



Berliner Juristische Universitätschriften  
Öffentliches Recht

Band 29

Thorsten Anderl

## **Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln**

Eine rechtstatsächliche und verfassungsrechtliche Untersuchung  
am Beispiel des 14. und 15. Deutschen Bundestages



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG



Thorsten Anderl  
Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln

# Berliner Juristische Universitätschriften

Herausgegeben im Auftrag der Professoren der Juristischen Fakultät  
an der Humboldt-Universität zu Berlin

von

Professor Dr. Michael Kloepfer, Professor Dr. Klaus Marxen  
Professor Dr. Rainer Schröder

Öffentliches Recht

Band 29

ISBN-13: 978-3-8305-2274-4

Thorsten Anderl

# **Gesetzgebung und kooperatives Regierungshandeln**

Eine rechtstatsächliche  
und verfassungsrechtliche Untersuchung  
am Beispiel des 14. und 15. Deutschen Bundestages



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

## Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN-13: 978-3-8305-2274-4

© 2006 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,  
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin  
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,  
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

*Meiner Familie*



## Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die im Laufe des Jahres 2005 erschienene Literatur ist im Wesentlichen berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert*. Er begleitete die Arbeit durch zahlreiche Anregungen und Gespräche, wobei er mich in meiner Vorgehensweise stets bestärkte, aber auch mit kritischem Rat zu ihrem Gelingen beitrug. Als Doktorand fühlte ich mich bei ihm jederzeit „gut aufgehoben“. Nicht zuletzt wurde durch seine Anregung zu dieser Arbeit mein Interesse für das hochspannende Thema des „kooperativen Staates“ geweckt. Herrn *Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn *Prof. Dr. Michael Kloepfer* gilt mein Dank für die Aufnahme der Arbeit in die Fakultätsschriftenreihe „Berliner Juristische Universitätschriften“. Mein Dank geht auch an die Karikaturisten *Greser & Lenz* für die Erlaubnis zum kostenlosen Nachdruck einer ihrer Zeichnungen, ohne die der Arbeit ein interessantes Detail verloren gegangen wäre.

Zu danken habe ich all jenen, die durch ihre Diskussionsbereitschaft zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben und sie durch die aufmerksame Beobachtung des aktuellen politischen Geschehens über einen Zeitraum von mehreren Jahren um manche Facette haben reicher werden lassen. Mein besonderer Dank geht an meine Freunde *Henrik Harder* und *Laura Börger*, denen zusätzlich die Aufgabe des Korrekturlesens zufiel, die sie gewissenhaft erledigten.

Herzlich danken möchte ich meiner lieben Schwester *Petra*, die durch ihre stets vorhandene Gesprächsbereitschaft einen wertvollen Beitrag zum Gelingen „meines Buches“ geleistet hat. Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich meinen lieben Eltern *Gerda und Josef Anderl*, die mir immer verlässlicher Rückhalt gewesen sind und mir die unbeschwerten Jahre des Studiums und der Promotion ermöglicht haben.

Berlin, im Sommer 2006

*Thorsten Anderl*



# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort und Danksagung</b>	7
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	17
<b>A. Einleitung</b>	21
I. Problemstellung	21
II. Gang der Untersuchung	25
<b>B. Empirische Dimensionen – Erscheinungsformen und Abgrenzungen</b>	29
I. Erscheinungsformen	29
1. Erste Konstellation: Paktierte Gesetzgebung	29
a) Vom hierarchischen zum verhandelnden Staat	30
b) Funktionsweise und Voraussetzungen paktierter Gesetzgebung	31
aa) Funktionsweise paktierter Gesetzgebung	31
bb) Voraussetzungen paktierter Gesetzgebung	33
(1) Hoher Organisationsgrad der privaten Verhandlungspartner	33
(2) Organisationsfähigkeit der privaten Interessen	35
(3) Tauschfähige Leistungen	36
(4) Gegenseitige Sprachfähigkeit der Verhandlungspartner	41
c) Paktierte Gesetzgebung in Vergangenheit und Gegenwart	43
aa) Historische Vorbilder	43
bb) Die Entwicklungen in der 14. und 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages	45
(1) Erfolgreiche Verhandlungen über Gesetzesinhalte	46
(a) Die Novellierung des Atomgesetzes	46
(aa) Der Atomkonsens	47
(bb) Die parlamentarische Umsetzung	53

(b) Die Novellierung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes	55
(aa) Die „Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Minderung der CO <sub>2</sub> - Emissionen und der Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung in Ergänzung zur Klimavereinbarung vom 9.11.2000“	55
(bb) Die parlamentarische Umsetzung	58
(c) Zwischenergebnis	59
(2) Gescheiterte Verhandlungen über Gesetzesinhalte: Das Bündnis für Arbeit	60
d) Rechtsnatur normvorbereitender Absprachen – insbesondere das Beispiel Atomkonsens	65
2. Zweite Konstellation: Gesetzesvorbereitung durch Expertenkommissionen	73
a) Kooperativer Gehalt von Expertenkommissionen	75
aa) Herstellung von Akzeptanz bei den Regelungsadressaten	75
bb) Belege für den Kooperationscharakter	77
(1) Mitglieder ausgewählter Kommissionen	77
(a) Hartz-Kommission	77
(b) Rürup-Kommission	78
(c) Nationaler Ethikrat	79
(d) Zuwanderungskommission (Süßmuth-Kommission)	81
(2) Äußerungen aus dem Regierungslager	82
cc) Expertenkommissionen als Forum gesellschaftlicher Konfliktlösungen	85
b) Unterscheidbarkeit von Sachverstand und Interessenvertretung	86
c) Beratung als (Mit-)Entscheidung?	88
d) Voraussetzungen für Expertenkommissionen als Kooperationsinstrument	91
e) Die Expertenkommissionen im Einzelnen	92
3. Keine Untersuchung der Bereitstellung eines Internet- portals im Rahmen der Novellierung des Urheberrechts	97
4. Keine Untersuchung normersetzender Absprachen	98
5. Keine Untersuchung zwischenparteiliche Konsenssuche	99

