



Kathrin Schwärzel, Berlin

Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt in der kompetenzrechtlichen, legitimatorischen und instrumentellen Krise?*

Die Verfasserin widmet sich dem Phänomen der kooperierenden rechtserzeugenden Gewalt, das aus der Theorie und Praxis der Rechtsetzung nicht mehr wegzudenken ist. Nach einem kurzen Überblick über die Erscheinungsformen (I.) wirft sie die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit kooperativer Rechtserzeugung auf. Trotz erheblicher kompetenzrechtlicher und legitimatorischer Bedenken kommt sie zu dem Ergebnis, dass das Phänomen nicht als verfassungswidrig zu qualifizieren ist (II.).

Worin ist jedoch der Bedeutungsgewinn kooperativer Rechtserzeugung begründet? Anhand der Beobachtung, dass die traditionellen Instrumente des Staates, der Befehl und der Zwang, an Steuerungsfähigkeit verloren haben, legt sie ihre Auffassung dar, dass eben dieser Verlust an Determinationskraft den Staat in eine instrumentelle Krise versetzt, aus der er in die kooperative Rechtserzeugung mit Privaten zu flüchten sucht.

Nach dem Dafürhalten der Verfasserin ist es hingegen unverzichtbar, das Steuerungsinstrument Gesetz unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Rationalitätsvorgaben fortzuentwickeln und den veränderten Bedürfnissen der gesellschaftlichen Wirklichkeit anzupassen, anstatt es aufzugeben (III.).

S. 37

- HFR 4/2007 S. 1 -

- 1 Was bereits in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts als Phänomen des „kooperativen Pluralismus“¹ galt, ist aus der heutigen Rechtserzeugungslehre nicht mehr wegzudenken: die kooperierende rechtserzeugende Gewalt. Sie ist zugleich exemplarisch für eine Verfassungsrechtswirklichkeit, die dem grundgesetzlichen Ideal davonzueilen scheint.
- 2 Doch so wenig die Tradition der kooperierenden Rechtsetzung Zeugnis ihrer Rechtmäßigkeit ist, so wenig ist ein Abweichen vom grundgesetzlichen Ideal hinreichender Beleg für ihre Rechtswidrigkeit.
- 3 Eine Entwicklung zum kooperativen staatlichen Handeln unterbindet das Grundgesetz jedenfalls *expressis verbis* nicht.² Doch scheint bis heute unverändert das für die Steuerungsfunktion der deutschen Verfassung maßgebliche Charakteristikum die Abgrenzung zwischen staatlichem und privatem Wirkungskreis zu sein.³ Handlungsträger und Handlungsformen, so stellt Dieter Grimm fest⁴, die sich einer eindeutigen Zuordnung zu einer der Wirkungssphären entziehen, stellen die Verfassungsrechtslehre vor erhebliche Schwierigkeiten.
- 4 Nach einem kurzen Überblick über die Erscheinungsformen der kooperierenden Rechtserzeugung (I.) wollen wir uns zwei dieser problematischen Fragestellungen zuwenden – der kompetenzrechtlichen und legitimatorischen – und unter ihren Prämissen die Verfassungsmäßigkeit kooperierender Rechtserzeugung untersuchen (II.). Schließlich wollen wir uns der Frage widmen, worin der Bedeutungsgewinn kooperativer Rechtserzeugung

* Der Aufsatz wurde im Rahmen des 6. Beitragswettbewerbes mit dem 2. Preis ausgezeichnet.

¹ Ernst-Hasso Ritter, Der kooperative Staat, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1979, 389, 408.

² Veith Mehde, Kooperatives Regierungshandeln, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 2002, 655, 682.

³ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, Erscheinungsformen und Grenzen kooperativer Rechtsetzung, in: Osterloh, Lerke (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, 2004, S. 227, 237.

⁴ Dieter Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, „Historische Grundlagen“, 3. Auflage, 2003, § 1, S. 31, Rn. 73.

gung begründet ist und ob diese Entwicklung nicht lediglich Ausdruck einer instrumentellen Krise ist, von der durch die Kooperation von Staat und Privaten in der Gesetzgebung Abhilfe geschaffen wird, die diese Krise jedoch nicht löst (III.).

