

Svenja Falk
Manuela Glaab
Andrea Römmele
Henrik Schober
Martin Thunert *Hrsg.*

Handbuch Politikberatung

2. Auflage

 Springer VS

Svenja Falk • Manuela Glaab
Andrea Römmele • Henrik Schober
Martin Thunert
Hrsg.

Handbuch Politikberatung

2., völlig neu bearbeitete Auflage

mit 23 Abbildungen und 13 Tabellen



Springer VS

Hrsg.

Svenja Falk
Accenture GmbH
Kronberg, Deutschland

Andrea Römmele
Hertie School of Governance
Berlin, Deutschland

Martin Thunert
Universität Heidelberg
Heidelberg, Deutschland

Manuela Glaab
Universität Koblenz-Landau
Landau, Deutschland

Henrik Schober
Hertie School of Governance
Berlin, Deutschland

ISBN 978-3-658-03482-5 ISBN 978-3-658-03483-2 (eBook)
ISBN 978-3-658-06747-2 (Bundle)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-03483-2>

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

Springer VS

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer VS ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Inhaltsverzeichnis

Teil I Theoretische Grundlagen und Zugänge zum Thema

Politikberatung 1

Politikberatung – eine Einführung 3

Svenja Falk, Manuela Glaab, Andrea Römmele, Henrik Schober und
Martin Thunert

Politikberatung aus sozialwissenschaftlicher Perspektive 25

Andreas Blätte

Politikberatung aus juristischer Sicht 39

Alexander Graser

Politikberatung und demokratische Legitimität 51

Uwe Wagschal

Wissengesellschaft und wissenschaftliche Politikberatung 67

Peter Weingart

Politikberatung und Ethik 79

Shamim Rafat

Partizipative Politikberatung 99

Manuela Glaab

Demokratische Teilhabe in einer digitalen Gesellschaft 113

Christina Tillmann, Ralph Müller-Eiselt und Sarah Fischer

Teil II Ressourcen und Akteure der Politikberatung 127

Politikberatung von innen 129

Karl-Rudolf Korte

Expertenkommissionen der Bundesregierung 145

Sven T. Siefken

Politikberatung aus juristischer Sicht

Alexander Graser

Inhalt

1 Überblick	39
2 Rechtliche Vorgaben für die Politikberatung	40
3 Rechtliche Inhalte der Politikberatung	46
4 Die Judikative als Adressatin juristischer Politikberatung?	48
Literatur	48

Zusammenfassung

Politikberatung unterliegt rechtlichen Grenzen. Auch wenn zu unterscheiden ist, ob die Legislative oder die Exekutive beraten wird, sollen die rechtlichen Vorgaben doch stets sicherstellen, dass die politische Entscheidungsfindung im Wesentlichen innerhalb der dafür vorgesehenen Verfahren und Institutionen stattfindet. Politikberatung erscheint vor diesem Hintergrund oft problematisch, wird aber selten rechtswidrig sein. Zugleich ist Politikberatung eine praktische Notwendigkeit, insbesondere dann, wenn es den beratenen Akteuren an entsprechender Expertise mangelt. Angesichts der hohen Zahl von Beamten mit juristischer Ausbildung ist jedoch erklärungsbedürftig, warum auch in juristischen Fragen häufig externer Rat eingeholt wird.

Schlüsselwörter

Rechtliche Vorgaben für Politikberatung · Rechtliche Inhalte von Politikberatung · Outsourcing im Gesetzgebungsprozess · Entparlamentarisierung

Der Autor dankt Herrn Rechtsreferendar Stefan Reiter für seine hilfreiche Kritik und Recherche.

A. Graser (✉)
Universität Regensburg, Regensburg, Deutschland
E-Mail: alexander.graser@ur.de

1 Überblick

Das Thema dieses Beitrags hat zwei unterschiedliche, wenngleich nicht vollends voneinander unabhängige Dimensionen. Die eine betrifft die rechtlichen Vorgaben für die Politikberatung. Was darf Politikberatung, was nicht? Und ist Politikberatung umgekehrt vielleicht mitunter sogar rechtlich geboten? Mit diesen Fragen wird sich der Abschn. 2 befassen. Die andere, inhaltliche Dimension hat mit Politikberatung über rechtliche Fragen zu tun. Meist ist das gleichbedeutend mit *Politikberatung durch Juristen*. Doch wer berät da wen, worüber und wozu? Dies sind die Fragen, denen sich der Abschn. 3 widmen wird. Der Beitrag schließt mit einer kurzen Reflexion zur Reichweite des Begriffs der *Politikberatung* und zur Möglichkeit der Judikative als Adressatin juristischer *Beratung*.

2 Rechtliche Vorgaben für die Politikberatung

Politikberatung ist kein Thema in der juristischen Literatur, schon terminologisch nicht, aber auch in der Sache kaum. Dabei gibt es durchaus Aspekte, die einer juristischen Erörterung nicht nur würdig sind, sondern sie auch geradezu herausfordern. Voraussetzung ist freilich, dass der begriffliche Anschluss hergestellt wird.