II. Neue Qualität der Entwicklungen in der 14. und 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages – Historische Dimensionen kooperativen Staatshandelns	100
1. Historische Dimensionen kooperativen Staatshandelns in Deutschland	100
a) Königreich Preußen und Deutsches Reich	101
aa) Königreich Preußen	101
(1) Der Volkswirtschaftsrat	101
(2) Die Eisenbahnräte	102
bb) Deutsches Reich: Börsenausschuß, Auswanderungsbeirat und Reichsgesundheitsrat	103
b) Erster Weltkrieg	104
c) Weimarer Republik	105
aa) Technische Ausschüsse aufgrund zunehmender Industrialisierung	105
bb) Der vorläufige Reichswirtschaftsrat	105
d) Nationalsozialismus	106
e) Bundesrepublik Deutschland	107
2. Vergesellschaftung von Gesetzgebung	110
 <b>C. Ursachen des kooperativen Regierungshandelns</b>	 115
I. Ursachen des Auspaktierens von Gesetzesinhalten	115
1. Vom einseitig-hierarchischen zum kooperativen Staat	116
a) Voraussetzungen interventionistischer Steuerung	116
b) Veränderte Anforderungen an staatliche Steuerung unter den Bedingungen zunehmend komplexer werdender Gesellschaftsverhältnisse	118
c) Paktierte Gesetzgebung als Konsequenz des komplexen Steuerungsumfelds	122
aa) Verändertes staatliches Handlungsinstrumentarium	122
bb) Vorteile des Kooperationsmodus	123
cc) Der kooperative Staat in der Gesetzgebung	126
2. Wandel des Charakters von Staatlichkeit	128
a) Formenwandel staatlicher Machtausübung	128
b) Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Gewährleistungsstaat	132
aa) Vom Erfüllungs- zum Gewährleistungsstaat	133

bb) Beispiele für Verantwortungsteilungen im Gewährleistungsstaat	135
(1) Standardsetzung im Umwelt- und Technikrecht	135
(2) Privatisierung von Staatsaufgaben	137
cc) Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates	139
(1) Selbstregulierung	141
(a) Selbstregulierung als Sicherung eigener Verhaltensmaßstäbe	141
(b) Die sozialwissenschaftliche Theorie autopoietischer Systeme	143
(2) Regulierung	146
(3) Regulierte Selbstregulierung als Verschränkung gesellschaftlicher Selbstregulierung und hoheitlicher Steuerung	148
dd) Existenz eines staatlichen Wahrnehmungsmonopols?	151
ee) Ertrag des Konzepts des Gewährleistungsstaates für den Untersuchungsgegenstand	152
 II. Ursachen der Einbeziehung von Expertenkommissionen in den Gesetzgebungsprozess	 153
1. Sachverstandsgewinnung und Kooperation als „offizielle“ Zwecke	153
2. Weitere Zwecke	155
a) Argumentative Absicherung der eigenen Politik	155
b) Mediale Inszenierung von Politik	160
aa) Das Verhältnis von Medien und Politik	160
bb) Konsequenzen für die Politik	163
cc) Expertenkommissionen als Instrument der medialen Inszenierung von Politik	164
(1) Anknüpfungspunkte für das Erzeugen von Medieninteresse	164
(2) Zwecke der medialen Inszenierung	165
c) Konsensorientierung als „Markenzeichen“ von Kanzler <i>Schröder</i>	168
 III. Zusammenfassung	 172

<b>D. Die politische Diskussion</b>	175
I. Äußerungen im Rahmen der Diskussion um die Gentechnik	175
1. Bundespräsident Johannes Rau	175
2. Die Debatte im Deutschen Bundestag zu Recht und Ethik der modernen Medizin und Biotechnologie	176
a) Maria Böhmer, CDU/CSU-Fraktion:	177
b) Gerhard Schröder, SPD-Fraktion:	177
c) Friedrich Merz, CDU/CSU-Fraktion:	177
d) Rezzo Schlauch, Bündnis 90/Die Grünen-Fraktion:	178
e) Peter Struck, SPD-Fraktion:	178
f) Wolfgang Wodarg, SPD-Fraktion:	179
II. Weitere Stimmen	179
1. Stimmen aus den Reihen der parlamentarischen Opposition	179
2. Stimmen aus den Reihen der SPD	180
3. Bundespräsident Johannes Rau	182
III. Ergebnis	182
<b>E. Kooperatives Regierungshandeln und parlamentarische Steuerungspotentiale</b>	185
I. Parlamentarismuskritik in der Vergangenheit – Parallelen zur Diskussion in der 14. und 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages	185
II. Die Rolle des Parlaments im Gesetzgebungsprozess	188
1. Das idealistische Modell eines klassisch-liberalen Parlamentarismus als Maßstab der Kritik	188
2. Verfassungsrealistisches Verständnis des parlamentarischen Systems – Die Regierung als zentraler Akteur	189
a) Fortwirkung des Ressourcenvorsprungs der Regierung	191
b) Parteipolitische Überformung des Parlamentsbetriebes	192
c) Die starke Regierung als Reaktion auf die gewachsene Bedeutung gesellschaftlicher Akteure	193

3.	Kontrolle als Funktion des Parlaments im Gesetzgebungsprozess – Vorbereitung und Entscheidung als nicht zu trennender Vorgang	194
a)	Abhängigkeitsbeziehungen im parlamentarischen Regierungssystem als Determinanten des Kontrollbegriffs	195
b)	Parlamentarische Kontrolle durch Parlamentsmehrheit und -minderheit	196
aa)	Kontrolle durch die Parlamentsmehrheit	196
bb)	Kontrolle durch die Parlamentsminderheit	198
c)	Zwischenergebnis	200
III.	Entparlamentarisierung von Gesetzgebung durch kooperatives Regierungshandeln?	202
1.	Auspaktieren von Gesetzesinhalten	202
2.	Delegation von Gesetzgebungsprojekten an Expertenkommissionen	204
a)	Auswirkung auf die Rolle des Parlaments – Die Hartz-Kommission als besonders geeignetes Fallbeispiel	204
aa)	Die Vorschläge der Hartz-Kommission	205
bb)	Parlamentarische Umsetzung	214
	(1) Keine „eins zu eins“-Umsetzung	215
	(2) Keine Entparlamentarisierung von Gesetzgebung	218
b)	Expertenkommissionen und Ministerialbürokratie	221
3.	Ergebnis	223

## **F. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des kooperativen Regierungshandelns** 225

I.	Kooperatives Regierungshandeln im Lichte des Demokratieprinzips	227
1.	Die demokratische Legitimation des kooperativen Regierungshandelns	228
a)	Die herrschende Legitimationsdogmatik	229
b)	Keine alternativen Legitimationsmodi	233
c)	Kooperatives Regierungshandeln im Lichte der herrschenden Legitimationsdogmatik	238

