

HANNES WÖRNER

Gesetzgebungsoutsourcing  
im verfassungstheoretischen  
Kontext

*Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht

Herausgegeben von  
Julian Krüper und Arne Pilniok

7





Hannes Wörner

# Gesetzgebungsoutsourcing im verfassungstheoretischen Kontext

Erörterung der Geltungskraft der Verfassung  
im Bereich externer Politikberatung

Mohr Siebeck

*Hannes Wörner*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Konstanz und Düsseldorf; 2014 Erste Juristisches Staatsexamen; 2017 LL.M.; 2019 Promotion (Bochum); 2020 Zweite Juristische Staatsprüfung.

ISBN 978-3-16-159914-9 / eISBN 978-3-16-160089-0

DOI 10.1628/978-3-16-160089-0

ISSN 2626-4412 / eISSN 2626-4420 (Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 17. Dezember 2019 statt. Für die Drucklegung konnten Entwicklungen in der Literatur und der Rechtsprechung bis Herbst 2020 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Julian Krüper*. Er hat nicht nur den Anstoß dazu gegeben, das Gesetzgebungsoutsourcing zum Thema der Doktorarbeit zu wählen, sondern hat mir im Rahmen deren Erarbeitung auch den nötigen wissenschaftlichen Frei- raum gelassen und mich stets zur Verfolgung eigener Ansichten ermutigt. Dank schulde ich ihm sowie Herrn Prof. Dr. *Arne Pilniok* außerdem für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht“.

Herrn Prof. Dr. *Sebastian Unger* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die wertvollen inhaltlichen und redaktionellen Hinweise zum Manuskript.

Für die ausgezeichnete Betreuung durch den Verlag darf ich mich stellvertretend insbesondere bei Frau *Daniela Taudt* sowie bei Frau *Silja V. Meister* bedanken.

Innigster Dank gilt außerdem *Sophia Anna Commandeur*, ohne deren bedingungslosen und verständnisvollen Zuspruch – nicht nur in der Phase der Promotion – ich meinen bisherigen akademischen Weg nicht in dieser Weise hätte bestreiten können. Ihr Rückhalt war es, der mich auch in schwierigen Zeiten stets getragen hat.

Besonders zu danken habe ich schließlich meiner Familie, meinen Eltern *Bärbel* und Dr. *Rolf Wörner* sowie meiner Schwester *Ann-Marie Wörner*. Ohne ihre fortwährende, uneingeschränkte Unterstützung und Förderung wäre diese Arbeit nie entstanden.

Düsseldorf, im Oktober 2020

Hannes Wörner



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
1. Teil: Einleitung und Arbeitsgang .....	1
1. Kapitel: Einführung in die Problematik .....	1
2. Kapitel: Gang der Untersuchung .....	3
2. Teil: Gesetzgebungsoutsourcing .....	5
1. Kapitel: Konkretisierung des Gesetzgebungsoutsourcings .....	5
A. Ausgangspunkt der Problematik: „Linklaters-Fall“ .....	6
B. Semantik .....	9
C. Verortung im Gesetzgebungsprozess .....	10
D. Einordnung in den Gesamtkontext externer Politikberatung .....	11
I. Abgrenzung zum Lobbyismus .....	12
II. Abgrenzung zur sachverständigen Beratung .....	14
E. Stellenwert des Gesetzes .....	16
F. Tatsächliche Konkretisierung .....	17
I. Motivlage und situativer Kontext .....	17
II. Gegenstand und Ablauf des Gesetzgebungsoutsourcings .....	20
III. Daten und Statistiken .....	22
IV. Benennung der Auftragnehmer .....	23
G. Entscheidungspräjudizierung .....	25
I. Beratung und Entscheidung .....	26
II. Ankereffekt .....	30
III. Verstärkende Faktoren .....	34
H. Fazit .....	37
2. Kapitel: Juristische Würdigung des Gesetzgebungsoutsourcings .....	38
A. Vorbemerkung .....	38
B. Regelung des Gesetzgebungsoutsourcings .....	39
I. Initiativrecht nach Art. 76 Abs. 1 GG .....	39
II. Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG .....	43



1. Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse .....	44
2. Ständige Aufgabe .....	46
III. Geschäftsordnungsrecht .....	48
C. Gesetzgebungsoutsourcing im Lichte sonstiger Verfassungsbindungen .....	49
I. Gesetzgebungsoutsourcing als informaler Prozess der Entscheidungsfindung .....	50
1. Begriff der Informalität .....	51
2. Spezifische Eigenart informaler Entscheidungsprozesse .....	52
3. Gesetzgebungsoutsourcing als informales Element im Entscheidungsfindungsprozess .....	53
4. Systemwidrigkeit als Grenzziehung informeller Praktiken .....	53
II. Verfassungsrechtliche Eingrenzung des Gesetzgebungsoutsourcings .....	54
1. Demokratieprinzip .....	54
a) Legitimation der Staatsgewalt .....	55
aa) Funktionell-institutionelle Legitimation .....	56
bb) Personell-organisatorische Legitimation .....	57
cc) Sachlich-inhaltliche Legitimation .....	57
dd) Legitimationsniveau .....	58
ee) Staatsgewalt als Legitimationsobjekt .....	60
b) Gesetzgebungsoutsourcing im Lichte der Legitimationsdogmatik .....	61
2. Gemeinwohl .....	64
a) Verpflichtung des Staates auf das Gemeinwohl .....	64
b) Begriff des Gemeinwohls .....	66
aa) Gemeinwohl a priori .....	67
bb) Gemeinwohl a posteriori .....	68
c) Gemeinwohl als Verfahrensproblem .....	70
d) Gesetzgebungsoutsourcing im gemeinwohlorientierten Gesetzgebungsverfahren .....	72
D. Fazit .....	76
 3. Teil: Gesetzgebungsoutsourcing im verfassungstheoretischen Kontext .....	79
I. Kapitel: <i>Verfassung</i> .....	79
A. Die normative Verfassung .....	80
B. Funktion der Verfassung .....	83
I. Verfassung als rechtliches Instrument zur Beschränkung staatlicher Macht .....	83