2.1 Was ist mit Politik gemeint?

Der Begriff der *Politik* ist allzu traditionsreich – und schillernd –, als dass dies hier angemessen behandelt werden könnte. Stattdessen soll *Politik* im Folgenden schlicht stipulatorisch definiert werden. Gemeint ist jene Ausübung öffentlicher Gewalt, die über die bloße Rechtsanwendung hinausgeht und der mithin ein gestaltendes Element innewohnt. Ausgehend von diesem Verständnis erscheint es für die nachfolgende Erörterung sinnvoll, danach zu differenzieren, ob die Beratung bei den legislativen oder exekutiven Funktionen der öffentlichen Gewalt ansetzt. Beide Funktionen weisen ohne Frage gestaltende Dimensionen auf – die Gesetzgebung mehr als die Exekutive –, weswegen das Augenmerk zunächst ersterer gelten soll. Letztere wird dann erst im Anschluss daran und weniger umfangreich behandelt. Dass auch die Tätigkeiten der Judikative Politik im vorgegebenen Sinne sein können, wird erst am Ende dieses Beitrags Thema sein. Hier kann dies dagegen noch ausgeblendet bleiben. Denn Beratung im herkömmlichen Sinn erfährt die Judikative kaum.

2.2 Kann Politikberatung bei der Gesetzgebung verboten sein?

Sofern Politikberatung bei der Gesetzgebung ein rechtliches Problem ist, dann eines des Verfassungsrechts. Aber ist es das überhaupt?

2.2.1 Problemwahrnehmung

Prima facie spricht Einiges dafür, für eine Einschätzung dieser Frage allein die Politikwissenschaft für zuständig zu erklären, das Verfassungsrecht hingegen für nicht einschlägig. Schließlich ist die öffentliche Gewalt, gleich welcher Ebene, rechtlich so verfasst, dass die politische Entscheidungsgewalt bei Institutionen liegt und in Verfahren vollzogen wird, die demokratische Legitimation und sachliche Kompetenz garantieren sollen (BVerfGE 120, 56 (78); Bickenbach 2014, S. 230–231; Herdegen 2003, S. 10; Kloepfer 2011, S. 729). Zwar wird kaum jemand behaupten, dass Beratung deswegen überflüssig wäre. Das wäre zu viel der Idealisierung. Ohne externe Expertise kommen diese Institutionen und Verfahren in der Praxis offensichtlich nicht aus.

Aber das ist auch nicht der Punkt. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist zentral, dass die Beratung die genannten Funktionen der vorgesehenen Institutionen und Verfahren nicht aushebelt. Solange die öffentliche Gewalt sachkundige und unabhängige Entscheidungen trifft, kann ausgeblendet bleiben, was ihnen vorangegangen ist. Mag der Input auch sachlich falsch oder an partikularen Interessen orientiert gewesen sein, so ist unter der genannten Voraussetzung doch der Output – also getroffene politische Entscheidungen und deren Umsetzung – davon nicht betroffen (Burkhardt 2008, S. 189–190). Indem das Recht die politische Willensbildung und Entscheidungsfindung einer demokratisch verfassten und funktional differenzierten öffentlichen Gewalt überantwortet, wird Politikberatung zu einem Problem allenfalls der Verfassungswirklichkeit (gemacht), einer nicht formalisierten Sphäre also, um die sich das Verfassungsrecht nicht zu kümmern braucht (Ossenbühl 2007, S. 175–176). Auch diese Sicht beruht erkennbar auf einer Idealisierung. Nicht immer sind demokratische Verfasstheit und funktionale Adäquanz von Institutionen und Verfahren über jeden Zweifel erhaben. Dennoch ist diese Fiktion weit verbreitet im verfassungsrechtlichen Diskurs – mit der Folge wohl, dass Fragen der Politikberatung dort selten als erörterungswürdig erkannt werden.

2.2.2 Beispiele problematischer Konstellationen

Mitunter gibt es freilich Konstellationen, in denen die Kluft zwischen diesen idealisierenden Prämissen des Verfassungsrechts und den tatsächlichen Gegebenheiten des politischen Prozesses deutlich zutage tritt und dann auch thematisiert wird. Einige davon seien hier exemplarisch herausgegriffen. Durchweg handelt es sich dabei um vergleichsweise junge Phänomene.

Das erste lässt sich als Tendenz zum *Parallel-Parlamentarismus* beschreiben. Gemeint ist damit die Einrichtung verfassungsrechtlich nicht vorgesehener Kommissionen, die, besetzt mit Experten oder Repräsentanten unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen, politische Maßnahmenpakete erarbeiten – von der Problemerhebung und -definition über konsensbildende Aushandlungsprozesse bis hin zur Ausarbeitung konkreter Gesetzesvorschläge. Als paradigmatisches Beispiel mag die Hartzkommission gelten (vgl. hierzu ausführlich Hassel und Schiller 2010, S. 217–228). Bemerkenswert ist der hohe Institutionalisierungsgrad, den diese Form der Politikberatung hier erreicht hat, mit im Voraus konkret formuliertem Mandat und entsprechender finanzieller Ausstattung. Unabhängig davon, wie man die Emp-

fehlungen der Kommission in der Sache bewertet, ist problematisch, dass auf Grundlage dieser Empfehlungen erfolgende gesetzgeberische Maßnahmen zwar pro forma im verfassungsrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet worden sind, die wesentlichen inhaltlichen Entscheidungen de facto aber außerhalb dieser Bahnen gefallen sind (Herdegen 2003, S. 16–19; Puhl 2005, S. 677–678). Dabei lassen sich Formen von Öffentlichkeit und Repräsentativität gewiss auch in solchen Kommissionen herstellen. Nur sind dies andere Formen als die in der Verfassung vorgesehenen.