S. 38

- HFR 4/2007 S. 2 -

5 I. Erscheinungsformen der kooperierenden Rechtserzeugung

Als eine Ausprägung des Wandels von hierarchischen Befehlsformen zu konsensualen Steuerungsstrukturen tritt die kooperative Rechtsetzung als drittes Element neben die bereits seit Langem beobachteten Fälle des kooperativen Rechtsvollzugs und der kooperativen Rechtskonkretisierung.⁵ Dieser Entwicklung liegt die Erwartung zugrunde, durch Integration der Normadressaten in den Vorgang staatlicher Steuerung Informations- und Akzeptanzdefizite staatlicher Befehlsformen zu überwinden.⁶ Dabei sind vereinfacht⁷ zwei Erscheinungsformen der Kooperation von Staat und Privaten zu berücksichtigen.

6 1. Die kooperative Rechtsetzung

Die kooperative Rechtsetzung stellt ein auf eine gesetzgeberische Tätigkeit gerichtetes Zusammenwirken von Regierung und Privaten dar. Mit Ernst-Hasso Ritter⁸ und Gunnar Folke Schuppert⁹ sind hier die normvorbereitende Kooperation und das pluralistische Abkommen zu nennen.

Die normvorbereitende Kooperation tritt als ein Aushandeln von konkreten Eckpunkten für eine gesetzliche Regelung oder gar von Gesetzesentwürfen auf.¹⁰

Als pluralistisches Abkommen¹¹ mag ein Gesetz bezeichnet werden, das Ergebnis eines mehrseitigen Aushandlungsprozesses, einer paktierten Gesetzgebung¹² ist und nach Peter Badura in der Logik des pluralistischen Parteienstaates Begründung findet¹³. Diese paktierte Gesetzgebung reicht in ihrer Konkretisierung über die normvorbereitende Kooperation hinaus und verlagert den Schwerpunkt der Gesetzgebung in ein vorparlamentarisches Stadium. Die Bundesregierung verpflichtet sich, ungeachtet der Kompetenzen der Bundesgesetzgebungsorgane Bundestag und Bundesrat, die gesetzgeberische Umsetzung der Ergebnisse des Aushandlungsprozesses zu gewährleisten. Als Beispiele der 14. Legislaturperiode können hier mit Gunnar Folke Schuppert das Atomausstiegsgesetz¹⁴ und das Kraft-Wärme-Kopplungs-Modernisierungsgesetz¹⁵, das eine Verbindung von gesetzlicher Regelung und Selbstverpflichtung der Wirtschaft vorsieht, genannt werden.¹⁶

S. 39

- HFR 4/2007 S. 3 -

7 2. Die kooperative Normvermeidung

Erst auf den zweiten Blick wird der Verhandlungsgegenstand der kooperativen Norm-

⁵ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 227.

⁶ Florian Becker, *Kooperative und konsensuale Strukturen der Normsetzung*, 2005, S. 47ff.

⁷ Einen umfassenden Überblick über die Erscheinungsformen der Kooperation von Staat und Privaten bietet Lothar Michael, *Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat*, 2002, S. 20ff.

⁸ Ernst-Hasso Ritter, (Fn.1), S. 409f.

⁹ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 228ff.

¹⁰ Vgl. Ernst-Hasso Ritter, *Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 69, 74.

¹¹ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 228.

¹² Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 229.

¹³ Peter Badura, *Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie*, in: Peter Badura/Joseph H. Kaiser (Hrsg.), *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, 1987, S. 9, 16.

¹⁴ Bezeichnend ist bereits der Begriff *Atomkonsens*, der in den Medien zum Teil synonym für die gesetzliche Regelung verwendet wurde.

¹⁵ Bemerkenswert ist, dass an dem Entwurf für ein Kraft-Wärme-Kopplungs-Modernisierungsgesetz im Gesetzgebungsverfahren beachtliche Veränderungen durchgesetzt wurden; vgl. Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 232.

¹⁶ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 229ff.

vermeidung erkennbar, bezieht dieser sich doch auf die negative Kompetenz der Gesetzgebungsorgane. Aus dem Zusammenwirken von Staat und Privaten ergibt sich hier der Verzicht des staatlichen Verhandlungspartners auf Gesetzesinitiativen und Verordnungsgebung, gar auf die Ausübung der positiven gesetzgeberischen Kompetenz¹⁷, und die Selbstverpflichtung¹⁸ des privaten Verhandlungspartners an Stelle einer staatlichen Regelsetzung.¹⁹

