



Julia Leven

Gesetzgebungsoutsourcing

Verfassungsrechtliche Probleme
der Inanspruchnahme Privater zur
Erstellung von Gesetzentwürfen

A. Das Phänomen des Gesetzgebungsoutsourcings und seine Einordnung

Der Begriff „Gesetzgebungsoutsourcing“ wirkt auf den ersten Blick selbsterklärend: „Outsourcing“ setzt sich zusammen aus den englischen Begriffen „outside“ (außen), und „resources“ (Ressourcen) und bedeutet, dass bisher selbst erbrachte Leistungen von externen Auftragnehmern ausgeführt werden.¹ Hierdurch wird regelmäßig eine Erhöhung der Effektivität und Produktivität angestrebt. Probleme bereitet jedoch die Kombination des „Outsourcings“ mit der Gesetzgebung. Die vorliegende Untersuchung umfasst nicht den gesamten Bereich der Gesetzgebung, sondern lediglich die Auslagerung der Erstellung von Gesetzentwürfen, somit das „innere Gesetzgebungsverfahren.“

Im Folgenden soll erörtert werden, inwiefern die Auslagerung der Erstellung von Gesetzentwürfen möglich ist, welche Ziele hiermit verfolgt werden und welche verfassungsrechtlichen Probleme sich in diesem Zusammenhang ergeben.

I. Begriff des Gesetzgebungsoutsourcings

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die immer populärer werdende Übung der Bundesregierung, von ihr initiierte Gesetzentwürfe durch private Rechtsanwaltskanzleien erstellen zu lassen und die verfassungsrechtlichen Probleme, die sich hieraus ergeben.² Insofern böte sich zur Bezeichnung des Untersuchungsgegenstandes auch der Begriff des „Gesetzentwurfsoutsourcing“ an. Im Folgenden soll jedoch weiterhin auf den Begriff des „Gesetzgebungsoutsourcings“ abgestellt werden, da sich dieser bereits in der Debatte als gängige Bezeichnung etabliert hat.³

Geklärt werden muss zunächst, wie die Tätigkeit der Privaten rechtlich einzuordnen ist.

Vergleichbare Problemfelder sind die private Rechtsetzung sowie die sachverständige Beratung des Staates. In einer Bestandsaufnahme sind sowohl die

-
- 1 Brockhaus, Enzyklopädie online, http://www.brockhaus-enzklopaedie.de/be21_article.php (Abruf am 27.07.2010).
 - 2 Die Beauftragung einer Rechtsanwaltskanzlei durch andere Initiativberechtigte ist zwar ebenfalls denkbar, praktisch aber von geringer Relevanz. Es soll daher hier nur die Beauftragung durch die Bundesregierung untersucht werden.
 - 3 Vgl. zu dieser Bezeichnung Filges, BRAK-Mitt. 6/2010, 239; Kloepfer, Gesetzgebungsoutsourcing; ders., NJW 2011, 131; Krüper, JZ 2010, 655.

Fälle des Gesetzgebungsoutsourcings als auch dessen Vergleichsfälle darzustellen, um in einem weiteren Schritt aus ihrer Behandlung mögliche Lösungsmöglichkeiten der Probleme um das Phänomen des Gesetzgebungsoutsourcings entwickeln zu können.

1. Fälle des Gesetzgebungsoutsourcings

In den ersten beiden Wahlperioden nach Gründung der Bundesrepublik kam es mit 805 Initiativen in der ersten und 861 Initiativen in der zweiten Periode zwar zu relativ vielen Gesetzesvorlagen, in der darauffolgenden Zeit regulierte sich die Initiativflut aber wieder und blieb bis zur 12. Wahlperiode konstant niedriger bei durchschnittlich nur 606 Vorlagen.⁴ Ab der 12. Wahlperiode stieg die Zahl der eingebrachten Vorlagen dann wieder an und bewegte sich mit 895 Initiativen in der 12. Periode⁵, 1013 Vorlagen in der 13. Periode⁶ sowie deren 1013 in der 14. Periode⁷ auf einem Rekordhoch. Erst in der 15. Wahlperiode sank die Zahl der vorgebrachten Entwürfe wieder auf 763.⁸

