

# Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik

## Entwicklungstendenzen der Legisprudenz – Teil 2\*

Von Prof. Dr. Klaus Meßerschmidt, Berlin/Frankfurt a. M.

### VII. Gesetzgebungslehre als Kompetenzlehre

Selbst eine um politische Neutralität bemühte Gesetzgebungslehre ändert nichts daran, dass Gesetzgebungsfragen grundsätzlich Machtfragen sind. Bedürfte es dazu noch eines Beleges, so wäre auf den neuen Nationalen Normenkontrollrat hinzuweisen, der nach § 1 Abs. 1 des Einsetzungsgesetzes beim Bundeskanzleramt eingerichtet wurde und damit den Einfluss der Kanzlerin auf die Gesetzgebung stärkt. Aus demselben Grund ist aber auch die Begrenzung seines Prüfungsauftrages (vgl. § 1 Abs. 2) für die Austarierung der Machtbalance von Bedeutung. Noch offensichtlicher ist die Verquickung von Gesetzgebungsreform und Machtinteressen auf der europäischen Ebene.

So verbindet die Kommission in ihrem Weißbuch „Europäisches Regieren“<sup>118</sup> das Programm einer effizienz- und partizipationsorientierten Politikreform mit Empfehlungen zu einer Neuausrichtung der (europäischen) Institutionen, die ihren institutionellen Eigeninteressen entsprechen und das Kräftegleichgewicht zwischen den Institutionen<sup>119</sup> wie auch zwischen Union und Mitgliedstaaten verschieben. Der Wunsch der Kommission, „sich wieder auf ihre Kernaufgaben [zu] konzentrieren“,<sup>120</sup> mündet in Vorschläge, „die darauf abstellen, die Verantwortung für die Durchführung der Politik wieder in die Hände der Kommission zu legen“.<sup>121</sup> Die Kommission beansprucht insbesondere mehr Durchführungsbefugnisse, wozu sie auch und gerade die nachgeordnete Rechtsetzung (Durchführungsvorschriften zu Richtlinien und Verordnungen) rechnet.<sup>122</sup> Durch Aufwertung und Ausweitung der von ihr zu verantwortenden Durchführungsvorschriften solle die zu große Detaillichte der EU-Gesetzgebung reduziert werden.<sup>123</sup> Dabei wird die „Existenzberechtigung“ der Komitologie, mittels derer die Mitgliedstaaten an der Regulierung mitwirken, partiell in Frage gestellt.<sup>124</sup> Als Druckmittel sollen das Initiativrecht (Initiativmonopol) und insbesondere das Recht der Kommission, Vorschläge zurückzuziehen, eingesetzt werden.<sup>125</sup>

Eine kritische Gesetzgebungslehre muss daher stets die politischen Implikationen von Reformforderungen untersuchen, die sich vordergründig allein auf die Gesetzesqualität und die Rationalität des Gesetzgebungsprozesses beziehen, im – vielfach durchaus gewollten – Ergebnis aber zu einer Gewichtsverschiebung zwischen den Gewalten führen würden. Ein weiteres und noch gravierendes Beispiel liefert die deutsche Diskussion um die prozedurale und materielle Rati-

onalitätspflicht des Gesetzgebers („optimale Gesetzgebung“, „gute Gesetzgebung“ usw.), die zur einer Depossedierung des politisch verantwortlichen parlamentarischen Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht in weiteren Bereichen führen würde.

Im Zusammenhang hiermit mag sich die Frage stellen, ob die Gesetzgebungslehre selbst mächtig ist. Sieht man einmal von nicht zuverlässig messbarer intellektueller Überzeugungskraft ab, so hängt dies zunächst von ihrer Institutionalisierung ab. Je näher gesetzgebungswissenschaftliche Forschung und Beratung bei den de jure und de facto gesetzgebenden Institutionen angesiedelt ist, desto höher dürfte grundsätzlich ihr Einfluss sein. Auf diesem Weg ist die deutsche Gesetzgebungslehre – anders als ihre Pendanten in Österreich und der Schweiz – nicht weit vorangeschritten. Die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages haben nicht die Qualität eines Gesetzgebungshilfsdienstes.<sup>126</sup> Die Gesetzgebungsbürokratie der Ministerien hat zwar Eigengewicht, lebt aber doch mehr von der Hand in den Mund. Die angestrebte Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschätzung<sup>127</sup> hat bislang nicht zu einem eigenen Amt für Gesetzesfolgenabschätzung geführt. Einen Einstieg bedeutet immerhin der Nationale Normenkontrollrat, dem ähnliche Einrichtungen in einigen Bundesländern vorangegangen sind.<sup>128</sup> Auch auf europäischer Ebene hat die Gesetzgebungslehre zwar die Arbeit einiger Gremien, namentlich der Mandelkern-Gruppe, beeinflusst, aber bislang keinen festen Stützpunkt. Die Frage nach dem praktischen Einfluss der Gesetzgebungslehre auf die Gesetzgebung kann daher nur von Fall zu Fall und insgesamt allenfalls verhalten positiv beurteilt werden.

Einen negativen Ausreißer bildet das Übergehen der Gesetzgebungslehre bei der größten Gesetzgebungsaufgabe, die sich in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland mit der Herstellung der deutschen Einheit stellte. Wenn der Eindruck nicht trügt, wurde dieses gigantische Werk ohne intensive Konsultation der Gesetzgebungslehre von der Ministerialbürokratie beinahe im Alleingang (unter gelegentlicher Beteiligung von Verbänden und wissenschaftlicher Experten) vollbracht. Der deutschen Gesetzgebungslehre wurde damit die größte denkbare Bewährungsprobe versagt; zugleich wurde die Chance einer innovativen Gesetzgebung in den neuen Ländern der raschen Kopie der westdeutschen Vorbilder geopfert. Die Gründe liegen auf der Hand: Das Tempo des Ei-

\* Teil 1 ist veröffentlicht in ZJS 2008, 111.

<sup>118</sup> KOM (2001), 428 endg.

<sup>119</sup> Eingeräumt, KOM (2001), 428 endg., S. 40.

<sup>120</sup> KOM (2001), 428 endg., S. 10.

<sup>121</sup> KOM (2001), 428 endg., S. 7.

<sup>122</sup> KOM (2001), 428 endg., S. 24.

<sup>123</sup> KOM (2001), 428 endg., S. 24 und 44.

<sup>124</sup> KOM (2001), 428 endg., S. 40.

<sup>125</sup> KOM (2001), 428 endg., S. 29 und 43.

<sup>126</sup> Vgl. Blum (Fn. 46), S. 131 ff. m.w.N. und Schick/Hahn, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 5. Aufl. 2000.

<sup>127</sup> Vgl. Böhrer, in: Grupp u.a. (Hrsg.), Planung – Recht – Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, 1999, S. 51 ff.; Karpen (Hrsg.), Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, 2004; Schuppert (Fn. 73), S. 26 ff. und Ennuschat, DVBl. 2004, 986 (993), jeweils m.w.N.