Die Regierung als staatliche Verhandlungspartnerin stellt folglich nicht nur in Aussicht, auf ihr Initiativrecht aus Art. 76 Abs. 1 GG zu verzichten, sondern zugleich ihren Einfluss auf die Mehrheit der Bundestagsabgeordneten geltend zu machen, um ein gesetzgeberisches Unterlassen möglichst zu gewährleisten.²⁰ Das staatliche Gesetzgebungsrecht fungiert nur noch als die Konzessionsbereitschaft der Privaten förderndes Drohmittel.²¹

Diese normvermeidenden Absprachen unterliegen zwar keiner Rechtsverbindlichkeit. Sie sind somit gerichtlich nicht durchsetzbar. Dennoch zeitigen sie eine verhaltenssteuernde Wirkung.²² Indem sie nicht selten konkrete Zielvorgaben und Sanktionsmöglichkeiten im Falle der Nichteinhaltung der vereinbarten Verpflichtungen vorsehen, haben sie nicht mehr nur normvermeidenden, sondern auch normsubstituierenden Charakter und werden bisweilen als normvertretende Absprachen bezeichnet.²³

- 8 Die Erscheinungsformen der kooperativen Rechtserzeugung werden in der juristischen Literatur, den dichotomischen Beurteilungsmaßstäben von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit verbunden, seit ihrer Diagnose argwöhnisch betrachtet. Insbesondere den Fragen nach der Legitimation, der Grundrechtsgeltung, dem Kompetenzgefüge, den rechtstaatlichen Verbürgungen, dem Demokratieprinzip und dem Rechtsschutz scheint mit positivistischen, deduktiven Ansätzen kaum beizukommen.²⁴ Gunnar Folke Schuppert spricht gar von einem „in dieser Eindeutigkeit überraschenden Befund resignativer Hilflosigkeit“²⁵.

S. 40

- HFR 4/2007 S. 4 -

9 **II. Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt in der kompetenzrechtlichen und legitimatorischen Krise?**

Den verfassungsrechtlichen Fragestellungen widmet sich Veith Mehde und unterzieht die konsensualen Rechtsetzungsstrukturen einer sorgfältigen verfassungsrechtlichen Prüfung.²⁶ Auf die kompetenzrechtlichen und legitimatorischen Bedenken soll an dieser Stelle eingegangen werden.

10 **1. Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt in der kompetenzrechtlichen Krise?**

Das Kompetenzgefüge ist Teil der Grundfunktionen einer Verfassung²⁷ und unentbehrlich für einen der Rechtstaatlichkeit verpflichteten Verfassungsstaat. Deshalb bedarf die Beteiligung der Regierung an Absprachen mit Privaten als Ausübung hoheitlicher Ge-

¹⁷ Vgl. Veith Mehde, (Fn. 2), S. 658.

¹⁸ Für eine umfangreiche Darstellung von bisherigen Selbstverpflichtungen der Wirtschaft sei hier auf Gabriele Hucklenbruch, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 31ff. verwiesen.

¹⁹ Des Weiteren normvermeidende Verträge nennt Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 232f.

²⁰ Veith Mehde, (Fn. 2), S. 659.

²¹ Dieter Grimm, Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, in: Wingert, Lutz/Günther, Klaus, Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, 2001, S. 489, 502.

²² Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 234.

²³ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 245. Lothar Michael, (Fn. 7), S. 41, kritisiert diesen Begriff wegen seiner Unschärfe und wählt stattdessen als Oberbegriff für normabwendende, normverdrängende und normflankierte Absprachen die Kategorie der normersetzenden Absprachen.

²⁴ Lothar Michael, (Fn. 7), S. 663.

²⁵ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 234.

²⁶ Veith Mehde, (Fn. 2), S. 655ff.

²⁷ Lothar Michael, (Fn. 7), S. 416.

walt einer ihr verliehenen Kompetenz. Informales Handeln, hier insbesondere im Falle normvertretender Absprachen, deren Gegenstand der Verzicht des staatlichen Verhandlungspartners auf eine hierarchische Regelung ist, wird von der Versuchung begleitet, die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu umgehen²⁸.