Eine äquivalente Entwicklung der Konsultation Privater zu der Zahl der eingebrachten Gesetzesvorlagen ist nicht eindeutig erkennbar. Allerdings kann der Statistik entnommen werden, dass externe Berater erst seit dem Jahre 1990 an Gesetzentwürfen mitwirken.⁹ Zunächst trat das Phänomen des Gesetzgebungsoutsourcings nur recht sporadisch auf, in den Jahren von 1990 bis 1999 ist lediglich eine Vergabe eines solchen Auftrags an Private bekannt. Seit Beginn des 21. Jahrhundert steigt die Zahl der Beauftragung Privater zur Erstellung von Gesetzentwürfen beständig an. Bis 2009 haben Private an verkündeten Gesetzen in 61 Fällen mitgewirkt, davon entfielen allein 16 auf das Jahr 2009. Interessant für die vorliegende Untersuchung sind dabei vor allem die letzteren Aufträge:

In den Jahren 2008 und 2009 berieten mehrere Sozietäten die Bundesregierung bezüglich der Finanzmarktgesetzgebung. Von der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer wurde 2008 zum einen das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG¹⁰) entworfen, weiterhin aber auch die Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung (FMStF¹¹) sowie das Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz (FMStErgG¹²). An diesem wirkte auch die Sozietät Hengeler Müller mit.

4 v. Beyme, Der Gesetzgeber, S. 70.

5 Vgl. GESTA 12

6 Vgl. GESTA 13

7 Vgl. GESTA 14

8 Vgl. GESTA 15

9 Anlage 1 zu BT-Drs. 16/14133 v. 26.10.2009, S. 6.

10 BT-Drs. 16/10651 v. 17.10.2008, BGBl. I 2008, S. 1982.

11 BGBl. I 2008, S. 2074.

12 BT-Drs. 16/12100 v. 03.03.2009.

Freshfields Bruckhaus Deringer wurde dabei vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) beauftragt, Hengeler Müller vom Bundesinnenministerium (BMI). Weiterhin beauftragte das Bundesfinanzministerium im Jahre 2009 die Kanzlei White & Case zur Erstellung des Gesetzes zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes sowie anderer Gesetze.¹³ Die hierfür gezahlten Honorare wurden dabei nicht veröffentlicht.

Bezüglich der konkret erbrachten Leistungen durch die Kanzleien gibt die Bundesregierung an, es sei „insbesondere der gesellschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Sachverstand der mandatierten Rechtsanwälte konsultativ herangezogen“¹⁴ worden. Im Übrigen beruft sie sich auf die Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.¹⁵

Schließlich erhielt die Kanzlei Linklaters im gleichen Jahr vom Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) den Auftrag zur Erstellung eines Restrukturierungsverwaltungsmodells. Die gezahlten Honorare für diese Aufträge wurden von der Bundesregierung als vertraulich eingestuft und ebenfalls nicht offen gelegt.¹⁶

Das Restrukturierungsmodell war dazu bestimmt, die Stabilität der Finanzmärkte zu sichern, ohne gleichzeitig eine Enteignung der Banken durchzuführen, wie das Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz dies vorsah. Dabei betraf die Regelung auch Gegenstände, die eigentlich durch das Kreditwesengesetz geregelt werden. Für die Ausarbeitung von dessen Ergänzungen ist nun federführend das Bundesministerium der Finanzen zuständig. Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) überwachte den Vorgang. Durch Kabinettsbeschluss der Bundesregierung wurde am 18. Februar 2009 aber sowohl das Bundesjustizministerium als auch das BMWi mit der Ausarbeitung des Restrukturierungsmodells beauftragt.¹⁷ Zunächst führten das BMWi und das Bundesjustizministerium informelle Vorgespräche am 12.02.2009 und am 23.02.2009, zu Ressortbesprechungen am 23.03.2009 und am 08.04.2009 wurden dann auch die Bundesministerien der Finanzen sowie des Inneren, und zusätzlich das Bundeskanzleramt hinzugezogen.¹⁸