<sup>128</sup> Vgl. Blum (Fn. 46), S. 139 ff. und Riebel, ZRP 2002, 61.

nigungsprozesses ließ nur eine Gesetzgebung „im Akkord“ zu; eine systematische Beteiligung der Gesetzgebungswissenschaft hätte als Verzögerungsfaktor gewirkt. Zugleich sah sich der Staat des Grundgesetzes durch den Zusammenbruch der DDR in einem Maße bestätigt, dass für Reformgedanken kaum noch Raum war. Sonderregelungen für die neuen Länder, wie insbesondere die Beschleunigungsgesetzgebung, entsprachen lang gehegten Plänen, die unter dem Druck des immensen infrastrukturellen Nachholbedarfs und der Investitionsförderung durchsetzbar wurden, aber keiner gesetzgebungswissenschaftlich angeleiteten Innovation.

### VIII. Diversität und Einheit der Gesetzgebungslehre

Die zentralen Fragestellungen von Gesetzgebungslehre – warum und wann sind Gesetze notwendig, wie kommen Gesetze zustande, was können Gesetze bewirken und was bewirken sie tatsächlich, wie weit darf der Gesetzgeber gehen, wie soll man Gesetze formulieren? – sind von so komplexer Natur, dass sie nicht von einem einzelnen Forscher, ja nicht einmal von einem einzelnen Fach auf dem Stand der Wissenschaft bearbeitet werden können. Dies macht eine Spezialisierung – gepaart mit interdisziplinärem Austausch und Rezeptionsbereitschaft – erforderlich. Sowohl in der Analyse des Gesetzgebungsprozesses als auch in der Evaluationsforschung ist die Politikwissenschaft federführend. Demgegenüber sind die normativen und gesetzestechnischen Aspekte von Gesetzgebung die Domäne von Juristen. Die zwangsläufige Interdisziplinarität der Gesetzgebungslehre birgt sowohl Chancen als auch Risiken. So verfügen Politikwissenschaftler zwar über das methodische Rüstzeug, den politischen Prozess der Gesetzgebung oder Gesetzgebung als Governance zu analysieren; im Regelfall sind sie allerdings nur eingeschränkt in der Lage, das Gesetz als solches zu verstehen. Umgekehrt neigen Juristen dazu, Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften entweder zu ignorieren oder aber in advokatorischer oder ideologischer Manier als Versatzstücke in ihre Argumentation einzubauen. Ob die Führungsrolle in der Gesetzgebungslehre auf Dauer von Juristen beansprucht werden kann, ist zweifelhaft. Für die Koordination der verschiedenen Stränge von Gesetzgebungslehre erscheinen sie jedoch prädestiniert.

### IX. Ausgewählte Fragestellungen

#### 1. Gesetzgebungsverfahrensforschung

Das Grundgesetz wie auch das Geschäftsordnungsrecht der Gesetzgebungsorgane<sup>129</sup> regeln das Zustandekommen von Gesetzen wenig detailliert durch Verfahrensvorgaben, die sich auf einige Kernpunkte und Grundlinien beschränken. Neben den Art. 70 ff. GG ist Geschäftsordnungsrecht einschlägig. Dies hat zunächst das Interesse auf die tatsächlichen Abläufe, insbesondere das neben dem formellen herlaufende informelle Gesetzgebungsverfahren, gelenkt.<sup>130</sup> Hill unterscheidet in-

sofern das äußere – juristisch fixierte – vom inneren – empirischen und für die Öffentlichkeit wenig transparenten – Gesetzgebungsverfahren.<sup>131</sup> Das gern zitierte *Bismarck*-Wort über den Gesetzgebungsprozess („Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie“)<sup>132</sup> facht die wissenschaftliche Neugier an. Die der formalisierten Gesetzesinitiative vorangehenden Gesetzgebungsanlässe<sup>133</sup> sind ebenso wie die Rolle der Ministerialbürokratie<sup>134</sup> und der sog. Lobby der Interessenverbände<sup>135</sup> ein dankbarer Untersuchungsgegenstand. Inzwischen ist sogar schon ein „Outsourcing der Gesetzesvorbereitung“ zu beobachten.<sup>136</sup> Das öffentliche Unbehagen an teils schleppenden, teils überhasteten und häufig intransparenten Gesetzgebungsverfahren haben der Forderung nach einer Gesetzgebungsverfahrensordnung Nahrung gegeben,<sup>137</sup> die auf den ersten Blick plausibel ist, aber die politische Verantwortung

(2002), 245; zur Entmachtung des Bundestages durch Vorabentscheider auf höchster politischer Ebene *Oberreuther*, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 121 ff. Zum Versuch einer positiven Deutung „informell-kooperativer“ Gesetzgebung, insbesondere gesetzesvorbereitender Absprachen, *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005; *Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2006 und *Schuppert* (Fn. 73), S. 75 ff. m.w.N.

<sup>131</sup> Hill (Fn. 22), S. 62 ff. Vgl. zu diesem Konstrukt auch *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 828 ff.

<sup>132</sup> Zuletzt etwa zitiert bei *Palmer*, in: Verhandlungen des 54. DJT, Bd. 2/1, 2004, S. 59 ff.

<sup>133</sup> Vgl. Hill (Fn. 22), S. 53 ff. und *Zeh*, in: Schreckenberger/Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 2000, S. 33 ff.

<sup>134</sup> Vgl. u.a. *Brandt/Smeddinck/Tils* (Hrsg.), Gesetzesproduktion im administrativen Binnenbereich, 2001; *König*, in: Blümel u.a. (Hrsg.), Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag am 26. Februar 1987, 1987, S. 121 ff.; *Smeddinck/Tils*, Normgenese und Handlungslogiken in der Ministerialverwaltung. Die Entstehung des Bundes-Bodenschutzgesetzes: eine politik- und rechtswissenschaftliche Analyse, 2002.

<sup>135</sup> Vgl. u.a. *Damaschke*, Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung am Beispiel des Gesetzes zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz), 1986; *Daumann*, Interessenverbände im politischen Prozess. Eine Analyse auf der Grundlage der Neuen Politischen Ökonomie, 1999; *Rottmann*, in: Rüthers u.a. (Hrsg.), Festgabe zum 10-jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 329 ff.; *Stammer* u.a., Verbände und Gesetzgebung, 1965 und *Versteyl*, Der Einfluß der Verbände auf die Gesetzgebung, 1972; zur europäischen Ebene *Hey*, ZUR Sonderheft 2003, 145.

<sup>136</sup> *Kettiger*, ZG 17 (2002), 269; z.B. in Gestalt der Auftragsvergabe an Rechtsanwaltskanzleien oder Consulting-Firmen; differenzierend *Blum* (Fn. 46), S. 100.

<sup>137</sup> Vgl. nur *Lücke*, ZG 16 (2001), 1; *Mengel*, in: Hill (Hrsg.), Parlamentarische Steuerungsordnung, 2001, S. 115 ff. und *Smeddinck* (Fn. 14), S. 305 ff. („Regulierung der Regulierung“).

<sup>129</sup> Hierzu näher *Smeddinck* (Fn. 14), S. 157 ff.

<sup>130</sup> Vgl. zur Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen auch *Herdegen*, VVDStRL 62 (2002), 7 und *P. Kirchhof*, NJW 2001, 1332; speziell zur Rolle von Konsensvereinbarungen in der Gesetzgebung *Huber*, ZG 17

des Parlaments tendenziell in Frage stellt. Deshalb ist der Alternativvorschlag einer Vereinbarung zwischen den Gesetzgebungsorganen vorzugswürdig.<sup>138</sup>

Einen beispielhaften Versuch der Öffnung von Rechtsetzungsverfahren stellen die neuen, Internet-gestützten Konsultationsverfahren in der EU dar. Als erste große Bewährungsprobe verdient die Konsultation der REACH-Verordnung, mit der das europäische Chemikalienrecht tiefgreifend verändert wurde, Beachtung.