In der Literatur wird überwiegend eine Kompetenz der Bundesregierung zur kooperativen Rechtserzeugung mit Privaten aus ihrem Initiativrecht in Art. 76 Abs. 1 GG abgeleitet und dabei nicht berücksichtigt, dass der kooperierende Staat in den Verhandlungen mit Privaten funktionell die Verhandlungs- und Beschlussfunktion der rechtsetzenden Gewalt ausübt.²⁹ Es offenbart sich hier eine an der Rechtswirklichkeit orientierte Argumentation, die eine Verfremdung des Art. 76 Abs. 1 GG zu ihrer Grundlage macht. Mit Lothar Michael³⁰ muss darauf hingewiesen werden, dass das Gesetzesinitiativrecht der Bundesregierung unselbstständig und insbesondere an der Fähigkeit der Regierung ausgerichtet ist, mehrheitsgetragene und fachkundig erarbeitete Gesetzesvorlagen in das Parlament einzubringen. Daraus kann jedoch nicht eine die Kompetenzverschiebung fördernde Berechtigung der Regierung abgeleitet werden. Das Grundgesetz verleiht der Regierung im Ordnungsrecht des Art. 80 GG ausdrücklich und unter der Voraussetzung einer vorhandenen Rechtsgrundlage und teils erforderlicher Zustimmung des Bundesrates die Kompetenz zur Rechtsetzung. In der Annahme, Art. 76 Abs. 1 GG verleihe der Regierung die Zuständigkeit zur Rechtserzeugung über Art. 80 GG hinaus, würde eine Widersprüchlichkeit des Grundgesetzes vermutet, für die es im Übrigen wenig Anhalt gibt.

Alternativ werden für das kooperative Handeln der Bundesregierung eine Verordnungsermächtigung nach Art. 80 GG, geringstenfalls eine Kooperationsermächtigung

analog Art. 80 GG gefordert.³¹ Dies mag ein Instrument sein, die kompetenzrechtliche Krise, wie sie hier lediglich angedeutet wurde, zu entschärfen.

S. 41

- HFR 4/2007 S. 5 -

11 2. Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt in der legitimatorischen Krise?

Sowohl die kooperierende rechtsetzende als auch die kooperierende normvermeidende Gewalt rufen Bedenken bezüglich ihrer personellen Legitimation³² hervor, denn bei dieser Ausübung rechtserzeugender Gewalt werden Private zu Teilhabern ohne demokratische Legitimation³³. Zu klären ist jedoch, wann aus verfassungsrechtlicher und legitimatorischer Sicht von einer unzulässigen Beeinträchtigung der zentralen Rechtsetzungsinanz, dem Parlament,³⁴ auszugehen ist.

Wirkt im ersten Fall der kooperativen Rechtsetzung die Bindungswirkung des Vereinbarten auf die positive Kompetenz der Gesetzgebungsorgane und steht folglich die der Beschlussfassung über völkerrechtliche Verträge ähnliche³⁵ Ratifikationslage zu befürchten, so zeitigt im Fall der kooperativen Normvermeidung das ausgehandelte Unterlassen Wirkung auf die negative Gesetzgebungskompetenz und drängt zum Verzicht auf die Ausübung legislativer Entscheidungsbefugnisse. Hinzu tritt, dass die zur Einflussnahme auf das legislative Handeln der Gesetzgebungsorgane bestimmten Vereinbarungen nicht den „ungefilterten“ Willen der auch – abgeleitet – demokratisch legitimierten Regierung widerspiegeln.³⁶ Vielmehr sind sie im Wege des Kompromisses zwischen den demokratisch nicht legitimierten Interessenvertretern der pluralistischen Ge-

²⁸ Vgl. auch Lothar Michael, (Fn. 7), S. 418.

²⁹ Lothar Michael, (Fn. 7), S. 433.

³⁰ Lothar Michael, (Fn. 7), S. 431.

³¹ Lothar Michael, (Fn. 7), S. 433.

³² Die hier nicht behandelte Frage nach der sachliche Legitimation ist Gegenstand der Überlegungen von u.A. Veith Mehde (Fn. 2), S. 670f. und Lothar Michael (Fn. 7), S. 491ff.

³³ Lothar Michael, (Fn. 7), S. 489f.: „Personelle Legitimation lässt sich nicht beliebig ableiten.“

³⁴ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 505.

³⁵ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 503.

