

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Das Phänomen des Gesetzgebungsoutsourcings und seine Einordnung .....</b>	<b>17</b>
<b>I. Begriff des Gesetzgebungsoutsourcings .....</b>	<b>17</b>
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
<b>II. Vergleichbarkeit des Gesetzgebungsoutsourcings mit privater Rechtsetzung .....</b>	<b>22</b>
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
<b>III. Vergleichbarkeit des Gesetzgebungsoutsourcings mit sachverständiger Beratung .....</b>	<b>34</b>
<b>1. Begriff des Sachverständigen .....</b>	<b>34</b>

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 Sachverstands .....	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>B. Verfassungsrechtliche Probleme des Gesetzgebungsoutsourcings .....</b>	<b>45</b>
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
(I) Regelungslücke bezüglich der Erstellung von Gesetzentwürfen .....	50

<b>(2) Reichweite des Initiativrechts.....</b>	<b>51</b>
(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 „äußereren 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

<b>II. Verstoß gegen das Gemeinwohl .....</b>	<b>98</b>
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
<b>III. Verstoß gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG .....</b>	<b>116</b>
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

<b>(c) Prinzipien des Vergaberechts.....</b>	<b>137</b>
(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 Bundespräsidenten .....	199
b) Hauptsächliche Kontrolle durch den Bundestag im Gesetzgebungsverfahren .....	200
V. Ergebnis .....	200
E. Schlussbetrachtung .....	203
Literaturverzeichnis .....	207