Die ausgewogene Anhörung der interessierten Kreise, insbesondere der künftigen Gesetzesadressaten, ist jedoch nur ein Teilaspekt der umfassenderen Forderung nach einer Rationalisierung der Gesetzgebung.<sup>139</sup> Hier stellen sich vor allem zwei Fragen: zum einen die sachliche Frage nach den Möglichkeiten einer Rationalisierung und ihren methodischen und institutionellen Voraussetzungen, zum anderen die politisch zu diskutierende Frage der Vereinbarkeit einer technokratisch orientierten Rationalisierung mit dem letztlich im Demokratieprinzip wurzelnden Kompromisscharakter von Gesetzgebung.<sup>140</sup> Die auch von Juristen geführte Klage über den „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“<sup>141</sup> und insbesondere über dessen faktische „Entparlamentarisierung“<sup>142</sup> lebt nicht zuletzt von der Verklärung eines vergangenen „goldenen Zeitalters“ der Gesetzgebung und des Parlamentarismus, ist mithin oftmals eher Ausdruck politischer Unzufriedenheit denn unvoreingenommener wissenschaftlicher Expertise.<sup>143</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist die in Art. 42 Abs. 1 GG verankerte Parlamentsöffentlichkeit.<sup>144</sup> Das BVerfG hat dazu – ohne sich allerdings direkt zu der umstrittenen Nichtöffentlichkeit der Ausschüsse zu äußern – ausge-

führt: „Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus. Gerade das im parlamentarischen Verfahren gewährleistete Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche eröffne Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen, die bei einem weniger transparenten Vorgehen sich nicht so ergäben.“<sup>145</sup>

## 2. Evaluationsforschung

### a) Formen der Gesetzesfolgenabschätzung

Angesichts des Instrumentalcharakters der meisten Gesetze ist die Gesetzesfolgenabschätzung zum wichtigsten Bereich der sozialwissenschaftlichen Gesetzgebungslehre aufgerückt.<sup>146</sup> Ihr geht es darum, die gewollten (intendierten) und ungewollten (nichtintendierten) Wirkungen von Gesetzen (bzw. Zielerreichungsgrade und Nebenwirkungen) möglichst bereits ex ante zu ermitteln (prospektive GFA) und später durch eine den Gesetzesvollzug begleitende Evaluation zu überprüfen (retrospektive GFA bzw. Gesetzescontrolling<sup>147</sup>). Daneben ist auch eine das förmliche Gesetzgebungsverfahren begleitende GFA möglich. Durch die Statuierung von Berichts- und Überprüfungspflichten (review clause) schafft der Gesetzgeber inzwischen häufig selbst die Grundlage für eine nachträgliche Gesetzesevaluation.<sup>148</sup> Eine besondere Rolle spielen Berichtspflichten im Rahmen der Umsetzungskontrolle europäischer Richtlinien. Inzwischen liegen etliche Beispiele für Gesetzesfolgenabschätzungen vor. Auf die Methoden der GFA, die z.B. Planspiele, Modellversuche und Gesetzestests<sup>149</sup> einschließen, kann hier nicht näher eingegangen werden.<sup>150</sup> Wichtiger ist es, sich den Zusammenhang der GFA mit der wissenschaftlichen Beratung der Politik<sup>151</sup> vor Augen zu hal-

<sup>138</sup> *Fliedner* (Fn. 113), S. 13 (These 5) sowie mit einem konkreten Vorschlag *ders.*, Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze (Gutachten i.A. der Friedrich-Ebert-Stiftung), 2006, S. 51 ff.

<sup>139</sup> Vgl. etwa den programmatischen Titel von *Schäffer/Triffterer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposium, 1984 und *Schäffer* (Fn. 18), S. 199 ff.; ferner *Boukema*, Good Law. Towards a Rational Lawmaking Process, 1982; *Führ*, Rationale Gesetzgebung – SOFIA-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse Nr. 98-2 und *Köck*, *VerwArch.* 93 (2002), 1, aber auch *Schlegelberger*, Zur Rationalisierung der Gesetzgebung, 3. Aufl. 1959. Hierzu umfassend und krit. *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 777 ff.

<sup>140</sup> Zum letzteren *Schulze-Fielitz*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13, 1988, S. 290 ff.

<sup>141</sup> *H. Schneider*, in: Ritterspach u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, 1970, S. 421 ff.

<sup>142</sup> Vgl. *Herdegen*, *VVDStRL* 62 (2002), 7; *P. Kirchhof*, *NJW* 2001, 1332; *E. Klein*, Gesetzgebung ohne Parlament?, 2004, und *Papier*, *F.A.Z.* v. 31.1.2003, S. 8.

<sup>143</sup> Paradigmatisch *Carl Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 6. Aufl. 1985 (unveränd. Nachdruck der 2. Aufl. von 1926).

<sup>144</sup> Vgl. *Kißler*, in: H.-P. Schneider/Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 993 ff.

<sup>145</sup> *BVerfGE* 70, 324 (355), unter Hinweis auf *BVerfGE* 40, 249.

<sup>146</sup> Vom „Herzstück der jüngeren Gesetzgebungslehre“ spricht *Köck*, *VerwArch.* 93 (2002), 1 (9). Vgl. die Schrifttumsnachw. in Fn. 98.

<sup>147</sup> Vgl. *Kettiger*, Gesetzescontrolling. Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen, 2000.

<sup>148</sup> Zur Frage einer verfassungsunmittelbaren Gesetzesbeobachtungspflicht *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 816.

<sup>149</sup> Dazu *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen. Anleitungen zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, 1980.

<sup>150</sup> Vgl. jedoch *Böhret/Konzendorf*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001, sowie zusammenfassend *Ennuschat*, *DVBl.* 2004, 986 und *Schulze-Fielitz*, *JZ* 2004, 862 (869), jeweils m.w.N.

<sup>151</sup> Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, in: Grimm/Maihofer (Fn. 140), S. 350 ff.; *Lendi*, Politikberatung – Nachfrage, Resonanz, Alibi, 2005; *Murswieck* (Hrsg.), Regieren und Politikberatung, 1994; *Petermann* (Hrsg.), Das wohlberatene Parlament. Orte und Prozesse der Politikberatung beim deutschen Bundestag, 1990; speziell im Hinblick auf die Gesetzgebung *Blum*, (Fn. 46), S. 61 ff. Umfassende Nachw. zum hinter der Politikberatung stehenden Gedanken der Verwissenschaftlichung der

ten. Fehlt es an einer solchen vorangehenden Beratung und damit auch an einer Ex-ante-GFA, so dürfte ein negativer Ausgang der Ex-post-GFA wahrscheinlicher sein. Wurde eine GFA im Vorfeld durchgeführt, so sollte die spätere Evaluationsforschung von einer anderen Beratungseinrichtung durchgeführt werden, um eine neutrale Begutachtung zu gewährleisten. Überhaupt ist die Unabhängigkeit der wissenschaftlichen Beratung der Politik gefährdet, da die Beratungsgremien von den Auftraggebern abhängig sind.<sup>152</sup> Für die Berater stellt sich nicht nur die Aufgabe „Speaking Truth to Power“,<sup>153</sup> sondern die Vorfrage, ob sich dies für sie auch lohnt. Von den Sachverständigenanhörungen beim Bundestag her sind die klaren Erwartungen der Fraktionen an „ihre“ Sachverständigen bekannt. Bei einer diskreten internen Beratung mögen die Bedingungen besser sein. Die Frage einer geeigneten Institutionalisierung der GFA in Deutschland ist nach wie vor offen.<sup>154</sup> Einen Sonderfall der GFA bildet die Technikfolgenabschätzung (vgl. § 56a GOBT).