2. Die gleichheitsrechtliche Problematik des kooperativen Regierungshandelns	244
a) Kooperatives Regierungshandeln als Verletzung einer als Verfassungspflicht gedachten Pflicht zum guten Gesetz?	248
b) Keine Verletzung des Gebotes demokratischer Gleichheit	252
3. Kooperatives Regierungshandeln und materieller Gehalt des Wahlrechts	252
4. Zwischenergebnis	255
II. Kooperatives Regierungshandeln im Lichte des Rechtsstaatsprinzips	256
1. Grundsatz der Verfassungsorgantreue	257
2. Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie	262
III. Ergebnis	266
<b>G. Möglichkeiten legitimer Gesetzgebung im kooperativen Staat</b>	269
I. Beschränkung auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit/Verfassungswidrigkeit als unzureichender Ansatz im kooperativen Steuerungsmodell	269
II. Vorgehensweise	272
1. Unterlassen des kooperativen Regierungshandelns als nicht sinnvolle Maßnahme	272
a) Appell an die politischen Entscheidungsträger	273
b) Rechtliches Verbot kooperativen Regierungshandelns	273
c) Zwischenergebnis	275
2. Notwendigkeit der Schaffung eines Regierungskooperationsrechts	275
3. Leitlinien für die Schaffung eines Regierungskooperationsrechts	277
a) Gefahren einer Normierung von Kooperation	277
aa) Das Beispiel Flandern	277
bb) Ertrag des Beispiels für den Untersuchungsgegenstand	279

b) Regelungskonzepte, die keinen Erfolg versprechen	280
aa) Konzept 1: Der Einfluss des Parlaments auf den Kooperationsprozess	280
(1) Beteiligung des Parlaments an der Tätigkeit von Verhandlungsgremien/ Expertenkommissionen	282
(2) Beteiligung des Parlaments im Vorfeld der Tätigkeit von Verhandlungsgremien/ Expertenkommissionen	283
bb) Konzept 2: Binnendemokratisierung der privaten Kooperationspartner	285
cc) Zwischenergebnis	290
c) Entwicklung eines eigenen Vorschlags	290
aa) Die Überlegungen <i>Grimms</i> als Ausgangspunkt	290
bb) Eigener Vorschlag	291
 <b>Literaturverzeichnis</b>	 299
 <b>Stichwortverzeichnis</b>	 335

## Abkürzungsverzeichnis

AABG	Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.d.	außer Dienst
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BGremBG	Bundesgremienbesetzungsgesetz
BK	Bundeskanzleramt
BMA	Bundesministerium für Arbeit
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMGS	Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BMVBW	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DIN	Deutsches Institut für Normung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
d.h.	das heißt
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
HGB	Handelsgesetzbuch
IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KKW	Kernkraftwerk
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
Mio.	Million(en)
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pr. GS	Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten

PSA	PersonalServiceAgentur
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RuP	Recht und Politik (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	so genannte(...)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StWuStPr	Staatswissenschaft und Staatspraxis (Zeitschrift)
S.	Seite
UGB-KomE	Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
u.a.	und andere(...)/unter anderem
u.a.m.	und anderes mehr
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
t	Tonne(n)
v.a.	vor allem
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiR	Wirtschaft und Recht (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsrecht
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil



## A. Einleitung

### I. Problemstellung

Während der Amtszeit der Regierung *Schröder* ab dem Jahr 1998 häuften sich die Stimmen, die einen Bedeutungsverlust des Deutschen Bundestages zu erkennen glaubten. In der Presse war im Zusammenhang mit den von der Bundesregierung eingesetzten „Konsensrunden, Kommissionen und Experten-Räten“<sup>1</sup> von einer „Entmachtung des Bundestages“<sup>2</sup> die Rede, von einer „Räterepublik“<sup>3</sup>, von der Einrichtung von „Nebenparlamenten“<sup>4</sup> und „Kungelrunden“<sup>5</sup>, vom „Anfang vom Ende der Demokratie“<sup>6</sup> oder von einer „Kommissionitis“<sup>7</sup>, die die Regierung befallen habe<sup>8</sup>. Der Bundestag werde „entmündigt“ und die Gesetzgebung „entparlamentarisiert“, indem der Bundeskanzler Gremien organisiere, die „neben oder an Stelle des Parlaments und seiner Ausschüsse beraten: die Einwanderungs-Kommission, die Bundeswehr-Kommission, den Ethikrat, das Bündnis für Arbeit, diverse Konsensrunden“<sup>9</sup>. Erwähnung fanden in diesem Zusammenhang ferner die „Kommission zum Übernahmegesetz“, der „Atomkonsens“, der „Rat für Nachhaltige Entwicklung“, die „Expertenkommission zur Reform des Unternehmensrechts“, die „Internationale Expertenkommission ‚Historische Mitte Berlin‘“<sup>10</sup> sowie die „Hartz-Kommission“ und die „Rürup-Kommission“<sup>11</sup>. Die große publizistische Beliebtheit, derer sich das skizzierte Regierungshandeln zeitweise erfreute,

1 *U. Deupmann u.a.*, Der SPIEGEL vom 28.05.01, S. 42 ff. (42).

2 *U. Deupmann u.a.*, Der SPIEGEL vom 28.05.01, S. 42 ff. (42).

3 *H. Prantl*, Süddeutsche Zeitung vom 19.05.01, S. 4; Der SPIEGEL vom 28.05.01, S. 45.

4 *R. Reifsnrath*, Frankfurter Rundschau vom 25.05.01, S. 21.

5 Der Tagesspiegel vom 27.08.03, S. 2.

6 *A. Krause*, Berliner Zeitung vom 11.03.03, S. 9.

7 *H.-J. Leersch*, Die Welt vom 08.08.01, S. 3; *G. P. Hefty*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 01.10.03, S. 1; zur „Kommissionitis-These“ aus der Perspektive der Wissenschaft *W. Zeh*, in: *A. Benz/H. Siedentopf/K.-P. Sommermann* (Hrsg.), Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung, FS König, 2004, S. 317 ff. (322).

8 Sogar die TV-Unterhaltungssendung „Die Harald Schmidt Show“ (SAT 1) hat das Thema aufgegriffen. In der Sendung vom 14.10.03 wurde eine mit Studiogästen besetzte Expertenkommission einberufen, die Vorschläge zur Verbesserung der Show machen sollte.