II. Verfassungsaufgaben in der modernen Staatlichkeit .....	84
C. Verfassung als „gute Ordnung“ .....	85
2. Kapitel: Verfassungsverständnis .....	86
A. Einleitung .....	86
I. Formelle Geltungskraft und materielle Normierungsdichte	87
II. Expansion und Konstitutionalisierung .....	87
III. Grundverständnis der Verfassung .....	89
1. Relevanz des Grundverständnisses .....	89
2. Restriktives und extensives Verfassungsverständnis .....	90
3. Wertordnung und Rahmenordnung .....	91
4. Prinzipientheorie nach <i>Alexy</i> und Rahmenordnungstheorie nach <i>Böckenförde</i> .....	94
B. Werttheorie des Bundesverfassungsgerichts .....	94
I. Nachzeichnung der verfassungsgerichtlichen Judikatur .....	96
1. Parteiverbotsurteile .....	96
2. Elfes-Urteil .....	97
3. Steuersplitting .....	98
4. Lüth-Urteil .....	99
5. Nachfolgende Entscheidungen .....	102
a) Blinkfüer-Beschluss .....	103
b) Schwangerschaftsabbruch I .....	103
c) Handelsvertreter-Beschluss .....	104
6. Gesamtverfassung als Wertordnung .....	105
II. Abwägung und Wertrangordnung .....	107
III. Fazit .....	109
C. Rahmenordnungstheorie nach <i>Ernst-Wolfgang Böckenförde</i> .....	110
I. Kritik an der Wertordnungsrechtsprechung .....	112
1. Frühe Kritik .....	113
2. Kritik <i>Böckenfördes</i> .....	114
a) Rechtsphilosophische Kritik .....	115
b) Dogmatische Kritik .....	117
c) Methodologische Kritik .....	119
aa) Charakter der Verfassungsbestimmungen .....	119
bb) Kritik der Abwägung .....	120
cc) Kompetenzproblematik .....	122
II. Aussagegehalt der Rahmenordnungstheorie .....	123
1. Gewährleistung der Freiheit <i>schlechthin</i> .....	125
2. Restriktive Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	126
3. Stärkung der Stellung des Gesetzgebers .....	127
III. Begründung der Rahmenordnungstheorie .....	128

1.	Gesetzgebungsstaat und Jurisdiktionsstaat .....	129
a)	Prägender Kontext .....	130
b)	Staat und Verfassung .....	131
c)	Verfassungsstaat und Souveränität .....	133
2.	Kriterium der Letztentscheidung .....	135
IV.	Fazit .....	137
D.	Prinzipientheorie nach <i>Robert Alexy</i> .....	139
I.	Idee einer Prinzipientheorie .....	140
1.	Prinzipientheoretische Ansätze .....	140
2.	Ideengeschichtlicher Hintergrund .....	141
3.	Prinzipientheorie als bloße Strukturtheorie? .....	143
4.	Prinzipientheorie und Staatsorganisationsrecht .....	144
II.	Konkretisierung der Prinzipientheorie .....	145
1.	Trennungsthese .....	145
a)	Übereinstimmungsthese .....	146
b)	Schwache Trennungsthese .....	146
c)	Starke Trennungsthese .....	147
2.	Optimierungsthese .....	148
a)	Kollisionsverhalten .....	149
aa)	Regelkollision .....	150
bb)	Prinzipienkollision .....	150
cc)	Regel-Prinzipien-Kollision .....	152
dd)	Prinzipien im kollisionsfreien Raum .....	152
b)	<i>Prima facie</i> -Charakter .....	153
c)	Prinzipientheorie und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	153
d)	Prinzipien und Werte .....	155
III.	Fazit .....	156
3. Kapitel: <i>Verfassungstheoretische Kontextualisierung des Gesetzgebungsoutsourcings</i> .....		156
A.	Demokratieprinzip .....	157
I.	Gesetzgebungsoutsourcing und demokratische Legitimation nach Rahmenordnungsdenken .....	158
1.	Rahmenordnung und politischer Prozess .....	158
2.	Letztentscheidungskompetenz .....	161
3.	Rechtsprechung .....	167
4.	Übertragung auf das Gesetzgebungsoutsourcing .....	170
II.	Gesetzgebungsoutsourcing und demokratische Legitimation nach Prinzipiendenken .....	171
1.	Demokratie als Optimierungsgebot .....	173
a)	Prinzipiencharakter des Demokratieprinzips .....	173

b) Rechtsprechung .....	180
aa) Jüngere Judikatur .....	180
bb) Anknüpfung an Wertordnungsjudikatur .....	184
c) Optimierungsbedürftigkeit .....	186
2. Übertragung auf das Gesetzgebungsoutsourcing .....	188
a) Art. 76 Abs. 1 GG als Konkretisierung des Demokratieprinzips .....	188
b) Unmittelbare Prinzipiengeltung .....	189
3. Demokratische Rückbindung .....	194
a) Binnendemokratisierung .....	194
b) Stärkung der staatlichen Legitimationsverantwortung .....	195
B. Gemeinwohl .....	198
I. Gesetzgebungsoutsourcing und Gemeinwohlverfahren nach Rahmendenken .....	198
1. Gemeinwohl und Allgemeinheit der Bürger .....	199
2. Rahmen der Gemeinwohlkonkretisierung .....	202
II. Gesetzgebungsoutsourcing und Gemeinwohlverfahren nach Prinzipiendenken .....	204
1. Unzulänglichkeiten des formal-kompetenzorientierten Ansatzes .....	205
2. Gemeinwohlverpflichtung als Optimierungsgebot .....	207
3. Verfahrensoptimierung .....	210
4. Optimal-rationale Gesetzgebung .....	214
5. Verfahrenspflichten in der Rechtsprechung .....	218
a) Frühere Rechtsprechung .....	218
b) Jüngere Rechtsprechung .....	221
6. Grenzen der Verfahrensoptimierung .....	224
7. Gemeinwohlgefährdung durch Gesetzgebungsoutsourcing im Lichte des Optimierungsdenkens .....	227
C. Fazit .....	229
<i>4. Kapitel: Verfassung als Prinzipien- oder Rahmenordnung?</i> .....	233
A. Rechtsphilosophische Kritik am Wertdenken .....	233
B. Wahrung des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums .....	236
I. Gefahr des verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaates .....	237
II. Lösung der Prinzipientheorie .....	238
1. Entscheidung der Verfassung zugunsten einer Verfassungsgerichtsbarkeit .....	238
2. Keine <i>one-right-answer</i> -Theorie .....	241
3. Formelle Prinzipien .....	242

