



Die Koalition gegen Korruption.



**dbb**  
beamtenbund  
und tarifunion

# **Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik? Unabhängigkeit und demokratische Legitimität im 21. Jahrhundert**

Dokumentation einer Tagung von  
Transparency International Deutschland e.V.  
und dbb beamtenbund und tarifunion  
am 31. Mai 2011 in Berlin



## IMPRESSUM

Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik?  
Unabhängigkeit und demokratische Legitimität im  
21. Jahrhundert

Dokumentation einer Tagung von Transparency International  
Deutschland e.V. und dbb beamtenbund und tarifunion  
am 31. Mai 2011 in Berlin

Veranstaltungsleitung:  
Claudia Rahn, dbb beamtenbund und tarifunion  
Dr. Christian Humborg, Transparency International Deutschland e.V.

Redaktionsschluss: August 2011

Gestaltung Einband: Julia Bartsch

Druck und Bindung: copy print Kopie & Druck GmbH, Berlin

Foto: Marco Urban

Papier: Revive pure natural matt aus 100% Altpapier, naturweiß

ISBN: 978-3-9814329-3-0



## Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i> .....	5
Peter Heesen und Prof. Dr. Edda Müller	
<i>Begrüßungsworte</i> .....	7
Frank Stöhr	
<i>Unabhängigkeit und Kompetenz in der Gesetzgebung</i> .....	11
Sabine Leutheusser-Schnarrenberger	
<i>Politikentwicklung im Kreuzfeuer von wissenschaftlicher Beratung und organisierten Interessen</i> .....	25
Prof. Dr. Renate Mayntz	
<i>Verfassungsrechtliche Schranken einer „Verhandlungsdemokratie“</i> .....	35
Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier	
<i>Regierungsinitiativen ohne Ministerialverwaltung</i> .....	47
Prof. Dr. Michael Kloepfer	

<i>Kommunale Eigenwahrnehmung und Transparenz bei Gewährleistungsverantwortung .....</i>	<i>59</i>
Prof. Dr. Hans-Günter Henneke	
<i>Schlusswort.....</i>	<i>69</i>
Prof. Dr. Edda Müller	
<i>Über die Autoren.....</i>	<i>75</i>



## Vorwort

*Peter Heesen*, Bundesvorsitzender dbb beamtenbund und tarifunion

*Prof. Dr. Edda Müller*, Vorsitzende Transparency International Deutschland

Was haben der Streit um Stuttgart 21, von Externen erstellte Gesetzentwürfe und bilaterale Verträge zwischen der Bundesregierung und vier großen Stromkonzernen im Vorfeld parlamentarischer Gesetzesberatung gemeinsam? Grundregeln des demokratischen Prozesses wie die klare Zuordnung von Verantwortlichkeiten scheinen aus dem Blick zu geraten. Das Primat der Politik droht, verloren zu gehen. Das Vertrauen der Bürger in eine gerechte, auf Ausgleich und Gleichbehandlung bedachte Politik scheint zu schwinden.

Ist es an der Zeit, Entscheidungsprozesse der Politik zu überdenken? Welche Rolle spielen Wissenschaft und organisierte Interessen in der Politikberatung? Wie ist es um die Prärogative des Parlaments bestellt? Kann die Ministerialbürokratie ihre Aufgaben als kompetenter und unabhängiger Berater der gewählten Regierung noch zufriedenstellend wahrnehmen? Welche Antworten lässt unser Grundgesetz auf diese Fragen zu? Wie viel Staat ist nötig, um die Unabhängigkeit und Legitimation politischer Entscheidungen zu sichern? Diesen Fragen ist Transparency International Deutschland gemeinsam mit dbb beamtenbund und tarifunion im Rahmen einer Tagung, die am 31. Mai 2011 im dbb Forum in Berlin stattfand, nachgegangen.

Wir veröffentlichen hiermit die Beiträge der renommierten Redner und Rednerinnen. Aus verschiedenen Perspektiven setzen sie sich mit der Unabhängigkeit von Politik in Zeiten scheinbar übermächtig auftretender Interessenvertreter und der demokratischen Legitimität von Politik im 21. Jahrhundert auseinander. Die Suche nach den richtigen Antworten wird auch angesichts des Verlusts politischer Handlungsfähigkeit aufgrund internationaler wirtschaftlicher Verflechtungen sowie supranationaler Kompetenzverlagerungen weitergehen. Sie muss weitergehen, weil ein simples „weiter so“ die politische Stabilität unserer Gesellschaft gefährden könnte.

Für die Korrektur evidenter Fehlentwicklungen und die Suche nach besseren Lösungen bedarf es einer breiten Diskussion und engagierter Bündnisgenossen. Wir hoffen in diesem Sinne auf Ihr Interesse und wünschen eine gewinnbringende Lektüre.

Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik?

## **Begrüßungsworte**

*Frank Stöhr*

Zweiter Vorsitzender des dbb beamtenbund und tarifunion

Sehr geehrte Frau Bundesministerin,  
sehr geehrter Herr Staatssekretär,  
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete des Deutschen Bundestages,

meine sehr verehrten Damen und Herren,

sehr herzlich begrüße ich Sie heute Morgen – im Namen von Transparency International Deutschland und des dbb – zu unserer Tagung „Dankt der Staat ab? Wo bleibt das Primat der Politik?“ und heiße Sie dazu im dbb forum in der Mitte Berlins willkommen. Diese Grüße richte ich auch im Namen unseres Bundesvorsitzenden, Peter Heesen, an Sie, der seine Teilnahme krankheitsbedingt leider kurzfristig absagen musste.

Ich freue mich sehr, dass es uns gelungen ist, zahlreiche namhafte Referenten aus Politik und Wissenschaft gewinnen zu können, die aus unterschiedlichen Blickwinkeln auf unser heutiges Thema eingehen werden. Daher freue ich mich außerordentlich, dass Sie, sehr verehrte Frau Ministerin, sich heute die Zeit genommen haben, zu uns zu sprechen. An dieser Stelle begrüße ich zudem sehr herzlich den ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Papier und Sie, verehrte Frau Prof. Mayntz. Herzlich willkommen heiße ich auch Prof. Dr. Kloepfer von der Humboldt-Universität Berlin, den Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages, Herrn Prof. Dr. Henneke, sowie die Teilnehmer der Podiumsdiskussion unter Moderation von Tissy Bruns vom Berliner Tagesspiegel: Frau Prof. Dr. Müller, Vorsitzende von Transparency International Deutschland, Staatssekretär im Bundesministerium der Finanzen, Dr. Hans-Bernhard Beus, sowie Dr. Wolfers, Rechtsanwalt in der Kanzlei Freshfields, Bruckhaus, Deringer, und nicht zuletzt meine Kollegin in der Bundesleitung des dbb, Frau Kirsten Lühmann.

Meine Damen und Herren,

„Kann eine Volksabstimmung Stuttgart 21 retten?“, „Widerstand gegen die Flugrouten des Flughafens Berlin-Brandenburg International“, „Wutbürger“: Dies sind nur einige Schlagworte und Überschriften, die in den letzten Monaten regelmäßig in deutschen Medien zu lesen waren. Dahinter steht die Frage: Wie ist es um die demokratische Willensbildung und Entscheidungen in unserem Land bestellt? Wir müssen zu Beginn des neuen Jahrzehnts im 21. Jahrhundert feststellen,

- dass politische Entscheidungen immer häufiger Unmut und Unverständnis bei Bürgern hervorrufen;
- dass Bürger für ihre Interessen und Meinungen auf die Straße gehen, nachdem politische Entscheidungen von demokratisch legitimierten Vertretern getroffen wurden.

Dies ist Kennzeichen einer lebendigen Demokratie! Doch Demokratie ist keine Selbstverständlichkeit! Die Umwälzungen in zahlreichen Staaten der Welt erinnern aktuell daran, dass ein demokratisch verfasster Rechtsstaat durchaus nicht der Regel- und Normalfall ist. Es sind die Menschen in vielen Staaten Nordafrikas und im Nahen Osten, die auf die Straße gehen und für Veränderungen eintreten: für Freiheit und rechtsstaatliche Verhältnisse. Was es bedeutet, wenn die Staatsmacht versucht, diese Bestrebungen zu unterdrücken, haben wir in vielen bedrückenden Bildern sehen müssen.

Die Veränderungen, die unser eigenes Land durch die friedliche Revolution von 1989 erfahren durfte, sind nicht nur Grund zur Dankbarkeit, sondern zugleich Ermutigung, solche Veränderungsprozesse zu begleiten. Wir müssen uns jeden Tag neu für das Bestehen unserer freiheitlich demokratischen Grundordnung einsetzen.

Es sollte uns dennoch beschäftigen, wenn politische Entscheidungen von demokratisch legitimierten Stellen durch Bürger unter Berufung auf ihr unmittelbar demokratisches Mitentscheidungsrecht in Frage gestellt werden. Denn darin zeigt sich auch, dass das Vertrauen in Politik und ihre Entscheidungen nicht zwingend gegeben ist. Es geht daher darum, sich der Frage zu widmen, wie Vertrauen und Transparenz in der Politik (wieder) hergestellt werden kann und dadurch auch der Staat und seine Repräsentanten gestärkt werden. Denn die Bürger bauen auch darauf, dass durch einen Rechtsstaat Rahmenbedingungen für Verlässlichkeit von politischen wie von Verwaltungsentscheidungen ge-

schaffen werden. Dies ist ohne einen unabhängigen öffentlichen Dienst nicht möglich.

Der öffentliche Dienst trägt eine große Verantwortung dafür, dass dies gelingt: in seiner unabhängigen, ausschließlich an Recht und Gesetz orientierten Handlungsweise,

- sorgt er für eine Infrastruktur für das gesellschaftliche Zusammenleben in Deutschland
- und schafft damit die Grundlage für Rechts- und Planungssicherheit.

Zugleich steht er für eine verlässliche öffentliche Daseinsvorsorge, die weitgehend gleiche Lebens- und Wirtschaftsbedingungen in Deutschland gewährleisten soll.

Die Frage ist auch, wo in einer immer komplexeren Welt die Grenzen von politischer Entscheidung und politischer Beratung liegen. Organisierte Interessen sind in einer pluralistischen Gesellschaft nichts Anrüchiges. Im Umfeld von Ministerien und Parlamenten muss aber immer transparent sein, in welcher Rolle sie auftreten – nur beratend oder möglicherweise mitentscheidend. Diese Klarheit war – und ist – möglicherweise nicht immer gegeben.

Diese grundlegenden Fragen haben Transparency International Deutschland und den dbb beamtenbund und tarifunion gleichermaßen beschäftigt und wir sind nach zahlreichen Gesprächen zu der Auffassung gekommen, die heutige Veranstaltung zu planen, um einen Beitrag zur politischen Diskussion zu leisten.

Mein besonderer Dank gilt daher an dieser Stelle, Ihnen, liebe Frau Prof. Müller. Ihr tatkräftiges Engagement – nicht zuletzt auch durch die hervorragende Zusammenarbeit mit ihrer Geschäftsstelle – hat zum Gelingen der heutigen Veranstaltung wesentlich beigetragen. Wir haben uns darauf verständigt, die aufgeworfenen Fragen aus unterschiedlichen Perspektiven zu betrachten, denn sie betreffen den Bereich der Legislative wie der Exekutive und haben auch eine verfassungsrechtliche Dimension.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit und gebe damit das Wort an die Bundesministerin der Justiz, Frau Leutheusser-Schnarrenberger.

Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik?

# Unabhängigkeit und Kompetenz in der Gesetzgebung\*

*Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB*

Bundesministerin der Justiz

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

Sie nehmen sich heute nicht wenig vor. Sie fragen, wo das Primat der Politik bleibe? Sie zweifeln anscheinend bereits daran, dass es die Politik ist, die den vorrangigen Zugriff zur Regelung gesellschaftlicher Probleme hat und Sie argwöhnen, ob eine Politik in Konkurrenz zur Wirtschaft, zu vielen Lobbyisten und anderen politischen Interessengruppen wohl ausreichend Unabhängigkeit und Sachkunde besitzt, um tragfähige Regelungen zu treffen.

Ihre Frage greift bewusst oder unbewusst eine rhetorische Bemerkung der Bundeskanzlerin auf, die in einer Regierungserklärung vor ziemlich genau einem Jahr im Angesicht der Griechenland-Rettung fragte: „Wie können wir den Primat der Politik durchsetzen?“ Daraufhin kritisierte Jürgen Habermas sie in der ZEIT, als er der gegenwärtigen Politikergeneration vorwarf, sie verzichte „im Bewusstsein der schrumpfenden Handlungsspielräume auf Ziele und politische Gestaltungsabsichten“.

Der Wunsch, das Pendel zwischen Politik und Wirtschaft wieder stärker in Richtung des Staates ausschlagen zu lassen, ist nachvollziehbar, aber als pauschale Weichenstellung auch nicht richtig. Die krachende Niederlage eines rein neoklassischen unbedingten Vorrangs der Wirtschaft vor der Politik wird nicht durch einen ebenso bedingungslosen Vorrang der Politik vor der Ökonomie wettgemacht. Ralf Dahrendorf entschied sich im ewigen Ringen zwischen Staat und Wirtschaft für die Mitte und für eine ausbalancierte „politische Ökonomie der Freiheit“. Dahrendorf, der schon früh vor einem „Casino-Kapitalismus“ warnte und die Abkoppelung der Finanz- von der Realwirtschaft bereits in den

---

\* Die Rede der Justizministerin ist zugleich online unter [http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2011/20110531\\_Unabhaengigkeit\\_und\\_Kompetenz\\_in\\_der\\_Gesetzgebung.html?nn=1477162](http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2011/20110531_Unabhaengigkeit_und_Kompetenz_in_der_Gesetzgebung.html?nn=1477162) abrufbar. (Stand: 31.08.2011)

80er Jahren kritisch beäugte, pflegt in guter liberaler Tradition einen engen Politikbegriff, ohne dem Nachwächterstaat zu huldigen. Und Wolf Lepenies hat in einer Laudatio auf den Verstorbenen präzise beschrieben, was bei nachlassendem Vertrauen in die Demokratie angezeigt ist. Er sagte: „Der Einzelne sollte wieder die Überzeugung gewinnen, dass die Politik führt – und nicht von der Ökonomie getrieben wird. Und die Wirtschaftssubjekte sollten sich wieder als Staatsbürger fühlen.“

Deshalb antworte ich auf Ihre Frage: Ja, der Staat besitzt das Primat der Politik. Es ist das Recht und zur Herstellung eines funktionsfähigen Gemeinwesens auch der Auftrag der gewählten Volksvertreter und der von Ihnen getragenen Bundesregierung, den Vorrang vor anderen gesellschaftlichen Akteuren zu beanspruchen. Aus dem Primat der Politik folgt aber nicht zwingend, dass der Staat stets und immer den Zugriff haben soll, wenn es darum geht, die Gesellschaft zu gestalten. Das Primat der Politik muss selbstverständlich die Freiheit des Einzelnen respektieren und sich immer wieder neue Spielräume erhalten oder auch neue verschaffen.

Aus diesem Grund bedarf die Politik der Legitimation für Beeinträchtigung der Spielräume der Einzelnen und anderer privater Akteure. Um die Übertragung der Entscheidungsgewalt auf die Politik zu rechtfertigen, müssen zwei Bedingungen erfüllt sein. Die politischen Entscheidungsträger müssen in einem demokratischen Verfahren gewählt worden sein. Und die Politik hat die ihr übertragene Herrschaftsgewalt kompetent und unabhängig, also allein und ohne die unmittelbare Mitwirkung nicht demokratisch legitimierter Dritter auszuüben.

An dieser Stelle darf ich mich auf den Einladungstext zur heutigen Tagung berufen. Sie führen die Proteste in Stuttgart gegen rechtskräftig beschlossene Großprojekte, die Debatte um den Atomausstieg und extern im Auftrag eines Ministeriums erstellte Gesetzentwürfe an, um Zweifel an der Verbindlichkeit politischer Entscheidungen und der Sachkunde der Politik zu belegen. Mir ist es wichtig, an dieser Stelle explizit zu erklären, dass das Bundesministerium der Justiz seine Gesetzentwürfe, die dann in die Ressortabstimmung und in die parlamentarische Beratung gehen, nicht von externen Fachleuten erstellen lässt und diese dann mit unserem Stempel versieht.

Selbst wenn man der Politik aus der eigenen Sichtweise, also aus auch aus persönlicher Betroffenheit heraus, nicht die ausreichende Sachkunde zu attestieren vermag in allen Punkten – dankt der Staat deswegen ab? Nein, er dankt nicht ab. Aber die Voraussetzungen, unter denen der Staat sich Legitimation verschafft, müssen wo nötig überarbeitet werden. Lassen Sie mich das näher erörtern.

Politik in Deutschland ist demokratisch legitimiert. Schon diese Aussage wird angezweifelt, und es wird eine abnehmende Bindung der Bürgerinnen und Bürger an die Demokratie unterstellt. Manche Kritiker sehen sogar schon das Zeitalter der Postdemokratie angebrochen, in der – polemisch formuliert – Wahlen nur noch als Medienevent stattfinden und Regierungswechsel keinen Einfluss auf das politische System als solches mehr besitzen, weil Lobbygruppen jeder gewählten politischen Richtung am Ende doch ihre Entscheidungen aufoktroyieren könnten.

Ich spreche hier bewusst im Konjunktiv, denn diese fundamentale Kritik teile ich nicht – und ich glaube, die kann man in dieser Form auch nicht teilen, auch wenn man mit einem realistischen Blick sehr wohl seit Jahren Anzeichen für einen eingetretenen Vertrauensverlust der Wählerinnen und Wähler in die Politik zur Kenntnis nehmen muss. Das System der Demokratie als solches erscheint mir davon nicht substanziell belastet, aber es muss nach den Ursachen für diesen Vertrauensverlust gefragt werden.

Von der Höhe der Wahlbeteiligung unmittelbar auf die Zufriedenheit oder Unzufriedenheit mit der Demokratie zu schließen, halte ich für eine zu einfache Gleichung, da abnehmende Wahlbeteiligung nicht zwangsläufig auf sinkendes Vertrauen in die Demokratie und die sie repräsentierenden Institutionen zurückzuführen ist. Es kann an einem zu komplizierten Wahlrecht liegen, ein Gefühl der Machtlosigkeit ausdrücken oder aber Resultat von Politik- und Politikerverdrossenheit sein. Letzteres muss analytisch klar von Demokratieverdrossenheit abgegrenzt werden.

Demokratie war und ist nie frei von Krisen, aber sie erhebt auch nicht das Versprechen der Konfliktfreiheit. Insofern ist sie eine unbequeme Herrschaftsform. Allerdings hält sie Institutionen vor, die Konflikte identifizieren und – wie Dahrendorf es ausdrückte – institutionalisieren.

Das Erkennen, vor allem aber das Beseitigen von Krisen im Diskurs der Beteiligten und Betroffenen, ist wesentliches Leistungsmerkmal der Demokratie. Somit ist Demokratie auch ein ständiger und veränderungsoffener Wandlungsprozess, ein tägliches Update an die Realität. Nicht das süße Versprechen einer glücklichen Gesellschaft, sondern die Fähigkeit, Widersprüche, Zielkonflikte und unterschiedliche Interessen miteinander zu versöhnen, macht demokratische Prozesse aus. Demokratie ist anstrengend, vielleicht manchmal auch eine Zumutung. Deswegen ist die Zustimmung zu dieser Regierungsform nicht allein aus der Beteiligung an einem Urnengang ablesbar. Stünde die Beliebtheit oder Akzeptanz einer Regierung stellvertretend für den Grad der Demokratisierung,

könnte ein Staat wie Belgien, der derzeit seit fast einem Jahr mangels stabiler politischer Mehrheiten von der abgewählten Vorgängerregierung kommissarisch weiter verwaltet wird, nur noch schwer als Demokratie gewertet werden.

Demokratie wird nicht ausschließlich in Wahlen erkennbar und sie vollzieht sich schon gar nicht in Meinungsumfragen. Um die Gesamtformel der Demokratie zu bilden, muss man weitere Konstanten hinzuzählen. Ohne Gewährleistung individueller Freiheiten, Absicherung der Gewaltenteilung, Garantie der Rechtsstaatlichkeit, Einbindung von Minderheiten, Achtung ihrer Rechte, die ja erst die Bedeutung der Grundrechte ausmacht, die Herstellung von Transparenz der Meinungsbildungsprozesse, das Vorhandensein einer starken, vielfältigen und unabhängigen Berichterstattung in der Presse und im Netz sowie natürlich auch ohne die Partizipation organisierter Interessen durch selbstbewusste Gewerkschaften, Nichtregierungsorganisationen und andere Interessenverbände wäre die repräsentative Herrschaft durch das Volk unvollständig.

Obwohl das Wort Politikverdrossenheit schon 1992 während meiner ersten Amtszeit als Bundesjustizministerin „Wort des Jahres“ war – das Unwort war damals „ethnische Säuberung“ –, kann von einer Krise der repräsentativen Demokratie nicht gesprochen werden, und die Politik fordert zu Recht ihr Primat. Dies rückt das zweite Problem in den Fokus, nämlich die Frage, ob die Politik und insbesondere die Gesetzgebung die ihr übertragene Entscheidungsgewalt unabhängig und kompetent ausübt.

Meine Antwort darauf ist ein klares „Ja, aber“. Ja, grundsätzlich entstehen Gesetze unabhängig. Sie werden von qualifizierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Ministerialverwaltung gründlich vorbereitet, von kritischen Parlamenten und Abgeordneten begleitet und beraten. Aber die Anforderungen an den Gesetzgeber steigen, und die Politik hat die Aufgabe – jeweils auch geprägt vom Rhythmus der kurzen vier Jahre einer Wahlperiode –, Entscheidungen nicht losgelöst und abgehoben von der Gesellschaft zu treffen, sondern in dem Bestreben, möglichst tragfähige, umfassende, verständliche, handwerklich ordentliche und damit akzeptanzfähige Gesetze zu erlassen. Und dies setzt eine breite und strukturierte Einbeziehung unterschiedlicher Interessen zwingend voraus. Dort, wo es die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten dazu gibt, sollten bestimmte Entscheidungen auch direkt in Abstimmungen unmittelbar durch die Wählerinnen und Wähler selbst in Volksentscheiden getroffen werden. Aber natürlich genau in dem Verfahrenszustand, in dem die Bürgerinnen und Bürger ihre Meinungsbildung einbringen, wenn es rechtskräftig herbeigeführte Entscheidungen gibt, gibt es auch die Legitimation, sie zu realisieren.