³⁶ Veith Mehde, (Fn. 2), S. 667.

sellschaft und der Bundesregierung ausgehandelt worden.³⁷

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese von der kooperierenden rechtserzeugenden Gewalt bewusst hervorgerufene Bindungswirkung nur politischer, nicht hingegen rechtlicher Natur ist. Trotz zumeist erdrückender politischer Sachzwänge bleibt es sowohl dem Bundestag als auch dem Bundesrat unbenommen, von ihren Initiativrechten nach Art. 76 Abs. 1 GG und ihren durch das Demokratieprinzip gewährleisteten Entscheidungsbefugnissen im Gesetzgebungsverfahren Gebrauch zu machen und sich jedweder Bindungswirkung zu entziehen.³⁸ Wie Dieter Grimm³⁹ es formuliert, müsste dann jedenfalls die Mehrheit der Bundestagsabgeordneten die von ihr gestützte Regierung desavouieren. Das wird regelmäßig kaum zu erwarten sein.

- 12 Solange sich jedoch nicht eine rechtliche Beschränkung oder gar Umgehung der Rechte der Parlamente offenbaren⁴⁰, wird eine verfassungsrechtlich unzulässige Beeinträchtigung der zentralen Rechtsetzungsinstanz⁴¹ und folglich jedenfalls eine auf Lösung drängende legitimatorische Krise der kooperierenden rechtsetzenden Gewalt zu verneinen sein müssen.
- 13 Mit Veith Mehde stellen wir daher – wohl mit spürbarem Unbehagen – fest, dass das Phänomen der kooperativen Rechtsetzung nicht als eklatant verfassungswidrig zu qualifizieren ist⁴². Das Unbehagen ist allerdings Ansporn genug, über diesen Stand der Erkenntnis hinauszugelangen und sich den Gründen für den Bedeutungsgewinn des Phänomens der kooperativen Rechtsetzung zu widmen.

S. 42

- HFR 4/2007 S. 6 -

14 **III. Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt in der instrumentellen Krise?**

Aus der abzulehnenden Verfassungswidrigkeit der kooperierenden Rechtserzeugung ist noch kein Aufschluss darüber zu erlangen, warum in der Rechtswirklichkeit vom grundgesetzlich vorgezeichneten Verfahren abgewichen wird. Machen eine gesteigerte Qualität und Problemlösungskapazität einen Verzicht auf diese Verfahrensregeln nachvollziehbar, durch den die grundgesetzlichen Bestimmungen an Steuerungskraft einbüßen oder befindet sich die hierarchisch gesetzgebende Gewalt in der instrumentellen Krise, der durch Kooperation mit Privaten Abhilfe geschaffen werden soll?

15 **1. Der Bedeutungsgewinn der kooperativen Rechtsetzung**

Dieter Grimm diagnostiziert eine Veränderung des staatlichen Instrumentariums und stellt fest, dass sich die bewährten Mittel des Staates von Befehl und Zwang zunehmend als ungeeignet bei der Ordnungsgestaltung und der Erfüllung wohlfahrtsstaatlicher Aufgaben erweisen.⁴³ Sei der Einsatz dieser Mittel teils faktisch unmöglich, rechtlich gar unzulässig oder sei er zwar möglich und zulässig, doch nicht opportun.⁴⁴

Insbesondere die Komplexität der gesellschaftlichen Wirklichkeit lässt die Determinationskraft hierarchischer staatlicher Instrumente schwinden.⁴⁵ Wie Frank-Walter Steinmeier, damaliger Leiter des Bundeskanzleramtes und gegenwärtiger Bundesaußenminister, bereits mit Blick auf die parlamentarische Gesetzgebung einräumt, brächten Regierung und Parlament in der modernen, hochkomplexen Gesellschaft die erforderliche Sachkenntnis für sachadäquate Entscheidungen nicht mehr auf.⁴⁶ Dieses Scheitern,

³⁷ Veith Mehde, (Fn. 2), S. 667f.

³⁸ Lothar Michael (Fn. 7), S. 491 stellt das Mindesterfordernis einer Kooperationsermächtigung, die der Bundesregierung durch das Parlament analog Art.80 GG erteilt werden sollte, auf.

³⁹ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 503.

⁴⁰ Vgl. Veith Mehde, (Fn. 2), S. 669.

⁴¹ Vgl. Fn. 34.

⁴² Veith Mehde, (Fn. 2), S. 682.

⁴³ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 500.

⁴⁴ Vgl. Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 500f.

⁴⁵ Ähnlich Frank-Walter Steinmeier, (Fn. 29), S. 268.

