

8° 7 87-51/2

Zeitschrift für Gesetzgebung ZG

2. Jahrgang · 1987



C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München 1987

Herausgeber

Prof. Dr. Carl Böhret, Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer – *Dr. Erich Bülow*, Ministerialdirektor, Bonn – *Prof. Dr. Thomas Fleiner-Gerster*, Universität Freiburg i. Uechtland – *Herbert Helmrich MdB*, Rechtsanwalt und Notar, Bonn – *Dr. Jürgen Hensen*, Regierungsdirektor, Bonn – *Prof. Dr. Hermann Hill*, Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer – *Prof. Dr. Ulrich Karpen*, Universität Hamburg – *Dr. Harald Kindermann*, Regierungsrat, Bonn – *Dr. Gerald Kretschmer*, Ministerialrat, Bonn – *Dr. Peter Michael Mombaur*, Deutscher Städte- u. Gemeindebund, Düsseldorf – *Prof. Dr. Theo Öhlinger*, Universität Wien – in Verbindung mit der Gesellschaft z. Förderung der Entbürokratisierung e. V., Bonn

Beirat

Prof. Dr. Norbert Achterberg, Universität Münster – *Dr. Eberhard Baden*, Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Peter Badura*, Universität München – *Prof. Dr. Kurt Eichenberger*, Universität Basel – *Dr. Friedrich Karl Fromme*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Frankfurt – *Dr. Gerhart Holzinger*, Bundeskanzleramt, Wien – *Dr. Karl Huber*, a. Bundeskanzler, Bern – *Prof. Dr. Josef Isensee*, Universität Bonn – *Prof. Dr. Hans Hugo Klein*, Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe – *Dr. Peter Kostelka*, Parlamentsdirektion, Wien – *Adalbert Leiding*, Landkreistag Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf – *Prof. Dr. Peter Lerche*, Universität München – *Dr. Ernst-Gottfried Mahrenholz*, Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe – *Prof. Dr. Ingo von Münch*, Senator, Hamburg – *Prof. Dr. Kurt Rebmann*, Generalbundesanwalt, Karlsruhe – *Prof. Dr. Heinz Schäffer*, Universität Salzburg – *Dr. Wolfgang Schäuble MdB*, Bundesminister, Bonn – *Prof. Dr. Hans Schneider*, Heidelberg – *Prof. Dr. Rupert Scholz*, Senator, Berlin – *Prof. Dr. Christian Starck*, Universität Göttingen – *Prof. Dr. Klaus Stern*, Universität Köln – *Dr. Hans de Wit MdB*, Rechtsanwalt, Bamberg/Bonn – *Dr. Fritz Wittmann MdB*, Rechtsanwalt, München/Bonn – *Dr. Karl von Wogau MDEP*, Straßburg

ISBN 3 406 321 666

ZG Zeitschrift für Gesetzgebung.

Schriftleitung und verantwortlich für den Textteil: Regierungsdirektor *Dr. Jürgen Hensen*, Auf dem Girzen 31, 5307 Wachtberg-Pech, Fernruf (02 28) 56 20 32 oder 32 53 69.

Manuskripte: Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden.

Alle Urheber- und Verlagsrechte einschließlich der Mikroverfilmung sind vorbehalten. Der Verlag erlaubt allgemein die Fotokopie zu innerbetrieblichen Zwecken, wenn dafür eine Gebühr an die VG Wort, Abteilung Wissenschaft, Goethestr. 49, 8000 München 2, entrichtet wird, von der die Zahlungsweise zu erfragen ist.

Anzeigenverwaltung: Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Bockenheimer Landstr. 92, 6000 Frankfurt 1, Postanschrift: Postfach 11 02 41, 6000 Frankfurt 11, Tel.: 069/74 26 36, Telex: 41 24 72 beckf d, Telefax: 069/74 86 83. Verantwortlich für den Anzeigenteil: Heinz Runkel.

Anzeigenpreise: Vorerst auf Anfrage. **Anzeigenschluß:** Ca. 14 Tage vor Erscheinen.

Verlag: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), Wilhelmstr. 9, 8000 München 40, Tel.: 089/3 81 89-1, Telex: 5 215 085 beck d, Telefax: 089/38 18 93 98. Postgirokonto: München Nr. 62 29-802. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans-Dieter Beck und Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Vier Hefte jährlich

Bezugspreis 1987: Jährlich DM 168,- (darin DM 10,99 MwSt.); **Einzelheft:** DM 44,- (darin DM 2,88 MwSt.). Jeweils zuzüglich Versandkosten.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahrgangsende erfolgen.

Adressenänderungen: Bei Adressenänderungen muß neben dem Titel der Zeitschrift die neue und alte Adresse angegeben werden.

Druck: Appl, Wemding



P 502-1

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

<i>Eike v. Hippel</i> , Regelungstypen – Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre	1
<i>Rolf Herber</i> , Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung . .	17
<i>Peter Hanau</i> , Staat und Universität – Ihr Verhältnis bei der Vorbereitung von Gesetzen . .	97
<i>Heinz Schäffer</i> , Legistische Richtlinien in Österreich; Entwicklung, Stand und wissenschaftliche Kritik	112
<i>Edzard Schmidt-Jortzig</i> , Kommunale Satzungen als Form materieller Rechtsetzung durch Selbstverwaltungskörperschaften	193
<i>Reinhard Hendler</i> , Unitarisierungstendenzen im Bereich der Gesetzgebung – Zum Verhältnis von Landesgesetzgebungskompetenzen und Bundesgesetzgebung	210
<i>Roman Herzog</i> , Offene Fragen zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber	290
<i>Peter Badura</i> , Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung . .	300