Ein zweites Problem ist das der outgesourcten Gesetzesformulierung (Schuppert 2011, S. 77–79). Gerade bei komplexen Regelungsmaterien kann die Gesetzesformulierung mitunter so anspruchsvoll sein, dass sie von der Ministerialverwaltung, die dies ansonsten erledigt, nicht ohne Weiteres zu leisten ist. Wird diese Aufgabe dann externen Akteuren überlassen, also etwa in der entsprechenden Materie spezialisierten Anwaltskanzleien oder auch Interessenverbänden, stellt sich eine ähnliche Frage wie zuvor. Das verfassungsrechtlich vorgesehene Gesetzgebungsverfahren können zwar auch solche Vorlagen externen Ursprungs durchlaufen. Problematisch ist diese Praxis aber trotzdem, sofern nicht die Gewähr besteht, dass auf diesem Weg auch eine hinreichend sachkundige demokratische Kontrolle – und bei Bedarf Korrektur – erfolgt. Das jedoch ist gerade bei regulierungstechnisch komplexen Materien schwierig, zugleich aber besonders nötig, wenn die externen Akteure nicht neutral sind (Battis 2009, S. 201–202).

Handelte es sich bei den ersten beiden Beispielen um Konstellationen potenziell problematischer Politikberatung, von denen einzelne, klar identifizierbare Gesetzgebungsverfahren betroffen sein können, so ist die mögliche Wirkung beim dritten Beispiel diffuser. Es geht um den Einfluss, den besonders finanzstarke Akteure auf den politischen Prozess nehmen können (Kieswetter 2011, S. 198–217). Am meisten Aufmerksamkeit wird in diesem Kontext regelmäßig der Frage der Parteienfinanzierung zuteil (ebd., S. 159–170; Kunig 2005, S. 341–350; von Arnim 2003, S. 1077–1078). Allen voran in den USA ist dies ein Gegenstand heftiger Kontroversen (zur aktuellen Lage in den USA vgl. die wegweisenden Entscheidungen „Citizens United v. FEC“ des Supreme Court of the United States vom 21.12.2012 sowie „SpeechNow.org v. FEC“ des United States Court of Appeals for the District of Columbia vom 26.3.2010; kritisch Lessig 2011, S. 1–317; 2013, S. 1–92; zur Vorgeschichte aus vergleichender Perspektive Drysch 1994, S. 106–160; Landfried 1994, S. 173–246; Nußmacher 2009, S. 239–288). Aber in jüngerer Zeit ist noch eine andere für die Politikberatung relevante Frage in den Vordergrund gerückt: die Finanzierung politischer Stiftungen oder think tanks. Dabei ist im Prinzip nichts gegen die Finanzierung oder gar Gründung solcher Institutionen durch partikular interessierte Akteure einzuwenden, solange im Ergebnis ein annähernd gleichgewichtiger Pluralismus unterschiedlicher Positionen entsteht. Besteht jedoch eine erhebliche Disparität der auf den unterschiedlichen Seiten verfügbaren Ressourcen, kann dies durchaus problematisch werden. Die Virulenz dessen lässt sich auch in diesem Fall primär für die USA substantizieren (Abelson 2002, S. 74–192; Arin 2013, S. 47–286; sehr illustrativ auch der im Internet frei zugängliche Dokumentarfilm „Koch Brothers Exposed“ von Robert Greenwald aus dem Jahr 2014). In

Systemen wie dem deutschen, das eine beträchtliche staatliche Finanzierung nicht nur von Parteien, sondern auch von politischen Stiftungen vorsieht, dürfte die Gefahr nicht ganz so groß sein (vgl. hierzu Geerlings 2003, S. 24–101, 118–204; Krumbholz 2010, S. 49–150; Schulte 2013, S. 69–113). Aber die Befürchtung, dass eine bestimmte Färbung der Stiftungslandschaft Einfluss auf den politischen Prozess haben kann, ist im Prinzip auch auf andere Länder und namentlich auch Deutschland übertragbar. Eine einseitige Prägung der öffentlichen Problemwahrnehmung, eine bessere empirische Fundierung bestimmter Positionen, die größere Verfügbarkeit von Beratungsexpertise oder gar ausgearbeiteten Reformvorschlägen für bestimmte Anliegen – es fällt nicht schwer, sich die Mechanismen solchen Einflusses auf den gesetzgeberischen Entscheidungsprozess auszumalen. Nur sind sie weniger direkt als bei den vorigen Beispielen und ihre vermuteten Wirkungen, wie gesagt, diffus (Borchard 2004, S. 91–97; Leif 2006, S. 283–289; Schuler 2010, S. 44–278; Schulte 2013, S. 115–150; Thunert 2003, S. 30–38). In allen Konstellationen besteht die Gefahr, dass sich die wesentlichen Schritte politischer Entscheidungsfindung nicht mehr in den dafür vorgesehenen Verfahren und Institutionen vollziehen, sondern unter dem gestaltenden Einfluss von externen Politikberatern stehen. Dies kann zur Folge haben, dass die zuvor genannte Prämisse, wonach diese Verfahren und Institutionen demokratische Legitimation und sachliche Kompetenz vermitteln, nicht mehr erfüllt ist (Voßkuhle 2005, S. 439–441).

