

Gesetzgebung und Verfassung

2

Michael Kloepfer (Hrsg.)

Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung

Gedächtnisschrift für Thilo Brandner



Nomos

Gesetzgebung und Verfassung

Herausgegeben von
Prof. Dr. Michael Kloepfer,
Humboldt-Universität zu Berlin

Band 2

Michael Kloepfer (Hrsg.)

Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung

Gedächtnisschrift für Thilo Brandner

2., unveränderte Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5568-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-9746-0 (ePDF)

2., unveränderte Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



T. Brundage

Vorwort

Am 6. Dezember 2009 ist Privatdozent Dr. *Thilo Brandner* in Berlin verstorben. Knapp ein Jahr später, am 26. November 2010, veranstaltete die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin ein Gedenkkolloquium zu seinen Ehren. Das Thema des Kolloquiums „Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung“ knüpft an ein zentrales Thema der Forschungen *Thilo Brandners* an. Der vorliegende Band enthält die auf diesem Kolloquium gehaltenen Reden. Neben dem Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Prof. Dr. *Bernd Heinrich*, sprachen frühere Habilitanden bzw. Assistenten an meinem Lehrstuhl und ich. Die Rechtsanwälte Dr. *Gerhard Michael* und Dr. *Andreas Neun* leiteten die Diskussionen. Möge dieser Band dazu beitragen, das Gedenken an *Thilo Brandner* wach zu halten. Er fehlt.

Berlin, im November 2010

Michael Kloepfer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	9
Begrüßung <i>Michael Kloepfer</i>	15
Geleitwort <i>Bernd Heinrich</i>	19
Thilo Brandner – Eine Würdigung <i>Dirk Uwer</i>	23
Gesetzesänderung in der Europäischen Union <i>Klaus Meßerschmidt</i>	29
A. Problemstellung	29
I. Untersuchungsziel	29
II. Untersuchungsmethode	30
III. Spezifika der europäischen Rechtsetzung	31
B. Ursachen und Motive von Gesetzesänderungen	31
C. Programmierte Gesetzesänderung	35
D. Phänomenologie der Gesetzesänderung	37
E. Gründe der europäischen Gesetzgebungsflut	38
F. Gesetzesänderung aus Sicht des Europarechts	41
G. Nationale Gesetzesänderung und Europarecht	43
H. Fazit	44
Interparlamentarische Demokratie? Zur Einbindung der nationalen Parlamente in die Rechtsetzung der Europäischen Union <i>Matthias Rossi</i>	47
A. Konzept der demokratischen Legitimation der Europäischen Union	47
I. Grundsatz repräsentativer Demokratie	48
II. Elemente partizipativer Demokratie	49
III. Aspekte interparlamentarischer Demokratie	50

Inhaltsverzeichnis

B.	Formen der Einbindung der nationalen Parlamente in die Rechtsetzung	51
I.	Informationsrechte	51
1.	Unionsrechtliche Vorgaben	52
2.	Innerstaatliche Ausgestaltung	53
a)	Unterrichtung des Bundestages	53
b)	Unterrichtung des Bundesrates	56
c)	Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesrat	57
II.	Einbindung in die Subsidiaritätskontrolle	57
1.	Unionsrechtliche Vorgaben	58
a)	Subsidiaritätsrüge innerhalb eines Frühwarnsystems	58
b)	Subsidiaritätsklage vor dem EuGH	61
2.	Innerstaatliche Ausgestaltung in der Bundesrepublik Deutschland	61
a)	Subsidiaritätsrüge	62
b)	Subsidiaritätsklage	62
aa)	Klageerhebung durch den Bundestag	62
bb)	Klageerhebung durch den Bundesrat	66
c)	Sonstige Interventionsmöglichkeiten von Bundestag und Bundesrat	67
aa)	Notbremsenmechanismus	67
bb)	Nichtigkeitsklage bei ausschließlichen Länderkompetenzen	67
III.	Einbindung der nationalen Parlamente in den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	68
IV.	Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente im Bereich der Vertragsänderung	68
1.	Ordentliches Vertragsänderungsverfahren	69
2.	Vereinfachte Vertragsänderungsverfahren	69
a)	Unionsrechtliche Vorgaben an Brückenklauseln	70
b)	Nationalrechtliche Anforderungen an Brückenklauseln in Deutschland	71
aa)	Vereinfachtes Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV	71
bb)	Weitere besondere Brückenklauseln	71
cc)	National angeordnete parlamentarische Mitwirkungspflichten	74
c)	Mitwirkung der deutschen Gesetzgebungsorgane bei anderen Klauseln	75
V.	Beteiligung der mitgliedstaatlichen Parlamente an der Unionserweiterung	76
VI.	Interparlamentarische Zusammenarbeit	77
C.	Legitimation, Konstruktion oder Illusion?	78