9 *H. Prantl*, Süddeutsche Zeitung vom 19.05.01, S. 4

10 Vgl. etwa Der SPIEGEL vom 28.05.01, S. 45.

11 Vgl. etwa *A. Krause*, Berliner Zeitung vom 11.03.03, S. 9.

zeigt sich insbesondere daran, dass die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* der Thematik sogar eine Karikatur gewidmet hat<sup>12</sup>:



Nicht weniger intensiv fiel die Kritik aus den Reihen der Politik aus, wobei auch hier der Verlust parlamentarischer Gestaltungsmacht im Zentrum stand. So qualifizierte der CSU-Bundestagsabgeordnete *Christian Ruck* die Rolle der den Koalitionsfraktionen angehörenden Bundestagsabgeordneten bei der parlamentarischen Umsetzung des sog. Atomkonsenses, mit dem sich die Bundesregierung und ausgewählte Energieversorgungsunternehmen auf die Bedingungen für einen Ausstieg aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung verständigt hatten<sup>13</sup>, wenig schmeichelhaft als „Abnickautomaten“<sup>14</sup>. Der CDU-Bundestagsabgeordnete *Karl-Josef Laumann* sprach angesichts einer (angeblichen<sup>15</sup>) Vielzahl von durch die Bundesregierung eingesetzten Expertenkommissionen von einem

12 Karikatur von *Greser&Lenz*, erschienen in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10.10.03, S. 5.

13 Dazu ausführlich unten unter B. I. 1. c) bb) (1) (a).

14 Sitzung des Deutschen Bundestages vom 27.09.01, BT-Plenarprotokoll 14/190, S. 18585D.

15 Siehe unten unter B. II. zu der Frage, inwiefern den aktuellen Entwicklungen in der 14. und 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages tatsächlich eine neue Qualität zukommt.

„Kommissionstick“ der Bundesregierung<sup>16</sup>. Selbst aus den Reihen der Koalitionsparteien war zwischenzeitlich Unmut über das Vorgehen der Bundesregierung laut geworden<sup>17</sup>.

Mittlerweile wird das Thema auch im rechts- und politikwissenschaftlichen Schrifttum intensiv diskutiert<sup>18</sup>. Dabei geht es nicht nur um den faktischen Aspekt des Phänomens der Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, ob also, wie es der Präsident des *Bundesverfassungsgerichts*, *Hans-Jürgen Papier*, formuliert, angesichts einer „sich ständig vermehrenden Zahl von [durch die Bundesregierung eingesetzten] Kommissionen, Räten, Sachverständigengremien, Expertenrunden und ähnlichem“ „die eigentliche Sachentscheidung aus dem Parlament und dem parlamentarischen Verfahren hinausverlagert“<sup>19</sup> wird<sup>20</sup>, sondern auch darum, inwiefern die möglicherweise bestehende Gefahr einer Vorprägung des parlamentarischen Willensbildungsprozesses durch solche Gremien verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet<sup>21</sup>.

Die gehörten Stimmen deuten darauf hin, dass das staatliche Steuerungsinstrument der Kooperation, das aus den unterschiedlichsten Bereichen staatlicher Tätigkeit bekannt ist und im öffentlichen Recht bislang vor allem

16 Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 25.11.02, S. 21.

17 Die politische Diskussion und die in deren Rahmen geäußerte Kritik an dem in Rede stehenden Regierungshandeln ist ausführlich im Kapitel D. dargestellt.

18 Vgl. aber *K. Meßerschmidt*, ZG 2004, S. 330 ff. (331), der mit Blick auf die sog. Hartz-Kommission mangelnde Resonanz im staatsrechtlichen Schrifttum erkennen will.

19 *H.-J. Papier*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31.01.03, S. 8.

20 Dazu *M. Herdegen* bzw. *M. Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 7 ff. (13 f. und 15 ff.) bzw. S. 37 ff. (74 ff.); *D. Grimm*, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, FS Habermas, 2001, S. 489 ff. (502 ff.); *G. F. Schuppert*, Sonderheft ZG 2003, S. 76 ff.; *M. Sebaldt*, ZG 2004, S. 187 ff.; *T. Puhl*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdBStR, Bd. III, 2005, § 48 Rn. 47; *K. Meßerschmidt*, ZG 2004, S. 332 ff.; *J. v. Blumenthal*, APuZ B 43/2003, S. 9 ff.; *M. Ruffert*, DVBl. 2002, S. 1145 ff. (1146 f.); *P. Kirchhof*, NJW 2001, S. 1332 ff.; *ders.*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 04.09.02, S. 8; *K.-R. Korte*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.07.02, S. 6; *H. H. Klein*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.11.04, S. 8; *A. v. Bogdandy*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 03.05.05, S. 8.

21 Dazu *H.-G. Dederer*, Korporative Staatsgewalt, 2004, S. 125 ff.; *L. Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 229 ff.; *F. Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 253 ff.; *D. Grimm*, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, FS Habermas, 2001, S. 489 ff. (502 ff.); *P. M. Huber*, ZG 2002, S. 245 ff. (250 ff.); *T. Puhl*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdBStR, Bd. III, 2005, § 48 Rn. 47; *K. Meßerschmidt*, ZG 2004, S. 332 ff.; *B. Pasemann/S. Baufeld*, ZRP 2002, S. 119 ff.; *M. Ruffert*, DVBl. 2002, S. 1145 ff. (1150 ff.); *V. Mehde*, AöR 127 (2002), S. 655 ff. (664 ff.); *F. Schorkopf*, NVwZ 2000, S. 1111 ff. (1113 f.); *J.-P. Schneider*, in: B. Hansjürgens/W. Köck/G. Kneer (Hrsg.), Kooperative Umweltpolitik, 2003, S. 43 ff. (47 ff.); *A. v. Bogdandy*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 03.05.05, S. 8.