Die These von der Postdemokratie kann aber auch widerlegt werden, wenn man den Blick auf die Gesetzgebungsarbeit im Bundesjustizministerium lenkt. Das Bundesministerium der Justiz ist als klassisches Gesetzgebungsressort auch Verfassungsressort neben dem Bundesinnenministerium und mit der Rechtsprüfung aller Gesetzentwürfe vertraut. Diese Rechtsförmlichkeitsprüfung ist das eine. Aber die Meinungsbildung erfolgt durch die Einbeziehung verschiedenster Organe, durch Diskurs mit der Öffentlichkeit, durch eine Reihe von Verfahrensgarantien mit dem Ziel, eine optimale Lösung im Sinne der Institutionalisierung und Kanalisierung von Konflikten zu ermöglichen.

Dies sind jedoch noch vorbereitende Maßnahmen, denn nach dem Grundgesetz ist ja allein die gewählte Volksvertretung legitimiert und befugt, letztendlich Gesetze zu verabschieden. Scheinbar im Widerspruch zu dieser zentralen Rolle verhält es sich, wenn von den 616 in der letzten Legislaturperiode verabschiedeten Gesetzen fast 80 Prozent auf Regierungsvorlagen und nur etwas über 14 Prozent auf Initiativen des Bundestages zurückgingen. Diese Zahlen sind jedoch vor dem Hintergrund zu sehen, dass tatsächlich Regierungsfractionen die zentralen politischen Impulse aussenden, zu deren Umsetzung dann auch die Ministerien auf der Grundlage politischen Konsenses gefordert sind.

Selbstverständlich greift immer auch das – inzwischen ja so genannte ungeschriebene – Struck'sche Gesetz. Denn der frühere SPD-Fraktionsvorsitzende Peter Struck hatte aufgrund seiner reichhaltigen Erfahrung bemerkt, dass kein Gesetz den Bundestag so verlässt, wie es in ihn hineinkommt – etwa durch Regierungsvorlagen.

Dieses in 60 Jahren Bundesrepublik Deutschland bewährte Modell hat in den letzten Jahren immer stärkere Belastungen aushalten müssen. Die gesellschaftlichen Entwicklungen – und mit ihnen die gesetzlich zu regelnden Materien – werden stetig komplexer; die Gesetzesvorbereitung immer aufwendiger; die Vernetzung mit europäischer Gesetzgebung immer enger.

Gerade die Informationsbeschaffung und Informationsbewertung gestaltet sich unter diesen Entwicklungen schwieriger, zumal wenn bestimmte Interessengruppen Informationen monopolisieren können.

Bevor ich darauf eingehe, wie wir diesen Herausforderungen begegnen, möchte ich schon deutlich zum Ausdruck bringen, dass ich sehr wohl als Abgeordnete und auch als Ministerin an alle Gesetzgebungsorgane den Anspruch erhebe, dass bei jedem Gesetzgebungsverfahren gewährleistet sein muss, dass die unabhän-

gige Letztentscheidungskompetenz bei den demokratisch legitimierten Organen liegt.

Denn – so der frühere Bundesverfassungsgerichtspräsident Ernst Benda – der Volkswille und die parlamentarische Repräsentation durch die Volksvertretung sind selbstverständlich nur in den verfassungsmäßigen Institutionen und Verfahren der Demokratie existent, wirksam und verbindlich.

Jedem fertigen Gesetz geht ein politischer Entscheidungsprozess voraus, bei dem zwischen verschiedenen Lösungen im Großen wie im Detail leidenschaftlich gestritten wird. Und diese Auseinandersetzung mit Regelungsalternativen steht im Zentrum des Gesetzgebungsverfahrens. Dem Leitbild der Institutionalisierung von Konflikten folgend verpflichtet das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgebung, relevante gegenläufige Interessen festzustellen, zu bewerten und auszugleichen.

Der Gesetzgeber muss – so das Bundesverfassungsgericht – bei seinen Einschätzungen und Bewertungen an der politischen Wirklichkeit, dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens, den bestehenden Lebensbedingungen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten Rechnung tragen. Außerdem ist er verpflichtet, ausreichend Arbeitskraft selbst vorzuhalten, um diese anspruchsvolle Tätigkeit unabhängig und kompetent erfüllen zu können.

Aber das festgelegte Regelungsziel muss gegenüber den anderen Gesetzgebungsorganen, aber auch gegenüber der Öffentlichkeit transparent dargestellt und inhaltlich erläutert werden. Hat sich der Gesetzgeber zu einer bestimmten Einschätzung der Regelungsmaterie entschlossen und auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet, so muss er diese in einem transparenten Verfahren auch folgerichtig weiterverfolgen.

Es geht also nicht nur darum, dass das Parlament nur einen nach formellem und materiellem Verfassungsrecht ordnungsgemäßen Gesetzesbeschluss fasst. Dem Beschluss muss ein Verfahren vorausgehen, das die Legitimationswirkung des Gesetzesbeschlusses inhaltlich untermauert. Der Öffentlichkeit muss deutlich werden, dass sich das Parlament als einziges durch unmittelbare Wahl legitimates Verfassungsorgan inhaltlich mit dem Entwurf befasst hat und dass der Gesetzesbeschluss Ausdruck eines eigenständigen Urteils über ihn ist. Denn es ist eben der Gesetzgeber, der im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben darüber bestimmt, mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen in das Gesetz und dessen Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen.

Gerade hier stehen die Gesetzgebungsorgane vor besonderen Herausforderungen. Finanzmarktstabilisierung, Hartz-IV-Reform, Energiepolitik und der Europäische Stabilisierungsmechanismus sind nur einige Beispiele für die immensen gesetzgeberischen Herausforderungen. Angesichts der Geschwindigkeit und Komplexität dieser Gesetzgebungsverfahren wurden ja Vorwürfe der Entparlamentarisierung und der Selbstentmachtung des Staates durch Technokratie und Lobbyismus laut – und die Grenzen des „Struck’schen Gesetzes“ immer wieder auch aufgezeigt.

Dabei sind nach meiner Einschätzung zwei Konstellationen zu unterscheiden: Einerseits gibt es Fälle echter Eilbedürftigkeit, in denen gesetzgeberisch auf Krisen und Notfälle reagiert werden muss. Hier schlägt bei der Gesetzesvorbereitung tatsächlich in erster Linie die Stunde der Exekutive, die mit ihrem Apparat Gesetzgebungsvorschläge zügigst erarbeiten und diese notwendigerweise sogar mit internationalen Partnern abstimmen muss. Dass dabei erzielte Verhandlungsergebnisse Ausdruck internationaler Verhandlungen sind und im parlamentarischen Verfahren nur in engen Grenzen in Frage gestellt werden können, ist eine bedauerliche, aber auch unvermeidliche Kehrseite dieser besonderen Gesetzgebungssituation. Verhandlungslösungen auf internationaler Ebene sind nicht in gleicher Weise legitimiert, wie dies die repräsentative Demokratie verlangt. Die ökonomisch globalisierte Welt hat keine globalisierte politische Struktur.

Das Ringen um die politischen Entscheidungsstrukturen der Europäischen Union zeigt, vor welchen Herausforderungen wir stehen. Der Protektionismus abgeschotteter Märkte und damit einhergehende Phänomene von Fremdenfeindlichkeit und Ausgrenzung, wie wir sie in einigen Staaten beobachten müssen, sind allerdings keine Alternative zu Verhandlungen auf europäischer und internationaler Ebene. Wo die Grenzen aus deutscher Sicht sind, ist mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon klar zum Ausdruck gebracht worden – auch mit der Klarstellung, dass es in gewissen Bereichen der Gesetzgebung vor einer Entscheidung der Exekutive in europäischen Gremien eines ausdrücklichen Gesetzesvorhabens mit Zustimmung des Parlaments bedarf.

Von den eilbedürftigen Sonderfällen in Krisensituationen zu unterscheiden sind diejenigen Verfahren, in denen – vielleicht auch aus gewissen Interessen – ein hoher zeitlicher Druck aufgebaut wird, um das parlamentarische Verfahren zügig durchzuführen. Ein solches Vorgehen ist dann nicht mit den Grundsätzen demokratischer Gewaltenteilung vereinbar, wenn dem Parlament überhaupt nicht ansatzweise die Möglichkeit der inhaltlichen Beratung und Auseinander-

setzung bleibt. Deshalb muss auch bei umfangreichen Vorhaben – wir beraten im Moment ein solches mit der Energiewende – dem Parlament so viel Zeit gegeben werden zu beraten, dass es nicht zu einer Verkürzung der Fristen kommt, die dem Parlament für eine Beratung im Rahmen eines vorgegebenen Systems zukommt.

Aber egal, ob es sich um tatsächliche oder vermeintliche Eilbedürftigkeit von Gesetzgebung handelt: Der Bürger erwartet von seinen gewählten Volksvertretern, dass sie das erforderliche Selbstbewusstsein haben, die Interessen des Parlaments und damit ihre Interessen geltend zu machen und am Ende Entscheidungen zu treffen, die sie – auch wenn diese nicht immer im Konsens zu erzielen sind – dann auch entsprechend vom Ablauf der Meinungsbildung vertreten und kommunizieren können.

Wo ist nun die Grenze zu ziehen zwischen einer möglichst breiten Beteiligung und einer nicht hinnehmbaren direkten Beeinflussung durch Dritte? Die exakten verfassungsrechtlichen Grenzziehungen werden ja im Laufe dieses Vormittags bestimmt auch noch beleuchtet werden – in gewohnter Präzision und gewohnter Inhaltlichkeit. Ich möchte Ihnen darlegen, wie externer Sachverstand auch von Interessenvertretern in das Gesetzgebungsverfahren praktisch einbezogen wird und welche aktive Rolle die Bürger dabei einnehmen können.

Hinsichtlich der Einbeziehung externen Sachverstands lohnt sich natürlich ein Blick auf die Gesetzesvorbereitung. Denn es ist selbstverständlich und Standard, dass sich in einer frühesten Phase externer Sachverstand wesentlich in die Gesetzgebungsüberlegungen einbringt. Und dabei sollten wir nicht zwischen „bösen“ Lobbyisten und „guten“ Initiativen unterscheiden. Fachkreise, Wirtschaft, Verbände und Wissenschaft verfolgen ja aus ihrer Sicht selbstverständlich legitime Einzelinteressen und sie verfolgen insgesamt legitime Interessen. Ein Gesetzesvorhaben kann ja am Ende nur dann auf Akzeptanz stoßen, wenn möglichst viele dieser Interessen gehört und abgewogen werden. Allein darauf verpflichtet ja schon die Gemeinsame Geschäftsordnung die Ministerien.

Durch die Zusammenführung der von staatlichen Stellen wahrgenommenen Interessen und die Hinzuziehung externen Sachverstands entsteht auch nicht der Eindruck unterschiedlichster Einzelaspekte, sondern die Vielstimmigkeit muss sich dann in Lösungen so niederschlagen, dass sie im Idealfall den Grundsätzen praktischer Konkordanz entsprechen und demzufolge von einer Mehrheit akzeptiert und befolgt werden können. Dieses Verfahren ist fehleranfällig, wenn Informationen einseitig verteilt sind. Und insbesondere während der internationalen Finanzkrise sind diese Probleme insgesamt deutlich erkennbar geworden.

Problematisch an diesem Prozess ist, dass in dieser Phase für die Öffentlichkeit nicht immer erkennbar ist, welche konkreten Interessen in die Gesetzesvorbereitung eingespeist wurden beziehungsweise inwieweit sie auch berücksichtigt wurden. Hier kann umfassende Transparenz und Veröffentlichung der eingereichten Stellungnahmen auch schon im frühzeitigsten Stadium helfen. Die Europäische Kommission macht das inzwischen auch so. Aber die Transparenz findet natürlich auch eine Grenze am Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung, die immer wieder auch im Einzelfall in verfassungsgerichtlichen Entscheidungen hinzugezogen worden ist. Denn jenseits des absolut legitimen Informationsanspruchs der Öffentlichkeit muss es einen Raum für Vertraulichkeit jenseits politischer Inszenierungen geben.

Eine Möglichkeit, die Transparenz dieses Verfahrensstadiums zu verbessern, wäre die Einführung eines *legislative footprints* im Gesetzentwurf. Dafür müssten alle diejenigen Interessenvertretungen ausdrücklich aufgezählt werden, die bei der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs konsultiert wurden.

Auch im weiteren Stadium der Gesetzesberatungen ist die Politik natürlich im positiven Sinne nicht unbeeinflusst. Berühmteste Ausprägung sind die öffentlichen Sachverständigenanhörungen im Bundestag. Die teils stark voneinander abweichenden Ansichten in der Wissenschaft und bei den Interessenvertretern kann man unmittelbar auf Phoenix verfolgen. Protokolle und Videoaufzeichnungen sind im Internet abrufbar.

Aber wie ist es zu beurteilen, wenn externe Berater mit Zuarbeiten zum Gesetzgebungsverfahren oder mit der Erstellung ganzer Gesetzentwürfe beauftragt werden? Herrn Professor Kloepfer ist es zu verdanken, dass er als einer der ersten diesen bislang dunklen Raum der Politik wissenschaftlich ausgeleuchtet hat. Ich möchte deshalb nicht vorgreifen und mich auf folgende Punkte beschränken: Grundlage jeder Einbeziehung Dritter muss der Ausgangssatz sein, wonach bei jedem Gesetzgebungsverfahren zu gewährleisten ist, dass die Letztentscheidungskompetenz bei den demokratisch legitimierten Organen liegt. Gesetzesarbeit wird im Ministerium gemacht und nicht auf Bezahlung geliefert. Wenn externe Berater zu Einzelfragen hinzugezogen werden, bedarf es einer nachvollziehbaren Begründung und Transparenz. Wenn ein einschlägiges Branchenmagazin Kanzleien als „Souffleure der Macht“ feiert, ist es sachlich falsch und suggeriert eine nicht hinnehmbare mögliche Sprachlosigkeit des Staates.

Üblich ist die Hinzuziehung von Dritten ohnehin nicht. Ministerien verfügen über ausgezeichnete und erfahrene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Ihre Zahl

ist dabei noch in etwa so groß wie vor 30 Jahren, obwohl die Komplexität der Gesetzgebungsgegenstände auf breiter Front zugenommen hat.

Wenn in Einzelfällen externe gutachterliche Zuarbeit notwendig ist, muss der Staat das Ziel der Gesetzgebungsarbeit klar definieren. Die genuin politische Entscheidung der Zielbestimmung kann und darf Dritten nicht überlassen werden. Spätestens nach ersten Vorarbeiten müssen nicht nur das Ziel, sondern auch der Inhalt, die Art und der Umfang der zu treffenden Regelung unter Abwägung möglicher Regelungsalternativen durch staatliche Organe festgelegt werden. Unter diesen strengen Voraussetzungen bleibt das Primat der Politik gewahrt.

Ein anderes, aber doch verwandtes Thema ist die Frage, in welchem Ausmaß der Bürger in das Gesetzgebungsverfahren einbezogen werden und so seinen Sachverstand einbringen kann. Die verfassungsrechtliche Ausgangslage ist klar: Wir leben in einer repräsentativen Demokratie. Direktdemokratische Elemente sieht das Grundgesetz – mit Ausnahme des Artikels 29 – nicht ausdrücklich vor. Die Landesverfassungen sind durchaus großzügiger. Und im Freistaat Bayern gibt es ja ausdrücklich sehr gute Erfahrungen mit den landesverfassungsrechtlich abgesicherten Elementen direkter Demokratie. Und dass das Thema den Deutschen Bundestag aufgrund unterschiedlicher Initiativen einzelner Fraktionen seit Jahren beschäftigt, ist auch bekannt. Weil es aber berechnete unterschiedliche Interessen gibt, ist es aber nicht Bestandteil des derzeitigen Koalitionsvertrages.

Die freiheitliche Demokratie zielt nach der klassischen Tradition des demokratischen Liberalismus auf eine Ordnung der größtmöglichen und gleichberechtigten politischen Teilhabe aller Bürger an der verfassungsmäßigen Organisation des Staates. Wir kennen diesen Ansatz als Legitimation durch Verfahren, also durch Partizipation. Dieses Modell gerät an Grenzen, wenn Verfahren zwar rechtsförmig durchgeführt werden, die kritischen bis konstruktiven Vorschläge der Bürgerinnen und Bürger am Ende aber keinen Eingang in die Entscheidung finden. Ralf Dahrendorf hat auch hier Wege aufgezeigt. Er stellte sich die Institutionen der Politik „öffentlich, allgemein und offen“ vor.

Diesem Vorschlag kann mit dem Ausbau klassischer Beteiligungselemente, natürlich besonders unter Nutzung der neuen Medien, sehr viel angemessener entsprochen werden. Wir in der Koalition bekennen uns ausdrücklich zur Stärkung der Mitwirkungsmöglichkeiten der Bürgerinnen und Bürger an der demokratischen Willensbildung.

Das wird ja derzeit praktiziert im Petitionswesen: Seitdem die E-Petition eingeführt wurde, ist die zuvor rückgängige Zahl der Petitionen merklich gestiegen. Und deshalb ist im Koalitionsvertrag auch vorgesehen, bei Massenpetitionen über das bestehende Anhörungsrecht hinaus eine Behandlung des Anliegens im Plenum des Deutschen Bundestages unter Beteiligung der zuständigen Ausschüsse einzuführen. Auf diesem Wege dürften die Anregungen der Bürgerinnen und Bürger verstärkt zu tatsächlicher Auseinandersetzung und möglicherweise auch zu gesetzgeberischen Aktivitäten führen.

Auch andere Partizipationsmöglichkeiten müssen gestärkt werden, natürlich mit den Enquete-Kommissionen, die eine Form parlamentsinterner Politikberatung sind. Derzeit werden in der sogenannten Internet-Enquete neue Möglichkeiten der Bürgerbeteiligung erprobt. Dort ist unter dem Stichwort „Adhocracy“ jeder Bürger eingeladen, als „Sachverständiger“ sein Wissen und seine Vorstellungen über Internetnutzungen einzubringen. Ich glaube, dass es sich um tragfähige neue Ansätze für verbesserte Bürgerbeteiligung handelt. Die Ergebnisse dürften wertvolle Einsichten für den Einsatz und Ausbau von Instrumenten der Adhokratie – einer aus dem Moment heraus entstandenen Beteiligungsform – liefern.

Ein weiteres wichtiges Feld ist die Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger – siehe Stuttgart 21 – in Planungsverfahren. Ich bin der Auffassung, dass die bestehenden gesetzlichen Regelungen weiterentwickelt und für die Bürger auch besser durchschaubar gemacht werden müssen. Verfahrensregelungen können nur dann zur Akzeptanz beitragen, wenn sie verstanden, im Grundsatz als sinnvoll akzeptiert werden und die Bürgerinnen und Bürger sich mit ihren Einwendungen in den Ergebnissen auch teilweise wiederfinden können.

Diese Diskussionen werden derzeit intensiv geführt. Es muss am Anfang von Planungsprozessen eine andere Form stehen – auch mit den Möglichkeiten von Mediation und Konsultation und damit des Einbringens der Anliegen der Bürgerinnen und Bürger. Wenn nämlich Verfahren mit rechtskräftigen Entscheidungen abgeschlossen worden sind, dann sind sie auch legitimiert und dann ist auch der Auftrag da, diese Entscheidungen tatsächlich durchzusetzen. Deshalb muss am Anfang von Meinungsbildungsprozessen nach weiteren Elementen geforscht und diese auch einbezogen werden.

Meine Damen und Herren,

der von mir eingangs formulierte Anspruch ist ja, dass die Weichenstellungen und Letztentscheidungen im Gesetzgebungsverfahren von den demokratisch

legitimierten Organen getroffen werden müssen. Um diesen Anspruch zu erfüllen, muss der Staat die notwendigen Voraussetzungen schaffen, der wachsenden Komplexität dauerhaft Herr werden sowie die äußeren Einflüsse auf Gesetzgebungsverfahren kompetent verarbeiten und so minimieren, dass die Unabhängigkeit des Gesetzgebers nicht beeinträchtigt wird. Gleichzeitig wird damit der Anspruch des Bundesverfassungsgerichts erfüllt, „dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“.

Aus diesem Grund müssen die Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst natürlich so attraktiv sein, dass er den Konkurrenzkampf, den Wettbewerb mit der freien Wirtschaft um die besten Köpfe nicht scheuen muss. Dazu gehört auch die Erleichterung des Wechsels zwischen Wirtschaft und Verwaltung, und zwar in beiden Richtungen. So kann der Staat von in der Praxis gesammelten Erfahrungen profitieren. Ich möchte Personen, die als Quereinsteiger in Ministerien wertvolles Fachwissen und wertvolle Erfahrungen einbringen, nicht unter den Generalverdacht der Voreingenommenheit gestellt sehen. Denn das ist doch genau der richtige Weg: Fachwissen in Ministerien einbeziehen und dort damit auch in die Verantwortung und die transparente Entscheidungsfindung.

Dass das immer auch bedingt, die angemessene personelle Ausstattung zu haben, ist selbstverständlich. Das gilt aber mindestens genauso für den Deutschen Bundestag und seine Arbeitsmöglichkeiten, damit auf Augenhöhe verhandelt werden kann und die Interessen zwischen Exekutive und dem Parlament eingebracht und am Ende möglichst aufgelöst werden können. Das heißt auch, dass es natürlich die richtigen Anreize im öffentlichen Dienst beim Wettbewerb um die besten Köpfe geben muss. Im Zweifel ertrage ich den Vorwurf der Selbstbedienungsmentalität eher als den jüngst von der Financial Times Deutschland erweckten Eindruck, die Parlamentarier verkämen durch zu viel, zu schnelle und zu komplexe Gesetzgebung zu „Stimmvieh“. Der Präsident des Deutschen Bundestages ist mit Sicherheit davor.

Auch in einer Zeit, in der die Vergesellschaftung dank moderner Kommunikationsmittel immer schneller voranschreitet, in der Informationen einerseits schneller verfügbar, andererseits aber auch schwieriger zu validieren sind und in der Entscheidungen im Mehrebenensystem getroffen werden – auch in einer solchen Zeit gilt natürlich das Primat der Politik und muss verteidigt werden.

Dies kann nicht in erster Linie über die Gestaltung eines Entscheidungsweges passieren. Der politische Raum ist durch vertikale Vernetzungen – von der Eu-

ropäischen Union über die Strukturen nationalstaatlicher Entscheidungsfindung bis hin zu Ländern und Kommunen – einerseits und horizontale Interdependenzen – Berücksichtigung legitimer Interessen von Beteiligten und Betroffenen auf allen Ebenen – andererseits komplex geworden.

Unabhängig davon lässt sich die Akzeptanz politischer Entscheidungen und ihre Legitimation nur über die Nachvollziehbarkeit des Prozesses, der zu eben dieser einen Entscheidung in einem konkreten Fall geführt hat, verteidigen. Diese Erkenntnis muss die Politik bei jedem Anlass verinnerlichen, sie muss an den richtigen Stellen Möglichkeiten der Einflussnahme gewähren, ohne ihre letztinstanzliche Entscheidungsgewalt aufzugeben. Und sie muss Bedenken, Anregungen und Kritik offen aufnehmen, ohne sich mit einer Sache einseitig gemein zu machen.