Gesetzgebung im Namen der Vielsprachigkeit <i>Theodor Schilling</i>	81
Zur Bindung von Gesetzen an Gesetze <i>Michael Kloepfer</i>	93
A. Allgemeines	93
B. Fragestellung und Abgrenzungen	94
I. Fragestellung	94
II. Abgrenzungen	95
C. Erscheinungsformen der Bindung von Gesetzen an Gesetze	96
I. Bindung aufgrund bestehender Verfassungsgehalte	96
1. Haushaltsgrundsätzegesetz	96
2. Maßstäbegesetz	96
II. Gesetzesanwendende Gesetze	98
1. Haushaltsordnungen und Haushaltsgesetze	98
2. Gemeindeordnungen und kommunale Neugliederungen	99
3. Gesetze über juristische Personen und deren gesetzliche Errichtung	99
III. Grundsätze der Folgerichtigkeit und der Systemgerechtigkeit	99
D. Grundlagengesetze als Rechtsfigur und Kontinuitätsreserve	101
I. Dogmatische Erfassung von Realität	101
II. Langzeitverantwortung	101
III. Anwendungsbereiche	102
E. Handlungsalternativen	103
I. Verfassungsänderungen	103
II. Verträge	104
III. Politische Planung	104
IV. Kodifikationen	105
F. Ausblick	105
Kodifikationsstrategien im Datenschutzrecht, oder: Wann ist der Zeitpunkt der Unkodifizierbarkeit erreicht? <i>Kai v. Lewinski</i>	107
A. Begriff der Kodifikation	107
B. Voraussetzungen für Kodifikation	109
I. Zuschnitt	110
1. Abgegrenztes Rechtsgebiet	110
2. Einheitliche Gesetzgebungskompetenz	110
3. Ressortkodifikation	111
4. Verbliebene Kodifikationsfelder	112
a) Grundlagenkodifikation	112
b) Kerngebietskodifikation	113

c) Bereichsspezifische Kodifikation	113
II. Richtiger Zeitpunkt	114
1. Politische Einigkeit	114
2. Fachliche Durchdringung	115
3. Kodifikation im „Herbst“	115
C. BDSG als Kodifikation	116
I. BDSG als ursprüngliche Kodifikation	116
II. Dekodifikation durch Volkszählungsurteil, technische Entwicklung und Bedeutungszuwachs	117
D. Kodifikationsstrategien für das Datenschutzrecht	119
E. Grenze der Kodifizierbarkeit	121

Vertrauen in der Gesetzgebung

Claudio Franzius 123

A. Einführung	123
B. Politische Semantik	123
C. Systematik des Vertrauens	127
I. Horizontale Dimension	128
II. Systemvertrauen	129
III. Vertrauen und hierarchische Organisation	130
D. Rechtswissenschaftliche Ordnung des Vertrauens	131
E. Schluss	134

Das Gesetz und seine Richter: Mund des Gesetzes? Rechtsbeistand des Gesetzgebers? Oder ... ?

Peter Wysk 137

A. Gesetzesbindung der Richter	138
B. Der scheinbare Gegensatz zwischen Auslegung und Anwendung des Gesetzes	139
I. Struktur der Gesetzesanwendung	139
II. Altes und neues Misstrauen gegen die Auslegung	140
C. Spielräume der Auslegung	141
I. Spielräume der Normstruktur	141
II. Vom Wert der Methoden	142
1. Spielräume der Auslegungskanones	142
2. Der Wortsinn	143
3. Die übrigen Auslegungskanones	144
4. Einsichten aus Logik und Sprachtheorie	144
III. Unschärfen der Sprache	146
1. Vagheit und Mehrdeutigkeit der Termini	147
2. Situierung der Regelungssituation	147
3. Der Gebrauch prägt die Wortbedeutung	148

Inhaltsverzeichnis

D.	Spielräume der Subsumtion	149
I.	Aufbereitung des Sachverhalts	149
II.	Angleichung an die Normen	150
E.	Grenzen	151
F.	Schlussfolgerungen	152
 Autorenverzeichnis		 155
 Lebenslauf Thilo Brandner		 157
 Schriftenverzeichnis Thilo Brandner		 159
	Einzelschriften	159
	Beiträge in Zeitschriften und Sammelwerken	159
	Buchbesprechungen	163