im Zusammenhang mit dem Handeln der Verwaltung<sup>22</sup> und mit sog. normersetzenden<sup>23</sup> Absprachen zwischen Regierung und Privaten<sup>24</sup>, häufig Wirtschaftsverbänden, Gegenstand des wissenschaftlichen Interesses war, nunmehr auch vermehrt zur Vorbereitung parlamentarischer Gesetzgebung zum Einsatz gebracht wird. Die Rechtswissenschaft steht damit vor der Aufgabe, die Analyse der vielfältigen Problemlagen kooperativen Staatshandelns<sup>25</sup> auch aus der besonderen Perspektive des „politischen Geschäft[s] der Gesetzgebung“<sup>26</sup> vorzunehmen. Dazu will die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten. Ihre eigenständige Bedeutung ergibt sich insbesondere aus einer Zusammenschau von zwei Aspekten. Zum einen soll ein umfassender Überblick über die unterschiedlichen Erscheinungsformen des in Rede stehenden Regierungshandelns gegeben werden, indem sowohl die Gesetzesvorbereitung durch staatlich-gesellschaftliche Verhandlungsgremien, sog. Auspaktieren von Gesetzesinhalten, als auch durch Expertenkommissionen Gegenstand der Betrachtung sein werden<sup>27</sup>. Zum anderen wird besonderes Augenmerk auf den Zusammenhang zwischen der Frage, inwiefern es in der einen oder der anderen Konstellation zu einer Entparlamentarisierung des Gesetzgebungsprozesses kommt, und der verfassungsrechtlichen Problematik des kooperativen Regierungshandelns gelegt. Die Gegenüberstellung der Gesetzesvorbereitung in staatlich-gesellschaftlichen Verhandlungsgremien einerseits und in Expertenkommissionen andererseits wird in diesem Zusammenhang von spezifischem Nutzen sein.

22 Dazu etwa *H. Rossen*, Vollzug und Verhandlung, 1999; *A. Benz*, Kooperative Verwaltung, 1994.

23 Die Terminologie im Hinblick auf Absprachen zwischen Staat und Privaten, die an die Stelle einer ansonsten zu erlassenden Rechtsnorm treten, ist uneinheitlich. Neben dem im Rahmen dieser Untersuchung verwendeten Begriff der normersetzenden Absprache findet sich auf die Bezeichnung als normvermeidende oder normvertretende Absprache.

24 Dazu etwa *L. Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002; *T. Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001; *U. Dempfle*, Normvertretende Absprachen, 1994; *W. Brohm*, DÖV 1992, S. 1025 ff.; *J. Becker*, DÖV 1985, S. 1003 ff. (1005 ff.); *C. Baudenbacher*, JZ 1988, S. 689 ff.; *J. H. Kaiser*, NJW 1971, S. 585 ff.; *M. Oldiges*, WiR 1973, S. 1 ff.; *E. Bohne*, in: V. Gessner/G. Winter (Hrsg.), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8 (1982), S. 266 ff.; *ders.*, VerwArch 75 (1984), S. 343 ff.; *J. Scherer*, DÖV 1991, S. 1 ff.

25 Grundlegend *E.-H. Ritter*, AöR 104 (1979), S. 389 ff.; Nachweise zur reichhaltigen Literatur zu kooperativem Staatshandeln bei *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 115 ff.

26 *G. F. Schuppert*, Sonderheft ZG 2003, S. 4.

27 Zur Unterscheidung dieser beiden Formen kooperativen Regierungshandelns unten unter B. I. 1. und 2.

## II. Gang der Untersuchung

Die skizzierten Fragestellungen machen es zunächst erforderlich, dem bislang nur schemenhaft umrissenen empirischen Befund eine präzise Gestalt zu verleihen<sup>28</sup>, soll die rechtliche Analyse nicht auf der Grundlage von Vermutungen über das tatsächliche Geschehen vorgenommen werden. Vor dem Hintergrund, dass Phänomene staatlich-gesellschaftlicher Kooperation zur Erfüllung staatlicher Aufgaben schon seit langem zu beobachten sind, stellt sich dabei insbesondere auch die Frage, worin die neue Qualität der Entwicklungen in der 14. und 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages besteht. Zu diesem Zweck ist ein Blick auf die Geschichte kooperativen Staatshandelns in Deutschland zu werfen (Kapitel B.).

In einem nächsten Schritt sind die Ursachen der Entwicklungen unter der Regierung *Schröder* zu untersuchen, ohne deren genaue Kenntnis eine sinnvolle verfassungsrechtliche Bewertung nicht möglich ist<sup>29</sup>. Will die Untersuchung den Bedingungen erfolgreicher Politikgestaltung – gemeint ist damit in diesem Zusammenhang in aller erster Linie der Erfolg bei Wahlen und nicht so sehr der Aspekt inhaltlich „richtiger“ Politik – im Zeitalter der Massenmedien gerecht werden, kann sich die Analyse nicht darin erschöpfen, die vor allem in den Sozialwissenschaften ausführlich erörterten steuerungstheoretischen Erklärungsmuster für kooperatives Staatshandeln aufzuzeigen. Vielmehr sind auch solche Aspekte zu berücksichtigen, die sich aus dem seit einigen Jahren immer größer werdenden Einfluss einer zunehmenden Zahl von Medien auf den Politikbetrieb ergeben (Kapitel C.).

Sodann soll ein Blick auf die lebhaft politische Diskussion geworfen werden, die sich am Vorgehen der Regierung *Schröder* entzündet hat. Im Mittelpunkt steht dabei die Besorgnis um eine mögliche Aushöhlung der Funktion des Bundestages im Prozess parlamentarischer Gesetzgebung als Konsequenz des staatlich-privaten Zusammenwirkens im Vorfeld des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens (Kapitel D.).

Daran schließt sich die Frage an, inwiefern das kooperative Regierungshandeln tatsächlich eine Entparlamentarisierung von Gesetzgebung bewirkt. Zu ihrer Beantwortung ist zunächst darzulegen, wie die Gewichte zwischen Regierung und Parlament im Gesetzgebungsprozess „normalerweise“ verteilt sind. Anhand ausgewählter Gesetzgebungsverfahren aus der 14. und 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages kann sodann eine

28 Vgl. *V. Mehde*, AöR 127 (2002), S. 655 ff. (657).

29 So auch *D. Grimm*, VVDStRL 62 (2003), Diskussionsbeitrag, S. 85 f.

Aussage darüber getroffen werden, inwiefern mit dem kooperativen Regierungshandeln eine Veränderung der Entscheidungsabläufe verbunden ist, in deren Verlauf das Parlament von der Regierung „an die Wand gedrückt“<sup>30</sup>, d.h. auf die Rolle eines „Akklamationsorgans der Regierung“<sup>31</sup> reduziert wird. Schließlich stellt sich auch die Frage, inwiefern mit dem kooperativen Regierungshandeln, das „quer“<sup>32</sup> zum traditionellen, einseitig-hierarchischen Rechtserzeugungsmodus verläuft, verringerte Einflussmöglichkeiten der Ministerialbürokratien im Gesetzgebungsprozess verbunden sind, denen aufgrund hoher Wissensressourcen und Informationsverarbeitungskapazitäten gewöhnlich eine zentrale Rolle bei der inhaltlichen Vorbereitung von Gesetzgebungsprojekten zukommt (Kapitel E.).