Die Gesetzesevaluation berührt insbesondere die juristische Diskussion über die Auswirkungen gesetzgeberischer Fehlprognosen auf den verfassungsrechtlichen Bestand von Gesetzen und um Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers.<sup>155</sup> Soll es nicht zu einer Gewichtsverschiebung zwischen Gesetzgebungsorganen und justiziellen Kontrollorganen kommen, ist daran festzuhalten, dass nur besonders schwerwiegende Fehlsteuerungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung justiziabel sind. Auch bei gesteigerten Möglichkeiten einer Gesetzesfolgenabschätzung oder -bewertung schuldet der Gesetzgeber weiterhin nur ein verfassungskonformes Gesetz. Das „optimale Gesetz“ bleibt demgegenüber ein politisches Desiderat.

#### b) Formen lernender Gesetzgebung

Auf das Problem der Wirkungsunsicherheit von Gesetzen reagiert der Gesetzgeber mitunter mit Experimentgesetzen oder Experimentierklauseln.<sup>156</sup> Hierbei handelt es sich um typischerweise zeitlich befristete Gesetze, deren Auswirkungen einer mehr oder weniger institutionalisierten Kontrolle unterliegen, von deren Ausgang es abhängt, wie die Materie auf Dauer geregelt wird. Insofern sind Experimentgesetze Ausdruck einer wirklichkeitsorientierten, lernenden Gesetzgebung. Allerdings kann der Experimentvorbehalt auch Ergebnis eines politischen Kompromisses sein. Aus juristischer Sicht stellt sich die Frage, ob Experimentgesetze verfassungs-

rechtlich differenziert zu behandeln sind, wobei ihr Experimentcharakter sowohl für eine Milderung als auch umgekehrt für eine Verschärfung der verfassungsrechtlichen Anforderungen sprechen kann.<sup>157</sup>

Das Experimentgesetz ist nicht einfach eine Unterart des Zeitgesetzes, das lediglich ein befristetes Gesetz darstellt.<sup>158</sup> Soweit die Befristung aus dem temporären Charakter des dem Gesetz zugrunde liegenden Sachproblems resultiert, ist dies unproblematisch. Der weitergehende Vorschlag einer generellen Befristung von Gesetzen ist hingegen zu verwerfen, da er über das Ziel einer regelmäßigen Überprüfung der Regelung und des Regelungsbedarfs hinauschießt und auch nicht zur Eindämmung der Gesetzesflut beiträgt, sondern im Gegenteil die Gesetzgebungsmaschinerie durch eine Verlängerungsroutine auslastet und Gesetzgebungspannen provoziert. Hieran ändern blumige Bezeichnungen wie „sunset legislation“<sup>159</sup> nichts. Schließlich geht es auch nicht um das Änderungsgesetz,<sup>160</sup> das nicht nur üblich, sondern als Ausdruck der Positivität des Rechts auch von grundsätzlicher Bedeutung ist, was im Lamento über den „motorisierten Gesetzgeber“<sup>161</sup> oftmals untergeht.

#### c) Beispiele umstrittener Gesetzgebung

Das nicht nur der Evaluationsforschung zugrunde liegende, sondern die Gesetzgebungslehre insgesamt prägende zweckrationale Denken hat Schwierigkeiten mit der Einordnung der sog. symbolischen Gesetzgebung.<sup>162</sup> Soweit damit nicht lediglich bestimmte Gesetze als „nur symbolisch“, d.h. wirkungslos, jedoch aus populistisch-propagandistischen Gründen erlassen („Schaufenster“-Gesetze), kritisiert werden, sind die symbolischen Aspekte von Gesetzgebung durchaus legitim, leisten manche Gesetze doch einen Beitrag zur Integration der Gesellschaft und zur Sinnstiftung. Im Übrigen betreffen die von der Systemtheorie analysierten Steuerungsprobleme und die von *Willke* charakterisierte „Ironie des Staates“<sup>163</sup> den

<sup>157</sup> Vgl. insbes. *Kloepfer* (Fn. 32), S. 63 ff., 91 ff. und *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 1015 ff. m.w.N.

<sup>158</sup> Vgl. insbes. *Kindermann*, in: Schäffer/Triffterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 133 ff. und *Schuppert* (Fn. 73), S. 65 ff.; ferner *Benda*, NJW 1996, 2282 („Gesetze mit Verfallsdatum“).

<sup>159</sup> So im Anschluss an die amerikanische Terminologie etwa *Rethorn*, in: *Kindermann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, 1982, S. 316 ff.

<sup>160</sup> Vgl. dazu jedoch *Brandner*, Gesetzesänderung, 2004.

<sup>161</sup> *C. Schmitt*, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1950, S. 18 f.

<sup>162</sup> Vgl. u.a. *Kindermann*, in: Grimm/Maihofer (Fn. 140), S. 222 ff.; *Noll*, ZSR N.F. 100 (1981), 1. Halbbd., 347; *Schmehl*, ZRP 1991, 251, und *Voß*, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzbuchakten, 1989; interdisziplinär bzw. spezieller *Lübbe-Wolff/Hansjürgens* (Hrsg.), Symbolische Umweltpolitik, 2000, und *Newig*, Symbolische Umweltgesetzgebung, 2003, sowie zuletzt *Führ*, KritV 86 (2003), 5 und *Siehr*, ARSP 91 (2005), 535.

<sup>163</sup> *Willke*, Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, 1998.

Politik bei *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 834 f. Anm. 75. Zur Missbrauchsanfälligkeit politischer Beratungsgremien am Beispiel der Hartz-Kommission *Meßerschmidt*, ZG 19 (2004), 330.

<sup>152</sup> Hierzu *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 861.

<sup>153</sup> Vgl. den gleichnamigen Titel von *Wildavsky*, 1979.

<sup>154</sup> Vgl. *Schuppert* (Fn. 73), S. 26 ff. und *Ennuschat*, DVBl. 2004, 986 (1993), jeweils m.w.N.

<sup>155</sup> Hierzu *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 1005 ff. m.w.N.

<sup>156</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 55 ff.; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989; *Mader*, in: Grimm/Maihofer (Fn. 140), S. 211 ff.; *Marxen*, GA 1985, 533.

Gestaltungsanspruch der Gesetzgebung insgesamt, weshalb eine strikte Trennung zwischen funktionalen und symbolischen Gesetzen kaum möglich scheint.