Transparenz stellt nicht nur hohe Anforderungen an die Politik. Ein noch so transparent gestalteter Prozess bleibt im Dunkeln, wenn Betroffene und Interessierte diese Transparenz nicht auch aktiv nutzen. Insofern stellt das Primat der transparenten Politik hohe Anforderungen an beide: an die Politik und die durch Entscheidungen Betroffenen.

Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik?

# **Politikentwicklung im Kreuzfeuer von wissenschaftlicher Beratung und organisierten Interessen \***

*Prof. Dr. Renate Mayntz*

Direktor emeritus des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung

Frau Ministerin, liebe Edda Müller, lieber Herr Stöhr!

Ich werde in meinem Referat drei Punkte behandeln. Ich beginne mit einigen Überlegungen zum Obertitel dieser Veranstaltung. Zweitens wende ich mich der Frage zu, die im Titel meines Referats angesprochen ist: die Beziehung von Wissenschaft, Politik und Interessen. In einem längeren dritten Teil werde ich an einem Beispiel versuchen, einiges von dem Gesagten zu problematisieren und zu spezifizieren.

Zum ersten Punkt: Die Frage, die der Titel dieser Veranstaltung stellt, ist eine sehr deutsche Frage. Im Hintergrund der Forderung nach dem Primat der Politik steht die deutsche Staatsphilosophie. Nach ihr ist der Staat der Hüter des Gemeinwohls. Amerikanern ist diese Denkweise eher fremd. Sie reden eher von „government“ oder „administration“ als von Staat. Das heißt, sie reden eher von Regierung, also politischer Herrschaft. Das Gemeinwohl hüten heißt, das Wohl des Ganzen zu bewahren und zu fördern. Wir wissen, dass das, worin das Gemeinwohl besteht, was das oberste Staatsziel ist, definiert werden muss und dass sich diese Definition im Laufe der geschichtlichen Entwicklung immer wieder verändert hat. Stichworte sind hier etwa Rechtsstaat, Wohlfahrtsstaat, Gewährleistungsstaat. Natürlich ist auch die Rolle des Staates in der heutigen internationalisierten, globalisierten Welt wieder eine andere geworden. Da dem Staat eine alle Lebensbereiche umfassende Verantwortung zugeschrieben wird – das ist quasi sein Alleinstellungsmerkmal –, verfolgt er zwangsläufig ein ganzes Bündel von Gemeinwohlzielen, zwischen denen es jeweils abzuwägen gilt, zum

---

\* Von der Autorin durchgesehene Transkription des am 31.05.2011 gehaltenen Vortrags. Die Transkription erstellte freundlicherweise Franziska Hirschmann.

Beispiel wirtschaftliches Wachstum gegen Umweltschutz und so weiter. Dieses Abwägen haben Sie, Frau Ministerin, ja auch erwähnt.

Die Verfolgung des je definierten Gemeinwohls – auf den Prozess, wie es definiert wird, gehe ich jetzt nicht ein – kann verlangen, im Einzelfall gemeinsame gegen individuelle, partikulare Interessen durchzusetzen. Primat der Politik heißt nämlich genau das: die Fähigkeit der politischen Entscheider, also der „policy maker“, das Interesse des größeren Ganzen gegen widerstreitende Partikularinteressen durchzusetzen. Das kann sehr verschiedene Formen annehmen. Ein konstruiertes Beispiel: Das unbestreitbare Kollektivinteresse an einer ausgewogenen Demografie steht gegen den verständlichen Wunsch von Eltern, nicht nur die Zahl, sondern auch das Geschlecht ihrer Kinder zu bestimmen. Ein schöner Konflikt.

Nun meint „Staat“ immer den Nationalstaat. Und so ist das hier ja auch bisher verstanden worden. Aber Staat ist natürlich nicht gleich Politik. Politik findet nicht nur im Nationalstaat statt. Sie findet zunehmend in einem politischen Mehrebenensystem statt, das von der Kommune über das Bundesland und den Bundesstaat bis hin zur Europäischen Union, zu den Vereinten Nationen, dem Internationalen Währungsfonds, der Welthandelsorganisation und so weiter reicht. Das heißt, im Obertitel dieser Veranstaltung werden eigentlich zwei verschiedene Fragen gestellt: Ob der Nationalstaat abdankt, und ob die Politik als Repräsentant des Allgemeininteresses - auf welcher Ebene auch immer - ihren Primat verliert. Und wenn Sie jetzt auch noch den Untertitel nehmen, dann wird auf dieser Tagung sogar noch eine dritte Frage gestellt, nämlich die Frage nach der demokratischen Legitimierung dessen, was die Politik an Gemeinwohlzielen verfolgt. Mein eigener Fokus liegt nur auf einer von diesen drei Fragen – der Frage des Primats der Politik, und zwar nicht nur auf nationaler Ebene. Das wird in meinem Beispiel klarer werden.

Auf jeder politischen Ebene geht es um die Wahrung kollektiver, öffentlicher Interessen. Aber natürlich variieren oder verschieben sich die Inhalte, die Schwergewichte dieser Interessen schon zwischen der kommunalen Ebene, der Landes- und der Bundesebene. Nationalstaaten suchen Wachstum, Wohlstand, Sicherheit, die Wettbewerbsfähigkeit des eigenen Landes und so weiter. Sie allein besitzen eine umfassende Verantwortung für ein territorial bestimmtes Kollektiv. Deswegen haben sie auch immer noch das Steuermonopol. Die EU verfolgt ein etwas engeres Bündel von Zielen für die Mitgliedstaaten. Und wenn Sie dann zur internationalen Ebene gehen, geht es schließlich vor allem um den Weltfrieden und die Vermeidung von Ungleichheiten, die diesen Frieden gefährden würden. Aber kennzeichnend für diese internationale Ebene ist die or-

organisatorische Aufspaltung der Zuständigkeiten zwischen verschiedenen Organisationen. Da gibt es keine Weltregierung, die eine allumfassende Kompetenz hätte. Vielmehr gibt es Einzelorganisationen wie den Sicherheitsrat, die WHO, den IWF usw., also sektorale Zuständigkeiten. Die Frage nach dem Primat der Politik stellt sich auf allen politischen Ebenen. Heute stellt sie sich insbesondere für eine Beziehung, die auch von Ihnen, Frau Leutheusser-Schnarrenberger, schon angesprochen worden ist, nämlich für das Verhältnis von Politik und privater Wirtschaft. Das hat auch die Wahl meines späteren Beispiels bestimmt.

Ich komme zum zweiten Punkt, der Titelfrage meines Vortrags. Eine von Gemeinwohlzielen, also von Werten gelenkte, aber auf Wirksamkeit bedachte Politik setzt voraus, dass Probleme korrekt wahrgenommen und realisierbare Lösungen entworfen werden, das heißt Lösungen, die innerhalb eines Bündels von gleichermaßen legitimen Zielen nicht mehr Kosten als Nutzen bringen. Die Auseinandersetzung um die Kernkraftnutzung ließe sich hier sehr gut als Beispiel analysieren. In einer immer komplexer gewordenen Welt verlangt eine auf Wirksamkeit bedachte Politik nach Steuerungswissen. Und egal, wie sehr die Möglichkeit von Quereinsteigern und der Ausbau des wissenschaftlichen Dienstes gefördert wird: Tatsache ist doch, dass weder die gewählten Politiker noch die höheren Ministerialbeamten zusammen über das je notwendige Spektrum an neuestem Fachwissen verfügen. Hier ist die Wissenschaft als Wissensproduzent und die wissenschaftliche Politikberatung als Transportvehikel gefordert.

Was soll die Wissenschaft leisten? Sie soll Situationsanalysen leisten. Sie soll Handlungsmöglichkeiten aufweisen. Und sie soll zuletzt eine Frühwarnfunktion erfüllen. Das ist zum Beispiel in Form von Beiräten institutionalisiert, die bestimmte Politikfelder dauerhaft beobachten. Ich selber habe mich über Jahrzehnte immer wieder mit dem Verhältnis von Politik und Wissenschaft beschäftigt und zuletzt auch an einer Arbeitsgruppe der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften (BBAW) teilgenommen, in der wir Leitlinien der wissenschaftlichen Politikberatung entwickelt haben. Aber auf diese Leitlinien möchte ich jetzt nicht eingehen; sie sind ja publiziert.<sup>1</sup>

Es gibt eine bestimmte Idealvorstellung des Verhältnisses von Politik und Wissenschaft. Sie sieht etwa so aus: Die Politik strebt das Gemeinwohl an. Die Wissenschaft liefert der Politik das für sachlich begründete Entscheidungen benötigte Wissen. Die Politik wägt verschiedene Ziele gegeneinander ab und

---

<sup>1</sup> Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.) (2008): Leitlinien Politikberatung. Abzurufen unter [http://www.bbaw.de/service/publikationen-bestellen/manifeste-und-leitlinien/BBAW\\_PolitischeLeitlinien.pdf](http://www.bbaw.de/service/publikationen-bestellen/manifeste-und-leitlinien/BBAW_PolitischeLeitlinien.pdf) (Stand: 31.08.2011)

setzt schließlich die gefällten Entscheidungen gegen eventuell widerstrebende Individualinteressen durch.

Dieses Idealbild des Verhältnisses von Wissenschaft und Politik setzt nicht nur voraus, dass die je real existierende Politik sich tatsächlich bemüht, ein Gemeinwohl zu bestimmen und zu verfolgen. Das Idealbild setzt auch voraus, dass Wissen vorhanden ist und dass es von der Politik tatsächlich nachgefragt wird und dann auch genutzt wird, wenn es dann geliefert wird. Natürlich ist die Wirklichkeit nicht so. Ob konkrete politische Entscheidungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienen, wird vielfach kontrovers diskutiert und von Gruppen bestritten, nach deren Gemeinwohlvorstellungen dieses eben nicht der Fall ist. In der wissenschaftlichen Diskussion über Politikberatung wird vor allem die sachgerechte Nutzung des Wissens kritisch gesehen. Politik möchte, und das ist gerechtfertigt, brauchbares Wissen. Diagnosen sollen sachlich korrekt, Empfehlungen sollen praktisch umsetzbar sein. Sie sollen z.B. nicht mit bestehenden Gesetzen in Konflikt kommen, und sie sollen bezahlbar sein. Aber, und das steht dann in der Regel nicht im Text des offiziellen Auftrags: Die Beratungsergebnisse sollen zugleich wahlstrategisch oder koalitionspolitisch einsetzbar sein. Diese stillschweigende Erwartung wird oft als Instrumentalisierung der Wissenschaft durch die Politik kritisiert. In diesen Chor der Kritik habe ich nicht eingestimmt. Eine rein sachbezogene Politikberatung ist in der Praxis schon deshalb nicht von machstrategischen Überlegungen zu trennen, weil sich, und diese Differenzierung gibt es leider nur auf Englisch, „policy“ und „politics“ nicht sauber trennen lassen. Außerdem ist politische Macht notwendig, um eine für das Ganze sinnvolle Politik auch durchzusetzen, und zwar gegen widerstrebende Interessen durchzusetzen.

Was aber, wenn das Problem gar nicht die Zweckentfremdung wissenschaftlicher Inputs in die Politik ist, sondern fehlende Nachfrage nach handlungsrelevantem Wissen - und sogar fehlendes Wissen? Damit komme ich zu meinem dritten Teil. Das war nämlich das Problem, das schließlich zu der jüngsten Finanzkrise führte, über die ich im Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung seit eineinhalb Jahren arbeite; sie eignet sich sehr gut, einige Aspekte dessen, was ich allgemein gesagt habe, stärker herauszuarbeiten. Zum einen sind die Finanzmärkte von allen Lebensbereichen am stärksten globalisiert, und der Primat der Politik steht hier auf verschiedenen politischen Ebenen zur Diskussion. Zum anderen macht es die Fragwürdigkeit von zwei stillschweigenden Voraussetzungen in dem skizzierten Idealmodell des Verhältnisses von Wissenschaft und Politik deutlich, nämlich dass handlungsrelevantes Wissen vorhanden ist, und dass es nachgefragt wird.

Als die Finanzkrise sich anbahnte, war das Angebot an Wissen defizitär. Die Wirtschaftswissenschaft ist ja seit Keynes und dem New Deal eng mit der Politik verbunden. Aber als in der Politik und in der Finanzindustrie die Entscheidungen getroffen wurden, die schließlich 2007 zur Krise führten, fehlte sowohl das Angebot als auch die Nachfrage nach einem Wissen, aufgrund dessen, wenn man ihm denn gefolgt wäre, die Krise hätte verhindert werden können. Der Grund ist die seit ungefähr den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts in den großen Industrieländern vorherrschende neoliberale Theorie effizienter Märkte. Eine Kernthese davon ist, dass Märkte zur Selbstregelung fähig sind. Diese Theorie begründete das Verlangen der Finanzindustrie nach Deregulierung theoretisch. Und diese Begründung wurde geglaubt und begründete damit die Bereitschaft der Politik, diesem Verlangen zu entsprechen. Es ist, denke ich, kurzschlüssig zu meinen, dass die Finanzindustrie da mit ihrem Deregulierungsbestreben der Politik den Arm gebrochen hätte. Es bestand tatsächlich die Bereitschaft, zu glauben, dass minimal geregelte Märkte effizient sind. Innerhalb der durch Deregulierung erweiterten Handlungsspielräume verbreiteten sich dann die sogenannten innovativen Finanzinstrumente – strukturierte Wertpapiere, Leerverkäufe, Kreditausfallversicherungen. Sie sollten das Risiko besser verteilen – nämlich auf viele Investoren – und dadurch das erreichen, was heute wieder das Ziel ist: die Stabilität der Finanzmärkte, des Finanzsystems sichern.

Die Folge kennen wir alle: Ein enormes Wachstum finanzieller Transaktionen, ein enormes Wachstum des Finanzsystems und seines Anteils am Bruttoinlandsprodukt, ein enormes Wachstum – in einigen Ländern mehr als in anderen – des Steueraufkommens aus der Finanzindustrie. Zur gleichen Zeit zeigten makroökonomische Indikatoren, oder sie schienen zu zeigen, dass ein schwach reguliertes Finanzsystem tatsächlich wachstumsfördernd ist. Nun, nach den wissenschaftlichen Mehrheitsmeinungen waren Konjunkturschwankungen, also platzende Blasen, normal und gesund. An die Möglichkeit einer die Wirtschaft nicht nur eines Landes bedrohenden Finanzkrise wurde schlicht nicht gedacht, sie lag nicht im Vorstellungshorizont der meisten. Nur wenige Wissenschaftler, und das waren typische Außenseiter, haben die diesem System inhärenten Gefahren erkannt. Ich habe einmal prüfen lassen, wieweit in Deutschland die Beiräte im Finanzministerium, Wirtschaftsministerium, im Sachverständigenrat diese problematischen Entwicklungen vorhergesehen haben. Lediglich der Sachverständigenrat hat in der Tat frühzeitig – schon mehrere Jahre vor 2007 – vor dem Entstehen einer Blase auf dem Immobilienmarkt gewarnt. Aber man schien ja die Erfahrung mit der Bewältigung platzender Blasen zu haben – Asienkrise, Südamerika, Dot-Com. Aber wenn platzende Blasen – auch nach Meinung der Wirtschaftswissenschaftler – ein normaler Vorgang in einer sich selbst regulierenden Wirtschaft sind, dann gibt es beim Auftreten einer neuen

Blase keinen Anlass zu verschärfter Regulierung. Wo die Politiker nicht selbst Finanzspezialisten sind, nicht selbst urteilen können, schließen sie sich zwangsläufig der Mehrheitsmeinung oder der Meinung vermeintlicher Experten an. Vor allem in den USA kam die enge Verflechtung zwischen Politik und Finanzindustrie hinzu. Sie wissen alle, dass der Finanzminister, Treasury Secretary Henry Paulson, vorher als Händler bei Goldman Sachs reich wurde. Ein sehr wichtiges Vehikel für diese Osmose, für diesen Transfer von Meinungen und Einschätzungen, sind die sehr ausgeprägten persönlichen Kontakte zwischen Finanzelite, Wirtschaftselite und politischer Elite.

Das Ergebnis jedenfalls war, dass die Weltsicht von Politik und Wissenschaft die gleiche war. Die Politik konnte sich 2006 noch in Ruhe wiegen. Das auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene existierende System von Expertengremien hat, so kann man sagen, als Frühwarnsystem versagt. Und seine eher verhaltenen Warnungen wurden nicht gehört: Es gab keine Nachfrage für Kritik am Status quo. Man könnte dies einen Fall pathologischen Lernens nennen: Es ging bisher immer alles gut, es wird also weiter gut gehen. Politiker vertrauten ebenso wie Investoren, von denen es auch viele kleine gab, den Analysten in den großen Banken und den Ratingagenturen.

Als die Krise schließlich manifest wurde, war das für alle ein hartes Erwachen – für Wissenschaft, Politik und selbst für die meisten Bankmanager. In der Folge ging es zuerst darum, eine Neuauflage der Weltwirtschaftskrise zu verhindern. Das vorwiegend nationale Krisenmanagement, in dem der Staat seine Handlungsfähigkeit mit den milliardenschweren Hilfen für Banken und Großunternehmen sehr wohl bewies, wurde politisch gerechtfertigt – durchaus sinnvoll durch den Verweis auf das Gemeinwohl. Die Devise lautete: Zuerst die Kernschmelze des globalen Finanzsystems verhindern und dann seine Krisenträchtigkeit durch schärfere Regulierung zähmen. Die Politik wollte sich nun nicht mehr durch internationale Finanzinstitutionen, die „too big to fail“ sind, in Geiselschaft nehmen lassen. Sie wollte und will ihren Primat bewahren.

Die Wissenschaftler ihrerseits wandten sich der Analyse der Krisenursachen zu – man ist als Wissenschaftler ja lernwillig –, und formulierten auf diese Ursachen zielende Reformforderungen und Reformvorschläge. Politiker auf allen Ebenen, vom einzelnen Regierungschef bis hinauf zu den G20, betonten lautstark die Absicht, jetzt regulierend einzugreifen. Wissen und politisches Wollen waren jetzt gegeben.

Aber wie stand es mit der politischen Durchsetzungsfähigkeit? In dem Augenblick, in dem die Politik Entscheidungen treffen will, durch die die Interessen

der unmittelbar Betroffenen beeinträchtigt werden, beginnt der Konflikt zwischen wissenschaftlich untermauertem politischem Wollen und politischem Können. Je strikter geregelt wird – das ist nun wieder ein Gemeinplatz –, umso intensiver versuchen davon negativ Betroffene, Einfluss auf die Entscheidungen zu nehmen. Bei den Regelungen im Gesundheitswesen sind es die Ärzte und die Pharmaindustrie, bei den Regelungen in der Energiepolitik sind es die großen Versorgungsunternehmen und bei der Finanzmarktregulierung eben die Finanzindustrie.

Nun ist es eine verbreitete Meinung, dass Interessenverbände und Lobbyisten die Politik daran hindern, die sachlich nötigen Entscheidungen zu treffen. Private Interessen kaufen der Politik den Schneid ab, erpressen sie sozusagen. Die bekannten Druckmittel sind angedrohte Leistungsverweigerung, also Streik, der Entzug von finanzieller Unterstützung und, nicht zuletzt, die wahlwirksame Beeinflussung der öffentlichen Meinung. Aber im Fall der Finanzmarktregulierung, gegen die die Finanzindustrie sich wehren wollte, waren diese Druckmittel kaum benutzbar. Wie konnte sich die globalisierte Finanzindustrie gegen die Politik in einer Situation wehren, in der alle mit dem Finger auf die Banker zeigten, die durch ihre Profitgier die Krise verursacht hatten? Die öffentliche Meinung war gegen Banken und Banker. Und Streik, Leistungsverweigerung konnten sie sich nicht leisten. Aber es gab zwei andere, sehr wirkungsvolle Wege. Der eine ist nicht sehr sichtbar. Es ist die Möglichkeit der legalen Mitwirkung von Finanzmarktakteuren an Regelungsentscheidungen. Finanzmarkt-reformen müssen wegen der globalen Struktur der Finanzmärkte vor allem auf internationaler Ebene verhandelt werden. Dort aber vertreten, wenn Sie die Gremien einmal analysieren, Finanzminister, Zentralbankgouverneure und die Leiter von Aufsichtsbehörden, wie die BaFin bei uns, die Mitgliedsländer. Zentralbanken sind Zwitter zwischen Marktakteuren und Regulierern. Sie stellen gewissermaßen ein strukturelles Scharnier zwischen diesen beiden scheinbar einander entgegengesetzten Systemen dar. Das zeigte sich sehr deutlich in der Rolle der Bundesbank bei der Formulierung von Basel III im Basler Ausschuss. Und auch später, als dann die EU Basel III – also unter anderem die neuen Eigenkapitalvorschriften – übernehmen wollte, hat sie weiter versucht, ihre nationalen Interessen durchzusetzen.

Noch wirksamer war der zweite Weg der Einflussnahme, und zwar die Einflussnahme durch Ausnutzung der Informationsasymmetrie zwischen Regulierer und Regulierten. Hier kommt wieder Wissen ins Spiel, aber diesmal Wissen als Instrument in den Händen von Interessen. Politik ist in vielen Bereichen vom Expertenwissen der Entscheidungsbetroffenen abhängig. Das ist bekannt. Nun gibt es kaum ein System, das derartig komplex ist wie das moderne Finanzsys-

tem. Das führt – und führte – bei den Reformern, in der Politik, und zwar zu Recht, zu großer Unsicherheit über die möglichen unerwünschten Neben- und Fernwirkungen einzelner Interventionen. Diese Unsicherheit bot und bietet eine offene Flanke für die Experten der Reformgegner: für die Lobby der Finanzindustrie und ihre Horrorszenarien der Regulierungsfolgen.

Wirksam war und ist dieser Druck letztlich nur, weil die Interessen, die sich da zu Wort melden, ja eben nicht nur Ausdruck von purem Egoismus und gemeinschaftsschädlich sind. Die Finanzinstitutionen haben ebenso wie die Pharmaindustrie und die Energieversorger eine Funktion innerhalb des Gemeinwesens, und die Politik muss, wenn sie denn das Gemeinwohl fördern will, sehen, dass sie ihre Funktion erfüllen. Sie muss aber gleichzeitig, und hier beginnt das Problem, sehen, dass ihre Entartung durch die Verselbständigung des Gewinnstrebens verhindert wird. Das ist ein generelles Problem in Gesellschaften, die vom Finanzkapitalismus geprägt sind, einer besonderen Spielart von privatwirtschaftlicher Verfassung.