Begrüßung

Michael Kloepfer

Ich begrüße Sie herzlich zu dem Gedenkkolloquium der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, um Dr. *Thilo Brandners* zu gedenken, der am 6.12.2009 verstorben ist. Besonders herzlich begrüße ich die Familie von Herrn *Brandner*, *Christine Brandner*; seine Schwester, *Sabine Schaller*, und Familie; seinen Bruder, Dr. *Percy Brandner*, mit Frau; seine Schwester *Lou Brandner*. Ich begrüße seine Studienkollegen, seine Fakultäts- und Lehrstuhlkollegen, seine Studenten, seine Freunde und Bekannten. Ich bedanke mich bei allen dafür, dass Sie gekommen sind.

Sie zu diesem Gedenkkolloquium zu begrüßen fällt mir schwer, weil natürlich der Anlass ein denkbar trauriger ist. Wir sind hier, weil *Thilo Brandner* nicht mehr lebt. Und er hat eine große Lücke hinterlassen. Für jeden ist diese Lücke eine etwas andere. Seine Familie vermisst den Sohn und Bruder, seine Kollegen den aufgeschlossenen und hochintelligenten Mitstreiter und Freund, ich persönlich vermisse natürlich den Mit-Menschen, den Schüler und den brillanten Juristen, mit dem ich viele ebenso interessante wie humorvolle Gespräche geführt habe. Aber ich vermisse auch einfach sein Da-Sein, denn er war an meinem Lehrstuhl seit der Zeit in Trier und später in Berlin, d.h. seit über 25 Jahren immer präsent; er gehörte einfach dazu. Seine besondere Stellung am Lehrstuhl zeigte sich im Übrigen auch darin, dass er der Einzige der vielen ehemaligen Mitarbeiter war, der auch lange nach seinem Ausscheiden aus dem Lehrstuhl jedes Jahr zu der Weihnachtsfeier des Lehrstuhls eingeladen war, auch vor einem Jahr. Unvergessen sind etwa seine Weihnachtsgedichte bei diesen Feiern.

So schwer es für mich ist, Sie zu dem Gedenkkolloquium zu begrüßen, so leicht ist es mir, *Thilo Brandner* zu loben. Ich kann nur Gutes über ihn sagen. *Thilo Brandner* war ein hervorragender Jurist. Und er war ein freundlicher, umgänglicher, gutmütiger, ja, guter Mensch, den Menschen zugewandt und an ihnen interessiert. Er hat nie etwas Böses über andere Menschen gesagt und hat seine juristische Exzellenz nie dazu benutzt, andere zu beschämen oder vorzuführen. Ich erinnere mich beispielsweise an eine Mitarbeiter-Besprechung, bei der eine Frage auftauchte, die nur mit umfangreichem Detail- und Hintergrundwissen zu beantworten war. Meine übrigen Mitarbeiter mussten passen, nicht jedoch *Thilo Brandner*. Aus dem Stand zitierte er, stellte Zusammenhänge – her zeigte ad hoc hohe wissenschaftliche Qualität und Kenntnis. Und niemand nahm das übel oder fühlte sich unter Druck gesetzt, weil er in der Lage war, sich ohne Arroganz und

Vorführen der anderen zu äußern. Die einzige Reaktion seiner Kollegen war neidlose Bewunderung und der Satz von *Gerhard Michael*: „Thilo, gib’s Dich auch als Taschenbuch?“

Thilo Brandner war ein herzlicher Mensch, mit dem jeder gern umging, er ging auf jeden ein, hat jedem zugehört, war immer gesprächsbereit, Gespräche, die gleichermaßen entspannt wie unterhaltsam und humorvoll, kenntnisreich wie – ja auch das – lehrreich waren. Und immer – das kann ich noch einmal betonen – geprägt von Freundlichkeit und Toleranz. Streiten war seine Sache gewiss nicht. Er war gern in Gesellschaft – und man war gern in seiner Gesellschaft.

