

# AUFSÄTZE

## Die Rolle von Anwaltskanzleien bei der Gesetzesvorbereitung in der Ministerialverwaltung: Ursachen und Probleme am Beispiel der Finanzmarktstabilisierungsgesetze\*

*Sarah Kalagi*

Kurz vor der Bundestagswahl 2009 geriet eine bisher kaum bekannte Form der Politikberatung in den Fokus der Öffentlichkeit. Beamte im Bundeswirtschaftsministerium hatten die internationale Anwaltskanzlei Linklaters mit der Formulierung eines Gesetzes zur Sanierung von maroden Banken beauftragt. Den Entwurf schickten sie an parteipolitisch anders gefärbte Ressorts – mit dem Firmenemblem von Linklaters auf allen 28 Seiten.<sup>1</sup> Die nachfolgende Debatte über das „Outsourcing“ der Gesetzesproduktion<sup>2</sup> offenbarte, dass diese Praxis kein Einzelfall war und schon verschiedene Bundesministerien die Dienste der „Gesetzesflüsterer aus der Privatwirtschaft“<sup>3</sup> in Anspruch genommen hatten – und zwar mindestens seit 1991.

In der politikwissenschaftlichen Literatur zu Steuerung und Politikberatung ist das Einbeziehen nichtstaatlicher Akteure in die Politikformulierung kein Novum, bleibt allerdings ein empirisches und normatives „Grauzonenphänomen“<sup>4</sup>. So geht es bei der Beteiligung Privater immer „um das Verhältnis ihrer (mangelnden) Legitimität zu ihrem faktischen Einfluss“<sup>5</sup>. Eine idealtypische Trennung zwischen neutraler Beratung und politischer Mitentscheidung ist zudem kaum möglich.<sup>6</sup> Während die Regierung die Beauftragung Privater mit dem Schreiben von Gesetzentwürfen als „übliches Verfahren“<sup>7</sup> und „Beratungstätigkeit“<sup>8</sup> darstellt, wird diese Praxis in der bisherigen Literatur überwiegend als Form von

\* Der Beitrag basiert auf der Masterarbeit der Verfasserin im Studiengang Governance am Institut für Politikwissenschaft an der FernUniversität in Hagen.

1 Vgl. *Heribert Prantl*, Guttenbergs Großkanzlei, in: SZ vom 8. August 2009, S. 1.

2 Ebenda.

3 *Dietmar Hipp / Christian Reiermann / Marcel Rosenbach / Barbara Schmid / Andreas Wassermann*, Die Gesetzesflüsterer, in: Der Spiegel vom 17. August 2009, S. 68 – 70, S. 68.

4 *Marian Döhler*, Gesetzgebung auf Honorarbasis – Politik, Ministerialverwaltung und das Problem externer Beteiligung an Rechtsetzungsprozessen, in: PVS, 53. Jg. (2012), H. 2, S. 181 – 210, S. 184.

5 *Peter Weingart*, Erst denken, dann handeln? Wissenschaftliche Politikberatung aus der Perspektive der Wissens(chaft)soziologie, in: *Svenja Falk / Dieter Rehfeld / Andrea Römmel / Martin Thunert* (Hrsg.), Handbuch Politikberatung, Wiesbaden 2006, S. 35 – 44, S. 35.

6 Vgl. *Winfried Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, in: *Josef Isensee / Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, Heidelberg 1987, S. 207 – 247, S. 228 ff.; *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 184 ff.

7 *Angela Merkel* zitiert in „Steinbrück giftet gegen Guttenberg“, in: Süddeutsche.de vom 17. Mai 2010, <http://sz.de/1.153550> (Abruf am 31. Januar 2014).

8 BT-Drs. 17/9266 vom 5. April 2012, S. 4.

Politikberatung mit grundlegend neuer Qualität bewertet.<sup>9</sup> Befürchtet wird eine weitere Schwächung der parlamentarischen Gestaltungsmacht und gewaltenteiligen Ordnung, wenn in der ohnehin administrativ dominierten Politikformulierungsphase nun demokratisch nicht legitimierte Akteure unentdeckt die Schreibarbeit für die Ministerialbeamten erledigen. Anknüpfend daran wird in dieser Praxis ein Einfallstor für die unzulässige Einflussnahme auf Gesetztexte gesehen, falls die Kanzleien eigene Interessen oder die von betroffenen Dauermanndanten berücksichtigen.<sup>10</sup> Die Privatisierung von zentralen Teilen der staatlichen Aufgabe der Gesetzgebung gilt zudem als Hinweis auf einen bedenklichen ministeriellen Kompetenzverlust.<sup>11</sup>

Trotz des aus demokratietheoretischer Sicht problematischen Charakters der ausgelagerten Politikformulierung ist das Phänomen kaum erforscht. Empirische Fallstudien zu einzelnen politischen Entscheidungsprozessen existieren soweit ersichtlich nicht.<sup>12</sup> Im Folgenden wird daher für das Politikfeld Finanzmarkt am Beispiel der Politikformulierungsphase zu den drei Finanzmarktstabilisierungsgesetzen in der 16. Wahlperiode die Rolle untersucht, die Anwaltskanzleien bei der Gesetzesvorbereitung in der Ministerialverwaltung gespielt haben. Die Auswahl ergibt sich aus forschungspraktischen Gründen, da sich die meisten zugänglichen Quellen auf die finanzmarktpolitischen Gesetze beziehen. Zudem handelt es sich hierbei um wichtige politische Entscheidungen, an deren Beispiel folgende Fragen geklärt werden sollen: Warum erfolgte die Ausfertigung der Gesetzentwürfe mithilfe von Anwaltskanzleien? Wie ist das demokratische Legitimationsniveau dieser Praxis zu bewerten? Inwieweit gab es Faktoren, die eine inhaltliche Einflussnahme von privaten Akteuren begünstigten?