Das mit schwer zu entkräftenden Argumenten untermauerte Widerstreben der Finanzindustrie gegen eine strikte Regulierung ist sicher ein Grund für die unbestreitbare Tatsache, dass den mutigen Reformankündigungen bislang nur eher zögerliche Reformschritte gefolgt sind. Es gibt aber noch einen anderen Grund, der einem radikalen Durchgreifen bei der Finanzmarktregulierung entgegensteht. Da über die Regulierung des globalisierten Finanzsystems – jetzt sind wir wieder beim politischen Mehrebenensystem – zunehmend in internationalen Gremien verhandelt wird, kommen nationale Interessen mit ins Spiel. In internationalen Organisationen – und selbst die EU ist eine intergouvernementale Institution – werden Nationalstaaten zu Interessenvertretern. Anders gesagt: Die Ländervertreter in internationalen und europäischen Gremien sind „economic nationalists“. Sie sind wirtschaftliche Patrioten, die an der Wettbewerbsfähigkeit der je eigenen Industrie interessiert sind, einer Industrie, die Jobs und Steuereinnahmen schafft und von der damit auch die Erfüllung sozialpolitischer Ansprüche und der soziale Frieden abhängen. Die konkreten Interessen verschiedener Länder, zum Beispiel am Verbot von Leerverkäufen, an der Regulierung von Hedgefonds und Zweckgesellschaften oder der Anrechnung von stillen Einlagen auf das Kernkapital von Banken sind aber unterschiedlich, was auch mit den Unterschieden ihrer jeweiligen Finanzindustrie zusammenhängt. Die nationalen Interessenunterschiede, und nicht oder nicht nur die Einflussnahme und die Argumente der Regelungsbedingten sind es, die sehr oft die Einigung auf wirksame Maßnahmen verhindern. Das heißt: Das nationale Gemeinwohlinteresse bedingt, dass die Politik den eher radikalen Reformvorschlägen von Wissenschaftlern nicht folgen will, nicht folgen wollen kann.

Das Ergebnis einer solchen Konstellation nennt man Politikverflechtungsfälle. Es gibt ein gemeinsames und gemeinsam erzeugtes Problem, das nicht durch das Handeln einzelner Akteure, sondern nur gemeinsam zu lösen ist. Aber man kann sich nicht einigen. Der Nationalstaat – das ist meine Schlussfolgerung – dankt nicht ab. Aber er sitzt in einer immer stärker globalisierten Welt immer öfter in der Politikverflechtungsfälle.

Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik?

# Verfassungsrechtliche Schranken einer „Verhandlungsdemokratie“\*

*Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier*

Präsident des Bundesverfassungsgerichts a.D.

## I. Parlamente zwischen Verfassungsrecht und staatlicher Wirklichkeit

1. Wir stehen vor einer immer tiefer werdenden Kluft zwischen Verfassung und Wirklichkeit. Ich meine die erhebliche Diskrepanz zwischen der verfassungsrechtlichen Stellung des Deutschen Bundestages einerseits und seiner praktischen politischen Bedeutung andererseits. Damit entsteht aber zugleich eine äußerst gefährliche Diskrepanz zwischen der verfassungsrechtlichen Ordnung der indirekten, parlamentarischen Demokratie auf der einen Seite und dem tatsächlichen Agieren der Verfassungsorgane bei der Wahrnehmung der politischen Staatsleitung auf der anderen Seite. Wir sprechen schon seit längerem von einer „schleichenden Entparlamentarisierung“ des politischen Prozesses. In Publikationen, auch in Fachpublikationen, liest man Schlagworte wie „Gesetzgebung ohne Gesetzgeber“<sup>2</sup> sowie im Zusammenhang mit dem Atomkonsens und der Laufzeitverlängerung vom Ende des letzten Jahres von einer „abgründigen“ Form der „paktierten Gesetzgebung“<sup>3</sup> einerseits und mit Blick auf das so genannte Moratorium andererseits von „exekutivem Handstreich“<sup>4</sup>. „Die Bundesregierung ordnet an, ein Gesetz außer Kraft zu setzen – das ist Verfassungsbruch“<sup>5</sup>. Solche Sätze tauchten auch zunehmend in der allgemeinen Publizistik im Hinblick auf einen Vorgang auf, den man – wie im Zusammenhang mit der jüngsten Entwicklung im Bereich der Kernenergie – als vorläufigen Höhepunkt einer jenseits verfassungsrechtlicher Grenzen liegenden Entmachtung der Volksvertretung bewerten kann.

---

\* Der Vortrag beruht auf den Gedanken, die der Verfasser im Rahmen des 10. Passauer Symposions zum Parlamentarismus am 1. April 2011 in Passau vorgetragen hat.

<sup>2</sup> M. Kloepfer, ZG 2010, 346 (349).

<sup>3</sup> M. Kloepfer, ZG 2010, 346 (349 f., 357).

<sup>4</sup> V. Zastrow, in: FAS Nr. 11 v. 20. März 2011, S. 10.

<sup>5</sup> V. Zastrow, in: FAS Nr. 11 v. 20. März 2011, S. 10.

2. Eine solche Entwicklung steht in einem offenkundigen und krassen Widerspruch zur geschriebenen Verfassungsrechtslage in Deutschland. Denn danach könnte die Macht der Parlamente in Deutschland kaum größer sein. Das beruht darauf, dass das Regierungssystem der Bundesrepublik ein besonders ausgeprägtes parlamentarisches Regierungssystem ist. Der Deutsche Bundestag ist auf Bundesebene das einzige Verfassungsorgan, das über eine unmittelbare Legitimation durch das Staatsvolk verfügt. Auch in den Ländern sind es ausnahmslos und ausschließlich die Landesparlamente, die unmittelbar vom Volk gewählt werden. Alle anderen Verfassungsorgane des Bundes und der Länder leiten ihre Legitimation von den Parlamenten ab. Etwas staatstheoretischer gesprochen: Die Parlamente sind notwendige Glieder in jeder demokratischen Legitimationkette. Dies gilt sowohl in organisatorisch-personeller Hinsicht bei der Berufung in staatliche Ämter wie in sachlich-inhaltlicher Beziehung, wenn es um die Kontrolle und die Verantwortung bei der Ausübung von Staatsgewalt geht. Der rechtsstaatliche und demokratiestaatliche Vorbehalt des Gesetzes verlangt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überdies, dass die Parlamente selbst alle wesentlichen Entscheidungen für das Gemeinwesen treffen.<sup>6</sup> Dies gilt nach der so genannten Wesentlichkeitsrechtsprechung insbesondere in Bezug auf die Grundrechtswahrnehmung. Hier hat der Parlamentsgesetzgeber insbesondere alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen – und nicht etwa die Exekutive im Wege von Verordnungen oder Satzungen, vertraglichen Absprachen mit Dritten oder schlicht durch gouvernementale Einzelanordnungen.

Ferner hat das Parlament allen völkerrechtlichen Verträgen des Bundes zuzustimmen, soweit sie die politischen Beziehungen des Bundes regeln (Art. 59 Abs. 2 GG). Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht hier noch eines draufgesetzt und gefordert: Auch der Einsatz der Streitkräfte im Ausland bedarf einer vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages.<sup>7</sup> Die Bundeswehr ist dadurch gewissermaßen zu einem Parlamentsheer geworden. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Lissabon-Vertrages die besondere Integrationsverantwortung des Parlaments betont. Der Gesetzgeber habe vorher in Form eines Gesetzes zuzustimmen, wenn im Rat der Europäischen Union von bestimmten Vertragsklauseln Gebrauch gemacht werden soll, wenn also beispielsweise vom Einstimmigkeitsprinzip zum Mehrheitsprinzip übergegangen werden soll. Es geht hier insbesondere um die Anwendung der so genannten Brückenklauseln im Lissabon-Vertrag. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit entschieden,

---

<sup>6</sup> Vgl. zum Wesentlichkeitsgrundsatz nur BVerfGE 49, 89 (126); 95, 267 (307 f.); 98, 128 (251 f.).

<sup>7</sup> Vgl. zur Herleitung dieses Parlamentsvorbehalts ausführlich BVerfGE 90, 286 (381 ff.).

dass in solchen Fällen das Parlament vorher ein entsprechendes Zustimmungsgesetz im Hinblick auf das Abstimmungsverhalten der Exekutive im Rat der Europäischen Union erlassen muss.<sup>8</sup> Schließlich kann man auf das klassische Budgetrecht verweisen; gerade in heutigen Zeiten, die sich als finanzpolitisch äußerst schwierig erweisen, spielen Budgetrecht und Kreditemächtigungen eine zentrale Rolle.

3. Alles dies ist nach dem Grundgesetz dem Parlament vorbehalten. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes besagt, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) und vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Auf Grund seiner in unmittelbarer und freier Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) erlangten unmittelbaren demokratischen Legitimation kommt dem Bundestag dabei unter den Verfassungsorganen besondere Bedeutung zu, worauf ich eingangs schon hingewiesen habe. Zu ergänzen ist noch die besondere Funktion des Parlamentes als das zentrale Forum der politischen Meinungsbildung und des Diskurses, was sich u. a. etwa im Grundsatz der öffentlichen Verhandlung (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) niederschlägt. Aus dieser Bedeutung heraus erklären sich auch die besondere Legitimation und der erhöhte Rang des Parlamentsgesetzes innerhalb der Rechtsordnung, die durch das in den Artikeln 76 ff. GG förmlich geregelte Gesetzgebungsverfahren, das heißt aber auch durch die zentrale Stellung des Bundestages im Gesetzgebungsverfahren abgesichert werden.<sup>9</sup> Dieses Gesetzgebungsverfahren soll auch sicherstellen, dass die Gesetze, an die die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG), jedenfalls idealiter auf einer diskursiven Auseinandersetzung<sup>10</sup> im Parlament beruhen, das als „Forum der Nation“<sup>11</sup> die für das Gemeinwesen wesentlichen Entscheidungen treffen soll. Alle diese Grundfunktionen des Gesetzgebungsverfahrens werden in den angesprochenen Fällen wegen des spezifischen Vorgehens von Gubernative und Exekutivspitze im Vorfeld der Gesetzgebungsverfahren wesentlich betroffen.

## I. Vom Sinn und Zweck der Regelungen des Gesetzgebungsverfahrens

1. Wir müssen in immer stärkerem Maße Erscheinungsformen politischer Entscheidungsfindung in diesem Lande beobachten, die sich dadurch auszeichnen,

---

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 123, 267 (432 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. dazu im Zusammenhang mit der Laufzeitverlängerung *C. Krönke*, ZfS 2011, 250 (256).

<sup>10</sup> Vgl. zur Abwägungs- und Diskursivfunktion des Gesetzgebungsverfahrens etwa *M. Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006, S. 415 ff.

<sup>11</sup> *M. Kloepfer*, ZG 2010, 346 (357).

dass die durch das Grundgesetz vorgeschriebenen Formen, insbesondere der Gesetzgebung, zwar regelmäßig unangetastet bleiben, dass es also nicht zu einer offenen Formenverletzung und damit zu einem offenen Verfassungsbruch kommt. Die letzte Entscheidung bleibt – formal gesehen – stets beim Parlament, gleichgültig ob es Ergebnisse von Konsensrunden, den Inhalt von Vereinbarungen oder die Abschlusspapiere von Kommissionen nachvollzieht und als Gesetz verabschiedet. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Einwirkung mächtiger Lobbyisten auf die Gesetzgebung im Vorfeld parlamentarischer Entscheidungen. All diese Formen der Entparlamentarisierung kommen nicht in einer Entformalisierung, wohl aber darin zum Ausdruck, dass der Form das materielle Substrat vielfach und weitgehend entzogen ist, weil die politischen Weichenstellungen bereits früher und außerhalb des Parlaments erfolgt sind.<sup>12</sup> Damit entfallen aber auch zugleich die Beiträge, die gerade der parlamentarische Prozess vermitteln soll, also vor allem Öffentlichkeit, Transparenz und Partizipation.

Natürlich ist es bei der Zusammenarbeit mit Interessenvertretern genauso wie bei der Einschaltung von Kommissionen oder sonstigen Expertengremien nicht zu beanstanden, wenn sich die Politik externen Sachverstand erschließen will.<sup>13</sup> Worauf es indes ankommt, sind der tatsächliche oder intendierte Einfluss auf die politische Entscheidungsfindung und die Art und Intensität dieses Einflusses. Die Gefahr, auf die man immer wieder hinweisen muss, besteht in der Umgehung der Verfahren der parlamentarisch-repräsentativen Demokratie und in der Aushöhlung ihrer Funktionen. Der mit den Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren, also der Art. 76 ff. GG, verbundene Sinn und Zweck drohen nicht selten missachtet und konterkariert zu werden. Die Mitglieder von Kommissionen, die Partner der verschiedenen Kooperationsformen und die Vertreter von wirkmächtigen Interessenverbänden repräsentieren vielfach eben nicht nur Sachverstand, sondern auch eindeutig identifizierbare und – was eigentlich noch schlimmer ist – bisweilen auch nicht klar identifizierbare Interessen. All diese Interessenvertretungen finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage nicht in dem Legitimationszusammenhang der letztlich auf das Volk zurückführbaren Ausübung von Staatsgewalt, sondern meist in der grundrechtlich gewährleisteten Freiheit, sich für die eigenen Belange einzusetzen.

Weniger staatsrechtlich formuliert: Vom Volk gewählt und dem Volk verantwortlich sind nicht mehr oder weniger prominente Lobbyisten oder Mitglieder von Gremien und Kommissionen, sondern die Mandatsträger in den Parlamenten. Problematisch wird es deshalb, wenn die Artikulation partikularer Interes-

---

<sup>12</sup> Vgl. *H.-J. Papier*, ZFSH/SGB 2003, 67 (70).

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch *H.-J. Papier*, ZFSH/SGB 2003, 67 (69).

sen in die verfassungsmäßigen Verfahren staatlicher Willensbildung hineinzuwirken und bestimmenden Einfluss auf die dem Parlament vorbehaltenen Sachentscheidungen zu gewinnen beginnt.<sup>14</sup>

2. Kritischer Betrachtung bedürfen in diesem Zusammenhang vor allem aber die verschiedenen Formen von Kooperationen und Vereinbarungen, auf die sich der Staat einlässt oder die er gar sucht. Hier besteht die Gefahr, dass ein sehr selektiv bestimmter Kreis Privater einen überproportionalen und in seiner Legitimation äußerst fragwürdigen Einfluss auf Entscheidungen und politische Weichenstellungen von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung erlangt. Zu paritätisch Beteiligten an der Entscheidungsfindung können hier Vertragspartner werden, die nicht in den demokratischen Legitimations- und Verantwortungszusammenhang der Verfassung eingebunden sind. Das eigentlich berufene Parlament sieht sich bei derartigen Gestaltungen mehr oder weniger in die Rolle einer „Ratifikationsinstanz“ gedrängt, weil sie unter dem politischen Druck steht, das mühsam erzielte Verhandlungsergebnis nicht zu gefährden.<sup>15</sup>

In solchen Fällen bleibt die Letztentscheidung zwar – formal betrachtet – beim Parlament und beim parlamentarischen Gesetzgeber, gleichgültig ob die Ergebnisse von „Konsensrunden“, der Inhalt von Vereinbarungen oder die Abschlusspapiere von Kommissionen nachvollzogen und als Gesetz verabschiedet werden. Der Form, die gewahrt bleibt, kann jedoch das materielle Substrat entzogen sein, weil die politischen Weichenstellungen früher und außerhalb des eigentlichen gesetzgeberischen Verfahrens erfolgt sind. Damit geht es nicht nur um Fragen des politischen Stils und der parlamentarischen Ästhetik, sondern um höchst aktuelle und substanzielle Gefährdungen von Grundprinzipien unseres Verfassungsstaates, nämlich von Demokratie und Parlamentarismus sowie des Prinzips des freien Mandats im Sinne von Art. 38 Abs. 1 GG.

3. Ein sehr anschauliches Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit stellt das im letzten Jahr beschlossene Gesetz zur Atomrechtsnovellierung mit den Laufzeitverlängerungen und Gewinnabschöpfungen dar.<sup>16</sup> Auf diesen Vorgang möchte ich kurz zu sprechen kommen, auch wenn durch das vor einigen Wochen beschlossene so genannte Moratorium der Bundesregierung das Fallmaterial für parakonstitutionelle Parlamentsentmachtungen in geradezu atemberaubender

---

<sup>14</sup> Noch weiter gehend von einer „Durchbrechung der formalen Trennung von Rechtsetzer und Rechtsunterworfenem“ spricht *F. Schorkopf*, NVwZ 2000, 1111 (1114).

<sup>15</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *H.-J. Papier*, ZFSH/SGB 2003, 67 (70).

<sup>16</sup> Vgl. dazu ausführlich *M. Kloepfer/D. Bruch*, JZ 2011, 377 ff., sowie den Vortrag des Verfassers zur Entparlamentarisierung und Selbstverantwortung der Parlamente, gehalten am 1. April 2011 in Passau.

Weise noch gesteigert werden konnte. Das eben angesprochene Gesetzespaket zur Laufzeitverlängerung ist in der Literatur zum Teil als „abgründige“ Form der „paktierten Gesetzgebung“ bezeichnet worden.<sup>17</sup> Es gibt in der Tat gute Gründe, an der materiellen Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes, dessen Inhalt bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zwischen der Bundesregierung und privaten Energieerzeugern ausgehandelt worden war, wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip, die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG sowie den Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG) zu zweifeln. Es gibt zahlreiche beachtliche Stimmen in der staatsrechtlichen Literatur, die den Grundsätzen der Demokratie und der Gewaltenteilung über die förmlichen Verfahrensregelungen der Art. 76 ff. GG hinaus weitergehende materielle Vorgaben für die Gesetzgebung entnehmen. Es spricht meines Erachtens vieles dafür, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht immer bereits dadurch gewahrt sind, dass die äußeren Verfahrensschritte der Art. 76 ff. GG formal korrekt durchgeführt worden sind. Man wird auch verlangen müssen, dass zusätzlich der Sinn und Zweck jener verfahrensrechtlichen Regelungen eingehalten werden.

4. Die Einwände dagegen, hier eine unzulässige Beeinträchtigung der Grundsätze von Demokratie und Gewaltenteilung zu sehen, sind bekannt und gründen vor allem auf dem sicher richtigen Hinweis, dass solche im Vorfeld getroffenen Einigungen ausschließlich politischen Charakter hätten. Dieser politische Charakter von Übereinkünften mache diese sowie ihre formell-gesetzliche Umsetzung gemäß den Verfahrensregeln der Art. 76 ff. GG verfassungsrechtlich unangreifbar.<sup>18</sup> Für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Gesetzen sei allein maßgeblich und entscheidend, dass die Regeln der Art. 76 ff. GG formal eingehalten und die Entscheidungskompetenz beim Bundestag und seinen Mitgliedern verbleibe (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG). Ihnen sei es jederzeit unbenommen, sich kraft der ihnen verbliebenen und unentziehbaren letztentscheidenden Gestaltungskraft über jedwede politische Absprache oder gar Vereinbarung hinwegzusetzen.<sup>19</sup> Der von derartigen Vereinbarungen ausgehende faktisch-politische Druck insbesondere auf die Abgeordneten der Regierungsfractionen entspreche der „Normalität im System der parlamentarisch-repräsentativen Parteiendemo-

---

<sup>17</sup> M. Kloepfer, ZG 2010, 346 (349 f., 357).

<sup>18</sup> F. Schoch, in: HbdStR, Bd. III, 3. Auflage 2005, § 37 Rn. 132. Vgl. zur Unverbindlichkeit des vergleichbaren „Atomkonsenses“ aus dem Jahr 2000 BVerfGE 104, 249 (268).

<sup>19</sup> Vgl. M. Herdegen, VVDStRL 62 (2003), 7 (18 f.), der bemerkt, dass am Ende „jedes Parlament über das Maß an Autorität und Autoritätsverlust“ verfüge, „das es nach dem Handeln seiner jeweiligen Mehrheit und Opposition verdient“.

kratie“.<sup>20</sup> Man könnte vielleicht schlagwortartig formulieren: All diejenigen, die in den geschilderten Verfahrensweisen keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken sehen, gehen davon aus, der Gesetzgeber schulde neben der formalen Einhaltung der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsverfahrenregeln nur ein im Ergebnis materiell verfassungsgemäßes Gesetz. Wie es zu dieser materiellen Regelung gekommen ist, wer sie materiell initiiert, formuliert und geprägt hat, sei unter verfassungsrechtlichen Aspekten belanglos.<sup>21</sup>

5. Dem möchte ich im Anschluss an beachtliche Stimmen in der staatsrechtlichen Literatur entgegenzutreten. Zwar ist von Verfassungs wegen grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass ein Gesetzentwurf der Bundesregierung oder der sie tragenden Fraktionen inhaltlich von einseitigen, möglicherweise auch von Interessenvertretern maßgeblich beeinflussten Vorstellungen seiner Urheber geprägt ist. Denn immerhin steht es dem Bundestag im Normalfall frei, den Gesetzentwurf nach eigenen Vorstellungen zu ändern und zu beschließen und damit sein Gesetzgebungsrecht frei auszuüben. In den hier angesprochenen Konstellationen könnte sich aber auf Grund des zwischen Bundesregierung und beispielsweise den Energieversorgern geschlossenen Vertrages ein solcher politischer Druck auf den eigentlichen Gesetzgeber entwickelt haben, dass jener in eine „Ratifikationslage“ geraten ist, in der er jedenfalls faktisch keinerlei Möglichkeiten zur Umgestaltung des Gesetzes mehr hatte, sondern lediglich vor der Wahl stand, entweder das vorgeschlagene Gesetz zu verabschieden oder es – mit nachteiligen Folgen politischer, finanzieller und möglicherweise auch juristischer Art – abzulehnen.

In einem solchen Fall sind die wesentlichen gesetzgeberischen Entscheidungen durch die Bundesregierung zusammen mit den beteiligten Privaten und nicht mehr durch den unmittelbaren demokratisch legitimierten und nach der grundgesetzlichen Gewaltenteilung an sich allein für den Beschluss von den Gesetzen zuständigen Bundestag nach einem offenen, transparenten parlamentarischen Diskurs getroffen worden. Die eigentliche Sachentscheidung ist also außerhalb oder jenseits des gesetzgeberisch-parlamentarischen Verfahrens gefällt worden, so dass dem formellen Gesetzesbeschluss des Parlaments von vornherein das „materielle Substrat“ genommen wurde. Es ging bei der hier zur Diskussion stehenden Gesetzgebung im Übrigen auch um eine für das Gemeinwesen bedeutsame Entscheidung im Sinne der so genannten Wesentlichkeitsrechtspre-

---

<sup>20</sup> So F. Schoch, in: HbdStR, Bd. III, 3. Auflage 2005, § 37 Rn. 132 mit Blick auf die Ausübung von Fraktionszwang.