⁴⁶ Frank-Walter Steinmeier, Konsens und Führung, in: Franz Müntefering/Matthias Machnig (Hrsg.), Sicherheit im Wandel, 2001, S. 263, 265, zitiert nach Veith Mehde, (Fn. 2), S. 661, Fn. 23.

nicht jedoch eine per se gesteigerte Qualität und Problemlösungskapazität kooperativer Rechtsetzung, veranlasst den Staat zur Suche nach Alternativen zu Befehl und Zwang und lässt ihn im Mittel der Kooperation mit Privaten vermeintlich fündig werden.

Im Kooperationsprozess verlässt der Staat sodann seine Herrschaftsposition⁴⁷ und zieht die Teilhabekategorie der Einflusskategorie⁴⁸ vor. Diese Handlungsform bringt für beide Verhandlungspartner durchaus Vorteile⁴⁹: Der private Partner schafft sich seine Verpflichtungen selbst. Er kann auf ihre Ausgestaltung, ihren Umfang und die Sanktionierung im Falle der Nichterfüllung maßgeblich Einfluss nehmen. Der Staat hingegen spart an Informations- und Implementationskosten und mag auf die Überwindung von Akzeptanzdefiziten hoffen.

- 16 Es lässt sich somit konstatieren, dass die traditionellen Instrumente des Staates, der Befehl und Zwang, mithin die bewährte Gesetzgebung nach dem Grundgesetz, an Steuerungsfunktion verloren haben. Dieser Verlust an Determinationskraft versetzt den Staat in eine instrumentelle Krise, aus der er sich unter Abweichung vom grundgesetzlich vorgezeichneten Verfahren in die Kooperation mit Privaten flüchtet.

Ist nun tatsächlich davon auszugehen, dass diese „moderne“ kooperative Rechtserzeugung der soeben festgestellten instrumentellen Krise des Staates abhilft?

S. 43

- HFR 4/2007 S. 7 -

17 **2. Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt in der instrumentellen Krise**

Nicht von einer instrumentellen Krise der kooperierenden rechtserzeugenden Gewalt spricht Gunnar Folke Schuppert. Vielmehr lässt er sich auf der Suche nach sektorenübergreifenden Denkansätzen und Konzepten⁵⁰, um dem strukturellen Dilemma der Steuerungsschwäche des Verfassungsrechts im kooperativen Staat beizukommen, von vier Konzepten inspirieren, die für die kooperative Erfüllung öffentlicher Aufgaben schlüssige, legitimierende Erklärungsmuster und Strukturierungsvorgaben vorsehen.⁵¹ Bei der Übertragbarkeit dieser Konzepte auf die kooperative Rechtsetzung konzidiert Gunnar Folke Schuppert jedoch⁵², dass sie die Bereiche der Kooperation von Staat und Privaten in der Rechtserzeugung erfassen, in denen der Staat durch rechtliche Rahmen- bzw. Strukturvorgaben eine ineinander greifende Rechtserzeugung durch staatliche und nichtstaatliche Normproduzenten ermöglicht.⁵³ Eine Übertragung der konzeptionellen Ansätze auf die Bereiche der paktierten Gesetzgebung oder der paktierten Normvermeidung hingegen sei weniger aufschlussreich.⁵⁴ Als Schlussfolgerung daraus schlägt er verpflichtende Verfahrenselemente in der Rechtsetzungskooperation zur Gewährleistung von Mindeststandards an Rechtsstaatlichkeit und Rationalität vor.⁵⁵

- 18 Darin bestätigt sich die Annahme, dass der Verlust des Gesetzes an Determinationskraft bis heute nicht durch dem Gesetz als ein Mittel, über welches sich sowohl Demokratie als auch Rechtsstaat verwirklichen,⁵⁶ gleichwertige Regelungsinstrumente ausgeglichen werden konnte.

⁴⁷ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 501.

⁴⁸ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 502.

⁴⁹ Vgl. hierzu auch Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 502.

⁵⁰ So lautet die Teilüberschrift unter IV. bei Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 239.

⁵¹ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 239ff. Er setzt sich mit dem Konzept der Verantwortungsteilung, dem Konzept der Strukturierung von Public Private Partnership, dem Konzept der regulierten Selbstregulierung und dem Konzept des Gewährleistungsstaates auseinander und verweist für weitere Ausführungen auf einige seiner Veröffentlichungen (vgl. seine Fn. 42.).

⁵² Insbesondere bei der Beurteilung der Übertragbarkeit des Konzepts des Gewährleistungsstaates auf die kooperative Rechtsetzung kommt er zu diesen Schlussfolgerungen.

⁵³ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 243.

⁵⁴ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 243.