Forum

<i>Harald Kindermann</i> , Legaldefinition und üblicher Sprachgebrauch	43
<i>Karl Heinz Musset</i> , Normenflut im Steuerrecht – Ursachen und Möglichkeiten ihrer Eindämmung	60
<i>Karl-Heinz Ladeur</i> , Der Vorbehalt des Gesetzes im Telekommunikationsrecht, Das Beispiel des ISDN	140
<i>R. Peter Dach</i> , Verfassungsrechtliche Aspekte der konsultativen Volksbefragung	158
<i>Franz-Ludwig Knemeyer</i> , Mustergesetzentwürfe als Mittel der Rechts- und Verfahrensvereinheitlichung – Darstellung am Beispiel des Polizeirechts – MEPolG	228
<i>Hermann Hill</i> , Steuerreform als Chance zur Verbesserung der Steuergesetzgebung	238
<i>Meinrad Dreher</i> , Verrechtlichung und Entrechtlichung – Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kartellrecht	312
<i>Gerd Stähler</i> , Die Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der Gesetzgebung Nordrhein-Westfalens	345
<i>Gerhart Holzinger</i> – <i>Andreas Manak</i> , Rechtsbereinigung in Österreich	362

Berichte, Analysen, Kommentare

<i>Christian Starck</i> , Die Allgemeinheit des Gesetzes – Bericht über eine Tagung in Göttingen	73
<i>Ulrich Karpen</i> , Das Symposium „Gesetzgebung und Rechtskultur“ am 22./23. Mai 1986 in Salzburg	76
<i>Theodor Keck</i> , Fragen der Gesetzgebungstechnik bei der Rechtsbereinigung – Darstellung am Beispiel der Bayerischen Rechtssammlung (BayRS)	81
Vorankündigung: Tagung „Zwischenbilanz und Perspektiven der Entbürokratisierung“ der Gesellschaft zur Förderung der Entbürokratisierung e. V., Bonn (GFE) am 2. April 1987 in Bonn	87
<i>Helmut Goerlich</i> , Gesetzgebung und Staatsrechtslehre – Die Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer vom 15.–18. Oktober 1986 in München	168
<i>Eckart Scharmer</i> , Der Regierungsentwurf zum Baugesetzbuch im Praxistest	174
<i>Hans-Urs Wili</i> , Eigenheiten schweizerischer Rechtsbereinigung	180
<i>Gerald Kretschmer</i> , Aus der Arbeit des Geschäftsordnungsausschusses des 10. Bundestages . .	268

<i>Eberhard Baden</i> , Vom Gesetzgeber, der „klüger“ sein wollte als das Gesetz	
– Ein gescheiterter Versuch des Gesetzgebers, die Rechtsprechung zu korrigieren	274
<i>Ralf Unkart</i> , Rechtsbereinigung in Kärnten	278
<i>Edzard Schmidt-Jortzig</i> , Gesetzgebung als Wissenschaftsaufgabe	
– Zur Gründung der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung	374
<i>Maria Schlagböhmer</i> , Die Datenbank des Bundesrechts	376

Literatur

Wolfgang Zeh, Wille und Wirkung der Gesetze. Verwaltungswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel des Städtebauförderungsgesetzes, Bundesimmissionsschutzgesetzes, Fluglärmmgesetzes und Bundesausbildungsförderungsgesetzes (<i>Carl-Eugen Eberle</i>)	88
Waldemar Schreckenberger, Klaus König, Wolfgang Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Grundlagen – Zugänge – Anwendung (<i>Reinhold Hotz</i>)	91
Peter Badura, Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung (<i>Ulrich Karpen</i>) . . .	190
Karsten Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts (<i>Eberhard Baden</i>)	191
Aufsatzübersicht (<i>Wolfram Höfling</i>)	285
Wolfgang Heinz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute (<i>Dieter Stempel</i>)	382
Martin Limpert, Verfahren und Völkerrecht, Völkerrechtliche Probleme des Verfahrens von Kodifikationskonferenzen der Vereinten Nationen (<i>Rüdiger Wolfrum</i>)	383

Peter Badura

Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung

I. Parlamentarische Volksvertretung und gesetzgebende Gewalt

Der Aufruf, mit dem die in Gründung befindliche Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung an die Öffentlichkeit tritt, beginnt mit dem Satz: „Gesetzgebung ist im modernen Staat eine zentrale Staatsfunktion.“ Die

Der Verfasser Prof. Dr. *Peter Badura* ist o. Professor an der Universität München.

gesetzgebende Gewalt und das Gesetz sind in der Tat die Grundbegriffe des Staatsrechts. Das Gesetz ist das Kernstück der Rechtsordnung und das Werkzeug staatlicher Sozialgestaltung; es ist der Ausdruck des demokratischen Mehrheitsprinzips und die zur verbindlichen Norm gewordene Erscheinungsform erfolgreicher Politik.¹

Die wesentlichen staatsrechtlichen Merkmale des Gesetzes sind, daß es durch die parlamentarische Volksvertretung beschlossen wird und daß es eine rechtlich verbindliche Regelung zum Inhalt hat. Dadurch daß das Gesetz von der Volksvertretung beschlossen wird, ist es eine politische Entscheidung, d.h. eine Entscheidung, die aus dem Kampf um die Macht im Staat hervorgeht und auf die Erfüllung der Aufgaben des Gemeinwesens abzielt. Dadurch daß das Gesetz eine rechtlich verbindliche Regelung zum Inhalt hat, ist es den Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit unterworfen, die durch Verfassung und Gemeinwohl bestimmt werden.