C.	Rahmenordnung und Homogenität des Volkes .....	245
I.	(Relative) Homogenität .....	245
II.	Kritik .....	247
1.	Homogenität als kontrafaktisches Konzept .....	247
2.	Verfassungsrechtliche Wertungen .....	248
3.	Grundkonsens statt Homogenität .....	251
4.	Böckenförde-Diktum .....	253
D.	Fazit .....	257
4. Teil:	Anforderungen an ein verfassungsmäßiges	
	Gesetzgebungsoutsourcing .....	261
1. Kapitel:	Grundbausteine einer verfassungsmäßigen	
	Outsourcingpraxis .....	262
2. Kapitel:	Umsetzungsmöglichkeiten .....	264
A.	Entwurfsphase .....	266
I.	Verfahren .....	266
II.	Voraussetzungen inhaltlicher Entscheidungsherrschaft .....	268
1.	Personelle Ressourcen .....	269
2.	Fachwissen .....	270
3.	Bearbeitungszeit .....	272
III.	Fazit .....	273
B.	Parlamentarisches Verfahren .....	273
I.	Transparenz .....	274
1.	Erkennbarkeit der Entwurfsdelegation .....	274
2.	Umfang des Transparenzgebotes .....	277
3.	Umsetzung des Transparenzgebotes .....	280
II.	Sachverstand .....	282
III.	Zeitliche Streckung des parlamentarischen Verfahrens .....	287
C.	Regelungsvorschlag .....	288
D.	Immunität des Ankereffekts .....	291
I.	Robustheit .....	292
1.	Sachverstand .....	292
2.	Transparenz .....	294
3.	Zeitliche Dimension .....	295
4.	Fazit .....	296
II.	Negatives Hypothesen-Testen als Korrekturmaßnahme? .....	296
III.	Gesetzgebungsoutsourcing und Ankereffekt .....	297

Literaturverzeichnis .....	299
Register .....	329



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AD	Ad Legendum (Zeitschrift)
AfD	Alternative für Deutschland
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Bsp.	Beispiel
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
d.h.	das heißt
ders. / dies.	derselbe / dieselbe
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitschrift (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Zeitschrift)



EuR	Europarecht (Zeitschrift)
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
FG	Festgabe
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FS	Festschrift
GewA	Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GGO-BReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GO-BT	Geschäftsordnung des Bundestages
HanseLR	Hanse Law Review (Zeitschrift)
HdStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
HVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JOR	Jahrbuch für Ostrecht (Zeitschrift)
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
LEGES	Gesetzgebung und Evaluation (Zeitschrift)
Ls.	Leitsatz
MRM	MenschenRechtsMagazin (Zeitschrift)
n.F.	neue Fassung
N.N.	nomen nescio
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr. / No.	Nummer / number
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NwVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
o.O. / o.J.	ohne Ortsangabe / ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift (Zeitschrift)
Rn. / Rz.	Randnummer / Randziffer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (Zeitschrift)
S.	Seite
SGB II	Sozialgesetzbuch, Buch Zwei
sog.	sogenannt, sogenannten, sogenanntes
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
SZ	Süddeutsche Zeitung
taz	Die Tageszeitschrift
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom, von
Verf.	Verfasser
VerfBlog	Verfassungsblog
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
ZaÖRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (Zeitschrift)
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie (Zeitschrift)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht (Zeitschrift)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)



## 1. Teil

# Einleitung und Arbeitsgang

## 1. Kapitel: Einführung in die Problematik

Die moderne Gesetzgebung vollzieht sich unter demokratischen und pluralistischen Vorzeichen als eine Synthese aus Rationalität und Kompromiss. Seine maßgebliche Strukturierung im Hinblick auf Organisation, Verfahren und Kompetenzen erfährt dieser politische Prozess der konsensorientierten Problem- und Konfliktlösung dabei primär durch die Verfassungsvorschriften über das Gesetzgebungsverfahren. Diese verfassungsrechtlichen Verfahrensregelungen zielen nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts zuvorderst darauf ab, „die demokratische Legitimation der zu treffenden Regelungen sicherzustellen und zugleich die Balance zwischen den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen [...] zu wahren. Sie sind daher von strenger Förmlichkeit geprägt und stehen nicht zur Disposition der beteiligten Organe oder ihrer Mitglieder“<sup>1</sup>. Dieser verfassungsrechtliche Steuerungsanspruch wird durch neue und vorwiegend informale Elemente der Gesetzgebungspraxis allerdings zunehmend in Frage gestellt. Einen wesentlichen Bestandteil dieser Tendenz zur Informalisierung im Bereich der Gesetzgebung stellen dabei verschiedene Formen der kooperativen Einbeziehung externer Akteure in staatliche Entscheidungszusammenhänge dar. Eine exponierte Stellung nimmt dabei ein relativ junges Phänomen ein – das sogenannte „*Gesetzgebungsoutsourcing*“. Bezeichnet werden soll mit diesem *terminus technicus* die Delegation der ersten Ausarbeitung insbesondere eiliger oder inhaltlich komplexer Gesetzentwürfe an anwaltliche Beratungseinheiten, deren Entwürfe im nachfolgenden Verfahren fortan den Ausgangs- und Bezugspunkt der gesetzgeberischen Entscheidungsfindung darstellen. Die besondere Brisanz dieser Praxis gründet dabei in dem Umstand, dass es im Wege des Gesetzgebungsoutsourcings nicht allein zu einer Verfahrensteilnahme externer Berater, sondern vielmehr faktisch zu einem partiellen Austausch der wesentlichen Akteure kommt. Dies führt zu grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Auslagerung der Entwurfsgenese und der damit bewirkten Externalisierung politischer Entscheidungsprozesse in die außerstaatliche Sphäre. Die damit aufgeworfene Frage,

---

<sup>1</sup> BVerfG 120, 56 (78).

ob und inwiefern der Verfassung und ihren Regelungen betreffend das Gesetzgebungsverfahren eine normative Strukturierung dieser Einbeziehung externer Berater in den staatlichen Willensbildungs- und Entscheidungsfindungsprozess entnommen werden kann, ist bis heute hochumstritten und wird nicht zuletzt durch das jeweils zugrunde gelegte Verfassungsverständnis bestimmt.