Demgegenüber zielt der Begriff der special interest legislation gerade auf gewollte, aber öffentlich nicht immer kommunizierte Gesetzeszwecke. Die in Nordamerika selbstverständliche Analyse der Instrumentalisierung der Gesetzgebung zugunsten partikulärer Interessen<sup>164</sup> hat in Deutschland nicht wirklich Fuß gefasst. Die damit verbundene Lobbyismus-Diskussion<sup>165</sup> beschränkt sich weitgehend auf die Beobachtung der Gesetzesentstehung und scheint überdies außer Mode geraten zu sein. Die Kosten-Nutzen-Analyse und die Ermittlung der Verteilungswirkungen von Gesetzen sind indes unerlässliche Bestandteile einer umfassenden Gesetzes-evaluation.<sup>166</sup> Auch wenn die früher notorische Angabe auf den Entwurfsvorblättern „Kosten: keine“ so oft kritisiert wurde, dass inzwischen mehr Sorgfalt auf diese Frage verwendet wird, neigt der Gesetzgeber weiterhin zu einer tendenziösen Abschätzung der Gesetzgebungskosten. Hierbei macht sich die Vernachlässigung der ökonomischen Analyse der Gesetzgebung in Deutschland nachteilig bemerkbar. Obwohl von Teilen der Wirtschaftswissenschaft die Bedeutung politischer und juristischer Institutionen erkannt und die ökonomische Analyse des Rechts auch hierzulande rezipiert wird,<sup>167</sup> fehlt es nach wie vor an einer in sich geschlossenen ökonomischen Theorie der Gesetzgebung. Zudem lastet auf wirtschaftswissenschaftlicher Expertise der Verdacht besonderer Nähe zu wirtschaftlichen Interessen und eines ökonomischen „Imperi-

alismus“, der schlechthin alles monetarisiert und ökonomische Effizienz als einzigen Wert respektiert.<sup>168</sup> Übersehen wird hierbei, dass Kosten-Nutzen-Analysen und die Ermittlung monetärer Äquivalente von Regelungsalternativen die Entscheidungsgrundlagen verbessern und der Macht von Interessengruppen entgegenwirken können.<sup>169</sup> Die abschließende Bewertung der Rolle partikulärer Interessen am Maßstab der Gemeinwohlorientierung der Gesetzgebung bleibt jedoch in jedem Fall der politischen und juristischen Diskussion überlassen. Insofern ist das Verständnis des Gesetzgebungsstaats als „Staatsform der Distanz“ richtungweisend.<sup>170</sup>

### 3. Gesetzestchnik

Die – möglichst detaillierte – Beschreibung und Empfehlung der (optimalen) Umsetzung von Regelungszielen durch eine entsprechende Gesetzesfassung ist Gegenstand der Gesetzestchnik bzw. Gesetzgebungstechnik, die es mit der „Beschaffenheit der Gesetze ‚ganz abgesehen von ihrem Inhalt‘“ zu tun hat.<sup>171</sup> Bei der Gesetzestchnik handelt es sich teils um Implikationen verfassungsrechtlicher Vorgaben (z.B. Bestimmtheitsgebot), teils um Klugheitsregeln, die zu Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber und Formulierungshilfen entwickelt werden. Die Akzentuierung der „Technik“ darf nicht verdecken, dass es dabei wesentlich um die Gesetzessprache geht, außerdem um den Aufbau der Gesetze und um eine begrenzte Zahl „technischer Kunstgriffe“.<sup>172</sup> In Österreich bezeichnet man die Rechtsetzungstechnik und ihre systemati-

<sup>164</sup> Vgl. statt vieler *Grossman/Helpman*, Special Interest Politics, 2002; *Hayes*, Lobbyists and Legislators. A Theory of Political Markets, 1981 und *Bardach/Kagan*, Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness, 1982, S. 16 ff.

<sup>165</sup> Dazu im juristischen Raum insbes. *Steinberg*, ZRP 1972, 207 und *ders.*, in: H.-P. Schneider/Zeh (Fn. 144), S. 217 ff.

<sup>166</sup> Vgl. zur ökonomischen Analyse im Rahmen der GFA jedoch *Schwintowski*, JZ 1998, 581 (587); *Bussmann*, ZG 13 (1998), 127 (137); *Dicke/Hartung*, Externe Kosten von Rechtsvorschriften. Möglichkeiten und Grenze der ökonomischen Gesetzesanalyse, 1986; *Dieckmann*, NWVBL 2002, 329 (333), und *Ennuschat*, DVBl. 2004, 986 (992); zur Kosten-Nutzen-Analyse („cost-benefit analysis“) im europäischen und internationalen Rahmen *Renda*, Impact Assessment in the EU, 2006, S. 83 ff. m.w.N.

<sup>167</sup> Vgl. insbesondere den Sammelband von *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1978 mit amerikanischen Grundlagentexten; *Behrens*, in: Jb. f. Neue Politische Ökonomie 7 (1988), 209; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, und *Kübler*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1991, S. 293 ff., sowie *Gawel* (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001; als Klassikertexte *Posner*, Economic Analysis of Law, 2. Aufl. 1977 und v. *Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, 3 Bde., 1981; vgl. ferner *Steinmark*, Dynamische Gesetzgebungstheorie und neue politische Ökonomie. Ansätze zur Erklärung von Gesetzgebungsprozessen, 1985.

<sup>168</sup> Zu den Risiken einer „ökonomisierten“ Staates *Wallerath*, JZ 2001, 209; zu den Kontroversen um die Cost-Benefit-Analysis *Renda* (Fn. 166), S. 85 ff. m.w.N.

<sup>169</sup> Vgl. nur *Sunstein*, Gesetze der Angst, 2006, S. 222.

<sup>170</sup> Hierzu grundlegend *Kloepfer* (Fn. 32), S. 63 ff., 65 ff.

<sup>171</sup> *Walter*, in: Kindermann (Fn. 159), S. 144 ff., 144.

<sup>172</sup> Vgl. i.E. *Böhret/Hugger*, Test und Prüfung von Gesetz-entwürfen. Anleitungen zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, 1980; Bundesakademie für öffentliche Verwaltung/*Mattern*, Praxis der Gesetzgebung – Eine Lehr- und Lernhilfe, 1984; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 2. Aufl. 2002; *Fleiner*, Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, 1985; *Hill* (Fn. 22), S. 96 ff.; *Kindermann*, Ministerielle Richtlinien der Gesetzestchnik. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 1979; *Kindermann*, in: *ders.* (Fn. 159), S. 258 ff.; *Maihofer* (Fn. 13), S. 3 ff., S. 26 f.; *Müller*, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 2. unveränd. Aufl. 1968; *Schneider* (Fn. 33), S. 205 ff. Im Unterschied zu diesen produktorientierten Werken ist der Titel von *Hugger*, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983, prozess- bzw. methodenorientiert und bietet nur in seinem letzten Teil herkömmliche Hilfen für die Abfassung von Gesetzen. Ländübergreifend *Karpen/Mölle* (Hrsg.), Legislative Drafting, 2005. Einen interessanten Vergleich ermöglicht schließlich *Kerimow*, Fragen der Gesetzgebungstechnik, 1958.

sche Pflege als Legistik,<sup>173</sup> wobei dieser treffende Begriff inzwischen auch auf Deutschland ausstrahlt. Im angelsächsischen Raum ist von „Legislative Drafting“ die Rede.<sup>174</sup>

Fast alle Darstellungen zur Gesetzestechnik, wie etwa das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, sind nahezu ausschließlich auf die Bedürfnisse von Gesetzesredaktoren ausgerichtet und leisten insoweit vorzügliche Dienste. Es handelt sich im Wesentlichen um Formulierungshilfen mit Beispielen guter und schlechter Gesetzgebungspraxis und eher schmalen juristischen Hintergrundinformationen. Für die Gesetzesrezipienten sind diese Ausführungen zwar ebenfalls interessant, da sie an den dort formulierten Maßstäben guter Gesetzesformulierung die bestehenden Gesetze messen können. Vieles – wie etwa die Empfehlung, einzelne Sätze kurz zu fassen – klingt aber aus der Ex-post-Perspektive eher trivial und ist ohne spezifisch juristischen Erkenntniswert.