Der moderne Gesetzesbegriff findet seine tiefere Begründung im Vernunftrecht der bürgerlichen Aufklärung. Die bürgerliche Verfassungsbewegung hat auf der Grundlage des parlamentarischen Repräsentativsystems, des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Gesetzgebung in das Zentrum des neuen Verfassungsrechts gerückt. Die heute mit einem eigenen Anspruch auftretende Gesetzgebungswissenschaft findet ihre Grundschriften in *Montesquieus* epochalem Werk „Über den Geist der Gesetze“ (1748) und *Jeremy Bentham's* „Einführung in die Prinzipien der Moral und Gesetzgebung“ (1789), in einem weiteren Sinn in der Rechts- und Staatsphilosophie *Rousseaus*, *Kants*² und *Hegels*. Das naturrechtliche Ziel, das Gesetz solle eine allgemeine und dauerhafte Ordnung stiften, geht ebenso aus dem Vernunftprinzip der Aufklärung hervor, wie die instrumentelle Auffassung des Gesetzes als Werkzeug der Veränderung und Gestaltung. Demokratie und Sozialstaat konnten für ihre neuen, die bürgerliche Gesellschaft hinter sich lassenden Ziele in Gesetz und gesetzgebender Gewalt die Mittel für politische Entscheidung, Sozialgestaltung und Umverteilung ergreifen. Die demokratische und sozialstaatliche Umbildung der Verfassung, vor allem die Ausbildung des „Wirtschaftsstaates“ und die fortschreitende Expansion des Verwaltungsstaates, bestimmt durch die Triebkräfte der egalitären Sozial- und Gesellschaftspolitik, haben die Erscheinungen des Gesetzes als „Plan“, als Instrument der Verteilung und Umverteilung und als „Maßnahme“ typisch

¹ *Scheuner*, Gesetzgebung und Politik (1974), in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 529; *Wyduckel*, DVBl. 1982, 1175; *Dreier*, Der Ort der Souveränität, in: *ders./J. Hofmann*, Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 11/43; *Schulze-Fielitz*, Das Parlament als Organ der Kontrolle im Gesetzgebungsprozeß, ebd., S. 71/92. – Hierzu und zum folgenden *Badura*, Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie, in: *ders./Kaiser*, Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts, 1987, S. 9.

² *Bergk*, Die Theorie der Gesetzgebung, 1802, ist eine auf *Kant* fußende philosophische Rechtslehre.

werden lassen. In der überkommenen Form des Gesetzes trieben die neue demokratische Legitimität des Parteienstaates und die sozialstaatliche Entgrenzung der Staatsaufgaben eine neue politische Substanz der Gesetzgebung hervor.

Die juristische Konstruktion des Gesetzes als eines Willensaktes des Staates und dessen gesetzgebender Gewalt darf die politische Wirklichkeit des Parteien- und Verbändestaates und der Vorformung der politischen Willensbildung durch die meinungsbildenden Medien nicht verhüllen. Auf der anderen Seite darf ein vermeintlicher Realismus politischer Soziologie nicht die Augen blind machen für die Bedeutung und Wirkung der Institutionen, mit denen der Verfassungsstaat Garantien für eine vernünftige und gerechte Gesellschaftsordnung, für die Freiheit des Zusammenlebens und für die Verhinderung von Machtmißbrauch und Willkür zu geben versucht. Politik, Staatstätigkeit und Gesetzgebung können nicht verstanden und nicht rechtsstaatlich gemäßigt werden, wenn lediglich nachweisbare und vermutete Einflußzusammenhänge und Meinungsbilder betrachtet werden. Keine Theorie oder Hypothese kann das ausschlaggebende Gewicht des Parlamentarismus und der parlamentarischen Gesetzgebung für die Funktionsfähigkeit und Gerechtigkeit unserer Gesellschaftsordnung in Frage stellen.

Der Kern der parlamentarischen Gesetzgebung ist der Parteienstaat. Die politischen Parteien – und wenn es um die Gesetzgebung geht, zuerst die Regierungsparteien – sind dazu berufen, die politische Aufgabe des Interessenausgleichs und der Konfliktregulierung zu leisten und damit eine erfolgreiche Gesetzgebung zu ermöglichen. Diese öffentliche Verantwortung für Recht und Gerechtigkeit ist die Kehrseite der Macht, die ihnen die Staatsform der parlamentarischen Demokratie gibt. Die politische Aufgabe des Interessenausgleichs und der Konfliktregulierung hat eine gleichsam kontraktuelle Substanz der demokratischen Gesetzgebung zur Folge. Diese Substanz der Gesetzgebung hat die Nebenwirkung, daß die Verabschiedung oder Verhinderung von Gesetzen zum Werkzeug parteienstaatlichen Wettbewerbs um die Erhaltung oder den Gewinn von Regierungsmacht wird. Im Kampf um bestimmte Gesetze müssen sich die Parteien zur Sicherung ihrer Wahlchancen als erfolgreiche Promotoren bestimmter Interessen bewähren und auch allgemein ihre Durchsetzungsfähigkeit erweisen. Der Streit um die Novellierung des § 116 AFG und die Kette der Gesetze zur „Sicherung“ der Montan-Mitbestimmung sind naheliegende Beispiele. Die kontraktuelle Substanz der demokratischen Gesetzgebung ist aber nicht nur eine Funktion des parteienstaatlichen Wettbewerbs. Sie ist vor allem Ausdruck dessen, daß das Gesetz auf Verständigung, Ausgleich und Einigung beruhen muß. Zur Wahrung dieser Verantwortlichkeit bestehen die verfassungsrechtlich garantierten Vorrechte der politischen Parteien (Art. 21 GG).