2.2.3 Perspektiven einer juristischen Problemlösung

Ist angesichts dieser und anderer möglicher Konstellationen einer verfassungsrechtlich potenziell problematischen Politikberatung nun zu erwarten, dass sich die Verfassungsrechtswissenschaft stärker hiermit beschäftigen und womöglich gar Änderungen bewirken wird? Denkbar wäre dies und indiziert wohl auch. Allerdings dürfte sich das Verfassungsrecht dabei auch weiterhin schwer tun. Seine Perspektive auf den politischen Prozess ist retrospektiv, es fokussiert auf dessen Ergebnisse, meist Gesetze, und betrachtet den Prozess als deren Gültigkeitsvoraussetzung. Das zwingt zu einem Entweder-oder. Ein „bisschen Geltung“ geht nicht (Maurer 2010, S. 223–225). Schon um der Rechtssicherheit Willen müssen Mängel im Verfahren entweder als irrelevant oder als fatal bewertet werden. Letzteres setzt aber voraus, dass Verstöße möglichst klar erkennbar sind. Die eingangs beschriebene Formalisierung ist deswegen unumgänglich, einschließlich der damit einhergehenden Idealisierung. Solange die Formen, die Politikberatung in Fällen wie den geschilderten annimmt, bloß bedenklich sind, wird die vor diesem Hintergrund möglicherweise angerufene Verfassungsgerichtsbarkeit nicht eingreifen. Das würde allenfalls in krassen Fällen geschehen, wenn die Vorgaben der Verfassung vollends entwertet würden. Den Anfängen wehren kann das Verfassungsrecht in diesem Kontext dagegen nicht (Ruffert 2002, S. 1150–1153).

Es bliebe die Möglichkeit, dass zur Eindämmung problematischer Entwicklungen der Gesetzgeber tätig würde, um Politikberatung zu regulieren. Denkbar wäre dies für jeden der exemplarisch herausgegriffenen Problembereiche. Allzu wahrscheinlich ist es indes nicht. Wohl zu viele von denen, die eine solche Reglementierung tragen müssten, würden selbst von ihr beschränkt.

2.3 Kann Politikberatung bei der Gesetzgebung geboten sein?

Durch die bisher eingenommene Perspektive sollte nicht der Eindruck erweckt werden, dass alle Politikberatung verfassungsrechtlich bedenklich wäre. Im Gegenteil ist sie wohl meist unproblematisch und regelmäßig auch wünschenswert. Denn so kompetent staatliche Akteure auch sein mögen, es wäre absurd, wenn sie nicht zusätzlich auch verfügbare gesellschaftliche Expertise einbinden könnten.

Aus diesem Blickwinkel stellt sich die umgekehrte Frage, ob nicht sogar eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einbindung externer Expertise angenommen werden kann. Um eine generelle Pflicht kann es sich dabei allerdings kaum handeln. Denn die Institutionen und Verfahren staatlicher Willensbildung und Entscheidungsfindung sind so konzipiert, dass sie auch interne Expertise und zugleich eine Pluralität von Sichtweisen garantieren. Nur wenn diese im konkreten Fall nicht ausreichen, könnte die Annahme einer solchen Pflicht demnach sinnvoll sein (Becker 2005, S. 140–141; zur Rolle rationalen Wissens als Voraussetzung staatlichen Handelns Fassbender 2006, S. 244–250). Tatsächlich lassen sich dafür auch immerhin indirekte Anknüpfungspunkte in der Rechtsprechung finden. Zwar ist die gerichtliche Kontrolle der anderen Gewalten grundsätzlich von Zurückhaltung geprägt, wenn es um die Beurteilung der Zweckmäßigkeit von deren Handeln geht. Das gilt besonders für die Legislative, die bei der Definition der von ihr verfolgten Ziele und der Auswahl der hierfür geeignet und erforderlich erscheinenden Maßnahmen weite Spielräume genießt (Badura 2012, S. 621; Bickenbach 2014, S. 17–168). Andererseits jedoch unterliegt ihr Handeln, wann immer es den Einzelnen belastet, gem. Art. 1 Abs. 3 GG der gerichtlichen Kontrolle am Maßstab der Grundrechte (vgl. zum Zusammenhang zwischen Einschätzungsprärogative und Grundrechtsbindung der Legislative Bickenbach 2014, S. 440–444).