Die auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse können in einem nächsten Schritt bei der Ermittlung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des kooperativen Regierungshandelns fruchtbar gemacht werden. Die verfassungsrechtliche Problematik macht sich nämlich in erster Linie an der Frage fest, inwieweit die Kooperation von Regierung und der von ihr ausgewählten Privaten zu einer Minderung der Steuerungspotentiale des Parlaments, aber auch der Ministerien bewirkt. Mit Blick auf die Vorgaben des Demokratieprinzips ergibt sich dies daraus, dass die Entparlamentarisierung bzw. Entministerialbürokratisierung des Gesetzgebungsprozesses insoweit gleichbedeutend ist mit einem privilegierten Zugang der privaten Kooperationspartner zum staatlichen Willensbildungsprozess. Die Frage ist dann, ob das kooperativ erarbeitete Gesetz den durch Wahlen gebildeten Volkswillen noch abzubilden imstande ist. Aus der Perspektive des Rechtsstaatsprinzips wirft die erhebliche politische Bindungswirkung, die für das Parlament – genauer: für die die Regierung tragenden Mehrheitsfraktionen – mit dem Zusammenwirken von Regierung und Privaten verbunden sein kann, die Frage nach einer möglicherweise unzulässigen Verschiebung der Kräfteverhältnisse im Gefüge der Staatsgewalten auf (Kapitel F.).

Am Ende der Subsumtion des kooperativen Regierungshandelns und der aus ihm hervorgehenden gesetzlichen Regelungen unter die Vorgaben des Grundgesetzes wird trotz zum Teil erheblicher Abweichungen vom verfassungsrechtlichen Idealbild nicht das Ergebnis der Verfassungswidrigkeit stehen. Obwohl die Rechtswissenschaft „in der Hilfestellung für

30 Der SPIEGEL vom 19.07.04, S. 40.

31 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 545; W. Zeh, in: A. Benz/H. Siedentopf/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung, FS König, 2004, S. 317 ff. (327): „Akklamationsorgan in Ratifizierungslage“.

32 V. Mehde, AöR 127 (2002), S. 655 ff. (656).

rechtlich orientiertes, im idealtypischen Fall also richterliches Entscheiden“ ankert und die Orientierung an der Kategorie „rechtmäßig/rechtswidrig“ damit als konstitutives Merkmal der Disziplin zu gelten hat<sup>33</sup>, kann dieses Ergebnis auch aus der Perspektive der Rechtswissenschaft nicht den Endpunkt der Überlegungen markieren. Damit würde nämlich vernachlässigt, dass die Legitimität staatlicher Herrschaftsausübung auch eine materielle Komponente beinhaltet, nämlich die Hervorbringung des Gemeinwohls<sup>34</sup>. Es kann aber mittlerweile als gesichertes Erkenntnis gelten, dass es sich beim Gemeinwohl um eine in der Gesamtschau aller betroffenen Interessen zu entwickelnde Größe handelt<sup>35</sup>. Der mit dem kooperativen Regierungshandeln verbundene privilegierte Zugang ausgewählter gesellschaftlicher Gruppierungen zum staatlichen Willensbildungsprozess ist damit nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen. Abschließend ist damit die rechtspolitische Fragestellung aufgeworfen, welche Maßnahmen zur Beseitigung bzw. Minimierung dieser Bedenken ergriffen werden können. Einmünden werden diese Überlegungen in einen Vorschlag für eine rechtliche Einbettung des kooperativen Regierungshandelns (Kapitel G.).

33 *M. Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 37 ff. (55 Fn. 62).

34 Zum Gemeinwohl als „Legitimationsgrund der Staatlichkeit“ *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdBSTr, Bd. III, 1988, § 57 Rn. 2; *G. F. Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 215: „Gemeinwohl als oberster Staatszweck“.

35 Zum Gemeinwohl als Verfahrensfrage *J. Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), HdBSTr, Bd. III, 1988, § 57 Rn. 88 ff.; *G. F. Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 224 ff.; *A. von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 92; *M. Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 37 ff. (61 ff.); *C. Gusy*, ZUR 2001, S. 1 ff. (5).



## B. Empirische Dimensionen – Erscheinungsformen und Abgrenzungen

Die Formulierung, wonach sich die behauptete „Entmachtung des Bundestages“ durch „Konsensrunden, Kommissionen und Experten-Räte [...]“<sup>1</sup> vollzog, weist daraufhin, dass es sich nicht etwa um eine einheitliche Erscheinungsform kooperativen Regierungshandelns handelt. In dieser Ausgangslage ist es zunächst erforderlich, eine Strukturierung des tatsächlichen Geschehens vorzunehmen (I.). Im Anschluss soll gezeigt werden, worin genau die neue Qualität des Untersuchungsgegenstandes dieser Arbeit besteht. Dies erscheint notwendig, da es sich bei der staatlich-veranlassten Einbeziehung Privater in politische Entscheidungsprozesse um ein seit langem bekanntes und vielfach anzutreffendes Phänomen handelt (II.).

### I. Erscheinungsformen

Die von der Regierung *Schröder* initiierte Einbeziehung Privater in den Prozess parlamentarischer Gesetzgebung vollzog sich durch Gremien, in denen ausschließlich oder jedenfalls auch Personen mitwirken, die keiner der drei Staatsgewalten zuzuordnen sind, sog. plural zusammengesetzte Gremien<sup>2</sup>. Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: die Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in staatlich-gesellschaftlichen Verhandlungsgremien einerseits, sog. paktierte Gesetzgebung, und in Expertenkommissionen andererseits.

#### 1. Erste Konstellation: Paktierte Gesetzgebung

Unter den Bedingungen immer komplexer werdender Gesellschaftsverhältnisse und des damit verbundenen Zuwachses an Staatsaufgaben<sup>3</sup> ist der Staat immer weniger in der Lage, die an ihn gestellten Anforderungen aus eigener Machtvollkommenheit zu erfüllen. Zur Überwindung der sich auf diese Weise zwischen dem „staatlichen Verantwortungsbereich und

1 *U. Deupmann u.a.* (oben Kapitel A. Fn. 1).

2 Begriff bei *A. Unkelbach*, Vorbereitung und Übernahme staatlicher Entscheidungen durch plural zusammengesetzte Gremien, 2001; davon zu unterscheiden sind sog. *pluralistische* Gremien, bei denen es um die Abbildung des gesellschaftlichen Pluralismus geht (dazu *K.-P. Sommermann*, in: ders. [Hrsg.], Gremienwesen und staatliche Gemeinwohlverantwortung, 2001, S. 9 ff. [9 f.]).