<sup>21</sup> Von einer „Entwertung des Verfassungsverfahrensrechts“ spricht daher zu Recht bereits H. Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 139 ff.

chung des Bundesverfassungsgerichts, so dass sich die Frage der Wahrung der strengen Anforderungen des Parlamentsvorbehaltes in besonderem Maße aufdrängte.<sup>22</sup>

6. Der hier angesprochene Fall des letzten „Atomkonsenses“ war insofern noch etwas krasser, als sogar eine faktische Bindung oder Beeinflussung künftiger Gesetzgeber in Rede steht. Der von den Kernkraftwerksbetreibern zugesagte Förderbetrag, der dem Sondervermögen „Energie- und Klimafonds“ zufließen wird, soll sich auf Grund der getroffenen Vereinbarung verringern, wenn unter anderem die Laufzeitverlängerungen später wieder aufgehoben oder verkürzt würden. Ein künftiger Gesetzgeber, der derartiges planen oder bewerkstelligen sollte, wird also eine vertraglich vereinbarte Minderung des Förderbetrages der Unternehmen in Rechnung stellen müssen. Dies kann gegebenenfalls den Handlungsspielraum des künftigen parlamentarischen Gesetzgebers faktisch nicht unwesentlich einengen.<sup>23</sup>

7. Was die substantielle Entwertung der Gesetzgebungsverfahren, etwa durch eine so genannte paktierte Gesetzgebung, anlangt, kann man im Übrigen auch auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Reichweite und zu den Grenzen der Kompetenzen des Vermittlungsausschusses verweisen.<sup>24</sup> Nach dieser Rechtsprechung ist der Vermittlungsausschuss „durch diejenigen Regelungsgegenstände begrenzt, die bis zur letzten Lesung im Bundestag in das jeweilige Gesetzgebungsverfahren eingeführt waren“.<sup>25</sup> Das Argument liegt in der Tat nicht fern, dass sich in den hier diskutierten Fällen der „paktierten Gesetzgebung“ eine vergleichbare Zwangslage ergeben kann, wie sie bei den Abgeordneten des Deutschen Bundestages im Rahmen der Abstimmung über den Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses feststellbar ist, wenn die angedeuteten Grenzen der verfassungsgerichtlichen Judikatur überschritten werden.

### III. Materielle Anforderungen an eine rechtstaatliche Gesetzgebung

1. Die apodiktische Feststellung, der parlamentarische Gesetzgeber „schulde“ allein ein materiell-verfassungsgemäßes Ergebnis, gleichgültig wie, durch wen und auf welchem Wege es in der Sache gefunden worden sei, entspricht im

---

<sup>22</sup> Ebenso *M. Kloepfer*, ZG 2010, 346 (357).

<sup>23</sup> Eine „verfassungswidrige Umgehung des Verbots von Gesetzgebungsverträgen“ sehen hierin insbesondere *M. Kloepfer/D. Bruch*, JZ 2011, 377 (383 ff., 385).

<sup>24</sup> Vgl. insbesondere BVerfGE 101, 297 ff.; 120, 56 ff. Vgl. dazu ausführlich *Huber/Fröhlich*, DÖV 2005, 322 (325 f.) m.w.N.

<sup>25</sup> BVerfGE 120, 56 (76).

Übrigen auch ganz allgemein nicht dem Stand der modernen Verfassungsinterpretation, insbesondere wie sie in der neueren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt. In ganz unterschiedlichen Fallkonstellationen, sei es im Hinblick auf die sozialrechtliche Festsetzung der Regelleistungsbeträge im Rahmen der Grundsicherung,<sup>26</sup> sei es in steuerrechtlichen Zusammenhängen,<sup>27</sup> sei es im Zusammenhang mit dem Nichtraucherschutz,<sup>28</sup> ist stets vom Gesetzgeber nicht allein ein verfassungsrechtlich angemessenes bzw. vertretbares Regulationsergebnis, sondern auch ein Mindestmaß an „Konzepttreue“, Folgerichtigkeit und Systemkonsequenz, eine Erkennbarkeit und Nachvollziehbarkeit der für die Entscheidung tatsächlichen Annahmen sowie eine Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsgrundlagen gefordert worden.

Nicht der – möglicherweise dem Zufall geschuldete – verfassungskonforme Ergebnistreffer eines quasi „blinden“ Gesetzgebers, sondern ein auf der Grundlage nachvollziehbarer Erwägungen, in sich folgerichtiger Annahmen und Ableitungen, in transparenten und nachvollziehbaren Schritten gewonnenes Regulationsergebnis ist im allgemeinen das, was der parlamentarische Gesetzgeber insbesondere im Regelungsbereich der Grundrechtswahrnehmung den gesetzesthätigen Bürgern schuldet.

2. Die verschiedenen Erscheinungsformen der Entparlamentarisierung lassen sich nicht allein als Bedrohungen von Außen darstellen, deren Ursachen sind auch und nicht zuletzt in den Parlamenten selbst zu suchen.<sup>29</sup> Die Verlagerung wichtiger politischer Vorentscheidungen in außerparlamentarische Gremien etwa ist ein Politikstil, den ein Parlament hinnehmen, der ihm aber nicht aufgezwungen werden kann. Auch zur kritiklosen Übernahme von Argumentationsmustern oder gar Papieren ambitionierter Lobbyisten wird kein Abgeordneter gezwungen. Wenn deshalb von Macht- oder Bedeutungseinbußen der Parlamente gesprochen wird, so handelt es sich, jedenfalls in Teilen, auch um selbstverursachte. Und wenn eine Stärkung und Erneuerung des Parlamentarismus gefordert wird, so müssen diese nicht zuletzt von den Parlamenten und den Parlamentariern selbst ausgehen.

Überall wo der Staat verteilend und regulierend tätig ist, finden sich gut organisierte Interessen, die wissen, wie sie über ihre Lobbys die Hebel anzusetzen haben, und auf der anderen Seite Interessen, die sich nach den Gesetzen der

---

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 125, 175 (225 ff.).

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 122, 210 (230 f.) m.w.N.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 121, 317 (362 ff.).

<sup>29</sup> Vgl. zum Folgenden auch *H.-J. Papier*, ZFSH/SGB 2003, 67 (71 f.).

politischen Ökonomie kaum schlagkräftig bündeln lassen und deshalb leicht unter die Räder geraten. Vor diesem Hintergrund stehen die Parlamente, vor allem der Bundestag, vor einer besonderen Belastungs- und Bewährungsprobe. Denn die parlamentarische Demokratie und das repräsentative Mandat der gewählten Abgeordneten rechtfertigen sich gerade auch dadurch, dass die allgemeinen Interessen nicht Gruppen oder Verbänden überlassen werden dürfen, sondern dass vielmehr auch den Belangen derer Geltung verschafft werden muss, die nicht von sich allein aus die Kraft und Fähigkeit haben, sich zu artikulieren, sich zu organisieren und sich durchzusetzen. Auftrag des sozialen Rechtsstaats ist es ferner, zu unterscheiden zwischen den wirklich existenziellen Bedürfnissen und berechtigten Erwartungen auf der einen und bloßer Besitzstandswahrung und überzogenem Anspruchsdenken auf der anderen Seite. Die Fähigkeit zu solcher Unterscheidung setzt eine gewisse Distanz zu den Kräftefeldern des gesellschaftlichen Verteilungskampfes voraus. Das Parlament, das in der mittelbaren, in der parlamentarischen Demokratie der wichtigste Hort des Gemeinwohls zu sein hat, muss darauf achten, diese Distanz zu wahren, wenn es nicht Gefahr laufen will, zu einem verlängerten Arm in einem Verteilungskampf zu werden.

3. Unter den gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen moderne Demokratien – sei es in Deutschland, sei es in anderen Staaten vergleichbarer Größenordnung – funktionieren, gibt es meines Erachtens auch keine Alternative zur parlamentarischen Repräsentation des Volkes. Ein Übergang zu Formen der direkten Demokratie mag in begrenztem Maße empfehlenswert und eine demokratiestaatliche Bereicherung sein (Stichwort: Volksinitiative). Eine wirkliche Alternative zur parlamentarischen Demokratie stellt diese jedenfalls auf der Bundesebene nicht dar. Wir haben im Grunde keine Wahl: Wir sind auf einen kraftvollen, lebendigen und in der Bevölkerung auf Akzeptanz stoßenden Parlamentarismus angewiesen. Diese Akzeptanz setzt freilich auch ein Verständnis für die Bedingungen voraus, unter denen die Parlamentarier tagtäglich arbeiten, zu denen zum Beispiel auch die verschiedenen Formen des Lobbyismus gehören. Es gilt aber die Auswüchse und die dadurch drohenden Gefahren für die verfassungsmäßige Ordnung einer Demokratie aufzuzeigen und zu bekämpfen, und zwar mit politischen, aber auch – wovon ich mehr denn je überzeugt bin – mit juristischen Mitteln. Man wird also auch hier – wie leider oftmals auch in anderen Zusammenhängen – auf eine effektive und gegensteuernde Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts nicht verzichten können.

#### IV. Schlussbemerkung

Eine „Entparlamentarisierung“ gerade in den Bereichen, in denen die zentralen gesamtgesellschaftlichen Fragen zur Entscheidung stehen, trifft das demokratische System ins Mark.<sup>30</sup> Wenn die politische Willensbildung und die materielle Entscheidung nicht im Parlament und im Rahmen parlamentarischer Verfahren stattfinden, verliert das Staatsvolk seine Vertretung und wird der Wahlakt entwertet. Aus richtungsweisender, politisch substanzieller Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk – und das ist der Akt der Parlamentswahl – wird dann ein glamouröser Abschluss eines Monate währenden Medienspektakels, bei dem vielleicht eines Tages derjenige als Sieger hervorgehen könnte, der über die größten schauspielerischen Talente, über die ausgeprägteste Fähigkeit zur Rezeption und gleichzeitigen Produktion oberflächlicher Massenströmungen, der aber vielleicht auch über die besser sitzenden Anzüge und die farbfernsehwerkstärkeren Krawatten verfügt. Es ist also höchste Zeit, die Politik immer wieder an ihre verfassungsmäßigen Bahnen zu erinnern, aber auch den mündigen, inzwischen aber oftmals müde gewordenen Wahlbürger von Sinn und Notwendigkeit des Parlamentarismus und des parlamentarischen Systems zu überzeugen. Die Vorgänge gerade der letzten Monate, mit denen der Parlamentarismus fast schon vorsätzlich und zielgerichtet der Lächerlichkeit und dem Verdacht absoluter Überflüssigkeit preisgegeben worden ist, werden diese Bestrebungen sicher nicht fördern.

---

<sup>30</sup> Vgl. zu dieser Bewertung bereits *H.-J. Papier*, ZFSH/SGB 2003, 67 (72) sowie den Vortrag des Verfassers zur Entparlamentarisierung und Selbstverantwortung der Parlamente, gehalten am 1. April 2011 in Passau.

Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Primat der Politik?

## **Regierungsinitiativen ohne Ministerialverwaltung\***

*Prof. Dr. Michael Kloepfer*

Humboldt-Universität zu Berlin

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

„Regierungsinitiativen ohne Ministerialverwaltung“ ist ein umfassendes Thema. Ich habe dafür höchstens eine halbe Stunde Zeit und muss mich deshalb auf einige inhaltliche Aspekte beschränken.

Wenn es darum geht, die Fälle zu schildern, in denen Regierungsentwürfe anderen Einflüssen als denen der Ministerialbürokratie ausgesetzt sind, ist das natürlich eine endlose Geschichte. Lassen Sie uns von einem besonders wichtigen Fall ausgehen, der hier überhaupt noch nicht genannt worden ist, nämlich von der heute und vielleicht auch früher bestimmenden Kraft von Koalitionsvereinbarungen für die Gesetzgestaltung. Ich habe es nicht für möglich gehalten: Bei Gesetzentwürfen der Regierung steht inzwischen bisweilen der Satz: „Dieses Gesetz dient der Umsetzung des Koalitionsvertrags.“ Das klingt so, als könnte der Koalitionsvertrag die staatliche Gesetzgebung binden. Das ist nicht der Fall. Zwar wirkt bei Koalitionsverträgen im Hintergrund auch die Ministerialbürokratie mit. Aber natürlich stellen Koalitionsverträge ein breites Einfallstor für Einflüsse auf Regierungsentwürfe dar, die nicht auf die Ministerialverwaltung zurückgehen.

Es gibt viele andere Fälle. In den vielen interessanten Referaten des heutigen Tages sind schon wesentliche Aspekte genannt worden: z.B. die Sachverständigenkommission und die parlamentarischen Hearings von Sachverständigen. Diese Hearings sind meistens ein Elend, weil die Sachverständigen faktisch von den politischen Parteien nominiert werden. Dann ist es eigentlich in einem Hearing nur noch interessant, ob die Sachverständigen den Standpunkt der jeweils nominierenden Partei bestätigen oder nicht. Sonst ist es klar: Der kommt von

---

\* Vom Autor durchgesehene Transkription des am 31.05.2011 gehaltenen Vortrags. Die Transkription erstellte freundlicherweise Franziska Hirschmann.

der X Partei oder von der Y Partei, der muss das ja sagen, auch wenn er nicht Parteimitglied ist. Diese Hearings bedürften ihrerseits jedenfalls einer grundsätzlichen kritischen Würdigung. Aber sie sind immerhin eine Form des (relativ) transparenten Einfließens von organisierten Interessen, insbesondere wenn Verbandsvertreter zu Worte kommen.

Viel interessanter ist natürlich das nicht transparente Einfließen solcher Interessen: die Kaffeekränzchen, die Sonntagstees und die Gespräche bei Empfängen etc. Das ist schon interessant und kann hier unmöglich insgesamt dargestellt werden. Und um an die gegenwärtigen Entscheidungsfindungen zum jüngsten Atomausstieg anzuknüpfen: Was war eigentlich die Ethikkommission unter Herrn Töpfer? Die erste Frage wäre vielleicht: Was hatte diese Kommission überhaupt mit Ethik zu tun? Stellte sie nicht vielleicht weitgehend nur eine besondere Form des Einfließens von politischen Gruppenstandpunkten in den politischen Prozess dar, die zusammengefasst werden sollten und bei denen ihrerseits ein ausgleichender Kompromiss gesucht werden sollte? Oder hat die Bildung der Ethikkommission auch damit zu tun, Regierungsentscheidungen, die vielleicht vorher schon mehr oder weniger feststanden, noch durch Sachverstand zu begründen bzw. verfahrensmäßig zu legitimieren.

Ich würde mit dem Thema ins Unendliche kommen, wenn ich versuchen würde, das hier alles darzulegen. Deswegen möchte ich einen Fall in den Vordergrund stellen, nämlich das viel diskutierte **Gesetzgebungsoutsourcing** insbesondere durch die Beauftragung von Rechtsanwälten mit der Erstellung von Gesetzentwürfen. Aber dieses Outsourcing – wie die Vorbemerkungen gezeigt haben – ist nur *eine* Form des Einfließens von politischen Kräften außerhalb der Ministerialbürokratie in Regierungsentwürfen.

Vielleicht noch eine, hier sicherlich nicht populäre Bemerkung: Meine Trauer ist ein bisschen tränenlos, was den angeblich schwindenden Einfluss der Ministerialbürokratie betrifft. Die wirkliche politische Schwächung trifft nicht sie, sondern das Parlament. Das ist ja heute bereits mehrfach angesprochen worden. Wenn ich mir vorstelle, dass die Parlamentsinitiativen in aller Regel entscheidend von der Ministerialbürokratie gemacht werden und zwar nicht nur Regierungsimpulsen – Oppositionsimpulsen werden ja faktisch sehr häufig von den Ministerialbürokratien der parteipolitisch befreundeten Länder gemacht –, dann ist der Einfluss der Ministerialbürokratie in den Gesetzesinitiativen insgesamt doch immer noch sehr stark. Gerade die Regierungsimpulsen sind ein ganz wichtiger Fall des exekutiven Einflusses auf die Gesetzgebung.

Das muss nicht falsch sein. Die Gesetzesvorbereitung durch die Ministerialbürokratie im Gesetzgebungsverfahren ist eine besonders wichtige Form, politische Rationalität in der Gesetzgebung zu erzeugen. Es handelt sich um gewachsene und im Prinzip bewährte Entscheidungsvorgänge, die den meist hohen Sachverstand der Ministerialbürokratie nutzen.

Kommen wir zurück zum Gesetzgebungsoutsourcing an Rechtsanwälte. Da bitte ich um Nachsicht, dass es nach wie vor der Fall ist, zu dem Herr Wolfers nachher eventuell noch einiges Klarstellendes sagen kann, nämlich der berühmte Linklaters-Fall im Bereich der Finanzmarktkrise. Dabei ist die Sache so angekommen: Es gab in Zeiten der Großen Koalition einmal einen Bundeswirtschaftsminister zu Guttenberg, der hatte das Bedürfnis, dem Entwurf des sozialdemokratischen Bundesfinanzministers, Herrn Steinbrück, sehr schnell einen eigenen – CSU-lastigen – Entwurf entgegenzusetzen. Das musste sehr schnell passieren. Der Minister fühlte sich in seinem eigenen Haus bezüglich seiner Mitarbeiter politisch nicht ganz sicher und beauftragte u.a. deshalb die Anwaltskanzlei Linklaters mit der Erarbeitung eines Gesetzentwurfs. Es wird heute jedenfalls gesagt, dass die Kommunikation damals zwischen Ministerium und Rechtsanwaltskanzlei hinreichend hin und her lief. Es soll nicht einfach nur ein Auftrag durch die Bundesregierung gegeben und ein Anwaltsentwurf erstellt worden sein, der dann vom Minister nur noch unterschrieben wurde. Alles wäre gut gegangen, wenn nicht das „Unglück“ passiert wäre, dass der fertig gestellte Gesetzentwurf (absichtlich oder versehentlich) das Logo von Linklaters trug. Damit war der Anwaltseinfluss auf den Gesetzentwurf offenkundig und es wurde jedenfalls der Eindruck erweckt: Das ist eigentlich ein Produkt von Linklaters und der Minister hat schlicht und einfach nur unterschrieben. Auch wenn dies nicht so gewesen sein sollte, ist die Nutzung des Anwaltslogos bei der Versendung von Gesetzentwürfen gewiss ungeschickt gewesen. Allerdings kann man andererseits froh darüber sein, dass auf diese Weise einmal Dinge wie der Einfluss von Anwälten auf Gesetzentwürfe transparent werden. Jedenfalls führte der Gesetzentwurf mit dem Anwaltslogo zu einem richtigen Problem.

Bei der politischen Beurteilung muss man aber fair bleiben. Es musste damals sehr schnell gehandelt werden. Es ging insbesondere um die schnelle Rettung der systemrelevanten HRE in sehr kurzer Zeit. Und man muss der Gerechtigkeit halber auch sagen, dass das sozialdemokratisch geführte Finanzministerium sich auch der Hilfe, wenn auch in geringerem Maße, durch die Kanzlei Freshfields versichert hatte, so dass also insgesamt auf beiden Seiten anwaltliche Hilfe vorhanden war.

Darüber hat sich eine sehr heftige politische und juristische Debatte entwickelt: Ist es legitim, Rechtsanwälte mit der Gesetzgebung – oder jedenfalls mit der Vorbereitung der Gesetzgebung – zu betrauen? Ist das Gesetzgebungsoutsourcing nicht sogar vielleicht die Erfüllung des Traums der Zivilgesellschaft? Macht so die Zivilgesellschaft ihre Gesetze nicht endlich selbst? Sind die Anwälte dabei sozusagen nichts anderes als Agenten der Zivilgesellschaft? Bei dem Titel dieser Tagung scheint ja fast so ein bisschen anarchistische Sehnsucht mitzuschwingen: Dankt der Staat ab? Gehen wir jetzt zurück (oder nach vorn) in die Zivilgesellschaft? Ganz so leicht ist es nicht. Denn die Mitwirkung der Anwaltskanzleien ist nicht – jedenfalls nicht primär – eine Mitwirkung der Gesellschaft an der Gesellschaft, sondern sie ist die entgeltliche Inanspruchnahme von Service, nämlich Anwaltsberatungsservice. Herrschaft der Gesellschaft über sich selbst hat mit der Verwirklichung von gesellschaftlichen Interessen durch organisierte Interessen relativ wenig zu tun.

Ich warne davor, angesichts des Gesetzgebungsoutsourcings an Rechtsanwälte entweder in Hysterie oder in Jubel auszubrechen. Juristen sind ja durch dieses Sowohl-als-auch- bzw. Ja-Aber-Denken gekennzeichnet. Es gibt eben auch beim Gesetzgebungsoutsourcing sowohl Vorteile wie auch Nachteile dieser Art der Entscheidungsfindung. Diese von vornherein einseitig zu bejubeln oder zu verdammen, ist nicht richtig.

Im Übrigen wäre nicht nur mit dem ehemaligen Bundeswirtschaftsminister Guttenberg abzurechnen, sondern auch mit vielen anderen Politikern. Nach meiner Einschätzung haben viele Bundesregierungen Hilfe von Anwälten bei der Verfassung von Gesetzen in Anspruch genommen. Allerdings mehr bei der Klärung von einzelnen Rechtsfragen, die durch einen Gesetzentwurf aufkommen (z.B. Fragen nach der Kompetenz bzw. der Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften).

Das Besondere des Linklaters-Falles war vor allem die Beauftragung von Rechtsanwälten mit der Formulierung eines gesamten Entwurfs eines hochpolitischen Gesetzes in einer sehr brisanten Zeit. Eine solche Beauftragung mit Gesamtentwürfen dürfte immer noch relativ selten sein, jedenfalls auf der hochpolitischen Ebene. Bei den Satzungen werden schon eher Vorformulierungen durch Anwaltskanzleien vom ersten Paragraphen bis zum letzten Paragraphen 80 vorkommen.

Was sind, um wieder an unserem Unterthema anzusetzen, die Nachteile eines solchen Systems der Ersetzung oder jedenfalls der Ergänzung der Ministerialverwaltung durch Rechtsanwälte? Die einschlägigen Nachteile haben die Refe-

renten vorhin schon genannt, insbesondere Herr Papier, nämlich die Entäußerung politischer Gestaltungsmacht durch die Parlamente. Dabei sollte doch dies ein Kernthema für die grundsätzliche Reform unseres politischen Systems sein: Wie können wir den Parlamentarismus stärken? Dieser Aspekt ist für mich noch wichtiger als die Frage: Wie können wir die Ministerialbürokratie stärken? Das Parlament ist der große Verlierer der politischen Entwicklungen der letzten Jahre. Die Exekutivlastigkeit unseres politischen Systems ist weiter auf Kosten der Parlamente ausgebaut worden. Das bloße Durchlaufen des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens der Bundesgesetzgebung nach den Verfahrensregelungen des Grundgesetzes wird natürlich zu einem hohlen Schein, wenn dahinter keine wirkliche Entscheidungsmacht des Parlaments mehr steht. Wenn im förmlichen Gesetzgebungsverfahren nicht mehr Konsense hergestellt, sondern nur noch dargestellt werden, stoßen wir auf das Problem der Entlegitimierung von Verfahren. Wenn in den Verfahren nichts mehr wirklich zur Entscheidung steht, wird es zur sinnentleerten reinen Förmlichkeit. Das ist dann tatsächlich politisch eine sehr gefährliche Entwicklung.