Sind dabei gewichtige individuelle Interessen betroffen, verengen sich die genannten Spielräume. Gerade in jüngerer Zeit hat die Rechtsprechung dabei wiederholt auch Anforderungen an die inhaltliche Fundierung gesetzgeberischer Maßnahmen gestellt (Becker 2005, S. 134–137). Als paradigmatisch können insofern die in der Hartz-IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts formulierten Kriterien gelten. Während das Gericht dem Grundgesetz keine konkreten Vorgaben zur Höhe der staatlich zu gewährenden Mindestsicherungsleistungen zu entnehmen vermochte, betonte es, dass der Gesetzgeber zur „Ermittlung des Anspruchsumfangs (...) alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Ermittlungsverfahren zu bemessen“ (BVerfGE 125, 175 Leitsatz 3) habe. Damit wird zwar auch in diesem speziellen Fall die Politik nicht verpflichtet, sich beraten zu lassen. Aber es werden hohe Anforderungen an die inhaltliche Vorbereitung einer sachlichen Entscheidung in diesem besonders grundrechtssensiblen Bereich formuliert. Sofern „die Politik“ diesen Anforderungen nicht mit internen Mitteln genügen kann, läuft dies de facto auf eine solche Pflicht zur Politikberatung hinaus (Fassbender 2006, S. 302–304).

2.4 Was gilt für Politikberatung bei Exekutivhandeln?

Nicht immer hat Politikberatung ein mögliches gesetzgeberisches Handeln zum Gegenstand. Auch Exekutivhandeln kann betroffen sein. Für die rechtliche Beurteilung spielt dieser Unterschied in mancher Hinsicht eine Rolle. Zwar wird der Exekutive ein engerer Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zugestanden als der Legislativen (Hoffmann-Riem 2006, S. 662–691; Jestaedt 2010, S. 329–378; Maurer 2011, S. 141–171). Immerhin partiell ist das Ergebnis exekutiver Entscheidungen schließlich bereits von den zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen vorgezeichnet (Reimer 2006, S. 535). Das dürfte das Bedürfnis nach externer Beratung reduzieren. Dennoch verbleibt eine nicht unbeträchtliche Sphäre „administrative[n] Entscheidungsfreiraum[s]“ (Jestaedt 2010, S. 351). Auch Exekutivhandeln ist deswegen in weiten Bereichen für externe Politikberatung offen und auf sie angewiesen (Burkhardt 2008, S. 50–57). Teilweise ist die Exekutive sogar gesetzlich zur Einholung externer Expertise verpflichtet, etwa zur Abschätzung technischer Risiken in Zulassungsverfahren oder zur Prüfung der Umweltverträglichkeit von Bau- und Infrastrukturvorhaben (Voßkuhle 2005, S. 460–461).

Soweit Politikberatung bei Exekutivhandeln stattfindet, stellen sich hier ähnliche Probleme, wie sie zuvor für die Legislative behandelt wurden. Mitunter sind sie vielleicht sogar noch akzentuierter, weil die Anforderungen an die Transparenz der Verfahren für die Exekutive oft geringer sind. Auch im Übrigen, insbesondere im Hinblick auf die Konsequenzen unangemessenen Einflusses externer Berater auf die Entscheidungsverfahren, können für die Beratung dieser Form von Politik abweichende rechtliche Maßstäbe gelten.

Dabei ist zunächst zwischen institutioneller und funktionaler Perspektive zu unterscheiden, also danach, ob es lediglich – institutionell – um ein Handeln der Exekutive geht oder ob dies auch – funktional – exekutiver Natur ist. Denn bekanntlich wird auch die Exekutive mitunter (materiell betrachtet) gesetzgeberisch tätig, erlässt also verbindliche abstrakt-generelle Regelungen mit Außenwirkung (Axe 2000, S. 1; Möstl 2010, S. 614–615). Insbesondere beim Verordnungserlass ist dies der Fall.

Die Regel ist dies jedoch nicht. Typischerweise handelt die Exekutive zwar auf Grundlage abstrakt-genereller Normen, befasst sich dabei aber mit konkreten (Einzel-) Fällen. Bei dieser im doppelten Sinne exekutiven Tätigkeit lässt sich dann weiter differenzieren, ob ein regelndes Handeln vorliegt, für das es vorgegebene Formen gibt, oder ein nicht regelndes, meist dann auch informelles Handeln.

Aus dieser groben Einteilung ergeben sich drei Stufen von Exekutivhandeln unterschiedlichen Formalisierungsgrads. Soweit die Exekutive erstens abstrakt-generelle Regelungen erlässt, also quasi legislativ handelt, ist die Lage im Hinblick auf die Politikberatung zunächst ähnlich zu beurteilen wie bei der Legislativen selbst: Das Bedürfnis nach Rechtsklarheit ist bei abstrakt-generellen Normen hoch, gleich welcher Herkunft sie sind. Andererseits genießen exekutiv gesetzte Normen doch weniger Schutz als legislative. Das zeigt sich bereits daran, dass ihre Verwerfung nicht auf verfassungsgerichtliche Verfahren beschränkt ist, sondern auch auf einfachgerichtlichem Wege erfolgen kann (Möstl 2010, S. 642–645; Sachs 2008,

S. 790–794). Auch für den materiellen Maßstab einer solchen gerichtlichen Kontrolle gilt, dass er strikter als bei der Legislative ist und das exekutive „Normsetzungsermessen“ grundsätzlich gerichtlich daraufhin überprüfbar, ob der gewährte Spielraum rechtmäßig ausgeübt wurde (Möstl 2010, S. 633–642). In extremen Fällen problematischer Politikberatung könnte das zur Ungültigkeit der exekutiven Norm führen – also in Anlehnung an die oben diskutierten Konstellationen etwa im Fall einer kompletten Übernahme einer von nicht neutralen Dritten formulierten Regelung.