3 Dazu *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 ff. (623 ff.).

dem staatlichen Durchsetzungsbereich“ öffnenden Kluft<sup>4</sup>, ist der Staat in zunehmendem Maße auf die „Indienstnahme privater Akteure für Gemeinwohlziele“<sup>5</sup> angewiesen. In vielen Bereichen staatlicher Tätigkeit ist daher eine Ablösung des traditionellen, einseitig-hierarchischen Steuerungsmodus durch den Steuerungsmodus „Verhandlung“ zu verzeichnen<sup>6</sup>. Auf dem Gebiet der parlamentarischen Gesetzgebung tritt der verhandelnde Staat in Gestalt des Phänomens der paktierten Gesetzgebung auf den Plan. Es handelt sich dabei um eine Erscheinungsform kooperativer Rechtserzeugung<sup>7</sup>, die in der Politikwissenschaft zusammen mit anderen Formen der Integration privater Interessen in staatliche Entscheidungsprozesse unter dem Stichwort „Korporatismus“ in die Diskussion gekommen ist<sup>8</sup>.

#### a) Vom hierarchischen zum verhandelnden Staat

Nach der Ablösung der ständisch-feudalen durch die bürgerlich-liberale Gesellschaftsordnung war man der Auffassung, dass das Gemeinwohl ausschließlich über individuelle Freiheit zu erlangen sei. Die Funktion des Staates war darauf reduziert, die Sicherung der bestehenden Ordnung und damit die Voraussetzungen gesellschaftlicher Selbststeuerung zu garantieren. Die Instrumente, mit denen er diese Aufgabe erfüllte, waren Befehl und Zwang. Im Bereich des klassischen Ordnungsrechts kommen sie weiter zum Einsatz<sup>9</sup>. Zur Erfüllung der dem modernen „Wohlfahrts-, Interventions- und Verteilungsstaat“<sup>10</sup> zugewiesenen Aufgaben, dem eine umfassende Verantwortung für Bestand und Zukunftsgestaltung der Gesell-

4 *D. Grimm*, in: ders., *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 ff. (627 f.).

5 *H.-H. Trute*, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 13 ff. (14).

6 Dazu *F. W. Scharpf*, in: R. Czada/M. G. Schmidt (Hrsg.), *Verhandlungsdemokratie, Interessenvermittlung, Regierbarkeit*, FS Lehbruch, 1999, S. 25 ff.; *ders.*, in: M. G. Schmidt (Hrsg.), *Staatstätigkeit*, PVS-Sonderheft 19 (1988), S. 61 ff.; *D. Grimm*, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, FS Habermas, 2001, S. 489 ff. (501 ff.)

7 Zur Unterscheidung zwischen kooperativer Rechtserzeugung, kooperativer Rechtskonkretisierung und kooperativen Verwaltungsverfahren *G. F. Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 421 ff.

8 Vgl. etwa *U. v. Alemann/R. G. Heinze* (Hrsg.), *Verbände und Staat*, 1979; *K. Schubert*, in: D. Nohlen/R.-O. Schulze (Hrsg.), *Lexikon der Politik*, Bd. I, 1995, S. 407 ff.; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *H.-G. Dederer*, *Korporative Staatsgewalt*, 2004; *E.-H. Ritter*, in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 69 ff. (74).

9 *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 ff.

10 *H. Dreier*, *StWuStPr* 4 (1993), S. 647 ff. (658).

schaft zukommt, sind diese Instrumente dagegen nicht ausreichend. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich diese Ziele nicht im selben Maße wie die klassischen Ordnungsaufgaben durch den Einsatz imperativer Machtmittel erreichen lassen. Weder wirtschaftliche Aufschwünge noch technische Innovationen oder kulturelle Gewohnheiten lassen sich hoheitlich anordnen<sup>11</sup>. Wo hoheitlicher Zwang nicht anwendbar ist, ist der Staat auf die Folgebereitschaft der Steuerungsadressaten angewiesen. Der Staat findet sich damit gegenüber gesellschaftlichen Gruppen in einer Verhandlungssituation wieder, die ihn seine Position als übergeordnetes politisches Entscheidungszentrum einbüßen lässt<sup>12</sup>. Er gibt sich auf Augenhöhe mit der Gesellschaft.

## b) Funktionsweise und Voraussetzungen paktierter Gesetzgebung

### aa) Funktionsweise paktierter Gesetzgebung

Das Phänomen der paktierten Gesetzgebung<sup>13</sup> vollzieht sich in drei wesentlichen Schritten. Es handelt sich dabei um ein Zusammenspiel des kooperativen Steuerungsmodus „Verhandlung“ und dem Einsatz hoheitlicher Rechtsinstrumente. In einem ersten Schritt tritt die Regierung in Verhandlungen mit den unmittelbaren Adressaten eines Gesetzesvorhabens. Kommt es zu einem erfolgreichen Abschluss der Gespräche, steht am Ende ein als „normvorbereitende Absprache“<sup>14</sup> zu bezeichnender Gesetzespakt, mit dem sich Regierung und Private darauf verständigen, wie ein zukünftiges Gesetz beschaffen sein soll. Diese Übereinkunft bildet für die Regierung die Grundlage ihres Handelns im weiteren politischen Prozess und insbesondere im nachfolgenden parlamentarischen Verfahren. Damit beginnt der zweite Abschnitt, der die vereinbarungsgemäße Ausübung des Gesetzesinitiativrechts der Regierung zum Gegenstand hat. Gleichsam als „Erfüllungsgeschäft“ wird durch die Erarbeitung eines der

11 *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 ff. (627).

12 *H. Heinelt*, in: B. Blanke/S. v. Bandemer/F. Nullmeier/G. Wewer (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 2001, S. 10 ff. (10); *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 ff. (628).

13 Begriff bei *J.-P. Schneider*, in: B. Hansjürgens/W. Köck/G. Kneer (Hrsg.), *Kooperative Umweltpolitik*, 2003, S. 1 ff. (1 f.); *M. Morlok*, *VVDStRL 62* (2003), S. 37 ff. (76); *M. Herdegen*, *VVDStRL 62* (2003), S. 7 ff. (16); *F. Schoch*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HdBStR*, Bd. III, 2005, § 37 Rn. 40.