An dieser Stelle setzt die vorliegende Arbeit maßgeblich an. Während die bisherige Debatte betreffend das Gesetzgebungsoutsourcing nahezu ausschließlich mit verfassungsrechtlichem oder rechtspolitischem Fokus geführt wurde, soll hier auch das verfassungstheoretische Fundament, das den Diskurs untergründig prägt, dabei aber nur selten angesprochen und dargelegt wird, erarbeitet werden. Ziel der entsprechenden Ausführungen ist es aufzuzeigen, dass die kontrovers geführte Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Entwurfsdelegation letztlich zurück geführt werden kann auf verschiedene Sichtweisen von Verfassung und Verfassungsrecht. Die Arbeitsthese ist dementsprechend, dass die Bestimmung der Regelungsmacht der Verfassung allgemein sowie speziell im Hinblick auf das Gesetzgebungsoutsourcing determiniert wird durch spezifische Grundannahmen oder Vorverständnisse von Verfassung. Diese Verfassungsvorverständnisse manifestieren sich wiederum in der jeweiligen Verfassungstheorie bzw. die Verfassungstheorie zielt auf eine Verwissenschaftlichung des bereits vorhandenen Vorverständnisses ab. Durch die Offenlegung dieser vorausliegenden Grundannahmen, die ihrerseits als theoretisches Komplement einer anwendungsbezogenen Verfassungsdogmatik fungieren und damit die Verfassungsauslegung und -anwendung mittelbar determinieren, soll schließlich das Gesetzgebungsoutsourcing bewertet werden. Zugleich soll mit den entsprechenden Ausführungen beispielhaft aufgezeigt werden, welche Bedeutung der Verfassungstheorie für die Verfassungsdogmatik zukommen kann. Vor diesem Hintergrund erfolgt der verfassungsrechtliche Zugriff auf das Gesetzgebungsoutsourcing sowie die nachgeschaltete Erarbeitung von Korrekturmechanismen in der vorliegenden Arbeit vermittelt einer verfassungstheoretischen Kontextualisierung dieser Praxis. Als Referenzgrundlage dienen diesbezüglich zwei sich diametral gegenüberstehende Sichtweisen von Verfassung und ihrer normativen Reichweite. Konkret wird auf die verfassungstheoretischen Arbeiten von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* und das von ihm entworfene Modell der verfassungsrechtlichen Rahmenordnung als Beispiel eines restriktiven Verfassungsverständnisses sowie auf die prinzipientheoretische Konzeption der Verfassung und ihr inhärenter Optimierungsgebot nach *Robert Alexy* als Beispiel für ein extensives Verfassungsverständnis rekurriert.

## 2. Kapitel: Gang der Untersuchung

Der Aufbau der Arbeit erfolgt im Wesentlichen unter einer Dreiteilung der inhaltlichen Untersuchung.

Zunächst wird im *zweiten Teil* die Ausgangsproblematik des Gesetzgebungsoutsourcings näher beleuchtet. Da die Inanspruchnahme externer Entwurfshilfe dem Blick der Öffentlichkeit zumeist weitgehend entzogen ist, werden hierbei zunächst die tatsächliche Seite dieser Praxis sowie die dazu verfügbaren statistischen Daten erörtert. Darüber hinaus werden insbesondere die präjudizierende Wirkung des extern erarbeiteten Entwurfes auf den nachfolgenden Willensbildungs- und Entscheidungsprozess sowie die kognitions-wissenschaftlichen Ursachen dieses Effekts dargestellt. Im Anschluss werden verschiedene Vorgaben des Grundgesetzes daraufhin überprüft, ob sie den Vorgang der Entwurfsdelegation zu erfassen und zu regulieren vermögen. Entsprechend den spezifischen Systemwidrigkeiten, die das Gesetzgebungsoutsourcing als informales Element im Entscheidungsprozess typischerweise aufwirft, stehen dabei insbesondere das Demokratieprinzip sowie die staatliche Gemeinwohlverpflichtung im Fokus der Untersuchung. In diesem Kontext wird schließlich die Problematik der Bestimmung der normativen Reichweite dieser Verfassungsprinzipien im politischen Prozess aufgeworfen und insofern das Erfordernis der Aufdeckung der hinter der konkreten Verfassungsanwendung stehenden Verfassungstheorie identifiziert, die im anschließenden *dritten Teil* der Arbeit geleistet werden soll. Dort werden zunächst die hierfür erforderlichen verfassungstheoretischen Vorarbeiten geleistet, beginnend mit der Darlegung der Normativität von Verfassungsrecht und dessen Funktionen in der modernen Staatlichkeit, bevor im Anschluss auf die allgemeine Relevanz des Grundverständnisses der Verfassung für die Bestimmung ihrer Wirkungsmacht und Reichweite übergeleitet wird. Bevor sodann auf die konkreten Verfassungstheorien in Gestalt der Rahmen- und der Prinzipientheorie eingegangen werden kann, ist zunächst die Wertordnungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in ihren wesentlichsten Punkten zu erörtern. Denn sie bildet den Ausgangspunkt sowohl für das Verständnis der Prinzipientheorie als grundsätzlich bestätigende Rekonstruktion der Werttheorie, wie auch für den Zugang zur Rahmenordnungstheorie und ihrer deutlichen Kritik an der verfassungsgerichtlichen Judikatur. Ist damit der Einstieg in die Diskussion der sich gegenüberstehenden Verfassungstheorien erfolgt, so werden im Weiteren die wesentlichsten Aussagen, Begründungen und die konzeptionellen Unterschiede sowohl der Rahmenordnungstheorie nach *Böckenförde* als auch der Prinzipientheorie nach *Alexy* dargelegt. Im Anschluss wird die verfassungstheoretische Kontextualisierung des Gesetzgebungsoutsourcings vorgenommen, indem die diesbezüglich relevanten Prinzipien der Demokratie und des Gemeinwohls in rahmen- bzw. prinzipientheoretischem Licht erörtert und sodann auf das

Gesetzgebungsoutsourcing angewendet werden. Ausgehend von der sich dabei ergebenden unterschiedlichen Bewertungen dieser Praxis wird schließlich auch die Folgefrage nach dem „richtigen“ Verfassungsverständnis sowie einer dementsprechend „verfassungsmäßigen Verfassungstheorie“ erörtert. Vor dem Hintergrund der damit offengelegten normativen Strukturierung des gesetzgeberischen Willensbildungs- und Entscheidungsverfahrens durch die Verfassung wird schließlich im *vierten Teil* der Arbeit nach der Möglichkeit eines verfassungsmäßigen Gesetzgebungsoutsourcings geforscht und insofern obligatorische Verfahrensanforderungen und Voraussetzungen formuliert. Diesen Vorgaben entsprechend wird schlussendlich *de lege ferenda* ein konkreter Regelungsvorschlag angeboten, der eine effektive Sicherstellung von Transparenz und inhaltlicher Zurechenbarkeit des anwaltlichen Fremdentwurfs zu den entscheidungsberufenen staatlichen Stellen gewährleisten soll. Allerdings dürfen diese Bemühungen nicht über die immense Robustheit des Ankereffekts hinwegtäuschen, dessen grundsätzliche Immunität gegenüber solchen schützenden bzw. rückanbindenden Regulierungsmaßnahmen den Gestand der abschließenden Betrachtungen bildet.