„Tatsächlich geht es in der Legistik um Fragen, die in abstrakter Formulierung ganz banal klingen.“<sup>175</sup> Darüber hinaus steht die Legistik aber auch vor Problemen, die sich – wie bei den Desideraten einer „Entfeinerung“ bzw. „Verwesentlichung“<sup>176</sup> oder Flexibilisierung der Gesetze<sup>177</sup> besonders deutlich wird – ohne interdisziplinäre Anstrengungen kaum lösen lassen.

Angesichts der Fülle der zu bewältigenden Probleme ist es unmöglich, eine Kurzfassung der Gesetzestechnik zu präsentieren. Hilfreich können „Checklisten“ sein. Auch wenn es deutschlandweit keine offiziellen „allgemeinen Grundsätze für gute Rechtsvorschriften mit Erläuterungen und konkretisierenden Beispielen“ gibt, kann auf das vom Bundesministerium des Innern gemäß § 42 Abs. 3 GGO herausgegebene Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften und das vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit hingewiesen werden.<sup>178</sup>

Die sog. Rechtsförmlichkeitsprüfung durch das Bundesministerium der Justiz geht bei Regierungsentwürfen der Beschlussfassung durch die Bundesregierung voran. Mit „Rechtsförmlichkeit“ ist „nicht bloß die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs gemeint, sondern überprüft wird auch seine Einbettung in die Gesamtheit der geltenden Bundesgesetze (Harmonisierung), das Verhältnis zu anderen Gesetzen, die Benutzung von bewährten Formtypen, die Verwendung von üblichen juristischen Ausdrücken und Begriffen, auch die äußere Einheitlichkeit des Entwurfs, sein systematischer Aufbau, seine Vollständigkeit und Verständlichkeit. Es wird auch in

diesem Stadium nochmals geprüft, ob eine gesetzliche Regelung ganz oder teilweise entbehrlich ist.“<sup>179</sup>

Der Gesetzestechnik zeitlich und sachlich vorgeschaltet ist ein umfassenderes Prüfprogramm, das die inzwischen durch die §§ 43 und 44 GGO abgelösten „Blauen Prüffragen“ für Rechtsvorschriften des Bundes von 1984<sup>180</sup> einprägsam formulierten.<sup>181</sup> Ähnliche und weitere Akzente setzt die sog. OECD Referenz-Checkliste.<sup>182</sup>

Es ist unmöglich, im gegebenen Rahmen einen auch nur annähernd vollständigen Überblick über die komplexen und im Einzelnen kontroversen Erwartungen an die legistische Qualität von Gesetzen zu geben. Stattdessen muss eine Synopse aktueller Anforderungen genügen, die teils aus Verfassungsrecht abgeleitet werden, teils als einfache gesetzestechnische Qualitätskriterien gelten oder auch von ungeklärtem Status sind:

„Gutes Gesetz“	Gebote	Referenz
notwendig	Subsidiarität	Aufgabenkritik
verständlich	Normenklarheit	Sprache
bestimmt	Normenbestimmtheit	Regelungsdichte
vollständig	Inklusion	Regelungsaufgabe
systemverträglich	Kohärenz bzw. Widerspruchsfreiheit	Kontext und Systematik
in sich folgerichtig	Normenfolgerichtigkeit	Systematik
funktionsgerecht, zielsicher	Ausreichende Tatsachenermittlung und -berücksichtigung	Sachgerechtigkeit
dauerhaft oder befristet	Normenbeständigkeit	Zeitdimension
wohlbegründet	Begründung	Akzeptanz
praktikabel	Vollzugstauglichkeit	Praktikabilität
kostengünstig	ökonomische Effizienz	Kosten-Nutzen-Relation

<sup>179</sup> *Schneider* (Fn. 33), S. 78.

<sup>180</sup> GMBI. 1990, S. 42.

<sup>181</sup> „1. Muss überhaupt etwas geschehen? 2. Welche Alternativen gibt es? 3. Muss der Bund handeln? 4. Muss ein Gesetz gemacht werden? 5. Muss jetzt gehandelt werden? 6. Ist der Regelungsumfang erforderlich? 7. Kann die Geltungsdauer beschränkt werden? 8. Ist die Regelung bürgernah und verständlich? 9. Ist die Regelung praktikabel? 10. Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis?“

<sup>182</sup> „1. Ist das Problem richtig erfasst? 2. Ist ein Eingreifen auf Regierungsebene gerechtfertigt? 3. Ist Rechtsetzung die beste Form staatlichen Handelns? 4. Gibt es eine rechtliche Grundlage für die geplante Rechtsetzung? 5. Welche staatliche(n) Ebene(n) ist (sind) am besten für die geplante Rechtsetzung geeignet? 6. Rechtfertigen die Vorteile der Rechtsetzung ihre Kosten? 7. Besteht Transparenz hinsichtlich der Frage, wie sich die Wirkung auf die Gesellschaft verteilt? 8. Ist die Rechtsetzung klar, kohärent, verständlich und für die Betroffenen auch zugänglich? 9. Hatten alle betroffenen Parteien Gelegenheit, sich zur geplanten Maßnahme zu äußern? 10. Wie soll die Einhaltung der Bestimmungen gewährleistet werden?“ Vgl. *Directory of Regulatory Review*, 1979.

<sup>173</sup> *Öhlinger* (Gesamtred.), *Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, 1982, und *Schäffer* (Fn. 5), S. 192 ff.

<sup>174</sup> *Dale*, *Legislative Drafting. A New Approach*, 1977.

<sup>175</sup> *Wielinger*, in: *Öhlinger* (Fn. 173), S. 154 ff. (154).

<sup>176</sup> Vgl. statt vieler *G. Müller*, ZG 16 (2001), 387, sowie allgemein zur Wahl der Regelungsdichte *Schuppert* (Fn. 73), S. 57 ff. und *Mantl*, *Effizienz der Gesetzesproduktion. Abbau der Regelungsdichte im internationalen Vergleich*, 1995.

<sup>177</sup> Vgl. *Schuppert* (Fn. 73), S. 56 f.

<sup>178</sup> 2. Aufl. 1999.

Die Kriterien guter Gesetze ergänzen sich nicht einfach, sondern stehen untereinander in einem Spannungsverhältnis. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen gegenläufigen Qualitätskriterien.

So beklagt sich etwa *Mußnug* über eine gesetzgeberische Verweistechnik, die „Gesetzesanwendung zur Schnitzeljagd“ werden lässt.<sup>183</sup> Aber: Entspricht nicht auch die lästige Schnitzeljagd einem Kriterium guter Gesetze? Ist sie nicht die Kehrseite der erwünschten Gesetzessystematik?