⁵⁵ Gunnar Folke Schuppert, (Fn. 3), S. 245, kann sich eine vollständige Rechtsprüfung durch das Bundesministerium der Justiz mit den für die Prüfung völkerrechtlicher Verträge vorgesehenen längeren Prüfungsfristen vorstellen.

⁵⁶ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 498.

Zu den Erwägung einer sinkenden Steuerungsfähigkeit des Gesetzes durch die kooperative Rechtserzeugung treten folglich sogleich rechtstaatliche Bedenken hinzu, denn aus der Perspektive des Art. 20 Abs. 3 GG stellt jede negative Einwirkung auf die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes ein Infragestellen rechtstaatlicher Verfasstheit dar⁵⁷, insbesondere insoweit, als ein vergleichbares Maß an Rechtsstaatlichkeit in der kooperativen Rechtserzeugung nicht verwirklicht wird. Man mag derzeit diese Bedenken noch zurückweisen können, womöglich müssen, da die in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Gesetzesbindung und Funktionenabgrenzung zwischen den Staatsorganen⁵⁸ durch die bisherige kooperative Rechtserzeugung nicht augenscheinlich beeinträchtigt worden sind. Einen Verlust an Rechtsstaatlichkeit durch sich mindernde bzw. geminderte Steuerungsfähigkeit des Gesetzes zu befürchten entbehrt hingegen nicht jedweder Begründung.

S. 44

- HFR 4/2007 S. 8 -

- 19 Durch das Ausweichen auf die bisherigen Formen der kooperativen Rechtsetzung werden mithin die Rationalitätsgarantien demokratischer Rechtsetzung entkräftet⁵⁹, verfassungsrechtlich vorgesehene Entscheidungsinstanzen und -verfahren entwertet⁶⁰ und schließlich die Erosion parlamentarischer Gesetzgebung eingeleitet.
- 20 Auf längere Sicht ist daher zu befürchten, dass nicht zu überwindende Informationsasymmetrien zwischen dem Staat und den Privaten, die es bereits zu beobachten gibt und die in ihrer heutigen Erscheinung paradoxerweise der Begründung für die kooperative Rechtsetzung dienen, sowie uneinholbare Kompetenzvorsprünge der Privaten entstehen werden. Diese Überlegenheit wird sodann Rechtfertigung für einen noch stärkeren Rückgriff auf die kooperative Rechtserzeugung sein. Zugleich wird das hierarchisch erzeugte Gesetz weiter an Determinationskraft und Attraktivität verlieren. Die Regelungsbereiche kooperativer Rechtsetzung werden sich ausdehnen, ohne dass die rechtserzeugende Tätigkeit der Privaten in einem parlamentarischen Gesetzgebungsprozess wirkungsvoll einer Kontrolle unterzogen werden wird. Die kooperative Rechtsetzung wird daher weniger ein Weg aus der instrumentellen Krise als in die instrumentelle Krise sein.
- 21 Anstatt den Ausweg über eine Fortentwicklung des Mittels Gesetz zu suchen, wählt der Staat - kurzsichtig - die vermeintlich innovativere, jedoch an Legitimitäts- und Rationalitätsmangel krankende kooperative Rechtsetzung.
- 22 Die kooperierende rechtserzeugende Gewalt wird ihr Handeln an den verfassungsrechtlichen Normen messen lassen müssen und an jenen ihre Grenzen finden. Doch der Verlust an Rationalität und Legitimität ist, wie hier gezeigt, nicht zwangsläufig mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit zu belegen. Im Interesse an seiner eigenen Steuerungsfähigkeit täte der Staat gut daran, sein bisher zentrales Steuerungsinstrument, das Gesetz, unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Rationalitätsvorgaben der Rechtserzeugung fortzuentwickeln und den veränderten Bedürfnissen der gesellschaftlichen Wirklichkeit anzupassen, anstatt es aufzugeben. Erst dann wird die kooperierende rechtserzeugende Gewalt der instrumentellen Krise entkommen.

Zitierempfehlung: Kathrin Schwärzel, HFR 2007, S. 37 ff.

⁵⁷ Vgl. Wilfried Erbguth, Bauleitplanung und private Investitionen, Verwaltungsarchiv (VerwArch) 89 (1998), 189, 219.

⁵⁸ Veith Mehde, (Fn. 2), S. 673.

⁵⁹ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 498.

⁶⁰ Dieter Grimm, (Fn. 21), S. 503.