## 2. Teil

# Gesetzgebungsoutsourcing

## 1. Kapitel: Konkretisierung des Gesetzgebungsoutsourcings

Das Phänomen des sogenannten Gesetzgebungsoutsourcings ist ein relativ junges. Erstmals im Zuge der Finanzmarktstabilisierung<sup>1</sup> in den Fokus einer kritischen Debatte<sup>2</sup> gerückt geht es bei dieser Praxis um die Auslagerung der Tätigkeit der Entwurfserstellung eines Gesetzes insgesamt oder einzelner Sachverhalte an (zumeist) eine Rechtsanwaltskanzlei durch das jeweils zuständige Ministerium. Zwar stellt eine derartige Mitwirkung anwaltlicher Experten an der exekutiven Gesetzesvorbereitung in Deutschland kein Novum dar.<sup>3</sup> Dennoch bedurfte es zunächst des vielbeachteten Falles der Mandatierung der Kanzlei Linklaters LLP durch den damaligen Bundeswirtschaftsminister *Karl-Theodor zu Guttenberg* um eine intensive öffentliche<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Im Zuge der US-amerikanischen Immobilienkrise im Jahr 2008 sowie der schlussendlichen Insolvenz der Investmentbank Lehman Brothers war das Bundesfinanzministerium vor dem Hintergrund einer drohenden Pleite der Hypo Real Estate dazu gezwungen, innerhalb eines sehr kurzen Zeitfensters einen Gesetzentwurf zur Regelung hochkomplexer Sachverhalte vom Bank- und Kapitalmarktrecht über das Gesellschaftsrecht bis hin zum europäischen Beihilferecht vorzulegen. Mit der Erarbeitung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, notwendigerweise innerhalb der Zeitspanne von Börsenschluss in den USA am Freitagabend bis zur Öffnung der asiatischen Märkte am darauffolgenden Montagmorgen, wurde die Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP beauftragt. Vgl. zum Zustandekommen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG v. 17.10.2008, BGBl I, 1982 ff.) auch *Brandner*, NVwZ 2009, S. 211 ff. sowie *Wolfers*, in: Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, S. 161 ff.

<sup>2</sup> BT-Drs. 16/12172, 16/12547; *Rügemer*, Bankrott wäre besser, Junge Welt v. 25.02.2009, S. 9, verfügbar unter <https://www.jungewelt.de/artikel/121033.bankrott-w%C3%A4re-besser.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>3</sup> Eine Mandatierung von externen Beratern wie Anwaltskanzleien im Rahmen der Erstellung von Gesetzentwürfen durch die Bundesregierung ist bereits ab dem Jahr 1999 zu verzeichnen, BT-Drs. 16/14133 S. 2, 6.

<sup>4</sup> *Afhüppe/Sigm.*, Anwälte verteidigen Beratung von Ministern, Handelsblatt v. 13.08.2009, verfügbar unter <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/streit-um-linklaters-beratung-anwaelte-verteidigen-beratung-von-ministern/3237776.html> (Abruf am 03.10.2020); *Goffart/Thewes*, Diskrete Unterstützung, Focus-Spezial v. Okt./Nov. 2015, S. 22 ff.; *Hipp* et al., Die Gesetzesflüsterer, Der Spiegel 34/2009, S. 68 ff., verfügbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-66436859.html> (Abruf am 03.10.2020); *Moritz* et al.:



parlamentarische<sup>5</sup> als auch rechtswissenschaftliche<sup>6</sup> Debatte über die Zulässigkeit dieses Vorgangs zu entfachen. Im Mittelpunkt der Kritik steht dabei insbesondere der Umstand, dass es mit der Überantwortung der Federführung im Rahmen der Entwurfserstellung nicht bloß zu einer *Einbeziehung* externer Berater, sondern vielmehr zu einem faktischen *Austausch* der maßgeblichen Akteure kommt.<sup>7</sup> Unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen wird die dadurch befürchtete schleichende Privatisierung der Gesetzgebung insbesondere im Hinblick auf die fehlende demokratische Legitimation der anwaltlichen Berater sowie hinsichtlich des Konflikts ihrer typischerweise teilwohlorientierten Arbeitsweise mit der Aufgabe der Gesetzgebung als normative Gemeinwohlbestimmung und Gemeinwohlverwirklichung kontrovers diskutiert. Bevor allerdings diese Kritikpunkte aufgegriffen und die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Sichtweisen auf das Gesetzgebungsoutsourcing dargelegt und analysiert werden können, soll zunächst im Folgenden eine allgemeine Einordnung und Konkretisierung des Gesetzgebungsoutsourcings erfolgen, um damit ein realitätsnahes Bild dieser sich zu meist im Schatten öffentlicher Beachtung und Wahrnehmung abspielenden Praxis zu zeichnen.

### A. Ausgangspunkt der Problematik: „Linklaters-Fall“

Zur Verdeutlichung der Problematik des Gesetzgebungsoutsourcings vermag die bereits erwähnte, vielbeachtete und aus diesem Grund im Vergleich zu anderen Fällen relativ umfassend dokumentierte Beauftragung der Kanzlei Linklaters LLP durch das Bundeswirtschaftsministerium als Blaupause einer solchen Praxis dienen. Aufgrund der bestehenden Schwierigkeiten im Rahmen der Verstaatlichung der Hypo Real Estate erteile die Bundesregierung durch Kabinettsbeschluss vom 17. Februar 2009 sowohl dem Bundes-

---

Die Beamtenflüsterer, Focus Nr. 34 v. 17.08.2009, S. 28, verfügbar unter [https://www.focus.de/politik/deutschland/bundesregierung-die-beamten-fluesterer\\_aid\\_426462.html](https://www.focus.de/politik/deutschland/bundesregierung-die-beamten-fluesterer_aid_426462.html) (Abruf am 03.10.2020); Prantl, Guttenbergs Großkanzlei, Süddeutsche Zeitung v. 08./09.08.2009, verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/neues-gesetz-guttenbergs-grosskanzlei-1.153712> (Abruf am 03.10.2020); N.N., Die Welt v. 13.08.2009, verfügbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article4311698/Regierung-nutzt-mehr-Gutachter-Hilfe-als-bekannt.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>5</sup> BT-Drs. 16/13906; 16/13916; 16/14022.

<sup>6</sup> Statt vieler: Krüper, JZ 2010, S. 655 ff.; Leven, Gesetzgebungsoutsourcing, passim; Woiki, Gesetzgebungsoutsourcing, passim; bereits im Jahre 2002 sprach Herdegen, VVDStRL 62 (2003), S. 7 (22) von einem „Outsourcing legislativer Aufgaben“, allerdings nicht im Kontext der im Rahmen dieser Arbeit relevanten Praxis, sondern hinsichtlich der Normierung von Verhaltensstandarts, konkret des DCGK, durch die zuständige Regierungskommission.