Das Verfassungsrecht, dessen Bedingungen sich der Gesetzgeber fügen muß, ordnet die Kompetenzverteilung im Bundesstaat, regelt die Einrichtung der Legislative und das Verfahren der Gesetzgebung und bindet die parlamentarische Entscheidung an materielle Mindestanforderungen des rechtsstaatlichen Gesetzes. Die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und das richterliche Prüfungsrecht gegenüber dem Gesetz (Art. 20 Abs. 3, 93, 100 Abs. 1 GG) sind zunehmend Kennzeichen des politischen Prozesses in der Bundesrepublik. Die sich wechselseitig verstärkenden Wirkungen des Ausbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit und der vorangetriebenen Justiziabilität des Verfassungsrechts können die Vorstellung begünstigen, daß die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes eine hinreichende Garantie dafür wäre, daß das Gesetz auch vernünftig und gerecht ist. Eine derartige Entwicklung müßte zu einem neuen Positivismus des Verfassungsrechts führen. Dabei könnte außer Sicht geraten, daß die Verfassung durch den Staat und die politischen Kräfte gewährleistet werden muß. Ein neuer Verfassungspositivismus könnte zu Lasten des Rechts eine Vernachlässigung der Politik und Kunst der Gesetzgebung und der Funktions- und Leistungsbedingungen des Parlamentarismus nach sich ziehen. Es ist durchaus symptomatisch, daß außer- und antiparlamentarische Bewegungen sich unter dem Banner einer vorgeblich vollkommenen Verwirklichung der Verfassung versammeln.

II. Fragestellungen einer Gesetzgebungswissenschaft

Ulrich Scheuner, dessen Schriften Grundfragen einer modernen Gesetzgebungswissenschaft vorgezeichnet und behandelt haben, meinte im Jahre 1974:

„In der heutigen Rechtslehre fehlt es weithin an theoretischer Befassung mit der Funktion und Aufgabe der Gesetzgebung. Wohl wird Begriff und verfassungsrechtliche Stellung des Gesetzes markiert, aber so sehr etwa heute eine steigende Aufmerksamkeit sich der Rechtsfortbildung durch den Richter zuwendet, so sehr mangelt es an einer Untersuchung der Bedeutung und der Aufgabe der Gesetzgebung. Die Aufgabe des Gesetzgebers, die von ihm zu bewährende Kunst, Stil und Technik der Rechtsetzung bleiben der praktischen Erfahrung überlassen, während freilich die politische Seite des Rechtsetzungsvorgangs, der Einfluß der Parteien und Interessenverbände, das Gesetzgebungsverfahren, zureichend Beachtung findet.“³

Dieses Urteil, soweit es Desiderate wissenschaftlichen Interesses und Mängel des methodischen Vorgehens verzeichnet, könnte heute nicht mehr aufrechterhalten werden. In den vergangenen 15 Jahren hat sich – neben den fortgeschrittenen Leistungen in Österreich und in der Schweiz – in Deutschland eine Gesetzgebungswissenschaft etabliert, die mittlerweile eine erhebliche Anzahl fruchtbarer und theoretisch anspruchsvoller

³ *Scheuner*, Gesetzgebung und Politik (Fn. 1), S. 529/534.

Beiträge aufzuweisen hat.⁴ Stellvertretend für alle Arbeiten mag *Hans Schneiders* Werk „Gesetzgebung“ stehen, das 1982 erschienen ist. Die Berichte von *Dieter Wyduckel* (1982) und *Ulrich Karpen* (1986) zeigen Arbeitsinteressen und Entwicklung der wissenschaftlichen Gesetzgebungslehre.⁵

Die Gesetzgebungswissenschaft stellt sich beim gegenwärtigen Stand ihrer Bemühungen zuerst als eine empirisch fundierte Handlungsanleitung für eine effiziente und verbesserte Normsetzung auf allen Ebenen – Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, Verwaltungsvorschrift – dar, in der organisatorische, verfahrensbezogene und technische Beschreibungen und Empfehlungen überwiegen. Dieses Bild korrigiert sich jedoch sogleich, wenn die sachlichen Zusammenhänge mit denjenigen wissenschaftlichen Arbeiten bedacht werden, die – ohne sich explizit als Beiträge zu einer Gesetzgebungswissenschaft zu bezeichnen oder zu verstehen – mit den Grundlagen und den Funktionsbedingungen der Gesetzgebung befassen. Ohne programmatische oder systematische Vollständigkeit, nur zur Veranschaulichung des Horizonts der Gesetzgebungswissenschaft, darf der folgende Katalog dienen:

1. Gesetzgebung bedarf der Rechtsstatsachenforschung, der Statistik und des Sachverständes, der Wirkungs- und Erfolgskontrollen, der Analyse von Kosten und Nutzen. Gesetzgebungsenqueten, Sachverständigenkommissionen, Modellversuche, Anhörungen im Gesetzgebungsverfahren können zur Ermittlung der legislative facts beitragen. Das Geschäftsordnungsrecht und neuerdings legistische Richtlinien⁶ erhöhen die Rationalität der Gesetzgebung und verbessern die Gesetzestchnik.