Nach eigenen Angaben wurde die Kanzlei Linklaters durch das BMWi hinzugezogen, da „dringender Handlungsbedarf bestand“¹⁹ und „kurzfristig keine ausreichenden personellen Ressourcen mit praktischen Kenntnissen und Erfahrungen bei der Sanierung von Banken zur Verfügung standen.“²⁰ Begründet

13 BT-Drs. 16/12255 v. 16.03.2009; Anlage 3 zu BT-Drs. 16/14133 v. 26.10.2009, S. 8.

14 BT-Drs. 16/12547 v. 31.03.2009, S. 3.

15 BT- Drucks. 16/12547 v. 31.03.2009, S. 3, 2.

16 Vgl. BT-Drs. 16/14133 v. 26.10.2009, S. 2 f., Anlage 4.

17 Zum Ganzen BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 1.

18 BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 2.

19 BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 2.

20 BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 2.

wurde dies damit, dass die Erarbeitung von Änderungen zum Kreditwesengesetz bisher nur Aufgabe anderer Ministerien gewesen war, nicht jedoch eine solche des Bundesministeriums für Wirtschaft.

Weder dieser Auftrag noch die oben genannten Entwürfe zur Finanzmarktgesetzgebung wurden dabei ausgeschrieben.

Auch bezüglich niemals in Kraft getretener Gesetze wurden Beratungsleistungen privater Kanzleien in Anspruch genommen. So erhielt die Kanzlei Hölters & Elsing 1.088.591 € für Beratungsarbeiten im Rahmen der Erarbeitung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes,²¹ welches zwar in den Bundestag eingebracht, aber niemals beschlossen wurde. Beauftragt wurde die Sozietät vom Ministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS).

2. Ablauf der Beauftragung einer Rechtsanwaltskanzlei

Über den genauen *Ablauf* der Beauftragung und die Interaktion zwischen den Kanzleien und den Ministerien lässt sich nur spekulieren. Aus der Aufgabenverteilung innerhalb der Bundesregierung lässt sich jedoch ableiten, dass die Beauftragung in der Regel durch das verantwortliche Ministerium geschieht. Die Beauftragung der Kanzlei Linklaters durch das Wirtschaftsministerium stellt insofern eine Ausnahme dar.

Bei der Beauftragung müssen bestimmte Eckpunkte festgelegt werden, die notwendig Teil des zu erarbeitenden Gesetzentwurfs werden sollen, sowie eine Frist, in der die Vorlage fertigzustellen ist. Die folgende Interaktion zwischen dem Ministerium und der Kanzlei hängt dann von der Kürze der Zeit ab, die für die Erstellung veranschlagt wurde, sowie vom Grad der Spezialisierung, die die Mitarbeiter des Ministeriums selbst erfahren haben.

3. Gründe für die Beauftragung einer Rechtsanwaltskanzlei

Die Gründe für die Beauftragung privater Kanzleien sind regelmäßig sehr ähnlich. Argumentiert wird häufig mit der Knappheit „ausreichende[r] personelle[r] Ressourcen mit praktischen Kenntnissen und Erfahrungen“²² sowie dem gleich-

21 BT-Drs. 16/6383 v. 18.09.2007.

22 BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 2. Diese Argumentation wird immer wieder angebracht, so auch in BT-Drs. 16/14022 v. 08.09.2009, S. 1 und BT-Drs. 16/14133 v. 26.10.2009, S. 5.

zeitig bestehenden „dringende[n] Handlungsbedarf“²³. Gleichzeitig wird vorgebracht, eine – ebenfalls denkbare – Verstärkung des Personals sei nicht zielführend, da sie in wirtschaftlicher Hinsicht nicht gleich effektiv sei.²⁴ Letzteres Argument mag bezüglich der Vielfalt der möglichen Gesetzesmaterien zutreffen. Eine sachkundige Beratung erscheint jedoch auch auf andere Weise möglich, beispielsweise durch die punktuelle Hinzuziehung qualifizierter Beratungsbüros.²⁵