Thilo Brandner war kein ehrgeiziger Kämpfer. Er konnte seine Talente und Fähigkeiten, sein großes Wissen, seine Leidenschaft für die Wissenschaft und die Forschung vielleicht nicht immer so darstellen, dass es für ihn persönlich zum Erfolg geführt hätte. Er war ein beliebter Lehrer, seine wissenschaftlichen Schriften sind herausragend – aber er hatte nicht die Fähigkeit, dies auch so deutlich zu machen, dass er damit umfassende Aufmerksamkeit erringen konnte. Er war eher der stille, bescheidene Arbeiter in der Wissenschaft, der nicht viel Aufsehen erregte, der eher im Hintergrund blieb, während andere mit großen Worten und Schritten auf ihrem Karriereweg vorangingen. Die auftrumpfende Selbstdarstellung war gewiss nicht seine Rolle. Gefragt sind solche leisen Töne im heutigen Wissenschaftsbetrieb leider immer weniger. Diejenigen, die nicht zur täglichen Selbstdarstellung befähigt sind, diejenigen, die hoffen, Gutes werde auch so bemerkt und setze sich – auch ohne große Worte – von selbst durch, bleiben dabei leider oft zurück. Aber es sind gewiss nicht die schlechteren, die da zurückbleiben. Ganz im Gegenteil, häufig – so auch *Thilo Brandner* – sind es diejenigen, die die Universität mindestens so dringend braucht wie die, die viel Geld einwerben, die öffentlichkeitswirksam für die Universität arbeiten und zum sogenannten Eliteerfolg – was das auch immer sei – beitragen. Solche wie *Thilo Brandner* sind diejenigen, welche die Lehre mit Leidenschaft betreiben, die immer Zeit haben für ihre Studenten und immer wieder bereit sind, überobligatorisch Lehrveranstaltungen durchzuführen.

Eines der großen rechtswissenschaftlichen Themen von *Thilo Brandner* war die Gesetzgebung. Das war sein zentrales rechtswissenschaftliches Interesse, dazu hat er publiziert und auch viele Lehrveranstaltungen gehalten. Wir, seine ehemaligen Kollegen am Lehrstuhl, gedenken *Thilo Brandners* mit einem Kolloquium zu diesem seinem wissenschaftlichen Lieblingsthema. Das hätte ihn sicher fachlich interessiert und es hätte ihn gewiss auch sehr gefreut, alle, die ihn kannten, die er kannte, hier versammelt zu sehen.

Thilo Brandner war nicht nur ein ausgezeichneter Jurist, sondern er gehörte zu einer selten werdenden Gruppe umfassend gebildeter Juristen. *Brandner* war brillant und ein akademischer Lehrer mit Leib und Seele. Die Studenten dankten es ihm mit tiefer Sympathie und Anhänglichkeit. Und doch blieb ihm der so sehr gewünschte Berufsweg eines Professors an einer Fakultät versagt. Das hat ihn sicherlich sehr traurig gemacht und ihn vielleicht am Schluss verzagen lassen. Wir standen und stehen auch nach einem Jahr vor seinem Tod erschüttert und betroffen.

Lassen Sie uns von dem gebildeten Juristen und großen Menschen *Thilo Brandner*, der die Dichtung so liebte, Abschied nehmen mit dem ebenso berühmten wie letztlich wohl unergründlichen Hamlet-Monolog von *Shakespeare*. Mir jedenfalls hat sich mit dem Tod von *Thilo Brandner* der Sinn dieser schon so oft gehörten Dichterworte neu erschlossen:

„Sein oder Nichtsein, das ist hier die Frage:
Ob's edler im Gemüt, die Pfeil' und Schleudern
Des wütenden Geschicks erdulden, oder,
Sich waffnend gegen eine See von Plagen,
Durch Widerstand sie enden.
Sterben – schlafen – Nichts weiter! – und zu wissen, dass ein Schlaf
Das Herzweh und die tausend Stöße endet,
Die unsers Fleisches Erbteil – 's ist ein Ziel,
Aufs innigste zu wünschen. Sterben – schlafen – Schlafen!
Vielleicht auch träumen! Ja, da liegt's:
Was in dem Schlaf für Träume kommen mögen,
Wenn wir den Drang des Ird'schen abgeschüttelt,
Das zwingt uns still zu stehn.
Das ist die Rücksicht,
Die Elend läßt zu hohen Jahren kommen.
Denn wer ertrüg' der Zeiten Spott und Geißel,
Des Mächt'gen Druck, des Stolzen Mißhandlungen,
Verschmähter Liebe Pein, des Rechtes Aufschub,
Den Übermut der Ämter, und die Schmach,
Die Unwert schweigendem Verdienst erweist,
Wenn er sich selbst in Ruh'stand setzen könnte
Mit einer Nadel bloß!
Wer trüge Lasten,
Und stöhnt' und schwitzte unter Lebensmüh'?
Nur dass die Furcht vor etwas nach dem Tod –
Das unentdeckte Land, von des Bezirk Kein Wandrer wiederkehrt den Willen irrt,
daß wir die Übel, die wir haben, lieber Ertragen, als zu unbekanntem fliehn.
So macht Bewußtsein Feige aus uns allen...“