Sie wird offenkundig, wenn der Sachverstand von Anwaltskanzleien faktisch zur vorentscheidenden Gesetzesvorbereitung insgesamt eingekauft wird und die Politik (Ministerien und Parlament) sich im Grunde nachher damit begnügt, die Sache mehr oder weniger abzunicken. Das war im Bereich der Finanzmarktstabilisierung so und natürlich auch dem Umstand geschuldet, dass – wie schon erwähnt – alles sehr schnell gehen musste. Herr Guttenberg wollte in sehr kurzer Zeit einen vollen Gesetzentwurf haben und konnte angeblich nur auf zu geringe Personalressourcen zurückgreifen. Aber trotzdem bleibt es beim Gesetzgebungsoutsourcing zunächst bei dem Nachteil der Entäußerung politischer Gestaltungsmacht durch die Politik und bei der Sinnentleerung des Gesetzgebungsverfahrens. Dadurch wird die Verfassung ausgehöhlt und letztendlich unglaubwürdig. Das Parlament darf nicht zum Abnickinstrument für anderweitig getroffene Entscheidungen werden.

Solche Fälle gibt es im Bereich des Gesetzgebungsoutsourcing für Rechtsanwälte, und dies ist deutlich zu kritisieren. Ich glaube aber, das ist nicht der Regelfall. Der Regelfall der Mitarbeit von Rechtsanwälten an Gesetzentwürfen wird eher sein, dass sich die Politik das anhört, was die Anwälte als bezahlte Spezialisten empfehlen, sich dann eine Meinung bildet und es schließlich zu vermittelnden Lösungen kommt. Das wird das Typische sein, aber es gibt eben auch andere Fälle.

Ein zweiter Punkt: Anwälte sind nach der Bundesrechtsanwaltsordnung Organe der Rechtspflege. Aber sie sind nicht demokratisch legitimiert. Sie sind auch

nicht demokratisch kontrolliert. Sie sind legitimiert durch ihre Mandanten. Sie werden kontrolliert durch die Rechtsanwaltskammern, also letztlich durch sich selbst. Das, was demokratische Gesetzgebung ausmacht – die demokratische Legitimierung im Akt der Wahlen und die demokratische Kontrolle –, passt nicht auf Anwälte. Sie passt aber auch nicht auf die Professoren, deren Expertise bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen herangezogen wird. Anwälte und Professoren sind bei der Beratung nicht demokratisch, sondern sie sind durch den Auftrag legitimiert, während die Ministerialbürokratie demokratisch legitimiert und auch kontrolliert wird: ein Riesenunterschied.

Ein wichtiger Punkt ist zudem die Gemeinwohlorientierung. Der öffentliche Dienst ist jedenfalls typischerweise wie die Abgeordneten gemeinwohlorientiert. Das sind die Anwälte nicht oder nicht in gleichem Maße. Der Anwaltsberuf lebt davon, dass die Anwälte ein gesellschaftliches Teilwohl repräsentieren und verfechten. Wenn zum Beispiel Wirtschaft mit Umweltschutz vor Gerichten kämpft: Da gibt es einen Anwalt, der die Wirtschaft vertritt, und einen Anwalt, der den Umweltschutz oder die Umweltverbände vertritt. Durch dieses antithetische Modell, das eigentlich das Typische in Gerichtsprozessen ist, wird dann in einer Synthese – nämlich durch die Gerichtsentscheidung – Gemeinwohl hergestellt. Das ist also eine völlig andere Form, Gemeinwohl zu konkretisieren als durch die Ministerialverwaltung. Ein Ministerialbeamter sollte indessen von vornherein diese Synthese in seinem Kopf herstellen. Die antithetische Gemeinwohlorientierung ist damit nicht abgetan. Es ist ein anderer Weg, zu diesem Gemeinwohl zu kommen.

Der Anwalt ist also typischerweise Teilwohlvertreter. Nun ist zuzugeben, dass Anwälte, die von einem Ministerium beauftragt werden, dadurch automatisch eine andere Rolle spielen. Sie sollten nämlich im Grunde dann, wenn ein Ministerium gewisse Vorgaben macht, die Gemeinwohlintressen wie das Ministerium vertreten. Dass das gute Anwälte können, will ich überhaupt nicht bestreiten. Ich weise aber darauf hin, dass es nicht etwa ein Problem der kollidierenden Interessen im Sinne der Bundesrechtsanwaltsordnung, sondern ein Problem der – wenn man so sagen will – juristischen Sozialisation ist. Ein Anwalt, der hauptsächlich eine bestimmte Klientel, sei es Wirtschaft, sei es Umweltverbände oder sonstige repräsentierte Interessen, vertritt, bekommt ja das Mandat deswegen, weil er sich auf diese Weise in der Praxis bewährt hat. Sich dann von dieser Vorprägung freizumachen, ist nicht leicht. Es ist eben nicht komplikationslos, wenn ein typischer Bankenanwalt sagt: Jetzt bin ich einmal für das Ministerium zuständig, und jetzt mache ich etwas grundsätzlich anderes als bisher. Natürlich sind Anwälte darauf geeicht, das einmal zu können. Aber es bleibt das Problem

der beruflichen Prägung. Das ist tatsächlich etwas anderes als bei dem öffentlichen Dienst als Gesetzesvorbereiter.

Teure Ministerialbeamte zu haben und dann gleichzeitig noch teurere Rechtsanwälte, dies ist nach Herrn Däke eine fürchterliche Verschwendung. Da bin ich ein bisschen vorsichtiger. Ich gebrauche dafür einmal das Bild vom Schlüsseldienst. Wenn Sie sich einmal selbst aus Ihrer Wohnung ausgeschlossen haben, dann wissen Sie, dass sich konkrete Kosten-Nutzen-Analysen schnell verändern können. Sie bezahlen einen teuren Schlüsseldienst, um wieder schnell in Ihre Wohnung zu kommen. Das war auch bei der Finanzmarktregulierung so. Die Politik wollte in die Wohnung, d.h. schnell ein Gesetz haben, und zwar vor allem wegen wirtschaftlicher Gegebenheiten: Öffnung der Börse in Tokyo am Montag. Da musste unverzüglich gehandelt werden. Die Politiker waren gezwungen, ganz schnell, gewissermaßen über das Wochenende, einen Gesetzentwurf zu erarbeiten. Diese Absicht stieß auf Eigengesetzlichkeiten des öffentlichen Dienstes: Versuchen Sie einmal ein Gesetz in einem Ministerium zu erarbeiten zwischen Freitag, 14 Uhr, und Montag, 9 Uhr. Das ist schon sehr schwer im öffentlichen Dienst (auch wenn Beamte in den Ministerstäben durchaus einmal über das Wochenende arbeiten). Juristisches Arbeiten am Wochenende fällt großen Anwaltskanzleien nicht so schwer. Anwälte sind, aus welchen Gründen auch immer, in der Erreichung ihres beruflichen Lebensglückes daran gewöhnt, auch am Wochenende zu arbeiten. Und die großen Kanzleien können die Spezialisten der verschiedenen Rechtsgebiete schnell zusammenrufen bzw. „zusammenfliegen“. Zurück zum Stichwort Schlüsseldienst. Manchmal fehlt eben der Politik Zeit zu warten und sich dem Arbeitsrhythmus des öffentlichen Dienstes anzupassen. Da sind dann umgehend arbeitende Anwaltskanzleien unentbehrlich. Diese sind aber teuer. Letztlich war also die Kanzlei Linklaters der politische Schlüsseldienst, der zwar teuer ist, aber über das Wochenende dafür schnell die Tür öffnete und einen Gesetzesvorschlag erarbeitete.

Im Übrigen muss man das Kostenargument differenziert sehen. Hier wurde vorhin die klassische Forderung des öffentlichen Dienstes deutlich: Wir haben zu wenig Leute, wir müssen aber dieses Problem lösen und deshalb mehr Leute einstellen. Okay. Bloß: Möglicherweise ist das Outsourcing – das ist ja die Kernlegitimation des Outsourcing in der Wirtschaft – die wirtschaftlichere, kostengünstigere Lösung. Bundesministerien sind ja faktisch heute weitgehend Gesetzgebungsministerien. Da gibt es aber nun einmal Zeiten, in denen viele Gesetze entworfen werden müssen, und es gibt aber auch Zeiten, wo nicht so viele Entwürfe anfallen. Es ist ja die Uridee des Outsourcing, gewisse Belastungsspitzen durch Verlagerung von Dienstleistungen nach außen abzubauen bzw. zu überbrücken. Das durchgängige Vorhalten von Personalressourcen in

Ministerien, um jederzeit Belastungsspitzen gewachsen zu sein, ist wahrscheinlich die weitaus teurere Lösung als die Inanspruchnahme externer Kapazitäten in solchen Fällen.

So gewinnen wir ein bisschen Distanz gegenüber dem Argument der doppelten Kosten. Beamten würden ohnehin bezahlt und nun würden auch noch zusätzlich Anwälte bezahlt. Das ist natürlich ein sehr populäres Argument. In manchen Bereichen mag dies auch zutreffen. Aber man muss differenzieren und einzelne Fälle betrachten: Gibt es in einem Ministerium überhaupt Sachverstand in hinreichendem Maße? Bei manchen Landesministerien kann dies zu einem echten Problem werden. Wie viele Ministerialbeamte befassen sich denn z.B. überhaupt mit dem Chemikalienrecht in einem Land wie etwa dem Saarland? Aber das Problem zusätzlich entstehender Kosten bleibt trotzdem, es muss nur differenziert angegangen werden.

Nachdem nun die Nachteile des Gesetzgebungsoutsourcing erörtert wurden, müssen auch dessen Vorteile betrachtet werden. Da ist zum einen die Beschaffung von Sachverstand durch Ministerien und Behörden. Ideal wäre es natürlich, das alles von vornherein in einem Ministerium zu haben. Die großen traditionellen Bundesministerien haben diesen Sachverstand nach meiner Einschätzung in der Regel auch. Aber wie sieht es bei den kleineren, neueren Bundesministerien aus? Die großen Landesministerien in den Flächenstaaten dürften regelmäßig ebenfalls über hinreichenden Sachverstand verfügen. In den anderen Landesministerien und den kleinen Ländern wird nicht immer hinreichender Sachverstand zur Verfügung stehen. Jedenfalls ist es nicht falsch, zur Sicherung der politischen Rationalität in den Ministerien hinreichend Sachverstand zur Verfügung zu haben und dafür auch externen Sachverstand „einzukaufen“. Eine sachverständige Entscheidung ist immer besser als eine Entscheidung im Unwissen.

Die Beschaffung von Sachverstand ist also ein wichtiger Vorteil des Gesetzgebungsoutsourcing. Weitere Vorteile sind die Flexibilität des Einsatzes von Personal und die Ermöglichung von Entscheidungen in kurzer Zeit. Die Einschaltung fremden Sachverstandes kann Zeitersparnis für ministerielle Entscheidungen bedeuten (muss es aber nicht).

Insgesamt würde ich gleichwohl meinen, dass in der sorgfältigen Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen anwaltlicher Gesetzesmitarbeit, die Nachteile in der Regel insgesamt jedenfalls bei der Erstellung von Gesamtentwürfen doch schwergewichtiger sind als die Vorteile. Das muss aber nicht zwingend sein und gilt nicht für alle Fälle. Deswegen lässt sich nicht pauschal Ja oder Nein zum Gesetzgebungsoutsourcing sagen.

Spezifische Rechtsgrenzen für das Gesetzgebungsoutsourcing gibt es bisher kaum. Ich würde es aber begrüßen, wenn sich mittelfristig gewisse rechtliche Begrenzungen für das Gesetzgebungsoutsourcing herausbilden würden. Nach bisher herrschender Meinung ist das sogenannte innere Gesetzgebungsverfahren, also auch die Erarbeitung von Gesetzentwürfen in Ministerien, bisher freilich kaum verfassungsrechtlich durchdrungen und begrenzt. Möglicherweise beginnt diese Situation sich zu ändern, indem Rechtsprechung und Rechtswissenschaft hier spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen entwickeln. Aber im Wesentlichen findet man hier bisher ein verfassungsrechtliches Vakuum. Selbst die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien sagt uns eigentlich ganz wenig oder jedenfalls wenig rechtlich Verbindliches dazu.

Es gibt aber vielleicht politische Verhaltensdirektiven für das innere Gesetzgebungsverfahren außerhalb von Recht, die interessant sein können. Es bleibt jedenfalls politisch wichtig, sich über Qualitätsstandards für eine gute Gesetzgebung des Staates (better regulation) zu verständigen.

Was ist nun ein vernünftiges Einbringen von externem Sachverstand in die Gesetzgebung? Ich möchte einige Vorschläge machen. Erstens sollte grundsätzlich keine Erarbeitung von Gesamtentwürfen durch Externe erfolgen. Zweitens sollte man sich bei der Einschaltung von Anwälten auf bestimmte, rechtlich schwierige oder vom Sachverhalt her komplizierte Sachverhalte konzentrieren, bei denen die Inanspruchnahme von anwaltlichem Sachverstand sinnvoll sein kann. Ausgeschlossen werden sollte – drittens – die Erarbeitung eines vollständigen Gesetzes durch Rechtsanwälte. Das sichert zugleich, dass es zu einer echten Mitwirkung des Ministeriums bei der Entwurferarbeitung kommen muss, wenn dieses nämlich einen Teil des Gesetzes wirklich selber liefern muss und nicht alles übernehmen kann und dabei vielleicht nur den Stempel oder den Briefkopf der Anwaltskanzlei auf einem Entwurf nur abdeckt. Grundsätzlich glaube ich, dass im konkreten Fall der Finanzmarktfinanzierung ein Gesetzgebungsoutsourcing im Hinblick auf einen Gesamtentwurf nicht erforderlich gewesen wäre. Also: grundsätzlich kein Gesamtentwurf durch Rechtsanwälte.

Ganz wichtig, scheint mir, sind – und das dürfte auch in dem Fall Guttenberg ein Problem gewesen sein – klare, inhaltliche Vorgaben des Ministeriums für die Anwälte. Die inhaltliche Gestaltungsmacht liegt beim Ministerium, liegt bei der Politik. Wenn Minister Anwälten nur sagen: „Nun macht doch mal!“ – das wäre in der Tat problematisch. Klare, inhaltliche Vorgaben durch die Politik an Anwälte sollten möglichst auch bei der Gesetzesbegründung dokumentiert werden. Dabei sollten auch die konkreten inhaltlichen Vorgaben der Ministerien an die beauftragten Rechtsanwälte genannt werden.

Besonders wichtig ist das Letztentscheidungsrecht des Parlaments, das sich nicht auf die Funktion des Abnicken beschränken darf. Das Parlament darf nicht nur „Ja“ sagen, sondern muss auch eine inhaltliche Auseinandersetzung, möglichst auch mit einer Begründung darüber führen, warum man in diesem Fall den jeweiligen Vorschlägen der Anwaltskanzlei gefolgt (oder nicht gefolgt) ist. Eine differenzierte Übernahme anwaltlicher Vorschläge wird häufig das Sinnvollste sein. Mal macht der Anwalt eben einen ganz tollen Vorschlag, mal hat ein solcher Vorschlag Schwächen. Wenn genügend Zeit ist, wird man den anwaltlichen Entwurf auch hin und her besprechen, um etwaige Divergenzen auszuräumen. Für die anwaltliche Beratung eignen sich jedenfalls Einzelvorschriften immer besser als Gesamtentwürfe.

Transparenz ist eine wichtige Anforderung bei einer Mitarbeit von Rechtsanwälten an der Gesetzgebung. Sie muss gerade auch beim Gesetzgebungsoutsourcing vorhanden sein. Insoweit kann man sagen: Linklaters ist unfreiwillig ein Förderer dieses Gedankens geworden, weil bei Erstellung der Kopien vergessen worden ist, das Logo der Kanzlei abzudecken. Meines Erachtens sollte die notwendige Transparenz beim Gesetzgebungsoutsourcing insbesondere die Beauftragung, die Auswahlkriterien und auch die Honorare der Rechtsanwälte umfassen, auch wenn gerade letzteres schwierig werden dürfte.

Das sogenannte footprint-Verfahren in der Gesetzesberatung kann hier hinreichende Transparenz sichern. Es geht dabei darum, externen Einfluss auf Gesetzgebungsverfahren deutlich zu machen. Dieses Verfahren soll nun auf der Ebene der Europäischen Union realisiert werden. Das Abgeordnetenhaus von Berlin hat in diesem Jahr ein solches footprint-Verfahren diskutiert. Ein solches Verfahren ist sicherlich sinnvoll, allerdings nur bis zu einer bestimmten Bagatellgrenze: Nicht jedes Telefonat von und nach außen kann genannt werden. In dem Augenblick, in dem das Parlament aber bezahlten Service durch Anwälte in Anspruch nimmt, kann dies jedenfalls auch in einer Parlamentsdrucksache erwähnt werden.

Es lässt sich sicherlich vieles bei der Transparenz externer Einflüsse auf die Gesetzgebung verbessern. Letztlich handelt es sich auch um eine Frage der politischen Kultur. Wer sich einmal – wie ich – für den Erlass eines Informationsfreiheitsgesetzes eingesetzt hat, weiß um die Befürchtungen, die damals geäußert wurden: Der Staat stünde bei offenem Informationszugang gewissermaßen still etc. Davon kann nun nach Erlass des IFG aber wirklich nicht die Rede sein. Umgekehrt ist natürlich auch nicht eine reine Glückseligkeit alleine durch die Transparenz geschaffen worden.

Braucht es ein Vergabeverfahren für die Beauftragung von Rechtsanwälten beim Gesetzgebungsoutsourcing? Hier bin ich persönlich skeptisch. Die konkreten Anwälte in Form eines Vergabeverfahrens zu bestimmen, dauert regelmäßig viel zu lange. Und die Meister ihres Faches werden durch ein solches Verfahren eher abgeschreckt werden. Aber darüber muss man diskutieren. Aber man kann ja vielleicht im Nachhinein sagen, warum man eine bestimmte Kanzlei und nicht eine andere genommen hat.

Es mag in Einzelfällen sicherlich für ein Ministerium auch einmal sinnvoll sein, sich zwei Entwürfe (durch verschiedene Kanzleien) erarbeiten zu lassen. Um ein Beispiel zu nennen: Bei dem Entwurf eines Umweltgesetzes wäre es möglich, sowohl den Entwurf einer stärker wirtschaftsorientierten Kanzlei und den Entwurf einer stärker am Umweltschutz orientierten Kanzlei erarbeiten zu lassen. Dann werden sozusagen der Politik zwei Modelle vorgestellt und die Politik kann sich dann für ein Modell entscheiden. Das wird freilich nicht die Regel sein können. Aber bei ganz großen Gesetzgebungsvorhaben, die etwas mehr Zeit beanspruchen können, lässt sich die Erarbeitung verschiedener Modelle durchaus denken und verstehen lassen.

Ich würde im Übrigen bei den Ministerien davon absehen, zu lax mit dem Gesetzgebungsoutsourcing umzugehen. Warum? Erstens: Man gewöhnt sich schnell an das arbeitsentlastende Gesetzgebungsoutsourcing. Zweitens: Das Gesetzgebungsoutsourcing ist auch immer das Eingeständnis von Schwächen eines Ministeriums und zwar sowohl von intellektuellen wie auch fachlichen Schwächen. Wenn ein Ministerium bei der Gesetzgebung einen Anwalt braucht, heißt das auch: Im Ministerium besteht zu wenig eigene Expertise. Ein großes Bundesministerium sollte deshalb grundsätzlich darauf achten, dass es entsprechenden Sachverstand im eigenen Haus hat. Wie wäre es deshalb, wenn Personalentscheidungen von Ministern sich künftig (noch?) stärker an solch notwendigem Sachverstand der Bediensteten als an ihrer parteipolitischen Einstellung orientieren würden?

Sicherlich lassen sich auch die Regelungen der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien verbessern. Kann man nicht in dieser Gemeinsamen Geschäftsordnung eine Regelung zum Gesetzgebungsoutsourcing einführen und dessen Transparenz fordern? Letztendlich würde so auf einer soft-law-Ebene eine Festlegung erfolgen. Wenn sich das bewährt hat, kann man noch einen juristischen „Zacken“ zulegen und die Regelung in ein Gesetz überführen.

Damit nähere ich mich dem Ende meines Vortrags. Der Prospekt für die Tagung fragt: Ist es an der Zeit, Entscheidungsprozesse der Politik zu überdenken? Die

Antwort ist: Ja, ganz sicher! Das ist natürlich eine Daueraufgabe. Wir müssen diese Entscheidungsprozesse überdenken. Welche Antworten lässt unser Grundgesetz auf diese Fragen zu? Hier würde ich etwas Wasser in den Wein geben. Das Grundgesetz hat – wie erwähnt – das innere Gesetzgebungsverfahren nach herrschender Meinung bisher noch nicht wirklich zu seinem Metier gemacht. Aber auch die Staatsrechtswissenschaft und das Bundesverfassungsgericht entwickeln sich weiter. Es sieht so aus, dass da die Pflanze von Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren langsam zu blühen beginnt.

Also: Man kann einiges tun. Man muss den Einfluss Externer auf Gesetzgebungsentwürfe nicht fatalistisch hinnehmen. Und trotzdem – jetzt schließt sich der Kreis: Es geht letztlich um den Primat der Politik. Noch stärker als um den Einfluss der Ministerialbürokratie geht es dabei freilich auch um den Primat des Parlaments. Und dazu kann eine amtsbewusste Ministerialbürokratie auch vieles leisten. Sie ist ja letztlich auch ein – recht verstandenes – Hilfsinstrument des Parlaments. Sich ausrichten auf die Bedürfnisse des Parlaments und des Gemeinwohls sind Schlüsselaufgaben der Ministerialbürokratie. Diese Aufgabe kann freilich nur begrenzt „outgesourct“ werden.

# **Kommunale Eigenwahrnehmung und Transparenz bei Gewährleistungsverantwortung\***

*Prof. Dr. Hans-Günter Henneke*

Hauptgeschäftsführer Deutscher Landkreistag

Sehr geehrte Frau Müller, sehr geehrter Herr Stöhr, meine sehr verehrten Damen und Herren!