Bezüglich der Gesetzesvorlagen zur Finanzmarktgesetzgebung war das tragende Argument die Kürze der Zeit, in der ein Gesetzentwurf benötigt wurde.²⁶ In Bezug auf die Änderung des Kreditwesengesetzes berief sich das BMWi auf den Mangel an eigenen Fachkräften.²⁷

Für den von vorgetragenen Fachkräftemangel sind die Bundesministerien allerdings zu einem großen Teil selbst verantwortlich: So werden seit 1995 jedes Jahr rund 1,5 Prozent der Arbeitsplätze innerhalb der Ministerien abgebaut, wodurch der Mangel an Volkswirten und Wirtschaftsjuristen noch offensichtlicher wird.²⁸

In Einzelfällen mag die Eilbedürftigkeit der Vorhaben begründet sein.²⁹ Teilweise mögen auch die Klagen der Ministerien wegen des zu hohen Arbeitsaufkommens zutreffen.³⁰ Häufig spielt jedoch die große Flexibilität eine Rolle, die die großen Kanzleien im Gegensatz zur Ministerialbürokratie auszeichnet. Letztere beschränkt ihre Arbeit zwar auch nicht ausschließlich auf die vorgegebenen Bürozeiten, kann jedoch gegenüber den privaten Kanzleien in Bezug auf Vergütung und Präsenz nicht konkurrieren.³¹

23 BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 2. So auch in BT-Drs. 16/14022 v. 08.09.2009, S. 2.

24 BT-Drs. 16/14133 v. 26.10.2009, S. 5.

25 So auch Kloepfer, NJW 2011, 131, 133.

26 Stadler, in: Kloepfer, Gesetzgebungsoutsourcing, S. 15, 17.

27 BT-Drs. 16/13983 v. 04.09.2009, S. 2.

28 So der Vorsitzende des dt. Beamtenbundes Heesen gegenüber der Süddeutschen Zeitung, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/gesetz-outsourcing-jetzt-raecht-sich-eine-suende-der-vergangenheit-1.153451>.

29 Beispielsweise bei der Erarbeitung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, welches über das Wochenende erarbeitet werden musste, um einen Börsensturz zu vermeiden.

30 Beispielsweise sei hier die Aussage eines Abteilungsleiters im BMU gegenüber dem Spiegel (Ausgabe 34/2009, 68, 70) genannt, dessen Referate pro Jahr etwa 50 Gesetzesänderungen bzw. Verordnungen erarbeiten müssen.

31 So zutreffend Kloepfer, NJW 2011, 131, 133.

4. Beschränkung der Untersuchung auf formelle Gesetze

All diesen Fällen ist gemein, dass sie sich auf die Entstehung formeller Gesetze beziehen. Dies sind solche Normen, die ein förmliches Verfahren durchlaufen (sogenannte Parlamentsgesetze).³² Bezüglich materieller Gesetze, also all derjenigen, die nicht im förmlichen Verfahren verabschiedet werden,³³ mag die Existenz des Phänomens des Outsourcings zwar nicht auszuschließen sein, die praktische Relevanz ist jedoch gering.

Aus diesem Grund soll sich die vorliegende Arbeit auf die Untersuchung der Problematik in Bezug auf formelle Gesetze beschränken.

II. Vergleichbarkeit des Gesetzgebungsoutsourcings mit privater Rechtsetzung

Das Phänomen, allgemeingültige Vorschriften durch private Gremien erstellen zu lassen, ist schon länger bekannt: So werden die Verdingungsordnungen des Vergaberechts von den privaten Verdingungsausschüssen erstellt, DIN-Normen von Normungsinstituten, oder Tarifverträge von den jeweiligen Tarifparteien.

All diese Normen sind jedoch Gesetze im materiellen, nicht im formellen Sinn. Letztere sollen aber im Falle der Beauftragung von Rechtsanwälten mit der Erstellung eines Gesetzentwurfs regelmäßig entstehen. Es ist also die Frage aufzuwerfen, inwieweit die Phänomene der privaten Rechtsetzung und des Gesetzgebungsoutsourcings vergleichbar sind, obwohl sie sich auf jeweils unterschiedliche Typen von Normen beziehen.