Unbestritten gehört ein klarer Gesetzaufbau zu den Essentialia guter Gesetzgebung. Insofern haben sich, ausgehend von dem Prinzip, dass Gesetze von allgemeinen Bestimmungen zu besonderen voranschreiten sollten, im Laufe der Jahre Aufbauregeln herausgebildet, die zunehmend – am striktesten innerhalb der EG-Rechtsetzung – befolgt werden. Dazu gehört etwa die legistische Praxis, an die Spitze jedes dem Umfang nach nicht ganz kleinen Gesetzes eine Zweckbestimmung, die Regelung seines Anwendungsbereichs und einen Katalog von Legaldefinitionen zu stellen. Der Vorteil eines solchen erwartbaren Gesetzaufbaus ist nicht gering zu schätzen, jedoch wäre es eine Illusion zu glauben, durch die Befolgung von Schemata schon gute Gesetze zu erhalten. Vor einer juristischen Verfestigung der legistischen Qualitätsstandards warnt zu Recht *Schulze-Fielitz*.<sup>184</sup> Im Übrigen sind die wenigsten Kriterien eindeutig. So ist etwa die Normverständlichkeit adressatenabhängig. Deshalb kann sich der Stil von Gesetzen, die komplexe wirtschaftliche oder technische Vorgänge regulieren und sich dementsprechend primär an Fachleute und Angehörige bestimmter Professionen wenden, nicht an der *Montesquieschen* „raison simple d’un père de famille“ orientieren.<sup>185</sup> Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung<sup>186</sup> hat vielfach ausgedient. Umgekehrt wird die Devise, Gesetze sollten „vorschreiben, nicht lehren“<sup>187</sup>, nicht mehr durchgängig beherzigt. Entscheidend ist die vollzugsfähige Gesetzesgestaltung.<sup>188</sup>

#### 4. Gesetzesgrammatik?

Die Lücke zwischen legistisch ausgerichteter reiner Gesetzestechnik und auslegungsorientierter Methodenlehre könnte mit

<sup>183</sup> *Mußnug*, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 23 ff., 33, 43. Vgl. z.B.: „§ 16 Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz und Abs. 2-4 gilt mit der Maßgabe entsprechend, daß der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 nicht zu gewähren ist, wenn der Freibetrag nach § 14a Abs. 1 gewährt wird.“

<sup>184</sup> *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (863).

<sup>185</sup> Vgl. *Montesquieu*, De l’esprit des lois (Vom Geist der Gesetze), Reclam-Ausgabe, 1984, S. 405. Dieser Klassikertext der politischen Philosophie bietet zugleich insbesondere im 29. Buch (S. 391-410) eine kurzweilige Einführung in die Gesetzgebungslehre.

<sup>186</sup> Vgl. dazu *Schott*, ZNR 1984, 121.

<sup>187</sup> v. *Mohl*, in: ders. (Hrsg.), Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 2, 1962, S. 375 ff., 431.

<sup>188</sup> Krit. *Zeh*, Gesetzgebung als Hemmnis für den Gesetzesvollzug, 1995. Vgl. auch *Siedentopf*, Modernization of Legislation and Implementation of Laws, 1994.

Hilfe des Konzepts einer Gesetzesanalyse geschlossen werden, das Strukturelemente von Gesetzen gleichermaßen aus normativer, legistischer und auslegungsmethodischer Sicht beleuchtet und das man – in Abgrenzung zum engeren Begriff der Gesetzestechnik – als „Gesetzesgrammatik“ bezeichnen könnte.<sup>189</sup> Die normative Fragestellung bezieht sich insbesondere auf die rechtsstaatlichen Determinanten des Gesetzesdesigns (nicht gemeint ist der Gesetzgebungsprozess); die legistische Fragestellung befasst sich in der Tradition der Legistik mit der angemessenen Formulierung von Gesetzen; die „auslegungsmethodische Sicht“ betrachtet die Gesetzesformulierung unter dem Aspekt der Generierung und Vermeidung von Auslegungsproblemen.<sup>190</sup> Insofern wurde bereits zutreffend von der Gesetzgebungstechnik als einer Art „umgekehrter Subsumtion“ gesprochen.<sup>191</sup> Die „Gesetzesgrammatik“ als Strukturanalyse von Gesetzen im gewaltenteilenden Rechtsstaat bildet insofern eine Brücke zwischen Verfassungsrecht und Methodenlehre. Hierbei ist das Verfassungsrecht allerdings nicht in seiner ganzen Breite, sondern nur in jenen Elementen gefragt, die bestimmte Anforderungen an die Gesetzesformulierung stellen. Eine weitere Eingrenzung ergibt sich daraus, dass nicht die konkreten verfassungsrechtlichen, insbesondere grundrechtlichen Schranken einer bestimmten Gesetzgebung eruiert werden sollen, sondern nach generellen, nicht primär gegenstandsspezifischen Kriterien für prinzipiell jede Art von Gesetzgebung gefragt wird. Zu denken ist insbesondere an den Gesetzesvorbehalt,<sup>192</sup> den Bestimmtheitsgrundsatz, das (nach wie vor geltungs labile) Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsetzung<sup>193</sup> und das Rückwirkungsverbot. Auch wenn diese Anforderungen für jede Art von Gesetzgebung gelten, sind gegenstandsspezifische Differenzierungen nicht ausgeschlossen. Insbesondere im Falle der Grundrechtsberührung ist mit einer Verschärfung der Anforderungen an Gesetzgebung zu rechnen.

#### 5. Zwischenfazit

Schließlich stellt sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen den Bedingungen der Gesetzesproduktion und der Produktqualität.<sup>194</sup> Die institutionelle Ausgestaltung der Gesetzesvorbereitung ist kein Selbstzweck, sondern soll auch die Verabschiedung „guter Gesetze“ ermöglichen, die nicht nur

<sup>189</sup> Vgl. zu anderen Differenzierungen wie Gesetzesanalytik, Gesetzesmethodik und Gesetzestaktik *Karpen* (Fn. 8), S. 13 f.

<sup>190</sup> Insofern ist auch die Rolle der Dogmatik zu beachten, vgl. dazu *Behrends/Henckel* (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989. Skeptisch *Adomeit*, Gesetzesauslegung in Zeiten abnehmender Gesetzesqualität, 1998.

<sup>191</sup> *Maihofer* (Fn. 13), S. 3 ff., 25.

<sup>192</sup> Vgl. insbes. *Kloepfer*, JZ 1984, 685.

<sup>193</sup> Vgl. dazu *Meßerschmidt*, in: Gawel/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht, 1999, S. 361 ff., 380 f. m.w.N.