<sup>7</sup> Krüper, JZ 2010, S. 655 (655).

justizministerium als auch dem Bundeswirtschaftsministerium den Auftrag zum gemeinsamen Entwurf eines Restrukturierungsmodells zur nachhaltigen Gewährleistung der Finanzmarktstabilität.<sup>8</sup> Nach diversen Kommunikationsproblemen, sowie vermutlich auch aufgrund parteipolitischer Erwägungen vor dem Hintergrund des anstehenden Wahlkampfes, entschloss sich das von *Karl-Theodor zu Guttenberg* (CSU) geführte Wirtschaftsministerium, ohne vorherige Absprache mit dem von *Brigitte Zypries* (SPD) geleiteten Justizministerium, zur Beauftragung der international tätigen Großkanzlei Linklaters LLP mit der entsprechenden Ausarbeitung eines „Gesetzes zur Ergänzung des Kreditwesengesetzes“.<sup>9</sup> Im Vergleich zu früheren Mandatierungen der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP im Rahmen der Finanzmarktstabilisierung, stellt dieses Vorgehen dabei eine neue Dimension des Rückgriffs auf externe sachverständige Beratung dar. So beschränkte sich die staatliche Zuhilfenahme anwaltlicher Expertise in der Vergangenheit regelmäßig auf die Beantwortung konkreter Rechtsfragen oder die Ausarbeitung einzelner Normen. In dem Entwurf des *Guttenberg'schen* Kreditwesengesetzes in der Version, in welcher er den anderen Ministerien zugeleitet wurde, findet sich dagegen auf jeder einzelnen seiner 28 Seiten das Signum der Kanzlei Linklaters LLP. Dieser Umstand legt die Vermutung nahe, dass der entsprechende Gesetzentwurf nicht lediglich in Teilen extern beraten, sondern vielmehr in Gänze anwaltlich erarbeitet und unter jeglichem Verzicht einer eigenen Überprüfung und Überarbeitung durch das Wirtschaftsministerium weitergeleitet wurde.<sup>10</sup>

Das Bekanntwerden dieses Vorgehens löste starke Kontroversen sowohl unter den Koalitionspartnern als auch mit der Opposition und in der öffentlichen Berichterstattung aus – das Stichwort der „Gesetzesflüsterer“<sup>11</sup> war in der Welt. Dem damit implizit erhobenen Vorwurf, die externen Berater nähmen über ihre Mitwirkung an Gesetzgebungsvorhaben Einfluss auf den Inhalt der Normierungen und würden somit als Souffleure der Macht die Geschichte der Politik in ihrem eigenen Interesse steuern, traten in der Folge

---

<sup>8</sup> *Gathmann*, Großkanzlei hilft Wirtschaftsministerium, *Der Spiegel* v. 12.08.2009, verfügbar unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/grosskanzlei-hilft-wirtschaftsministerium-kritiker-ruegen-guttenbergs-gesetz-outsourcing-a-641728.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>9</sup> *Prantl*, Guttenbergs Großkanzlei, *Süddeutsche Zeitung* v. 08./09.08.2009, verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/neues-gesetz-guttenbergs-grosskanzlei-1.153712> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>10</sup> *Gersmann*, Alle machens wie Guttenberg, *taz* v. 13.08.2009, verfügbar unter <http://www.taz.de/!607317/> (Abruf am 03.10.2020); *Prantl*, Guttenbergs Großkanzlei, *Süddeutsche Zeitung* v. 08./09.08.2009, verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/neues-gesetz-guttenbergs-grosskanzlei-1.153712> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>11</sup> *Hipp* et al., Die Gesetzesflüsterer, *Der Spiegel* 34/2009, S. 68 ff., verfügbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-66436859.html> (Abruf am 03.10.2020).

insbesondere die Vertreter der anwaltlichen Praxis entgegen. „Das Ministerium ist der Mandant, dessen Wünsche wir berücksichtigen, sonst nichts“, äußerte sich beispielsweise *Jobst-Hubertus Braun*, Seniorpartner der ebenfalls im Bereich der Politikberatung tätigen Kanzlei Gleis Lutz.<sup>12</sup> Auch der Präsident des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) wies die „Vorstellung, dass hier durch außenstehende Berater der Inhalt von Gesetzen ferngesteuert und manipuliert werden würde“, als „jeder Grundlage entbehrend“ zurück.<sup>13</sup> Kurze Zeit später nahm jedoch der DAV selbst die umfassende Zuhilfenahme anwaltlicher Expertise durch das Ministerium zum Anlass, mit dem plakatierten Konterfei von zu *Guttenberg* nebst dem Slogan „Wichtige Dinge überlässt man besser seinem Anwalt. Fragen Sie unseren Wirtschaftsminister“ in eigener Sache zu werben.<sup>14</sup> Von Seiten des Bundeswirtschaftsministeriums wurde die Mandatierung von Linklaters LLP mit dem Bestreben, eine gesetzliche, transaktionssichere Alternative zur Enteignungslösung im Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz ergänzend zur Verfügung zu stellen, gerechtfertigt.<sup>15</sup> Dieses Ziel hätte, aufgrund der komplexen und vielfältigen rechtlichen Fragestellungen sowie angesichts der kurzfristig nicht ausreichend vorhandenen personellen Ressourcen mit entsprechender Fachkenntnis im Ministerium, ohne eine anwaltliche Beratung nicht innerhalb des zur Verfügung stehenden Zeitrahmens erreicht werden können.<sup>16</sup> Die damalige Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries*, deren Ministerium kurze Zeit später einen eigenen intern erarbeiteten Gegenentwurf präsentierte<sup>17</sup>, warf zu *Guttenberg* dagegen Steuerverschwendung vor.<sup>18</sup> *Hans-Ulrich Benra*, Vorsitzender des Verbandes der Beschäftigten der obersten und oberen Bundesbehörden, betonte darüber hinaus den gemeinwohlorientierten Charakter der Gesetzgebung und die bestehende Gefahr, dass „Kanzleien ihre eigenen Interessen vertreten und nicht die öffentlichen.“<sup>19</sup> Auch von Seiten der

<sup>12</sup> *Afhüppel/Sigm*, Anwälte verteidigen Beratung von Ministern, Handelsblatt v. 13.08.2009, verfügbar unter <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/streit-um-linklaters-beratung-anwaelte-verteidigen-beratung-von-ministern/3237776.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>13</sup> Ebenda.