⁴ *Eichenberger*, ZSR NF 73, 1954, S. 16 a; *Müller*, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 1963; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973; *Rödiger* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976; *Eichenberger*, Grundfragen der Rechtsetzung, 1978; *Kindermann*, Ministerielle Richtlinien der Gesetzestchnik, 1979; *Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 1979; *Böhret – Hugger*, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen, Anleitungen zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, 1980; *Böhret – Hugger*, Der Praxistest von Gesetzentwürfen, 1980; Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Bericht der Arbeitsgruppe „Gesetzeskosten“, Zur Vorausschätzung und Nachprüfung der Durchführungskosten von Gesetzen, 1980; *Hill*, DÖV 1981, 487; *Kindermann*, DÖV 1981, 855; *Winkler – Schilcher* (Hrsg.), Gesetzgebung, 1981; *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982; *Kindermann* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1982; *Noll*, Die Kosten der Gesetze in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, 1982; *Öhlinger* (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, 1982; *Schneider*, Gesetzgebung, 1982; *Wyduckel*, DVBl. 1982, 1175; Bundesakademie für Öffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, 1983; *Hugger*, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983; *Maihofer* (Hrsg.), Theorien und Methoden der Gesetzgebung, 1983; *Schäffer – Trifflerer* (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984; *Zeh*, Wille und Wirkung der Gesetze, 1984; *Fleiner-Gerstner*, Wie soll man Gesetze schreiben? 1985; *Karpen*, ZG 1986, 5; *König*, Zur Überprüfung von Rechtsetzungsvorhaben des Bundes, 1986; *Schreckenberger – König – Zeh* (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, 1986; v. *Hippel*, ZG 1987, 1; *König*, Gesetzgebungsvorhaben im Verfahren der Ministerialverwaltung, in: FS für *Carl Hermann Ule*, 1987, S. 121; *Schäffer*, ZG 1987, 112.

⁵ *Wyduckel*, DVBl. 1982, 1175; *Karpen*, ZG 1986, 5.

⁶ Siehe *König*, Gesetzgebungsvorhaben im Verfahren der Ministerialverwaltung (Fn. 4), S. 121.

2. Das analytischer Prüfung bedürftige Schlagwort von der „Normenflut“ gibt den Staatsaufgaben und der Leistungsfähigkeit des Parlamentarismus eine besondere Beleuchtung. Rechtsbereinigung, Verwaltungsvereinfachung und – falls sachlich geboten – Deregulierung sind Wege der Rechtsverbesserung. Die Bundesregierung hat 1983 unter dem Vorsitz des Staatssekretärs Waffenschmidt eine „Unabhängige Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung“ eingesetzt.
3. Die theoretischen Fragen der Rechtsquellen, der Rechtsgeltung und des Stufenbaus der Rechtsordnung betreffen die in den Verfassungsinstitutionen begründete Architektur der Rechtsordnung.
4. Die innere Geltungskraft des Rechts wird von dem spannungsvollen Verhältnis von Tradition, Kontinuität und Erneuerung des Rechts bestimmt. Voraussetzungen und Grenzen einer Kodifikation von Rechtsgebieten berühren den Zustand der Rechtswissenschaft und das Maß des gesellschaftlichen Konsenses.⁷
5. In der Frage nach dem Rechtsbewußtsein und der Legitimität des Rechts schlägt die Gesetzgebungswissenschaft eine Brücke zur Verfassungslehre, zur Staatstheorie und zur Rechtsphilosophie.
6. Die Institutionen- und Dogmengeschichte der Gesetzgebung fügt sich ein in die Geschichte des Parlamentarismus und der parlamentarischen Repräsentation und im weiteren in die Verfassungsgeschichte.
7. Trotz der großen Verschiedenheiten der Staats- und Rechtsordnungen bleibt die Rechtsvergleichung neben dem Vergleich politischer Systeme ein notwendiges Hilfsmittel der Gesetzgebungswissenschaft. Beispielsweise wird über das Recht der USA berichtet, daß es weitaus komplizierter und – für Anwälte und Parteien – arbeitsaufwendiger sei als das der Bundesrepublik. Der Gesetzgeber werde von keinerlei systematischer Disziplin gebändigt. Alles und jedes werde namentlich im öffentlichen Recht ohne viel Federlesens Gesetz, „wenn amerikanischer Pragmatismus, gepaart mit Lobby, das für richtig hält“.⁸

III. Gesetzgebung in der sozialstaatlichen Demokratie

Angesichts der Fülle von Fragestellungen, Facetten und Berührungspunkten, die mit der Rechtsordnung der sozialstaatlichen Demokratie verbunden sind oder an sie angeknüpft werden, liegt es nahe, Sammlung des Stoffes und Orientierung interdisziplinär mit Hilfe einer „Rechtsetzungs-

⁷ Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985.

⁸ Wasner, FAZ 2.5.1987.

wissenschaft⁹ in Angriff zu nehmen. Dies bliebe jedoch zu abstrakt, wenn nicht als sinnstiftende Grundfrage der – zu Recht so genannten – Gesetzgebungswissenschaft die Gesetzgebung der parlamentarischen Volksvertretung festgehalten würde. Dem Staatsrecht und der Verfassungspolitik fallen damit eine methodische und systematische Prospektorenrolle zu. Ohne weitere Betrachtungen über Abgrenzung und Zuordnung der Arbeitsfelder seien vier Problemgebiete heutiger Gesetzgebung genannt, die von verschiedenen Seiten Überlegungen ausgelöst haben und weiterer Durchdringung harren:

1. Die Lebensordnung der entwickelten Industriegesellschaft bedarf fortschreitend und stets erneut staatlicher Garantie, erzeugt also aus sich heraus eine ständige Tendenz der „Verrechtlichung“. Die Beobachtung ist zutreffend: „Der gestiegene Lenkungs- und Betreuungsdruck rührt von der Vorstellung her, die Entwicklung der immer komplizierteren modernen Industriegesellschaft erzeuge einen erhöhten Regulierungsbedarf, den nur der Staat befriedigen könne.“¹⁰ Der Regelungsbedarf ist strukturell, er ist nicht nur eine Folge sozialpolitischen Drucks oder ideologischen Eifers.
2. Die Funktionsbedingungen des Parlamentarismus legen mit einer praktischen Unausweichlichkeit für die Erledigung des Regelungsbedarfs der Regierung Initiative und wesentliche Vorbereitungsaufgabe für die Gesetzgebung in die Hand. Die quantitative Ausweitung der planenden und lenkenden Staatstätigkeit hat die Gewichte zugunsten der Regierung verstärkt, doch muß daraus nicht – wie gesagt worden ist¹¹ – ein Gefahrenmoment für die Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Systems entstehen. Es dürfte vielmehr so sein, daß die Gesetzgebungsaufgabe des Parlaments gerade wegen der Komplexität und Spezialisierung der zu regelnden Materie nur im Zusammenwirken mit der Regierung gelöst werden kann. Nicht die Arbeitsfähigkeit des parlamentarischen Systems schlechthin, sondern die Wirkungsmöglichkeiten der Opposition stoßen auf Grenzen.
3. Wenn heute mit neuer Schärfe der Blick auf die politische Seite der Gesetzgebung fällt, muß die Aufmerksamkeit vor allem durch die Erscheinung gefesselt werden, daß sich in der Auseinandersetzung der politischen Kräfte bei vielen Gesetzen ein Zug des Vertraglichen, der Übereinkunft verstärkt.¹² Die notwendigen Verständigungen und Kompromisse, in welche die Gruppen und Interessen im Zuge der Gesetzgebung eintreten, zeigen eine Wandlung des Parlamentarismus durch plu-

⁹ So *Karpen*, ZG 1986, 6.

¹⁰ *Karpen*, AöR 110, 1985, S. 135/136.

¹¹ *Schneider*, AöR 105, 1980, S. 4/23.

¹² *Scheuner*, Gesetzgebung und Politik (Fn. 1), S. 542.

ralistische Macht. Dieser Vorgang ist von *Carl Schmitt* mit nahezu verachtungsvoller Einseitigkeit herausgearbeitet worden.¹³ Der pluralistische Parteienstaat werde nicht aus Stärke und Kraft, sondern aus Schwäche „total“; er interveniere in alle Lebensgebiete, weil er die Ansprüche aller Interessenten erfüllen müsse.

4. Die übernationale Abhängigkeit der europäischen Nationalstaaten, die als Faktor einer unumkehrbaren Entwicklung erscheint, hat dem Pluralismus ein Spielfeld gegeben, das die staatlichen Entscheidungswege durchbricht. Dieser Vorgang berührt die Institutionen und Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung in mehrfacher Hinsicht. Der „Gemeinschaftsgesetzgeber“ der Europäischen Gemeinschaften ist nicht durch einen europastaatlichen *pouvoir constituant* eingesetzt und tritt nicht als Subjekt parlamentarischer Gesetzgebung in Erscheinung. Die in seine Hand gelegte Rechtsetzung zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes nach den Zielen und Aufgaben der Gemeinschaftsverträge, vor allem im Bereich der Rechtsangleichung, geht aus einer vieldimensionalen Entscheidungsfindung der Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane hervor, die ein neuartiges Surrogat parlamentarischer Gesetzgebung ist.¹⁴

IV. Die Theorie der Gesetzgebung als ein Kapitel im Staatsrecht der Demokratie

In der vielgestaltigen Fülle der Erscheinungen, deren Insgesamt die Normbildung und Rechtsänderung bestimmen, findet die Gesetzgebungswissenschaft ein reiches Arbeitsfeld. Mag sich das Erkenntnisinteresse dabei zuerst auf die Sammlung und Analyse beobachtbaren Materials und auf die effektive und rationale Gestaltung des Verfahrens richten, aus dem die Norm, insbes. das Gesetz, hervorgeht, so sollte sich die Gesetzgebungswissenschaft doch nicht darauf beschränken. Im Zusammenwirken mit der Staatsrechtslehre und der Verfassungslehre sollte die Gesetzgebungswissenschaft auch eine Lehre der guten Gesetzgebung, der Kunst der Gesetzgebung, sein, wie es die Anfänge in der Zeit der Aufklärung sein wollten. In diese Richtung weisen eine Reihe aufschlußreicher Beiträge der neueren Zeit, wenn auch die Meinungen auseinandergehen, wie weit eine normativ aufgefaßte Gesetzgebungswissenschaft tragen kann.¹⁵ Stellvertre-

¹³ *Schmitt*, *Legalität und Legitimität*, 1932, bes. S. 90, 95.

¹⁴ *Everling*, *Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts*, Vortrag bei den Bitburger Gesprächen am 24. April 1987, E 1987, 608.