<sup>194</sup> Ähnlich *Herten-Koch*, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa, 2003, S. 14. Nicht notwendig ist die Etablierung eines neuen Schlüsselbegriffs „integrierte Gesetzesproduktion“, so jedoch *Smeddinck* in seiner gleichnamigen Habilitationsschrift, 2006, S. 17 ff.

politisch gewollt, sondern handwerklich gelungen und wirksam sind. Die einzelnen Stränge der Gesetzgebungswissenschaft – Gesetzgebungsforschung, Evaluationsforschung bzw. Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzestechik – müssen daher letztlich zusammengeführt werden. Insofern bedarf es theoretischer Vertiefung, die von einer fast ausschließlich auf die Bedürfnisse der Praxis ausgerichteten Lehre nicht geleistet werden kann.<sup>195</sup> Der in der Rechtswissenschaft in den letzten Jahren zu beobachtende „Boom“ gesetzgebungsgeschichtlicher bzw. ideengeschichtlicher Untersuchungen zur Gesetzgebungskunst schließt daher zwar auf verdienstvolle Weise eine Lücke, ist aber für die Gesetzgebungswissenschaft, die immer noch lernen muss, sich als multidisziplinäre Regelungstheorie zu begreifen, nicht zukunftsweisend, sondern eher ein Placebo, wenn nicht gar ein Rückschritt.

### 6. Sonstige Fragestellungen

Das Spektrum gesetzgebungswissenschaftlicher Fragestellungen ist so breit, dass sich viele in keiner der vorgenannten Rubriken unterbringen lassen. Auch wenn sie hier nicht alle vorgestellt werden können, seien doch wenigstens beispielhaft einige von ihnen erwähnt. Sie reichen von der klassischen Frage der Normenhierarchie<sup>196</sup>, die sich nicht nur vor dem Hintergrund des Europarechts, sondern auch angesichts von Erscheinungen wie dem Maßstäbengesetz<sup>197</sup> erneut und neu stellt, bis zu den aktuellen Auswirkungen der Föderalismusreform auf die Gesetzgebung. Klärungsbedürftig sind auch die gesetzgeberische Selbstbindung<sup>198</sup> und die Rolle der Gesetzgebung als Verfassungskonkretisierung,<sup>199</sup> während die Frage der Gesetzesbegründungspflicht ausgestanden scheint.<sup>200</sup> Neben diesen vorwiegend juristischen Themen stellen sich unvermindert die Fragen nach Alternativen zur Rechtsetzung,<sup>201</sup> wie Selbstregulierung,<sup>202</sup> und nach einem Wandel

der Rechtsetzung etwa im Sinne responsiver Regulierung.<sup>203</sup> Wohlklingende Namen wie „responsiv“ oder „aktivierender Staat“<sup>204</sup> dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Staat damit auch seinen Aktionsradius ausweiten kann. Ein unerschöpfliches Thema sind die Kreation und Rezeption technischer Regeln.<sup>205</sup> Weiterhin werden die Morphologie und der Instrumentenkanon der Gesetze untersucht. Auch die Chancen – und weniger die Risiken – des Gesetzesexports sind ein Thema der Gesetzgebungslehre.<sup>206</sup> Ferner sind kritische Analysen einzelner Gesetzgebungsbereiche, wie der Sozialgesetzgebung und der von *Sunstein* als „Gesetze der Angst“ apostrophierten Umweltgesetze,<sup>207</sup> angebracht. Schließlich sind die Rolle von Logik, Linguistik und künstlicher Intelligenz bzw. Informatik in der Gesetzgebung Forschungsgegenstände. Noch wichtiger erscheint jedoch die Frage, wie in der Mehrebenengesetzgebung der Europäischen Union, in der die zentralen Weichenstellungen auf der europäischen Ebene vorgenommen werden, der mitgliedstaatliche Beitrag frühzeitig und effektiv eingespeist werden kann, damit die nationalen Mitsprachrechte mit Substanz erfüllt werden. Das Nachdenken über die Perfektionierung der nationalen Gesetzgebung ist demgegenüber weithin obsolet.

### X. Ausblick

Die Bedeutung der Rechtsetzung für die Gesellschaft muss sich in einer Intensivierung der Gesetzgebungstheorie in Forschung und Lehre niederschlagen. Hierbei besteht weder ein numerus clausus zuständiger Disziplinen noch ein Führungsanspruch eines einzelnen Fachs. Der Entwicklung der Gesetzgebungslehre sind insoweit nur wenig Grenzen gesetzt. Je mehr wissenschaftliche Disziplinen und Forschungsansätze (wie z.B. Entscheidungstheorie, Public Management, ökonomische Analyse des Rechts und Institutionenökonomik)

<sup>195</sup> So auch *Mader*, LeGes 2006, 143 (146 f.).

<sup>196</sup> Vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994.

<sup>197</sup> Vgl. nur *Weiß*, ZG 15 (2000), 210, und v. *Schweinitz*, Das Maßstäbengesetz, 2003.

<sup>198</sup> Vgl. *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985 und *Rausch-Gast*, Selbstbindung des Gesetzgebers, 1983; zur eigenen Position *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 30 ff.

<sup>199</sup> Dazu krit. *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 101 ff.

<sup>200</sup> Dafür insbes. *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 111; zuletzt *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825; *Skouris*, Die Begründung von Rechtsnormen, 2002, und *Smeddinck* (Fn. 14), S. 226 ff.; skeptisch *Meßerschmidt* (Fn. 2), S. 920 ff. und *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (867), jeweils m.w.N.

<sup>201</sup> Vgl. *Schuppert* (Fn. 73), S. 35 ff. m.w.N. Aus juristischer Sicht *Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat. Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2002.

<sup>202</sup> Vgl. insbes. *di Fabio*, VVDStRL 56 (1996), 235; *Grimm* u.a., Die Verwaltung 2001, Beiheft 4; *Kloepfer* (Hrsg.), Selbstbeherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbst-

steuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz, 1998; *Schuppert* (Fn. 73), S. 39 ff. und *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1996), 1997, S. 160 ff.

<sup>203</sup> Vgl. *Ayres/Braithwaite*, Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate, 1992, und *Bizer/Führ/Hüttig* (Hrsg.), Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung, 2002.

<sup>204</sup> Vgl. *Lamping/Koschützke* (Hrsg.), Der aktivierende Staat, 2002 (FES) und die gleichnamige Habilitationsschrift von *Baer*.

<sup>205</sup> Grundlegend *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979 und *Breuer*, AöR 101 (1976), 46; ferner u.a. *Hanning*, Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, 1976; *Jörissen*, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen, 1997 und *Rengeling* (Hrsg.), Deutsche, europäische und internationale Umweltnormung, 1998.

<sup>206</sup> Vgl. *Karpen* (Fn. 8), S. 61 ff. Ergänzend sei auf die z.T. erfolgreichen Bemühungen der Implantation des amerikanischen Wirtschaftsrechts und des deutschen Umweltrechts in den postsowjetischen Gesellschaften hingewiesen.

<sup>207</sup> Vgl. den gleichnamigen Titel von *Sunstein*, 2006. Das amerikanische Original erschien 2005 unter dem Titel „Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle“.

sich ihrer annehmen, desto besser ist es für sie. Auch von einer vergleichenden Gesetzgebungslehre darf man einiges erwarten.<sup>208</sup> Schließlich bedarf es neben Aufbaustudien für Postgraduierte<sup>209</sup> und berufsbegleitender Weiterbildung<sup>210</sup> einer abgestuften Integration der interdisziplinären Gesetzgebungslehre in das juristische Studium.

---

<sup>208</sup> Der wegweisende Sammelband von *Ismayr* (Hrsg.), *Gesetzgebung in Westeuropa*, 2008, lag bei Manuskriptschluss noch nicht vor.

<sup>209</sup> Wie z.B. in Staatswissenschaften.

<sup>210</sup> Vgl. *Karpen*, *LeGes* 2006, 125 (129 f.).