<sup>14</sup> *Wimmer*, in: Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing, S. 131 (132f.).

<sup>15</sup> BT-Drs. 16/14022, S. 2.

<sup>16</sup> BT-Drs. 16/13916, S. 8 f.

<sup>17</sup> *Jahn*, SPD-Minister legen Modell zur Bankenrettung vor, FAZ v. 26.08.2009, verfügbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/gegenentwurf-spd-minister-legen-modell-zur-bankenrettung-vor-1838241.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>18</sup> *Bigalke/Bohsem/Kuhr*, Nicht ohne meinen Anwalt, Süddeutsche Zeitung v. 14.08.2009, verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/outsourcing-von-gesetzen-nicht-ohne-meinen-anwalt-1.164125> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>19</sup> *Heiser*, Steuergelder für Gesetz-Ghostwriter, in: taz v. 02.12.2009; Der Spiegel v. 13.08.2009, verfügbar unter <http://www.taz.de/!5151601/> (Abruf am 03.10.2020).

Rechtswissenschaft wurde früh deutliche Kritik am Vorgehen zu *Guttenbergs* bis hin zum Vorwurf einer „Bankrotterklärung des Wirtschaftsministeriums“<sup>20</sup> geäußert. Durch die zunehmende Vergabe von Aufträgen seitens der Ministerien an externe Berater im Rahmen der Entwurfserstellung bestünde die Gefahr, „dass der Gesetzgeber immer mehr zum Gesetznehmer wird.“<sup>21</sup>

### B. Semantik

Bevor vertieft auf die eigentliche Problematik eingegangen werden kann, ist der Blick zunächst auf die ebenfalls nicht unumstrittene Begrifflichkeit zu richten. In der Ökonomie wird mit dem Begriff des Outsourcings die Übertragung von bisher im eigenen Unternehmen erbrachten Leistungen auf fremde Unternehmen und damit eine Verkürzung der Wertschöpfungskette bzw. der Leistungstiefe verbunden.<sup>22</sup> Dem strengen Wortsinn nach erscheint somit die Wendung „Outsourcing“ auf die Fälle der Erstellung von Gesetzentwürfen durch Anwaltskanzleien insofern unpassend, als nicht die gesetzgeberische Tätigkeit an sich, sondern lediglich ein einzelner – wenn auch vielleicht entscheidender – Arbeitsschritt maßgeblich extern vorgenommen wird. Dementsprechend durchlaufen auch extern erarbeitete Entwürfe das förmliche Gesetzgebungsverfahren.<sup>23</sup> Überträgt man den Begriff aber in einem allgemeinen Sinne in die juristische bzw. politische Sphäre, so verdeutlicht die Terminologie des Gesetzgebungsoutsourcings die weitgehend eigenständige Erfüllung der überantworteten Tätigkeiten durch die externen Berater im Sinne einer Auslagerung hoheitlicher Aufgaben und Befugnisse. Damit wird der Begriff, indem er die verfassungsrechtlichen Einwände gegen diese Praxis terminologisch pointiert, zugleich zum Reizbegriff im semantischen Kampf<sup>24</sup> zwischen den Kritikern auf der einen Seite und andererseits denjenigen Stimmen, die der externen Erarbeitung von Gesetzentwürfen kein gesteigertes Konfliktpotential zuschreiben oder es sogar begrüßen. So bezeichnet beispielweise *Ossenbühl* den Begriff des Gesetzgebungsoutsourcings

---

<sup>20</sup> So Ulrich Battis gegenüber SPIEGEL ONLINE; vgl. *Gathmann*, Großkanzlei hilft Wirtschaftsministerium, *Der Spiegel* v. 12.08.2009, verfügbar unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/grosskanzlei-hilft-wirtschaftsministerium-kritiker-ruegen-guttenbergs-gesetz-outsourcing-a-641728.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>21</sup> *N.N.*, *Die Welt* v. 13.08.2009, verfügbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article4311698/Regierung-nutzt-mehr-Gutachter-Hilfe-als-bekannt.html> (Abruf am 03.10.2020).

<sup>22</sup> Goethe-Institut, *Marktlexikon Wirtschaftsrecht*, S. 248; *Gabeler Wirtschaftslexikon*, L-O, S. 2264.

<sup>23</sup> *Endler*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), *Gesetzgebungsoutsourcing*, S. 143 (146); *Krüper*, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 38 Rn. 54.

<sup>24</sup> Vgl. *Felder*, *Der Staat* 49 (2010), S. 543 ff.

als einen „Unbegriff“, welcher „verfehlt ist und sich in der juristischen Argumentation wie ein Virus auswirkt.“<sup>25</sup> Auch wenn diese Kritik in ihrer Schärfe zumindest als leicht überzogen anmutet, verbleibt es mit der genannten Terminologie dennoch bei einer gewissen semantischen Ungenauigkeit. Da es bei diesem Vorgang nicht um eine vollumfängliche Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen, sondern um eine Überantwortung der ersten Erstellung einer Gesetzesformulierung im Rahmen der Entwurfsphase geht, erscheint die Bezeichnung „Outsourcing von Gesetzentwürfen“<sup>26</sup> oder aber *Gesetzentwurfsoutsourcing* als präziser und den rechtlichen Zugriff auf die Problematik erleichternd. Da sich jedoch die Bezeichnung *Gesetzgebungsoutsourcing* seit ihrer Einführung in der juristischen Literatur als gängige Terminologie etabliert hat<sup>27</sup> und es sich darüber hinaus nicht um einen fest definierten Rechtsbegriff handelt<sup>28</sup>, wird diesem semantischen Usus auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit entsprochen.

### C. Verortung im Gesetzgebungsprozess

Die Erzeugung von Gesetzen ist prozesshaft.<sup>29</sup> Von Bedeutung ist daher zunächst erneut die Feststellung, dass der Vorgang des Gesetzgebungsoutsourcings, jedenfalls in operativer Hinsicht, nicht die Gesetzgebung insgesamt bzw. an sich betrifft. Umfasst wird von dieser Praxis vielmehr lediglich ein einzelner Teilbereich des gesetzgeberischen Prozesses, nämlich die *erste* Formulierung des Gesetzentwurfs als Referentenentwurf.<sup>30</sup> Damit ist das Gesetz-

<sup>25</sup> *Ossenbühl*, in: FS Schröder, S. 359 (359 f.); kritisch ebenfalls *Wimmer*, in: Klopfer (Hrsg.), *Gesetzgebungsoutsourcing*, S. 131 (131 f.).