¹⁵ *Schwerdtfeger*, *Optimale Modelle der Gesetzgebung als Verfassungspflicht*, in: FS für *Hans Peter Ipsen*, 1977, S. 173; *Benda*, *Grundrechtswidrige Gesetze*, 1979; *Müller*, *Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, 1979; *Scheuner*, *Zur Funktion des Gesetzes im Sozialstaat*, in: FS für *Hans Huber*, 1981, S. 127; *Eichenberger – Novak – Kloepfer*,

tend für viele Arbeiten sind die Referate von *Kurt Eichenberger*, *Richard Novak* und *Michael Kloepfer* bei der Staatsrechtslehrertagung in Trier 1981 zu nennen.¹⁶ *Ulrich Scheuner* lehrte uns in einer seiner letzten Abhandlungen, ebenfalls 1981: „Die dogmatische Einengung des Positivismus auf das rein rechtliche Systemdenken führte ... dazu, allein die Aufgabe des Gesetzes innerhalb der Rechtsordnung, nicht aber seinen Zusammenhang mit der politischen Verfassung und der sozialen Auseinandersetzung ins Auge zu fassen.“¹⁷

Eine Theorie der Gesetzgebung, die diesem Programm genügt, dürfte ihr Axiom in dem Satz haben, daß es zu dem Gesetz als dem Kernstück des demokratischen Verfassungsstaates keine Alternative gibt. Auf dem Gesetz – und damit auf der Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Volksvertretung und des demokratischen Parteiensystems – ruhen die Sicherung von Freiheit und Eigentum und ebenso die sozialstaatlichen Garantien von Arbeit und sozialer Sicherheit.

Gesetz und gesetzgebende Gewalt lassen sich allerdings – wie das heutige Staatsrecht überhaupt – nicht aus der Trennung oder gar Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft erklären. Das Verfassungsdenken und das Staatsbild der Demokratie verstehen den Staat als „Selbstorganisation der Gesellschaft“;¹⁸ es richtet folgerichtig die Begriffswelt des öffentlichen Rechts an der Grundvorstellung des „politischen Prozesses“ aus. Die vertraute Dialektik von Staat und Gesellschaft wird in den Grundbegriffen des Staatsrechts durch veränderte Kategorien abgelöst; nicht nur der Staat, auch die Freiheit des einzelnen wird zur „Funktion“ des umfassend vorgestellten politischen Prozesses, dem die Verfassung eine äußere Ordnung gibt. Eine Theorie der Gesetzgebung, die der Vorstellung vom politischen Prozeß als dem Grundphänomen des Staatslebens folgt, stellt gewissermaßen von selbst einen Zusammenhang zwischen den gesellschaftlichen Faktoren der Gesetzgebung und der parlamentarischen Willensbildung und Entscheidung her. Die für das Staatsrecht wie für die Gesetzgebungswissenschaft gleichermaßen zentrale Frage muß sich demnach dahin stellen, ob es trotz des die Institutionen durchdringenden politischen Prozesses eine politiktranszendente Rationalität des Gesetzes in der parteienstaatlichen Demokratie geben kann, eine Rationalität der „notwendigen Beziehungen, die aus der Natur der Dinge hervorgehen“, wie es *Montesquieu* vorschwebte.

Die Verfassung kann Grundbedingungen für die Legitimität des Gesetzes sichern. Dennoch kann kein Gesetz in einer wichtigen Frage allein dadurch Anerkennung finden, daß auf das Gesetzgebungsrecht des Parla-

VVDStRL 40, 1982, S.7, 40, 63; *Schulze-Fielitz*, NVwZ 1983, 709; *Gusy*, ZRP 1985, 291; *Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985; *Hill*, JURA 1986, 286; *Karpen*, ZG 1987, 76.

¹⁶ Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40, 1982, S.7, 40, 63.

¹⁷ *Scheuner*, Zur Funktion des Gesetzes (Fn. 15), S. 130.

¹⁸ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 1985, S. 8f., 51 ff.

ments und Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen verwiesen wird. Die sachliche Entscheidung und Regelung des Gesetzes, von der Volksvertretung in politischer Gestaltungsfreiheit getroffen, wäre als legaler Gesetzesbefehl der parlamentarischen Mehrheit substantiell nicht mehr als eine obrigkeitliche Anordnung, wenn das Gesetz nicht auch eine innere Verbindung mit den großen und dauernden Bestrebungen und Vorstellungen der Gesellschaft aufwiese. Dies zu bewirken, ist die produktive Aufgabe der Parteien – und mittelbar der Verbände – in der parlamentarischen Gesetzgebung.

Die selbständige Aufgabe und Verantwortung des gesetzgebenden Parlaments wird in der vereinfachenden Begriffssprache des Verfassungsrechts mit der Formel von der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umrissen. Dem wird – in der letzten Zeit mit immer höher geschraubten Anforderungen an den Gesetzgeber – die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes entgegengesetzt. Eine richtig verstandene Lehre der parlamentarischen Gesetzgebung sollte zeigen, daß es zuerst und grundsätzlich allein Sache des Parlaments ist, zu entscheiden, was aus demokratischen Rücksichten – und das heißt, aus politischen Gründen – der Regelung durch Gesetz vorzubehalten ist. Der zur politischen Entscheidung berufenen Volksvertretung muß – unter Beachtung der rechtsstaatlichen Garantien – ein dem Grundsatz nach gegebener Spielraum darin zugestanden werden, ob, wann und mit welchem Maß an Regelungsdichte die gesetzgebende Gewalt ausgeübt wird. Das Werkzeug des Macht- und Interessenausgleichs, mit dem dieser Spielraum wahrgenommen wird und wahrgenommen werden darf, ist der Kompromiß. Es gibt vielleicht keine andere zentrale Erscheinung des politischen Prozesses, die vom Staatsrecht so wenig beachtet wird, wie der Kompromiß. Der Kompromiß als Wegbereiter der Gesetzgebung reflektiert die Existenz und Kampfkraft der Gruppeninteressen in einer Partei, in einer Parteienkoalition und in der Wechselwirkung von Regierung und Opposition und von Parteien und Verbänden. Der Gesetzgebungswissenschaft wird dieses Handlungsmuster des politischen Prozesses nicht entgehen.