Geht es dagegen bei der Politikberatung um die Behandlung von Einzelfällen, also die zweite und dritte der oben unterschiedenen Kategorien, ist das Bedürfnis nach Rechtsklarheit grundsätzlich geringer, weil der Kreis der Betroffenen kleiner ist. Das heißt nicht, dass hier das Vertrauen in den Bestand staatlichen Handelns keinerlei Schutz genösse. Aber er ist weniger weitreichend als in den zuvor erörterten Konstellationen (Sachs 2008, S. 786).

Insbesondere gilt zwar für den Grundtypus formalisierten einzelfallbezogenen Exekutivhandelns, den Verwaltungsakt, dass er seine Wirksamkeit trotz rechtswidrigen Zustandekommens unter Umständen behalten kann, wenn die Mängel nicht gravierend sind oder nicht rechtzeitig beanstandet wurden (Möstl 2010, S. 698–699; Sachs 2008, S. 768–788). Aber ein der getroffenen Einzelfallregelung vorausgehendes Ermessen ist dennoch gerichtlich überprüfbar und die gebotene Zurückhaltung der Judikative hierbei geringer als im Fall exekutiver Normsetzung (Maurer 2011, S. 148–150, 157–162). Problematische Formen der Politikberatung wie die oben exemplarisch angeführten könnten also auch hier zur Unwirksamkeit führen und die Anforderungen dürften etwas geringer sein als im Fall der Normsetzung.

Umso mehr müsste dies schließlich in der dritten zuvor identifizierten Kategorie gelten, also bei nicht regelndem, nicht formalisiertem Exekutivhandeln. Denn dem Vertrauen in dessen Bestand gewährt die Rechtsordnung noch weniger Schutz (zur Abstufung der Fehlerfolgen unterschiedlicher Handlungsformen Remmert 2010, S. 592–593).

Das Resultat mag auf den ersten Blick vielleicht paradox anmuten: Problematische Politikberatung bleibt eher folgenlos, wenn sie Handlungen öffentlicher Gewalt von größerer Tragweite betrifft, als wenn es um Handlungen geringerer Tragweite geht. Aber wie bereits erörtert, erklärt sich dies aus dem gesteigerten Schutz, den das Vertrauen in die Handlungen größerer Tragweite – also legislatives Handeln – genießt.

3 Rechtliche Inhalte der Politikberatung

Politikberatung ist nicht selten juristischen Inhalts. Diese Beobachtung dürfte kaum überraschen. Allzu vertraut sind die Bezugnahmen auf juristische Gutachten in der politischen Debatte, und auch inhaltlich lässt sich auf den ersten Blick leicht nachvollziehen, dass die Politik im zuvor definierten Sinne nahezu ständig juristischer Kenntnisse bedarf.

Dabei stehen zwei Arten des Inputs im Vordergrund: Zum einen sind für eine Viel- und wohl die Mehrzahl der Maßnahmen der öffentlichen Gewalt rechtlich definierte Formen vorgegeben, weswegen die Umsetzung regelmäßig die Beteiligung von Rechtskundigen erfordert. Zum anderen muss, weil das Recht ein hierarchisch strukturiertes System mit vielen Ebenen ist, für jede dieser Maßnahmen, gleich ob rechtsförmig oder nicht, stets deren Vereinbarkeit mit höherrangigen Vorgaben überprüft werden.

Demnach ist politisches Handeln, das keine rechtlichen Fragen aufwirft, kaum vorstellbar. Bei näherem Hinschauen jedoch mag die Verbreitung juristischer Politikberatung dennoch erstaunen. Denn angesichts der hohen Anzahl von Beamten mit juristischer Ausbildung erschließt sich nicht ohne weiteres, warum es zusätzlich auch häufig noch externer juristischer Expertise bedarf.

Dabei ist erstens zu vergegenwärtigen, dass die Juristerei vielen als ein Handwerk gilt – im übertragenen Sinne zwar, weil es sich nicht um manuelle, sondern eher um intellektuelle Fertigkeiten handelt, die dafür zu erlernen sind. Aber diese Metapher hat doch insofern etwas für sich, als nicht Erkenntnisgewinn, sondern Rechtsanwendung im Mittelpunkt steht. Dementsprechend zielt auch die akademische Juristenausbildung primär darauf, die fehlerfreie Anwendung und kunstgerechte Auslegung des geltenden Rechts zu vermitteln, weniger dagegen auf die Befähigung zur rechtsgestaltenden Formulierung – in Gesetzesentwürfen, regelnden Entscheidungen wie etwa Verwaltungsakten, Verträgen und dergleichen. Allerdings baut dies auf die zuvor genannten Fertigkeiten auf und wird meist dann in der Praxis erlernt.

Zweitens sind, wie gesagt, in den Institutionen öffentlicher Gewalt nahezu überall Juristen vertreten. Dass man bei der Personalplanung solche *in-house*-Lösungen verfolgt, leuchtet auch unmittelbar ein. Angesichts des skizzierten kontinuierlichen Bedarfs an juristischen Kenntnissen wäre es anders kaum praktikabel.