<sup>26</sup> *Kersten*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, § 76 Rn. 41.

<sup>27</sup> Vgl. beispielsweise *Filges*, BRAK-Mitt. 2010, S. 239 ff.; *Klopfer*, NJW 2011, S. 131 ff.; 387; *Krüper*, JZ 2010, S. 655 ff.; *Lejeune*, in: FS Klopfer, S. 775 (787); v. *Lewinski*, in: Klopfer (Hrsg.), *Gesetzgebungsoutsourcing*, S. 79 ff.; *Meßerschmidt*, Der Staat 51 (2012), S. 387 ff.; *ders.*, AD 2012, S. 98 ff.; *Stadler*, in: Klopfer (Hrsg.), *Gesetzgebungsoutsourcing*, 15 ff.; ähnlich *Partmann*, in: Schnabl/Scholz (Hrsg.), *Aufgeschlossen für Wandel*, S. 151 ff., der von einem „Outsourcing von Gesetzgebungsverfahren“ spricht. Auch in den berichterstattenden Medien findet die Outsourcing-Terminologie ihren Niederschlag, vgl. *Gathmann*, *Großkanzlei hilft Wirtschaftsministerium*, Der Spiegel v. 12.08.2009, verfügbar unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/grosskanzlei-hilft-wirtschaftsministerium-kritiker-ruegen-guttenbergs-gesetz-outsourcing-a-641728.html> (Abruf am 03.10.2020); *Prantl*, *Guttenbergs Großkanzlei*, Süddeutsche Zeitung v. 08./09.08.2009; verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/neues-gesetz-guttenbergs-grosskanzlei-1.153712> (Abruf am 03.10.2020); anders *Kalagi*, ZParl 2014, S. 647 (649), die von einer „Gesetzeslagerung“ spricht.

<sup>28</sup> *Krüper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 38 Rn. 54.

<sup>29</sup> *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8 Rn. 33.

<sup>30</sup> Ausführlich zum gesamten Initiativverfahren innerhalb der Bundesregierung *Maaßen*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, § 8, passim.

# Register

Ankereffekt **30–34**, 63, 74, 291–298, 297

## Beratung

- Abgrenzung, interne und externe 11 f.
  - als Mitentscheidung **28 f.**, 295
  - dezisionistisches Modell 26
  - pragmatisches Modell 28
  - sachverständige 14–16
  - technokratisches Modell 27–28
- Böckenförde-Diktum 253–257  
Bundesverfassungsgericht 238–241

## Demokratieprinzip

- Legitimationskette **57**, 61, 181, 195
- Legitimationsniveau **58**, 165–166, 177, 187
- Legitimationsobjekt 60
- Optimierungsgebot 173–188

Eilbedürftigkeit 19, 35, 261, 272 f., 287

## Entscheidungsherrschaft, inhaltliche

- Externalisierung 54, 76, 232
- Fachwissen *siehe* Komplexität der Entscheidungsgegenstände
- personelle Ressourcen 269
- Zeitdruck *siehe* Eilbedürftigkeit

Funktionsvorbehalt 43–48

Gehorsam(s), Prinzip des 36

## Gemeinwohl

- Begriff 66–70
  - Gemeinwohlverpflichtung, staatliche 64 f.
  - Interessenasymmetrie 205
  - Konkretisierung **70–72**, 202 f., 208, 210–214, 229
  - Optimierungsgebot 207–210, 224–226
- Gesetz 16 f.

Gesetzesbeschluss 76, 170, 190, 192

Gesetzesstaat 16

Gesetzgebungsimpuls 11

Gesetzgebungslehre 217 f.

Gesetzgebungsoutsourcing

- Arbeitsauftrag 20, 266, 277
- Begriff *siehe* Semantik
- Präjudizierung *siehe* Ankereffekt
- Transparenzgebot 274–282
- verfassungsmäßiges 261–298

Gesetzgebungsverfahren

- Arbeitsteilung 52, **191**
- Einbringung von Gesetzesvorlagen *siehe* Initiativrecht
- Informalität 51–53
- Inklusivität 211 f.
- inneres und äußeres 39
- Kompromiss 52, 196, 212
- Kontrollfunktion 276
- legislative facts 215, 227
- legislative footprints 277, 290
- Letztentscheidungskompetenz 135–137, 161–167

Heuristik, Urteils- 30 f.

Hypothesen-Testen, selektives *siehe* SA-Modell

Initiativrecht 39–43

Kabinettsbeschluss 62, 170, 190, 280

Komplexität der Gesetzgebungsgegenstände **17–19**, 27, 261, 270–272, 282

Konformität, Prinzip der 36 f.

Konstitutionalisierung 87–89

Leitkultur 254–256

Lobbyismus 12

- Lüth-Urteil **99–102**, 107, 117, 184
- Milgram-Experiment 36
- Parteiendemokratie 274
- Politikberatung 11–16
- Prinzipientheorie
- absolute Prinzipien 209
  - als Strukturtheorie 143 f.
  - formelle Prinzipien 242–244
  - Kollisionstheorem **149–152**, 209
  - one-right-answer-Theorie 241
  - Optimierungsthese 148–155
  - Trennungsthese 145–148
- Rahmenordnungstheorie
- Gesetzgebungsstaat *siehe* Jurisdiktionsstaat
  - Jurisdiktionsstaat **128–137**, 237 f.
- Referentenentwurf 10 f.
- Regierungsentwurf 11
- Regierungsvorlage, verkappte 40 f.
- SA-Modell **32–34**, 262, 296
- Semantik 9 f.
- Struck'sches Gesetz 25
- Verfassung
- Funktion 83–85
  - Integrationslehre 95, 130
  - Normativität **80–83**, 93, 178
  - Verfassungsgebung 56, 131 f.
  - Verständnis 89–91
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- Kritik 120–122
  - Prinzipien und Abwägung 153–155
- Vermittlungsausschuss 168 f., 193
- Volk
- als vor-verfassungsmäßige Größe 132
  - Bevölkerung 248
  - Grundkonsens 251–253
  - Homogenität 136, 199–202, **245–253**
  - Pluralismus 205–207, 214, 247 f.
  - Souveränität 133–135
- Vorbehalt des Gesetzes 16, 57, 192
- Vorrang des Gesetzes 16, 57
- Wertordnung
- Abwägung 107–109
  - Gesamtverfassung als 105–107
  - Judikatur 94–110
  - Kritik 112–123
  - Prinzipien und Werte 155
  - Wertrangordnung 107–109
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages 282–286
- Wissensdefizit 18