14 *P. M. Huber*, *ZG* 2002, S. 245 ff. (246 u. 251); *F. Schoch*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HdBStR*, Bd. III, 2005, § 37 Rn. 39; *E.-H. Ritter*, in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 69 ff. (74): „normvorbereitende Kooperation“.

normvorbereitenden Absprache entsprechenden Gesetzentwurfs durch die Regierung und dessen Einbringung ins Parlament realisiert, was in dem kooperativ gestalteten „Kausalgeschäft“ zwischen Regierung und Privaten zuvor vereinbart wurde<sup>15</sup>. Ab diesem Zeitpunkt ist das Schicksal der ausgehandelten Gesetzesinhalte in die Hände des Parlaments gelegt, womit die dritte und aus Sicht der Verhandlungspartner heikelste Phase im Prozess paktierter Gesetzgebung beginnt. Bei dem zwischen Regierung und Privaten geschlossenen Gesetzespakt handelt es sich um eine in schwierigen Verhandlungen errungene Kompromisslösung<sup>16</sup>, die für inhaltliche Änderungen im parlamentarischen Verfahren nicht ohne weiteres zugänglich ist. Die Schwierigkeiten, im Einzelfall zu einer Einigung zu gelangen, werden sehr schön an den Worten von Bundeskanzler *Schröder* deutlich, der die Entstehung des sog. Atomkonsenses zwischen Bundesregierung und Energieversorgungsunternehmen<sup>17</sup> folgendermaßen beschrieben hat<sup>18</sup>:

„Die harten Auseinandersetzungen über die Kernenergie haben die Energiepolitik über viele Jahre hinweg gelähmt. Mehrere Anläufe zu einem Konsens – ich war an fast allen beteiligt – sind gescheitert. Vor einem Jahr ist uns der Durchbruch gelungen. Heute haben wir das Ergebnis besiegelt. Dass wir dies geschafft haben – ich will das betonen –, liegt an der Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten.“

Ähnlich wie bei der Abstimmung über völkerrechtliche Verträge kann sich die die Regierung tragende Parlamentsmehrheit in einer Ratifikations-situation wiederfinden<sup>19</sup>, in der sie vor der Wahl steht, die Regierungsvorlage entweder unverändert passieren zu lassen oder ein insgesamt Scheitern des politischen Projekts zu riskieren. Dabei muss jedoch betont werden dass es im parlamentarischen Verfahren durchaus zu inhaltlichen Modifikationen der Regierungsvorlage kommen kann, ohne dass das Gesetzgebungsvorhaben scheitern muss<sup>20</sup>. Die Regierung wird dabei vom spezifischen Verbundcharakter des parlamentarischen Regierungssystems begünstigt, in welchem die Trennlinie nicht zwischen Re-

15 Vgl. *E.-H. Ritter*, in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 69 ff. (84).

16 *G. F. Schuppert*, Sonderheft ZG 2003, S. 77 f.

17 Dazu ausführlich unten unter B. I. 1. c) bb) (1) (a).

18 [www.bundesregierung.de/rede-,413.44097/Statement-von-Bundeskanzler-Ge.htm](http://www.bundesregierung.de/rede-,413.44097/Statement-von-Bundeskanzler-Ge.htm) (ab-rufbar am 03.03.05).

19 *D. Grimm*, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, FS Habermas, 2001, S. 489 ff. (503).

20 Dies wird anhand der Fallbeispiele der Novellierung des Atomgesetzes und des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes deutlich (unten B. I. 1. c) bb) [1]).

gierung und Parlament als Ganzem, sondern zwischen Regierung und Mehrheitsfraktionen auf der einen und parlamentarischer Opposition auf der anderen Seite verläuft. Eine politische Niederlage der Regierung ist damit in der Regel auch eine solche der Mehrheitsfraktionen. Wollen diese ihre Chancen, bei der nächsten Wahl erneut erfolgreich zu sein, nicht ernsthaft geschmälert sehen, werden sie daher darauf bedacht sein, „ihre“ Regierung zum Erfolg kommen zu lassen. Kommt es zum erfolgreichen Abschluss des parlamentarischen Verfahrens, d.h. wird die Vorlage von der Parlamentsmehrheit angenommen, steht am Ende als Produkt ein „ausgehandeltes Gesetz“<sup>21</sup>. Dem Parlament kann im Prozess seiner Entstehung – abhängig davon, inwieweit sich die Regierung gegenüber dem Parlament durchsetzen kann<sup>22</sup> – nicht viel mehr als die Rolle eines „Notars“ zufallen, dessen Funktion darauf reduziert ist, den zwischen Regierung und Privaten vereinbarten Gesetzesinhalten staatsrechtliche Geltung zu verleihen. An die Stelle des allgemeinen Gesetzes, das einen gemeinwohlverträglichen Ausgleich zwischen den widerstreitenden gesellschaftlichen Partikularinteressen darstellt, tritt ein „Vertrag pluralistischer Kräfte“, der die Tendenz aufweist, den außerhalb der Vereinbarung gebliebenen Bürger innerlich nicht mehr zu binden<sup>23</sup>. Die mit diesem Entzug des materialen Substrats parlamentarischer Gesetzgebung einhergehenden verfassungsrechtlichen Gefährdungen, insbesondere für die dem Parlament nach dem Grundgesetz zugewiesene Funktion im Gesetzgebungsprozess, sind offensichtlich<sup>24</sup>.

## bb) Voraussetzungen paktierter Gesetzgebung

Verhandlungsvorgänge zwischen Staat und Gesellschaft auf dem Gebiet der Gesetzgebung weisen bestimmte Voraussetzungen auf, die die Konstitution der Akteure und die Beschaffenheit der Verhandlungsgegenstände betreffen. Bei deren Betrachtung zeigt sich, dass nicht jedes Politikfeld im gleichen Maße für Verhandlungslösungen zugänglich ist.

### (1) Hoher Organisationsgrad der privaten Verhandlungspartner

Unverzichtbare Voraussetzung eines jeden Kooperationsvorgangs ist eine hinreichende Artikulationsfähigkeit der privaten Verhandlungspartner. Nur diejenige gesellschaftliche Gruppierung, die die Fähigkeit besitzt, die

21 *M. Kloepfer*, JZ 1991, S. 737 ff. (740).

22 Dazu die Fallbeispiele unten unter B. I. 1. c) bb) (1).

23 *U. Scheuner*, DÖV 1960, S. 601 ff. (605).

24 Vgl. *G. F. Schuppert*, Sonderheft ZG 2003, S. 77.