Aus demselben Grund, der einer verfassungsrechtlichen Überspannung der demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes und daraus abgeleiteten Regelungspflichten des Gesetzgebers entgegenzuhalten ist, kann es nicht für richtig gehalten werden, prozedurale Pflichten des Gesetzgebers bei der Ermittlung und Verarbeitung von Tatsachen oder von fachlichem Sachverstand als selbständige verfassungsrechtliche Pflichten anzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat kurz und richtig den Grundsatz formuliert: „Die Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens im Rahmen der durch die Verfassung vorgegebenen Regeln ist Sache der gesetzgebenden Organe.“¹⁹

¹⁹ BVerfGE 36, 321/330. – Zu der Frage vgl. insbes. *Gusy* (Fn. 15).

Nur dem ersten Anschein nach enthalten die Entscheidungen des Gerichts zum Mitbestimmungsgesetz²⁰ und zum Volkszählungsgesetz²¹ Schritte zu einem Kodex verfassungsrechtlicher Verfahrensregeln für tatsächliche Feststellungen oder Einschätzungen des Gesetzgebers. Die dafür gelegentlich herangezogenen Rechtsauffassungen des Bundesverfassungsgerichts sind Elemente der Gesetzesprüfung, die aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der willkürfreien Sachgerechtigkeit gewonnen sind, ergeben sich also aus den rechtsstaatlichen Maßstäben, die eine materielle Bindung für Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers darstellen. Das gilt für die Annahme, daß dem Gesetzgeber bei Prognosen über die Auswirkungen eines Gesetzes eine „Einschätzungsprärogative“ zukommt, die verfassungsrechtlich gewissen Mindestbedingungen sachlicher und methodischer Art unterworfen ist.²² Das gilt ebenso für die Frage einer Nachprüfungs- und Korrekturpflicht des Gesetzgebers, wie sie unter anderem für Wiederholungen einer Volkszählung postuliert worden ist. Damit die gewählte Form einer Totalerhebung verhältnismäßig ist – so das Gericht –, wird sich der Gesetzgeber vor künftigen Entscheidungen über eine Erhebung erneut mit dem dann erreichten Stand der Methodendiskussion im Bereich der Statistik und der empirischen Sozialforschung auseinandersetzen müssen, um festzustellen, ob und in welchem Umfang die herkömmlichen Methoden der Informationserhebung und -verarbeitung beibehalten werden können.²³

Nur um Mißverständnisse zu vermeiden – selbstverständlich soll der Gesetzgeber aufgrund optimaler und vollständiger Ermittlung und Verarbeitung der entscheidungserheblichen Tatsachen und fachlichen Erkenntnisse die Gesetze beraten und beschließen. Soweit dabei Fehler unterlaufen und deshalb den Erfordernissen der Verfassung nicht Rechnung getragen wird, ist das Gesetz unwirksam oder eine Regelungspflicht verfassungswidrig verletzt. Doch bedeutet das nicht, daß der Gesetzgeber bei der Art und Weise des Ermitteln und Abschätzens der legislative facts selbständigen Verfahrensregeln der Sachverhaltsaufklärung unterliegt. Auch de lege ferenda kann nicht empfohlen werden, in das Gesetzgebungsverfahren einen pluralistischen „Diskurs“ der Interessenten, Experten und Rechtswissenschaftler als förmlichen Verfahrensschritt einzubauen.²⁴

Jeremy Bentham schrieb 1789 in seiner „Einführung in die Prinzipien der Moral und der Gesetzgebung“:

„Um zu wissen, was unter Rechtswissenschaft zu verstehen ist, müssen wir, zum Beispiel, wissen, was unter einem Buch über Rechtswissenschaft zu verstehen ist. Ein

²⁰ BVerfGE 50, 290.

²¹ BVerfGE 65, 1.

²² BVerfGE 50, 290/332f.; 65, 1/55.

²³ BVerfGE 65, 1/55f.

²⁴ *Schulze-Fielitz*, Das Parlament als Organ der Kontrolle (Fn. 1), S. 71/110 ff.

Buch über Rechtswissenschaft kann nur den einen oder den anderen von zwei Gegenständen haben:

1. Festzustellen, was geltendes Recht ist;
2. festzustellen, was geltendes Recht sein sollte.

Im ersten Fall haben wir es mit einem Buch der erklärenden Rechtswissenschaft zu tun, im zweiten Fall mit einem Buch der urteilenden Rechtswissenschaft (censorial jurisprudence) oder, mit anderen Worten, einem Buch über die Kunst der Gesetzgebung.²⁵

Bentham wies also der Rechtswissenschaft die Aufgabe zu, sich mit der „Kunst der Gesetzgebung“ zu befassen. Diese Aufgabe darf sich nicht auf das Verfassungsrecht beschränken. Die verfassungsgerichtliche Praxis und die Staatsrechtslehre müssen durch das Juristenrecht ergänzt werden, das auch ein notwendiger Beitrag zur Kunst der Gesetzgebung ist. Versteht man unter „Kodifikation“ die planende Ordnung umfassender Rechtsgebiete, kann von dem vernunftrechtlichen Ursprung der Kodifikationsidee bis heute der „form- und wertbezogene Systemwille in Gesetzgebung und Rechtsanwendung“ als Aufgabe der Juristen und der Rechtswissenschaften fortbestehen.²⁶ In diesem Punkt sind die Juristen aller Rechtsgebiete aufgerufen, sich mit den Vertretern der anderen beteiligten Wissenschaften in den Bestrebungen der Gesetzgebungswissenschaft zu vereinigen.

²⁵ *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789, Chap. XVII No. XXI.

²⁶ *Schmidt* (Fn. 7), S. 21, 39.