## **Vorbemerkung**

Ich bin sehr froh, dass Sie der kommunalen Ebene hier auch eine Stimme verliehen haben in der Veranstaltung – auch wenn wir uns bisher eher auf der Ebene des Bundes und zum Teil auch der Länder bewegt haben. Aber Frau Mayntz hatte heute Morgen schon ausgeführt: Wir befinden uns in einem Mehrebenensystem und die Frage der demokratischen Legitimation spielt im kommunalen Bereich eine ganz besondere Rolle.

Ich will eine kleine Vorbemerkung machen, die als Überleitung von den Themen des heutigen Vormittags zu meinem Thema dienen soll: Welche konkreten Mitgestaltungsmöglichkeiten haben Abgeordnete bei der Gesetzgebung? Bei der Hartz-IV-Gesetzgebung ist der kommunale Bereich sehr stark davon betroffen gewesen, dass Gesetze im Parlament nicht mehr verändert worden sind, das Struck'sche Gesetz also in Permanenz jedenfalls bei der jeweiligen Hartz-IV-Gesetzgebung nicht gegolten hat. Das erste Gesetzgebungsvorhaben 2003 war dadurch geprägt, dass eine völlig neue Aufgabenwahrnehmungsform, nämlich die der Arbeitsgemeinschaft, eine Mischverwaltung, zu der ich nachher auch noch ein Wort sage, im Vermittlungsverfahren erstmals überhaupt in die politische Diskussion eingebracht worden ist, niemals vorher im Bundestag oder Bundesrat beraten worden war, und dann bei der Endabstimmung über die Ergebnisse des Vermittlungsverfahrens in dieser Form etabliert worden ist.

---

\* Von dem Autor durchgesehene Transkription des am 31.05.2011 gehaltenen Vortrags. Die Transkription erstellte freundlicherweise Franziska Hirschmann.

So ähnlich ist es auch geschehen bei der verfassungsrechtlichen Legitimierung der Mischverwaltung im letzten Jahr (Art. 91e GG). Hier hat es auch Koalitionsrunden gegeben, die an einem Wochenende nicht nur fertige Verfassungstexte mit Begleiterklärung, sondern auch SGB-II-Texte gezimmert haben, denen Bundestag und Bundesrat ebenfalls nur im Ganzen zustimmen oder nicht zustimmen konnten. Und genauso war es jetzt wieder beim sogenannten Bildungs- und Teilhabepaket im SGB II nach dem Vermittlungsverfahren. Das heißt: Das, was parlamentarisch bis zur Einleitung des Vermittlungsverfahrens beraten worden war, war jeweils etwas völlig anderes als das, was dann im Vermittlungsausschuss herausgekommen und von Bundestag und Bundesrat dann jeweils unverändert übernommen worden ist.

Herr Papier, wenn ich das sagen darf: Sie haben vorhin die telegene Ausstrahlung und die schauspielerischen Talente angesprochen. Sie haben das auf Männer bezogen und ihre Krawatten und Anzüge. Gerade zu dieser Thematik haben wir bei den Beratungen über das Bildungspaket auch etlichen Anschauungsunterricht bekommen. Wir haben ein Vermittlungsverfahren zelebriert bekommen, wie ich es bisher noch nicht in Erinnerung hatte. Es wurden schauspielerische Meisterleistungen – hier von Akteurinnen – geboten, die gar nicht Mitglieder des Vermittlungsausschusses, aber Verhandlungsführerinnen in Arbeitsgruppen waren und den Eindruck erweckten, sie seien die legitimierte Akteure, um gestalterische Politik zu machen. Bei den früheren Vermittlungsverfahren zum Gegenstand Hartz IV wusste man wenigstens noch, wie der Vorsitzende des Vermittlungsausschusses hieß. Er heißt Strobl und ist jetzt in anderem Zusammenhang bekannt geworden. Beim Bildungspaket ist er als Akteur indes gar nicht in Erscheinung getreten. Auch diese Vorbemerkung wollte ich geleistet haben.

### **Garantie kommunaler Selbstverwaltung**

Damit komme ich zum Thema kommunale Selbstverwaltung. Für die nicht im kommunalen Bereich Tätigen will ich versuchen, das Thema einzuordnen. Wir haben in Art. 28 Abs. 2 GG eine verfassungsrechtliche Garantie kommunaler Selbstverwaltung für Gemeinden und Kreise. Wir bewegen uns also im Bereich der Exekutive. Diese Garantie umfasst örtlich radizierte Aufgaben und die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung. Sie umfasst auch eine aufgabenangemessene Finanzausstattung. Nun werden diese Aufgaben nicht alle völlig eigengeschöpft von den Kommunen, sondern Bundes- und Landesgesetzgeber können im Rahmen ihrer jeweiligen Sachgesetzgebungskompetenz Aufgaben gesetzlich ausformen. Auch konnten sie sie bis 2006 von Seiten auch des Bundes und seither ausschließlich durch die Länder den Kommunen zur Wahrneh-

mung übertragen. Das heißt, dass der kommunale Bereich selbst gesetzte, selbst gestaltete und vom Parlament – dem Landesparlament oder dem Bundesparlament – ausgeformte Aufgaben ausführt.

### **Demokratische Legitimation von Räten, Kreistagen und Hauptverwaltungsbeamten...**

Staatsorganisatorisch gehören die Kommunen zu den Ländern. Sie üben Exekutivtätigkeit aus und trotzdem regelt Art. 28 Abs. 1 GG in den Sätzen 2 und 3, dass die kommunalen Vertretungskörperschaften zwar Exekutivorgane und keine Parlamente sind, aber über die gleiche – und gleichwertige – demokratische Legitimation wie die Parlamente in Bund und Ländern verfügen. Jede kommunale Vertretungskörperschaft in einer Gemeinde, einer Stadt oder einem Landkreis ist also vom jeweiligen Gemeinde-, Stadt- oder Kreisvolk genauso demokratisch legitimiert, wie es Art. 38 GG für den Bundestag regelt. Insofern haben wir also, wenn wir uns des Unterschieds von Parlament und kommunaler Vertretungskörperschaft bewusst bleiben, eine vergleichbare demokratische Legitimation. Hinzugetreten ist in den vergangenen Jahren in allen Ländern, beginnend 1991 in Hessen, nachdem es das in Bayern für die Landräte und Bürgermeister und in Baden-Württemberg für die Bürgermeister schon immer gab, die unmittelbar-demokratische Legitimation der Hauptverwaltungsbeamten. Das ist etwas Neues. Aber wir haben dies inzwischen überall eingeführt, so dass wir also im kommunalen Bereich regelmäßig zwei unmittelbar demokratisch legitimierte Organe haben. In Baden-Württemberg, wo dies bei den Landräten bisher nicht der Fall ist, wird jetzt nach dem Regierungswechsel überlegt, die Volkswahl des Landrates ebenfalls einzuführen. Es gibt also zwei demokratisch legitimierte Organe, die Selbstverwaltungsaufgaben erfüllen oder gesetzlich übertragene, pflichtige Aufgaben im Näheren ausgestalten.

### **...begrenzt auf das Gebiet der jeweiligen Kommune**

Wenn wir jetzt schauen, welche Aufgaben im kommunalen Bereich zu erfüllen sind, muss man feststellen: Es gibt einen unauflösbaren Zusammenhang zwischen der Aufgabenerfüllung, der demokratischen Legitimation und – das ist bedeutsam – der Begrenzung der Aufgabenerfüllung auf das Gebiet der jeweiligen Kommune. Die Aufgabenerfüllung, entweder gesetzlich übertragen oder selbst gewählt, reicht hinsichtlich der demokratischen Legitimation des jeweiligen Organs nicht weiter als das Gemeinde- oder Kreisgebiet. Das ist etwas, was uns in der theoretischen Darstellung ganz simpel und selbstverständlich erscheint. Wenn Sie aber die politische Diskussion der heutigen Tage betrachten, dann ist das überhaupt nicht so selbstverständlich:

- Wir haben bei der Liberalisierung der Energieversorgung Ende der 1990er Jahre nach Kompensationsfeldern für Stadtwerke gesucht und insbesondere im Bereich der Telekommunikation seinerzeit ein Betätigungsfeld entdeckt, das regelmäßig auch außerhalb des jeweiligen Gemeindegebiets wahrgenommen wurde, weil die Aufgabenerfüllung auf diesem Sektor anders gar nicht funktioniert.
- Es wird im Bereich der Sparkassenbetätigung immer wieder darüber nachgedacht, ob es auch hier Betätigungen über Gemeinde-, Landes-, oder sogar Kontinentgrenzen hinaus (Niederlassung einer Sparkasse aus dem Rheinland in New York) geben kann, was mit der trägergebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Auftrags nicht zu vereinbaren ist.
- In diesen Tagen denken wir bei der Frage der Neuregelung der Energieversorgung auch sehr intensiv und mit leichter Hand darüber nach, ob die Stadtwerke umliegende Gebiete über das Gebiet der eigenen Kommune hinaus mitversorgen können.

Die demokratische Legitimation endet am Gemeindegebiet. Natürlich gibt es Rechtsformen interkommunaler Kooperation, die die Legitimation erweitern können. Aber: Eine Kolonialisierung von Umlandgebieten oder auch eine Rosinenpickerei, indem man bestimmte Gebiete auswählt und andere nicht, sieht unser Verfassungs- und Kommunalrecht richtigerweise wegen des unauflöshchen Zusammenhangs von Aufgabenerfüllung, demokratischer Legitimation und Gebietsbegrenzung nicht vor.

### **Demokratische Legitimation erfordert Klarheit der Aufgabenzuordnung**

Ich möchte noch auf einen Punkt eingehen, der die Unterüberschrift der Tagung betrifft: Unabhängigkeit und demokratische Legitimität. Verwaltungszuständigkeiten sind, das hat das Bundesverfassungsgericht vor kurzem in der SGB-II-Organisationsentscheidung<sup>31</sup> noch einmal hervorgehoben, auch mit Zustimmung der Beteiligten grundsätzlich nicht abdingbar. Das heißt: Aufgaben, die man hat, muss man erfüllen. Wenn es sich um freiwillige Aufgaben handelt, muss man sie vielleicht nicht erfüllen; darauf komme ich auch noch. Man kann auch sie aber nicht einfach einer anderen Ebene übertragen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der SGB-II-Entscheidung unter dem Stichwort „demokratische Legitimation“ wörtlich gesagt: Der Bürger muss wissen, wen er bei Wahlen für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe verantwortlich machen kann. Das hat dazu geführt, dass das Bundesverfassungsgericht kurz vor Weihnachten 2007 die

---

<sup>31</sup> BVerfGE 119, 331 (363 ff.) vom 20.12.2007.

Mischverwaltung nach § 44b SGB II für verfassungswidrig erklärt hat. Einige Jahre zuvor – im Jahre 2000 – hatte der Sächsische Verfassungsgerichtshof<sup>32</sup> eine entsprechende Entscheidung im Sparkassenbereich getroffen, als der seinerzeitige sächsische Finanzminister Milbradt auf die ihm klug erscheinende Idee gekommen war, die mittlerweile nicht mehr existierende Sächsische Landesbank und die Sächsischen Sparkassen in einem Finanzverbund zusammenzuführen und eine Verbund- oder Mischverwaltung durchzuführen. Das Bundesverfassungsgericht sagt wie der Sächsische Verfassungsgerichtshof eindeutig: Es gilt der Grundsatz: Jeder hat seine Aufgaben selbst wahrzunehmen. Man kann auch nicht freiwillig zu Gunsten einer anderen Ebene darüber disponieren. Kompetenzen sind pflichtig gehalten. Insofern kann man auch nicht ohne Weiteres Mischverwaltungen zwischen verschiedenen Ebenen begründen, weil es demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit aushöhlt.

### **Kommunale Organisationshoheit und Privatisierung**

Die kommunale Organisationshoheit ist etwas, das ins Zentrum unserer Betrachtung führt bei der Frage: Wie verhält es sich mit Privatisierung und Gewährleistungsverantwortung? Grundsätzlich besteht kommunale Organisationsfreiheit. Sie ist Element der Selbstverwaltungsgarantie und umfasst das Recht, Verfahrensabläufe und kommunal-interne Entscheidungszuständigkeiten unter Einschluss der sogenannten Kooperationshoheit selbst festzulegen. Die Kooperationshoheit meint die Zusammenarbeit in einem größeren Gebiet, etwa wenn sich mehrere Gemeinden – wir haben vorhin über einen Wasserverband gesprochen – zusammenschließen, um für einen bestimmten Teilraum eine je eigene Aufgabe gemeinsam zu erfüllen. Dieser Grundsatz der kommunalen Organisationshoheit kann allerdings gesetzlich eingeschränkt werden.

### **Kommunalwirtschaftliche Betätigung/ Daseinsvorsorge**

Damit komme ich zur zentralen Frage: Wie ist es mit der kommunalwirtschaftlichen Betätigung als Ausschnitt kommunaler Tätigkeit bestellt? Dieses Feld wird gerne mit „Daseinsvorsorge“ umschrieben. Insoweit haben wir in Deutschland über viele Jahre eine feste normative Prägung gehabt. Wenn etwas statisch war, dann war es die materielle Weitergeltung von § 67 der Deutschen Gemeindeordnung aus dem Jahre 1935, der festgelegt hat, wann und wie sich eine Kommune wirtschaftlich betätigen kann, was wirtschaftliche Betätigung ist und was nicht. Diese Regelungen haben jeweils übersetzt in Landesrecht regelmäßig wortgleich bis Ende der 1990er Jahre fortgegolten.

---

<sup>32</sup> LVerfGE 11, 393 (411 ff.).

Wir haben in Deutschland eine Kultur der weitgehenden Eigenwahrnehmung von kommunalen Aufgaben gehabt, auch im kommunalwirtschaftlichen Bereich durch Eigenbetriebe, durch Ämter – für Abfallwirtschaft etwa –, durch Krankenhäuser und was man sonst an eigenen Einrichtungen vorgehalten hat<sup>33</sup>. Damit hat man den Primat der Kommunalpolitik selbstverständlich gewahrt und hat das, was die Kernfunktion von kommunaler Entscheidungsmacht ist, nämlich Bündelung von Entscheidungen, Abwägen von Pro und Contra für bestimmte Aufgabenwahrnehmungen und gegen bestimmte andere Aufgabenwahrnehmungen, für und gegen einen Mittelansatz hier und dort, regelmäßig in Eigenwahrnehmung geleistet.

Wir haben daneben immer, jedenfalls generell-abstrakt, die Möglichkeiten gehabt, Aufgaben materiell zu privatisieren – materielle Privatisierung oder echte Privatisierung –, also die Aufgabenerfüllung Privaten zu übertragen bzw. sie auszulagern in eigene verselbständigte Betriebe – also eine bloße Organisationsprivatisierung oder formelle Privatisierung vorzunehmen. Diese drei Formen: Eigenwahrnehmung, materielle Privatisierung und formelle Privatisierung haben uns im Prinzip zur Verfügung gestanden. Daneben ist es vereinzelt zu öffentlich-privaten Partnerschaften gekommen.

### **Europarechtlicher Einfluss**

Über das alles hat sich in den letzten Jahren, insbesondere nach Herstellung des europäischen Binnenmarkts 1992, sehr stark das europäische Recht gelegt, wobei man sagen muss, dass die Regelungen zwar unterschiedliche Bezifferungen in den jeweiligen europäischen primären Rechtsgrundlagen gehabt haben, der Inhalt der Regelungen aber seit den Römischen Verträgen von 1957 eigentlich gleich geblieben ist. Nur die Anwendungsrelevanz ist mit der Herstellung des Binnenmarktes in sehr starkem Maße gestiegen. Den daraus resultierenden Konflikt mit der von Eigenwahrnehmung geprägten Daseinsvorsorge in Deutschland muss man versuchen zu verstehen.

Wir haben in Deutschland historisch überkommen die Vorstellung gehabt, dass wir Daseinsvorsorge als trägerbezogene, das heißt als gemeindliche oder kreisliche Veranstaltung gesehen haben. Wir haben also Aufgaben für die Bürger als Kommune regelmäßig selbst erfüllt<sup>34</sup>. Die Regelungskonzeption des europäi-

---

<sup>33</sup> Dazu ausf.: *Hans-Günter Henneke*, Die Daseinsvorsorge in Deutschland – Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: Andreas Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden 2009, S. 17 (19 ff.).

<sup>34</sup> *Henneke* (Fn. 33), S. 17 (34 ff.).

schen Rechts ist aber eine andere. Sie ist keine trägerbezogene, sondern sie ist eine aufgabenbezogene, mehr marktorientierte Regelung. Das heißt, wenn wir von Daseinsvorsorge sprechen, meinen wir nach unserer Vorstellung regelmäßig: Was kann eine Gemeinde im Bereich der Kommunalwirtschaft tun und anbieten? Wenn das europäische Recht von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse spricht, dann ist das von der Substanz der erbrachten Leistung her möglicherweise identisch. Es ist aber vom Zugang zur Fragestellung etwas anderes, weil die europäische Regelungsphilosophie aufgabenbezogen denkt und davon ausgeht, dass zunächst die Aufgabenerfüllung durch den Markt geschehen kann. Wenn die öffentliche Hand Leistungen selber erbringt, dann ist das als Markteingriff in besonderer Weise legitimierungsbedürftig. Dazu gibt es Regelungen, durch die eine Betrauung erfolgen muss<sup>35</sup>.

Wegen dieses unterschiedlichen Regelungsansatzes von deutschem und europäischem Recht, der sich zunehmend abschleift, weil wir in einzelnen Aufgabefeldern – so in den Bereichen Energie und Abfall – in Spezialgesetzen immer stärkere Veränderungen vornehmen, die hin zu einer Marktorientierung gehen, haben wir den Anwendungsbereich der alten kommunalwirtschaftlichen Bestimmungen in den Gemeindeordnungen immer weiter verengt. Die Generalklauseln in den Gemeindeordnungen haben eine immer geringere Bedeutung, weil spezielles Wirtschaftsrecht, oft bundesrechtlich geregelt, spezielle Regelungen auch zur Organisation vorsieht, so dass diese landesrechtlichen Regelungen gar nicht mehr zur Anwendung kommen.

### **Materielle Privatisierung und Gewährleistungsverantwortung**

Das hat nun dazu geführt, dass wir in immer stärkerem Maße auch unser Koordinatensystem verändert haben in der Frage: Nimmt eine Kommune eine Aufgabe selbst wahr mit der Gesamtsteuerung durch die Vertretungskörperschaft – und damit unter dem Primat der Politik – oder privatisiert sie materiell mit der Folge, dass man für die Aufgabenerfüllung selber gar nicht mehr einsteht, aber gegenüber dem Bürger – möglicherweise – eine gesetzliche Einstandsverpflichtung, einen Sicherstellungsauftrag, wie es im Krankenhausrecht heißt, oder eine Gewährleistungsverantwortung, wie es in anderen Feldern heißt, hat? Das heißt: Private nehmen die Aufgabe wahr und der kommunale Bereich kommt nur in eine Wahrnehmung, wenn es beim Privaten, durch welche Gesichtspunkte auch immer, schief geht. Bei solchen Aufgaben, die materiell privatisiert werden, entäußert sich die Kommunalpolitik bewusst, teilweise gesetzlich vorgegeben, ansonsten politisch gewillkürt entschieden, der unmittelbaren Gestaltungsein-

---

<sup>35</sup> *Henneke* (Fn. 33), S. 17 (33).

wirkung auf die Art und Weise der Aufgabenerfüllung. Kommunen können zwar durch Ausschreibungen und Vertragsgestaltungen Einfluss nehmen. Aber sie können nicht alle Eventualitäten vorab bedenken. Sie treten aber, wenn es eine Gewährleistungsverantwortung oder den Sicherstellungsauftrag gibt, immer ein, wenn es schief geht.

### **Formelle Privatisierung**

Eine andere Problematik liegt in der Organisationsprivatisierung. Das bedeutet, eine Kommune erfüllt die Aufgabe nicht mehr in der überkommenen behördlichen Struktur des Eigenbetriebs oder eines Amtes, sondern gliedert sie aus. Das hat in den 1990er Jahren etwa zu der spektakulären Beteiligungsgesellschaft Leipzig geführt. Wenn Sie deren Beteiligungsübersicht im DIN A2-Format gesehen haben, brauchten Sie trotzdem eine Lesebrille, um alle Beteiligungen wahrnehmen zu können. Niemand konnte mehr überschauen, wie diese Beteiligungsstruktur aufgebaut war. Dennoch pilgerte man jahrelang nach Leipzig und ließ sich vom vormaligen Kasseler Oberbürgermeister Bremeier, der dieser Gesellschaft vorstand, erklären, wie man so etwas schlaue angeht. Irgendwann ist das Ganze dann nicht zuletzt wegen der Unüberschaubarkeit krachend zusammengestürzt.

Die Organisationsprivatisierung wirft also etliche Fragestellungen auf, und die Gemeindeordnungen, die dazu früher überhaupt keine Regelungen enthalten haben, haben in letzter Zeit umfängliche, landesspezifisch unterschiedlich konzipierte Regelungen über die Vertretung von Kommunen in wirtschaftlichen Unternehmen getroffen. Die Regelungen betreffen die Fragen: Wer ist zu wählen?, Grundsätze für die Auswahl, Fragen der einheitlichen Stimmenabgabe, Handlungs- und Auskunftspflicht der kommunalen Vertreter, Weisungsrecht der Kommunen gegenüber Vertretern, Haftung kommunaler Vertreter, Haftungsübernahme durch Kommunen, Abführungspflicht der Aufwandsentschädigung usw.

Insofern haben wir Regelungselemente, die wir früher im Kommunalrecht überhaupt nicht gekannt haben, die aber durch diese immer ausgreifenderen Organisationsprivatisierungen hervorgerufen worden sind. Zu einem hat das Ganze geführt: Das, was die Kernfunktion einer kommunalen Vertretungskörperschaft ist, nämlich Aufgabenerfüllungen zu bündeln, abzuwägen, zu priorisieren, Akzente zu verschieben, ist bei Ausgliederungen, also bei einer Atomisierung kommunaler Aufgabenerfüllung, ausgesprochen schwierig zu erfüllen. Insofern kann man zwar auf der einen Seite möglicherweise spezifische Organisationsformen für einzelne Aufgaben sachangemessen zurechtschneiden – das ist

sicherlich ein Vorteil – und auch spezifischen Sachverstand in den Gremien bündeln. Auf der anderen Seite geht aber die Gesamtsteuerung und demokratische Legitimation in einer Kommune bei der Organisationsprivatisierung in ganz erheblichem Maße verloren.

