Dienst- und Treueverhältnisses	122
3. Ergebnis	123
IV. Gesamtergebnis	124
C. Lösungsansätze <i>de lege lata</i>	127
I. Vergaberechtlicher Lösungsansatz	127
1. Ausschreibung der Leistungen	127
a) Vergaberechtlicher Regelungsaufbau	127
b) Differenzierung nach der Art des Auftrags: Rechtliche Beratung	129
aa) Freiberufliche Leistung	129
bb) Keine vorab eindeutig und erschöpfend zu beschreibende Lösung	130
c) Differenzierung nach dem Wert des Auftrags	131
aa) Oberschwellige Vergabe	131
(1) Vorgaben des sekundären Unionsrechts	132
(a) Beschränkte Anwendbarkeit auf rechtliche Beratung	132
(b) Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten	133
(2) Vorgaben des GWB	134
(a) Öffentlicher Auftrag	134
(b) Öffentlicher Auftraggeber	136

(c) Prinzipien des Vergaberechts.....	137
(aa) Wettbewerbsgrundsatz	137
(bb) Transparenzgebot.....	138
(cc) Gleichbehandlung im Wettbewerb.....	141
(dd) Berücksichtigung mittelständischer Interessen	143
(ee) Vergabe an fachkundige, leistungsfähige, gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen	144
(ff) Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot	147
(3) Vorgaben des primären Unionsrechts.....	148
(a) Anwendbarkeit des Primärrechts	148
(b) Binnenmarktrelevanz der Vergabe	149
(c) Anwendung der Grundfreiheiten	151
(aa) Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit.....	151
(bb) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	154
(cc) Rechtfertigung.....	156
(d) Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Primärrechts	157
(aa) Gleichbehandlungsgebot.....	157
(bb) Transparenzgebot.....	158
(4) Vorgaben der VOF	158
(a) Beschränkte Anwendbarkeit auf rechtliche Beratung	159
(aa) Aufgabenbeschreibung.....	159
(bb) Informationen über die Auftragserteilung	160
(b) Eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse	161

(5) Ergebnis	162
bb) Unterschwellige Vergabe	163
(1) Vorgaben des Haushaltsrechts	163
(a) Anwendung der Verdingungsordnungen	164
(b) Grundsätze des Haushaltsrechts	166
(aa) Gebot der Sparsamkeit	166
(bb) Gebot der Öffentlichkeit	166
(2) Vorgaben des primären Unionsrechts	167
(3) Ergebnis	169
2. Rechtsschutzmöglichkeiten benachteiligter Anwaltssozietäten	170
a) Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte	170
aa) Primärer Rechtsschutz	170
bb) Sekundärer Rechtsschutz	172
(1) Schadensersatzanspruch aus § 126 GWB	173
(2) Schadensersatzanspruch aus §§ 33, 20 Abs. 1 GWB	174
(3) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (<i>culpa in contrahendo</i>)	175
(4) Ansprüche aus Deliktsrecht	176
(a) Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB	176
(b) Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB	177
(aa) Verdingungsordnungen als Schutzgesetze	177
(bb) Grundrechte als Schutzgesetze	177
(cc) Grundfreiheiten als Schutzgesetze	180

(dd) Verschulden und Schaden	180
(c) Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB	181
b) Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	182
aa) Primärer Rechtsschutz	182
(1) Verwaltungsgerichtlicher Primärrechtsschutz	182
(2) Zivilgerichtlicher Primärrechtsschutz	183
bb) Sekundärer Rechtsschutz	183
(1) Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (<i>culpa in contrahendo</i>)	184
(2) Ansprüche aus Deliktsrecht	184
(a) Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB	184
(b) Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB	184
(c) Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB	185
c) Ergebnis	185
II. Beamtenrechtlicher Lösungsansatz: Verbot der gleichzeitigen Arbeit an Mandaten	185
1. Art. 12 GG im Anwendungsbereich des Beamtenrechts	186
2. Abweichende Betrachtung bei der Erstellung von Gesetzentwürfen durch Private?	188
III. Ergebnis: Effizienz der Lösungen	189
1. Beseitigung des Verstoßes gegen das Demokratieprinzip	189
2. Beseitigung der Gemeinwohlschädlichkeit	189
3. Beseitigung des Verstoßes gegen den Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG ..	191
D. Alternativen zur Praxis des Gesetzgebungsoutsourcings und Lösungsansätze <i>de lege ferenda</i>	193

I. Erstellung des Entwurfs durch Staatsbedienstete	193
II. Kooperative Erstellung des Gesetzentwurfs	194
III. Gesetzliche Ermächtigung zur Beauftragung Privater	194
1. Regelung durch einfachrechtliche Ermächtigung	195
2. Regelung durch verfassungsrechtliche Ermächtigung	196
IV. Kontrollmöglichkeiten zur Einhaltung des Verfahrens	196
1. (Selbst-)Kontrolle der Kanzleien durch gesetzlichen Zwang zur Offenlegung empfangener Gehälter	196
2. (Selbst-)Kontrolle der Bundesregierung durch transparente Regierungsarbeit	197
3. Kontrolle durch unabhängige Staatsorgane.....	199
a) Erste Kontrolle durch den Bundestagspräsidenten	199
b) Hauptsächliche Kontrolle durch den Bundestag im Gesetzgebungsverfahren	200
V. Ergebnis	200
E. Schlussbetrachtung	203
Literaturverzeichnis.....	207