Umso mehr ist freilich erklärungsbedürftig, wozu es dennoch immer wieder auch externen juristischen Inputs bedarf. Dabei ist zu beachten, dass es hierbei, anders als in den Natur- oder auch den empirischen Sozialwissenschaften, nicht um die Ermittlung neuer Tatsachenerkenntnisse geht, sondern um das zuvor beschriebene *Handwerk*. Wie also kommt es dazu, dass die erforderlichen juristischen Leistungen von „der Politik“ mitunter dennoch nicht selbst erbracht werden (können), sondern als Beratung entgegengenommen werden?

Dass dazu gesicherte Erkenntnisse bereits vorlägen, ist nicht ersichtlich. Insofern kann an dieser Stelle nur darüber spekuliert werden. Naheliegende Erklärungen sind mangelndes Spezialwissen der *in-house*-Juristen sowie kapazitäts Engpässe. Ob damit jedoch die Mehrzahl der Fälle juristischer Politikberatung zu erklären ist, erscheint fraglich. Denkbar ist, dass auch im öffentlichen Sektor eine Rolle spielt, dass extern eingekaufter Rat internen Akteuren dazu dienen kann, Verantwortung zu verlagern.

Da bei ist überdies zu beachten, dass die Juristerei – gleich ob Handwerk oder nicht – keine eindeutigen Antworten garantiert. Oft geht es bei der Beratung deswegen nicht um die Ermittlung des einen *richtigen* Ergebnisses, sondern vielmehr um die Plausibilisierung des gewünschten unter mehreren Resultaten vertretbaren. Externe Stellungnahmen können vor diesem Hintergrund den Zweck einer

zusätzliche Stütze haben, sei es, weil sie Begründungen in der Sache weiter ausführen und ergänzen, sei es, weil sie, zumal wenn sie von unabhängiger Seite stammen, der Argumentation formell größere Überzeugungskraft verleihen. Auf diese Weise lassen sich politische Entscheidungen im Vorfeld gegen mögliche Kontroversen wappnen. Vielleicht liegt darin der eigentliche, intern nicht zu erzielende Mehrwert juristischer Politikberatung.

4 Die Judikative als Adressatin juristischer Politikberatung?

Versteht man die Juristerei als Kunst der Plausibilisierung von Standpunkten innerhalb eines zwar geordneten, aber doch spannungsreichen Systems unvermeidlich mehrdeutiger Normen, so hat dies im vorliegenden Kontext noch weiterreichende Implikationen. Zwar schien der eingangs zugrunde gelegte Begriff von Politik zunächst die Tätigkeit der Judikative nicht zu erfassen und diese als mögliche Adressatin von Politikberatung mithin auszuschließen. Wo es jedoch an eindeutigen Lösungen fehlt – und dennoch entschieden werden muss –, lässt sich die gestaltende Dimension des Handelns nicht leugnen. Auch Rechtsprechung ist demnach mehr als bloße Rechtsanwendung.

Aber wird es deswegen zu einer Form von *Politik*? Und werden die vor Gericht vorgetragenen Positionen der Parteien damit zur *Politikberatung*, ebenso wie die Stellungnahmen von weiteren Betroffenen oder Gutachtern? Unterscheidet sich die Judikative von den anderen beiden Gewalten also womöglich gerade darin, dass die externe Beratung ihrer Politik der prozedural vorgesehene Regelfall ist?

Denkbar wäre ein solches Verständnis. Der Rahmen der vorliegenden Erörterung wäre dann entsprechend auszuweiten und zu erwägen, ob gerichtliche Verfahren nicht fortzuentwickeln wären im Lichte eines solchen Verständnisses der Judikative als Sonderform einer politischen Arena. Hier mag es jedoch bei einem Hinweis auf diese Möglichkeit bewenden. Denn zwingend ist eine solche Ausweitung des herkömmlichen Verständnisses von Politik nicht. Schließlich lässt sich die in der Judikative praktizierte Form der gestaltenden Ausübung öffentlicher Gewalt von jener in den anderen Gewalten abgrenzen. Ob man dennoch *Politik* als gemeinsamen Oberbegriff verwenden möchte, ist daher eine rein terminologische Frage.

Literatur

- Abelson, Donald E. 2002. *Do think tanks matter? Assessing the impact of public policy institutes*. Montreal: Mc Gill-Queen's University Press.
- Arin, Kubilay Yado. 2013. *Die Rolle der Thinktanks in der US-Außenpolitik von Clinton zu Bush Jr.* Wiesbaden: Springer VS.
- Amim, Hans Herbert von. 2003. Parteienfinanzierung: Zwischen Notwendigkeit und Missbrauch. Alte Probleme und neue Entwicklungen. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2003(9): 1076–1080.