### **Pflicht zur kommunalen Wahrung und Sicherung des eigenen Aufgabenbestandes?**

Ich will Sie abschließend mit einer interessanten Idee konfrontieren, die das Bundesverwaltungsgericht<sup>36</sup> entwickelt hat. Auch wenn sie auf wenig Widerhall gestoßen ist, will ich Sie doch mit der Frage befassen. Die Stadt Offenbach hat selber einen Weihnachtsmarkt vorgehalten. Das würde man nun nicht unbedingt für den Kern kommunaler Daseinsvorsorge halten, aber die Mentalitäten der Menschen sind unterschiedlich. Irgendwann hat man dann diesen Offenbacher Weihnachtsmarkt privatisiert. Diese Fragestellung ist bis zum Bundesverwaltungsgericht gelangt. Ich habe Ihnen vorhin gesagt: Kompetenz heißt Wahrnehmungspflicht. Man kann zwar seine Kompetenz nicht auf eine andere Ebene verlagern, aber bis dahin galt: Freiwillige Aufgaben nehme ich als Kommune entweder wahr oder nehme sie nicht wahr. Die Stadt Offenbach hatte sich dazu entschieden, den Weihnachtsmarkt nicht mehr selber zu betreiben. Aber: Das Bundesverwaltungsgericht hat – hessische Gemütlichkeit verinnerlichend – in der Tat entschieden, dass die Kommune diesen Weihnachtsmarkt hätte weiter betreiben müssen. Denn sie sei daran gebunden, den Kernbestand ihres Aufgabenbereichs auch bei freiwilliger Aufgabenwahrnehmung aufrechtzuerhalten. Man dürfe sich nicht eigener Aufgaben entäußern. Der Gemeinde sei es verwehrt, den Inhalt der Selbstverwaltungsaufgaben selbst zu beschneiden oder an Dritte weiterzugeben. Die Gemeinde könne sich nicht der Aufgabenverantwortung für geprägte Angelegenheiten im sozialen, kulturellen und heimatlichen Bereich entäußern.

Nicht verschweigen darf ich, dass ein Sturm der Entrüstung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum die Folge war. Ich weiß nicht, ob die Aufsätze etwa von Herrn Ehlers<sup>37</sup> oder von Herrn Schoch<sup>38</sup> vernichtender ausgefallen sind. Jedenfalls ist diese Entscheidung nur bei ganz harten Anhängern von Privatisierungsverboten auf positiven Widerhall gestoßen. Aber: Sie steht sei dem Jahre 2009 einsam im Raume. Insofern ist sie sicherlich ein Anstoßgeber dafür, was Sie hier im Kern diskutieren – und meines Erachtens zu Recht diskutieren, auch wenn

---

<sup>36</sup> BVerwG, NVwZ 2009, 1305 = DVBl. 2009, 1382.

<sup>37</sup> Ehlers, DVBl. 2009, 1456.

<sup>38</sup> Schoch, DVBl. 2009, 1533.

man im konkreten, etwas skurrilen Fall dieses Weihnachtsmarktes möglicherweise selbst anders entschieden hätte.

### **Schlussbemerkung**

Kommunale Eigenwahrnehmung – und *nur* kommunale Eigenwahrnehmung – sichert demokratische Legitimation, sichert Teilhabe der Bevölkerung, über Wahlen und Abstimmungen auf Art und Maß dieser Aufgabenerfüllung unmittelbar einzuwirken, anders als dies bei Auslagerung – sowohl bei formeller und materieller Privatisierung – geschieht. Wenn das der Kern der Aussage des Bundesverwaltungsgerichts gewesen ist, und so will ich die Entscheidung hier einmal verstehen, dann hat sie etwas Gutes gehabt in dem Sinne, dass man der zeitweiligen Privatisierungseuphorie ein deutliches Stück weit durch die Gerichtsbarkeit entgegengetreten ist. Insofern hoffe ich, Ihnen damit zur Wahrung des Primats der Politik und der demokratischen Legitimation auch ein Stück Mut gemacht zu haben, und stelle mich gerne den Fragen. Vielen Dank.

## Schlusswort

*Prof. Dr. Edda Müller*

Vorsitzende von Transparency International Deutschland

Sehr geehrte Damen und Herren,

ein paar Worte zum Schluss:

Zunächst zu unseren **Motiven** für die Organisation dieser Tagung: Auch wir beobachten in unseren Umfragen den **Vertrauensverlust** der Bürger und Bürgerinnen in unsere politischen Institutionen. In einer von Transparency International jährlich durchgeführten Umfrage, mit der die Einstellungen und Meinungen von Bürgerinnen und Bürgern in rund 90 Ländern in Bezug auf Korruption gemessen werden, bekommen die politischen Institutionen in Deutschland regelmäßig schlechte Noten. Im oberen Bereich einer Skala von 5=höchst korrupt und 1=überhaupt nicht korrupt rangieren in Deutschland an **erster Stelle mit 3,7 die politischen Parteien** gefolgt von der Privatwirtschaft mit 3,3, den öffentlichen Bediensteten mit 3,2 und den Parlamenten mit 3,1. Politik wird von immer mehr Menschen anscheinend zunehmend einerseits als reine „Privilegienherrschaft“ (Serge Embacher) verstanden. Andererseits wird der Politik kaum noch zugetraut, dass sie in der Lage sei, anstehende Probleme zu bewältigen.

### **Was ist zu tun?**

Wir sollten unsere demokratischen Institutionen pflegen, statt sie zu verachten und gering zu schätzen (frei nach Uwe Volkmann in Mai-Ausgabe Merkur). Einige Vorschläge für die notwendige „Pflege“ und Therapie werde ich im Folgenden vortragen. Es sind 5 an der Zahl:

1. Wir brauchen **mehr Selbstbewusstsein der politischen Akteure**, mehr Mut zu Visionen und die Bereitschaft, die eigene Unabhängigkeit hinsichtlich der eigenen Ressourcenbasis zu sichern sowie gegen starke Partikularinteressen zu behaupten.

Die Politik hat in den letzten Jahrzehnten die Kontrolle über wesentliche Bereiche von Wirtschaft und Gesellschaft verloren. Sie ist gefangen in der „Politikverflechtungsfalle“ (Renate Mayntz) und fühlt sich als Opfer von Sachzwängen, deren Ursachen außerhalb ihrer Handlungsarena liegen. Der wahrgenommene Steuerungsverlust ist Realität. Beunruhigend ist, dass die politischen Akteure jeden Ehrgeiz verloren zu haben scheinen, Steuerungskompetenz zurück zu erlangen. Mit der Liberalisierung und Globalisierung von Wirtschafts- und Finanztransaktionen – die ja nicht vom Himmel gefallen sind, sondern Ergebnis politischer Entscheidungen waren – hat die Politik ihren Steuerungsverlust im internationalen Maßstab selbst mit herbeigeführt. Im nationalen und EU-Maßstab gab die Politik mit der Privatisierung und Kommerzialisierung öffentlicher Leistungen in wichtigen Feldern der Daseinsvorsorge Möglichkeiten aus der Hand, für eine sozial gerechte, die Chancengleichheit fördernde Bedürfnisbefriedigung zu sorgen. Durch die Verlagerung staatlicher Kontrollaufgaben, z. B. der Mess- und Eichbehörden, der Gewerbeaufsicht und der Wasserbehörden auf private Stellen sowie den Abbau von Personal auf allen Ebenen bis hin zur Ministerialverwaltung wird politische Verantwortung quasi privatisiert und kommerzialisiert. Dem Bürger fehlt somit der Adressat für Kritik und die Möglichkeit, durch seine Wahlentscheidung Veränderungen herbeizuführen.

Der Vertrauens- und Ansehensverlust der Politik hat etwas mit ihrem **Bedeutungsverlust** zu tun – so Tissy Bruns. Ich sehe dies auch so. Mehr Selbstbewusstsein der politischen Akteure setzt daher neue politische Konzepte voraus. Notwendig ist die Abkehr von einer Politik der „Alternativlosigkeit“ und des reinen Reagierens auf tatsächliche oder eingebildete Sachzwänge. Politiker sollten sich nicht zu Dienern des Marktes degradieren. Sie sollten vielmehr ihre Unabhängigkeit in der Entscheidungsfindung verteidigen. Die Verantwortung für Fehlentwicklungen wird ihnen das Volk als Souverän ohnehin nicht abnehmen.

2. Der **Deutsche Bundestag** sollte sich gegen die Vereinnahmung durch starke Lobbyinteressen ebenso zur Wehr setzen wie gegen Praktiken der Bundesregierung, sich die Legitimation für politische Richtungsentscheidungen und Gesetze im außerparlamentarischen, nicht-öffentlichen Raum und nicht in einer öffentlichen Debatte im Deutschen Bundestag zu beschaffen. Die Glaubwürdigkeit der Abgeordneten selbst ist dafür eine wichtige Voraussetzung. Hierzu gehört die **Offenlegung von Nebeneinkünften von Parlamentariern** ebenso wie eine **Novelle der Regelung zur Abgeordnetenbestechung im Strafgesetzbuch**. Hinzukommen sollten **aussagefähige Transparenzgebote zur Tätigkeit von Lobbyisten** sowie zu den Spuren, die die „Bera-

„tung“ durch kommerzielle und andere Interessenvertreter bei der regierungsinternen Gesetzesvorbereitung hinterlassen hat (**legislativer Interessen-Fußabdruck**).

Anlass für die heutige Tagung war die Vorgehensweise der Bundesregierung bei der im Oktober vergangenen Jahres beschlossenen Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke. Bevor der Gesetzentwurf überhaupt in den Bundestag eingebracht wurde, holte sich die Bundesregierung das Plazet der vier großen Stromkonzerne und besiegelte dieses mit einem bilateralen Vertrag, dessen konkreter Inhalt erst durch eine Indiskretion der Öffentlichkeit bekannt wurde. Man könnte meinen, dass sich das Thema durch Fukushima und den Meinungsumschwung in der Bundesregierung erledigt habe. Dies ist nicht so. Auch in der gegenwärtigen Atomausstiegsdebatte werden die wesentlichen Diskussionen außerhalb des Parlaments geführt. Dies gilt im Übrigen nicht allein für Fragen, für deren Beantwortung möglicherweise spezifischer Sachverstand in den Ministerien, den nachgeordneten Behörden sowie im Bundestag nicht zur Verfügung steht. Die Bundeskanzlerin meinte, sich und die Bundesregierung sowie das Parlament auch in Fragen der Ethik extern beraten lassen zu müssen. Seit dem Wochenende wissen wir, dass der in der Ethikkommission versammelte Sachverstand für Fragen der Ethik des Atomausstiegs einstimmig zu dem Ergebnis gekommen ist, dass ein weiterer Betrieb der Kernkraftwerke in Deutschland noch für eine Dauer von zehn Jahren ethisch vertretbar sei und demnach mehr als zehn Jahre ethisch verwerflich seien.

Vorschlagen möchte ich gerne ein **Pilotprojekt**, mit dem – wegen des Zeitdrucks wohl kaum noch für das parlamentarische Verfahren – wohl aber für die „Nachwelt“ dokumentiert und aufgedeckt wird, welche Interessenten, Sachverständigen und sonstigen Personen in formellen und informellen Gesprächs- und Verhandlungsrunden an der Vorbereitung der erneuten Novelle des Atomgesetzes mitgewirkt haben. Zusammen mit den Verfassungsjuristen könnte es so vielleicht gelingen, die demokratietheoretischen und verfassungsrechtlichen Grenzen einer „paktierten Gesetzgebung“ (Michael Kloepfer) aufzuzeigen.

3. Die Funktion der **Ministerialverwaltung als unabhängiger Apparat der Politikberatung** sollte gestärkt werden. Notwendig hierfür ist eine **Eindämmung der Ämterpatronage** durch Parteien und Verbände, die Einführung einer **Karenzzeit** für Regierungsmitglieder und Parlamentarische Staatssekretäre vor der Übernahme einer Tätigkeit in Wirtschaftsbereichen, für die sie zuvor zuständig waren. Ministerialbeamte sollten zudem bei der Vorbereitung politischer Entscheidungen verpflichtet werden, externen Sachverstand nicht einseitig heranzuziehen,

sondern bei strittigen Problemen grundsätzlich zu jedem Gutachten ein **Gegengutachten** einzuholen. In Ausübung ihrer Gemeinwohlverpflichtung und des **Ausgleichs partikularer Interessen** muss auch die Heranziehung von Interessenvertretern unparteiisch und ausgewogen erfolgen. Die Pflicht zur Darstellung der Beteiligung Externer bei der Vorbereitung von Gesetzentwürfen sollte in die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien – **GGO** – aufgenommen werden (so auch der Bundesrechnungshof in seiner Stellungnahme zum Einsatz externer Berater bei Normsetzungsverfahren vom 21.3.2011).

Ministerialbeamte sind in erster Linie Manager des politischen Prozesses, sie sind in der Regel keine Spezialisten für Detailfragen. Sie haben dafür zu sorgen, dass der bestmögliche – nicht der genehmste – Sachverstand herangezogen wird. Sie haben die Fragestellungen und die Art der benötigten Informationen zu identifizieren. Sie müssen vor allem offen für Pro- und Contra-Argumente schon deshalb sein, weil ihre Beratungsfunktion gegenüber der politischen Leitung auch die Durchsetzungschancen eines bestimmten Vorhabens umfasst. Dies gilt auch für die Anhörung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Interessen – wer nur mit Gleichgesinnten spricht, missachtet seine Pflicht zur Ausgewogenheit und Unparteilichkeit und riskiert, dass sein Minister bei der Durchsetzung von Gesetzesvorhaben „auf den Bauch fällt“. Minister tun sich daher keinen Gefallen, wenn sie ihr Personal nach dem Parteibuch oder dem befreundeten Interessenverband aussuchen. Anstelle kritischer unabhängiger Ratgeber handeln sie sich damit recht oft Jasager ohne kritisches und kreatives Potential ein.

4. Die deutsche „politische Klasse“ und auch die deutsche Beamtenschaft brauchen mehr Mut zur Transparenz. „Geheimniskrämerei ist der beste Nährboden für Interessendurchsetzung“ (Christine Hohmann-Dennhardt, ehem. Verfassungsrichterin). Wir brauchen eine **Novelle des Informationsfreiheitsgesetzes**. Der Verweis auf „Regierungshandeln“ darf nicht als Alibi für jedwede Informationsverweigerung missbraucht werden. Ebenso darf der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht länger als Einfallstor und Tummelwiese einzelner Wirtschaftsinteressen genutzt werden können.

Die Politikerverdrossenheit in Deutschland wird u.a. genährt von dem Eindruck vieler Menschen, dass hinter den Kulissen die Mächtigen in Politik und Wirtschaft die „Fäden ziehen“ und die Sorgen des „kleinen Mannes“ dort keine Rolle spielen. Mit der Geburtstageinladung des Deutsche Bank-Chefs Ackermann und seiner Freunde ins Kanzleramt wurde der politischen Kultur in unserem Land ein Bärenienst erwiesen. Er wurde zum „Problem-Bärenienst“, als

das Kanzleramt erst im Klageweg gezwungen werden musste, die Liste der Geburtstagsgäste zu veröffentlichen.

Ich halte nichts von Verschwörer-Theorien und bin auch nicht der Meinung, dass bei den häufig sehr schwierigen Verhandlungen und Meinungsbildungsprozessen im politischen Raum regelmäßig „Unanständiges“ passiert, das das Licht der Öffentlichkeit scheuen müsste. Umso mehr plädiere ich für mehr **Transparenz, auch um auf diese Weise das Primat der Politik zu stärken**. Mehr gewollte und aktive Transparenz des Handelns der politischen Entscheider wäre in unserer „Mediendemokratie“ auch ein Beitrag zur Verbesserung des Niveaus der Kommunikation. Es könnte vielleicht gelingen, gegenüber der medialen Logik einer „Darstellungspolitik“ (Ulrich Sarcinelli), bei der es weniger um Inhalte als um Unterhaltung und Quoten geht, das Gewicht der Logik der „Entscheidungspolitik“, d.h. der Inhalte und Substanz von Politik zu stärken.

5. Wir brauchen eine Belebung unserer Demokratie, indem wir den Bürgern über den Wahlakt hinaus eine Möglichkeit eröffnen, die politische Tagesordnung zu beeinflussen. Ich plädiere für ein **Initiativrecht der Bürger auf Bundesebene**, um Gesetzgebungsvorhaben auf die politische Agenda zu bringen (so auch Hans-Jürgen Papier). Attraktiv fände ich die Idee, dass bei der Wahrnehmung des Initiativrechts auch der Bundespräsident eine Rolle spielt.

Direktdemokratische Mitwirkungsrechte der Bürger haben sich auf Kommunal- und zum Teil Landesebene grundsätzlich bewährt. Unverkennbar ist aber, dass diese Art von Partizipation vor allem von der akademischen Mittelschicht genutzt wird und, wie Kritiker meinen, eher „die Elitestruktur moderner Demokratien“ (Franz Walter) verfestigt, als das Problem der Beteiligung bildungsferner Sozialgruppen an der politischen Willensbildung zu lösen. Das Initiativrecht könnte hier vermittelnd wirken. Die bildungsnahen Mittelschichten würden Probleme aufgreifen, die im überwiegend auf Kurzfristigkeit und Krisenmanagement konzentrierten Politikbetrieb keine ausreichende Aufmerksamkeit finden. Die Funktion des Bundespräsidenten als Wächter der politischen Kultur und einer lebendigen Demokratie in unserem Land würde deutlich gestärkt. Der Bundestag wäre natürlich weiterhin der Ort der Gesetzesarbeit und Entscheidung. Er wäre insbesondere das Forum politischer Debatten mit hoher Öffentlichkeitswirkung. Nicht zuletzt bekämen die Parteien Konkurrenz und eine Chance, sich „zu offenen Plattformen des direktdemokratischen Bürgerengagements [zu] entwickeln“ (Elmar Wiesendahl).

**Meine sehr geehrte Damen und Herren,**

wir sind am Ende dieser Tagung angelangt. Ich danke dem Deutschen Beamtenbund für die Bereitschaft, diese Tagung mit uns gemeinsam auszurichten sowie seine wunderbaren Tagungsräume hier in der Friedrichstraße zur Verfügung zu stellen. Den Referenten und Referentinnen sowie allen anderen Mitwirkenden danke ich für ihre Beiträge. Danken möchte ich vor allem auch denjenigen, die sich um den reibungslosen organisatorischen Ablauf und unser leibliches Wohl gekümmert haben. Last but not least möchte ich Ihnen allen für Ihr Interesse an unserer Tagung ganz herzlich Dank sagen. Für Sie haben wir dies alles veranstaltet – auch in der Hoffnung, dass Sie einige der heute vorgetragenen Ideen, Sichtweisen und Vorschläge weitertragen und mithelfen, sie Realität werden zu lassen.

Noch ein allerletzter Hinweis: Die Referate der heutigen Tagung werden wir in den nächsten Wochen in einer Dokumentation veröffentlichen und würden uns freuen, wenn diese über den Tag hinaus Ihr Interesse fände.

## Über die Autoren

**Peter Heesen.** Bundesvorsitzender des dbb beamtenbund und tarifunion.  
[HeesenPe@dbb.de](mailto:HeesenPe@dbb.de)

**Prof. Dr. Hans-Günter Henneke.** Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Honorarprofessor (Universität Osnabrück).  
[Hans-Guenter.Henneke@Landkreistag.de](mailto:Hans-Guenter.Henneke@Landkreistag.de)

**Prof. Dr. Michael Kloepfer.** Professor für Staats- und Verwaltungsrecht, Europa-, Umwelt-, Finanz- und Wirtschaftsrecht (Humboldt-Universität zu Berlin).  
[michael.kloepfer@rewi.hu-berlin.de](mailto:michael.kloepfer@rewi.hu-berlin.de)

**Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB.** Bundesministerin der Justiz, Landesvorsitzende der FDP Bayern.  
[sabine.leutheusser-schnarrenberger@bundestag.de](mailto:sabine.leutheusser-schnarrenberger@bundestag.de)

**Prof. Dr. Renate Mayntz.** Direktor emeritus des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung (MPIfG) in Köln.  
[mayntz@mpifg.de](mailto:mayntz@mpifg.de)

**Prof. Dr. Edda Müller.** Vorsitzende von Transparency International Deutschland, Honorarprofessorin (Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer), Ministerin a.D.  
[emueller@transparency.de](mailto:emueller@transparency.de)

**Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier.** Ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Professor für Öffentliches Recht (Ludwig-Maximilian-Universität München).  
[LS.Papier@jura.uni-muenchen.de](mailto:LS.Papier@jura.uni-muenchen.de)

**Frank Stöhr.** Zweiter Vorsitzender des dbb beamtenbund und tarifunion, Mitglied des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses.  
[StoehrFr@dbb.de](mailto:StoehrFr@dbb.de)





Transparency Deutschland bekämpft Korruption in Wirtschaft, Staat und Zivilgesellschaft. Um unabhängig und wirkungsvoll arbeiten zu können, sind wir auf Ihre Unterstützung angewiesen.

## Förderbeitrag

Regelmäßige Förderbeiträge geben uns eine hohe Planungssicherheit und stärken unsere Unabhängigkeit. Wir informieren Sie regelmäßig über unsere Arbeit.

## Spende

Einzelne Spenden ermöglichen es uns, Projekte durchzuführen, die sonst nicht möglich wären. Auch der Druck dieser Broschüre gehört dazu.

Spendenkonto: 56 11 679

BLZ: 100 208 90

HypoVereinsbank Berlin



**dbb**  
**beamtenbund**  
und **tarifunion**

Mit über 1,26 Millionen Mitgliedern ist der dbb die große deutsche Interessenvertretung für

Beamte und Tarifbeschäftigte im öffentlichen Dienst und im privaten Dienstleistungssektor. Der dbb versteht sich als konstruktiver Reformpartner von Politik, Verwaltung und Gesellschaft und als tatkräftiger Interessenvertreter seiner Mitglieder.

## Ziele des dbb sind:

- leistungsstarke und menschliche Verwaltung
- engagierte Beamte mit leistungsorientiertem Dienstrecht
- Erhalt von Tarifautonomie und Flächentarifvertrag
- moderner Föderalismus statt egoistischer Kleinstaaterei
- leistungsbezogene Bezahlung



**TRANSPARENCY  
INTERNATIONAL**  
Deutschland e.V.

**Die Koalition gegen Korruption.**

**Transparency International Deutschland e.V.  
Geschäftsstelle  
Alte Schönhauser Straße 44  
10119 Berlin**

**Tel: 030-549898-0  
Fax: 030-549898-22  
office@transparency.de  
www.transparency.de**



**dbb**  
**beamtenbund  
und tarifunion**

**dbb beamtenbund und tarifunion  
Friedrichstraße 169/170  
10117 Berlin**

**Tel: 030-4081-40  
Fax: 030-4081-4999  
redaktion@dbb.de  
www.dbb.de**