1. Abgrenzung zur staatlichen Rechtsetzung anhand der Normgebereigenschaft

Für die Untersuchung der Vergleichbarkeit der Fallgruppen ist zunächst an das Kriterium des Normgebers anzuknüpfen. Regelmäßig ist die Normgebereigenschaft unproblematisch, da die Erstellung in der staatlichen Sphäre stattfindet und somit nur der Staat als Normgeber in Betracht kommt. Eine Abweichung von dieser Regel ist die Setzung privaten Rechts, an der der Staat nur indirekt beteiligt ist, indem er die private Norm anerkennt und ihr dadurch Geltung ver-

32 Vgl. zu den formellen Gesetzen Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 230; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 3, Rn. 12 f.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 20 f.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 20, Rn. 21.

33 Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 24, Rn. 8 ff. Zur Abgrenzung formeller und materieller Gesetze Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 226 ff.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 21 f.

leiht.³⁴ An der Entstehung der Norm und an der Erarbeitung ihres Inhalts hat er jedoch keinen Anteil; Normgeber sind stattdessen private Institutionen.³⁵

Bezüglich der Fallgruppe des Gesetzgebungsoutsourcings liegt der Fall ähnlich: Auch hier erfolgt die Erstellung des Gesetzentwurfs durch Private (Rechtsanwaltskanzleien), die durch das für die Erarbeitung des Entwurfs originär zuständige Bundesministerium beauftragt werden. Da der Entwurf die Grundlage für den endgültigen Gesetzesbeschluss durch das Parlament darstellt, kommen im Ergebnis sowohl das Ministerium als auch die Kanzleien als Normgeber in Betracht.

Die Beurteilung der Normgebereigenschaft kann dabei zum einen an die Verantwortlichkeit für die Rechtsnorm anknüpfen, zum anderen aber auch an deren inhaltliche Erstellung sowie weiterhin an die Freiheit von jeglicher Weisungsgebundenheit.

a) Verantwortlichkeit als Kriterium

Bestimmt man den Normgeber nach seiner Verantwortung für den Rechtssatz, so ist regelmäßig nur der Staat als Normgeber anzusehen. Denn die Bundesregierung bringt den Gesetzentwurf in den Bundestag ein und eignet ihn sich somit an. Das Parlament entscheidet im Anschluss über das Zustandekommen als Gesetz.³⁶ Somit kann der Staat den Gesetzentwurf nach seinem Willen zur Rechtsfolgenerzeugung einsetzen, was Voraussetzung für die Normgebereigenschaft kraft Verantwortlichkeit ist.³⁷

Für die Anerkennung der Verantwortlichkeit als Kriterium für die Bestimmung der Normgebereigenschaft spricht, dass jeder Zweifel über die Herkunft einer Norm ausgeräumt wird, wenn der Ersteller gleichzeitig dafür verantwortlich ist. Allerdings birgt die alleinige Heranziehung dieses Kriteriums auch Schwierigkeiten, da die Grenze zum zweiten Schritt, nämlich der Anerkennung der Norm durch den Staat als notwendiger Mitwirkungsakt, zu verschwimmen droht.

Eine Zuerkennung der objektivrechtlichen Regelwirkung kann tatsächlich nur durch den Verantwortlichen geschehen. Diesen Rechtsakt der Normgebereigenschaft gleichzusetzen, verbietet sich jedoch, da der Fall der privaten Rechtsetzung sonst ausgeschlossen wäre. Diese ist aber evident zulässig und wird regelmäßig praktiziert.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Verleihung der Geltungswirkung nach der Erstellung der Rechtsnorm tatsächlich nur durch den Staat geschehen kann.³⁸

34 Dazu noch unten A. II. 2. b).

35 F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 104.

36 Zum Gesetzgebungsverfahren im Einzelnen noch unten B. I. 2. a) cc).

37 F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 101.

38 F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 138.