- Axer, Peter. 2000. *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung – ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Badura, Peter. 2012. *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. München: Verlag C.H. Beck.
- Battis, Ulrich. 2009. Outsourcing von Gesetzentwürfen? *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2009: 201–202.
- Becker, Florian. 2005. *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bickenbach, Christian. 2014. *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Borchard, Michael. 2004. Politische Stiftungen und Politische Beratung. Erfolgreiche Mitspieler oder Teilnehmer außer Konkurrenz? In *Politikberatung in Deutschland. Praxis und Perspektiven*, Hrsg. Steffen Dager, Christoph Greiner und Kirsten Leinert, 91–97. Wiesbaden: Springer VS.
- Burkhardt, Olinia. 2008. *Die Einbindung privater Unternehmensberater in staatliche Entscheidungsprozesse. Externe Politikberatung im Lichte des Verfassungsrechts*. Berlin: LIT Verlag.
- Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 09.02.2010, Az. 1 BvL 1, 3, 4/01, abgedruckt in der amtlichen Sammlung Band 125, 175–260.
- Drysch, Thomas. 1994. *Finanzierung der Politik in Österreich, in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika*. Speyer: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung.
- Fassbender, Bardo. 2006. Wissen als Grundlage staatlichen Handelns. In *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band IV. Aufgaben des Staates*, Hrsg. J. Isensee und P. Kirchhof, 243–312. Heidelberg: C.F. Müller.
- Geerlings, Jörg. 2003. *Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme bei der Finanzierung parteinaher Stiftungen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hassel, Anke, und Christof Schiller. 2010. *Der Fall Hartz IV. Wie es zur Agenda 2010 kam und wie es weitergeht*. Frankfurt am Main: Campus Verlag.
- Herdegen, Matthias. 2003. Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung? *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 62(2003): 7–36.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. 2006. Eigenständigkeit der Verwaltung. In *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I. Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Hrsg. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhardt Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, 623–716. München: Verlag C.H.Beck.
- Jestaedt, Matthias. 2010. Maßstäbe des Verwaltungshandelns. In *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrsg. Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers, 329–379. Berlin: de Gruyter.
- Kiesewetter, Hubert. 2011. *Kritik der modernen Demokratie*. Hildesheim: Olms.
- Kloepfer, Michael. 2011. *Verfassungsrecht Band 1. Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht*. München: Verlag C.H. Beck.
- Krumholz, Arne. 2010. *Finanzierung und Rechnungslegung der politischen Parteien und deren Umfeld*. Baden-Baden: Nomos.
- Kunig, Philip. 2005. Parteien. In *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band III. Demokratie – Bundesorgane*, Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof, 297–355. Heidelberg: C.F. Müller.
- Landfried, Christine. 1994. *Parteienfinanzierung und politische Macht – eine vergleichende Studie zur Bundesrepublik Deutschland, zu Italien und den USA*. Baden-Baden: Nomos.
- Leif, Thomas. 2006. *Beraten und verkauft. McKinsey & Co. – Der große Bluff der Unternehmensberater*. München: Bertelsmann.
- Lessig, Lawrence. 2011. *Republic, lost: How money corrupts congress – And a plan to stop it*. New York: Twelve.
- Lessig, Lawrence. 2013. *The USA is Lesterland*. New York: Ted Conferences.
- Maurer, Hartmut. 2010. *Staatsrecht I. Grundlagen; Verfassungsorgane; Staatsfunktionen*. München: Verlag C.H. Beck.

- Maurer, Hartmut. 2011. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Verlag C.H. Beck.
- Möstl, Markus. 2010. Normative Handlungsformen – Allgemeiner Teil. In *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrsg. Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers, 614–670. Berlin: de Gruyter.
- Nußmacher, Karl-Heinz. 2009. *The funding of party competition – Political finances in 25 democracies*. Baden-Baden: Nomos.
- Ossenbühl, Fritz. 2007. Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat. In *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V. Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof, 135–182. Heidelberg: C.F. Müller.
- Puhl, Thomas. 2005. Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung. In *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band III. Demokratie – Bundesorgane*, Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof, 639–682. Heidelberg: C.F. Müller.
- Reimer, Franz. 2006. Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab. In *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I. Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Hrsg. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, 533–622. München: Verlag C.H. Beck.
- Remmert, Barbara. 2010. Handlungsformen der Verwaltung. In *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Hrsg. Hans-Uwe Erichsen und Dirk Ehlers, 585–595. Berlin: de Gruyter.
- Ruffert, Matthias. 2002. Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung? *Deutsches Verwaltungsblatt* 117(2002): 1145–1159.
- Sachs, Michael. 2008. Verfahrensfehler im Verwaltungsverfahren. In *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II. Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, Hrsg. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, 751–801. München: Verlag C.H. Beck.
- Schuler, Thomas. 2010. *Bertelsmannrepublik Deutschland. Eine Stiftung macht Politik*. Frankfurt a. M.: Campus Verlag.
- Schulte, Martin. 2013. *Politik mitgestalten – Möglichkeiten wissenschaftlicher Politikberatung durch private Think Tanks*. Marburg: Tectum-Verlag.
- Schuppert, Gunnar Folke. 2011. *Governance und Rechtssetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- Supreme Court of the United States. *Citizens United v. FEC*, Urteil vom 21.01.2012. <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>. Zugegriffen am 27.08.2015.
- Thunert, Martin. 2003. Thinktanks in Deutschland – Berater der Politik? *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 51(2003): 30–38.
- United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit. *SpeechNow.org v. FEC*, Urteil vom 26.03.2010. http://www.fec.gov/law/litigation/speechnow_ac_opinion.pdf. Zugegriffen am 27.08.2015.
- Voßkuhle, Andreas. 2005. Sachverständige Beratung des Staates. In *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band III. Demokratie – Bundesorgane*, Hrsg. Josef Isensee und Paul Kirchhof, 425–475. Heidelberg: C.F. Müller.