Methodisch stützen sich die empirischen Ergebnisse auf eine Sekundäranalyse von verschiedenen öffentlichen und nicht-öffentlichen Dokumenten. Dabei handelt es sich um Bundestags- und Ausschussdrucksachen, Rechnungshofberichte, Presseartikel sowie wissenschaftliche Beiträge und einschlägige Branchenliteratur. Ergänzt und abgesichert wird die Sekundäranalyse durch Leitfadeninterviews mit zwei Experten.<sup>13</sup>

9 Vgl. *Michael Kloepfer*, Gesetzgebungsoutsourcing – Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte, in: *NJW*, 64. Jg. (2011), H. 3, S. 131 – 134, S. 132; *Julian Krüper*, Lawfirm – *legibus solitus?* Legitimität und Rationalität des inneren Gesetzgebungsverfahrens und das „Outsourcing“ von Gesetzentwürfen, in: *JZ*, 65. Jg. (2010), H. 13, S. 655 – 662, S. 655; *Klaus Meßerschmidt*, Private Gesetzgebungshelper – Gesetzgebungsoutsourcing als privatisiertes Regulierungsmanagement in der Kanzleidemokratie?, in: *Der Staat*, 51. Jg. (2012), H. 3, S. 387 – 415, S. 387; *Joachim Jens Hesse / Thomas Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2012, S. 367.

10 Vgl. *Michael Kloepfer*, a.a.O (Fn. 9), S. 133; *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 391, S. 400 ff.

11 Vgl. *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 182; *Joachim Jens Hesse / Thomas Ellwein*, a.a.O. (Fn. 9), S. 367.

12 Vgl. zu dieser Einschätzung *Sebastian Streb / Markus Tepe*, Outsourcing Legislative Responsibility? An Explorative Study on Purchasing Legal Advice in the German Law-Drafting Process, in: *German Policy Studies*, 8. Jg. (2012), H. 1, S. 3 – 42, S. 36.

13 Als Experten gelten Personen, die spezifisches Wissen über soziale Sachverhalte besitzen, vgl. *Jochen Gläser / Grit Laudel*, Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse als Instrumente rekonstruierender Untersuchungen, Wiesbaden 2004, S. 10. Gespräche konnten mit *Otto Fricke*, FDP, dem damaligen Vorsitzenden des Haushaltsausschusses, sowie dem finanzpolitischen Referenten einer Landesvertretung geführt werden, der anonym bleiben möchte. Die halbstandardisierten Leitfadeninterviews wurden zwischen dem 14. Juni und 27. August 2012 persönlich in Berlin geführt, aufgezeichnet und ausgewertet. Das Gespräch mit *Otto Fricke* wurde zudem autorisiert.

## 1. Arbeitsdefinition

Für die Bezeichnung des zu untersuchenden Phänomens soll hier mit dem Begriff der Gesetzauslagerung gearbeitet werden. Damit wird an den für diese Beteiligungsform etablierten Ausdruck „Outsourcing“ angeknüpft<sup>14</sup>, und es werden überlange Bezeichnungen vermieden. Die Gesetzauslagerung wird in Anlehnung an die bisherige wissenschaftliche Diskussion als eine Erscheinungsform der Beratung des politisch-administrativen Bereichs verstanden und für die empirische Untersuchung in Abgrenzung zu den hier bekannten Beratungsformen definiert, auch wenn trennscharfe Grenzziehungen kaum möglich sind.<sup>15</sup> Diskutiert werden in der Literatur mit unterschiedlicher Gewichtung grob zusammengefasst vor allem zwei qualitative Abgrenzungsmerkmale: Erstens wird die Art der Mitwirkung hervorgehoben. Argumentiert wird, dass es sich bei der Gesetzauslagerung um einen gezielten exekutiven Delegationsakt handelt und private Akteure bereits am ministeriellen Referentenentwurf mitarbeiten. Damit erfolgt die Einbindung Externer in die Politikformulierung vergleichsweise früh und unterscheidet sich durch die gezielte exekutive Auftragsvergabe zudem von den üblichen Austauschbeziehungen mit Interessenvertretern. Darauf anknüpfend spielt zweitens die Art der Leistungserbringung eine Rolle. Weder erfolgt ein Diskurs zwischen Sachverständigen noch eine inhaltliche Anregung durch Gutachten oder Formulierungshilfen von Interessenvertretern. Stattdessen erstellen externe Akteure einen Gesetzentwurf – komplett oder in Teilen.<sup>16</sup> Zusammenfassend definiert der Begriff der Gesetzauslagerung die gezielte vollständige oder partielle Delegation der Formulierung eines Gesetzentwurfs an externe Akteure durch die Ministerialbürokratie.<sup>17</sup>

14 Vgl. ähnlich *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 387 f. Der Begriff „Outsourcing“ fand 2011 sogar Eingang in die Grundgesetzkommmentierung, vgl. *Jens Kersten*, Outsourcing, in: *Theodor Maunz / Günter Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Artikel 76 GG, München 2011, S. 31 – 33. Gänzlich neu ist diese Bezeichnung im Zusammenhang mit der Auslagerung der Politikformulierung an Anwälte nicht, vgl. *Eric Nowak / Harald Petersen*, Grenzüberschreitung in der Politikberatung – Lobbying und das ‚Outsourcing‘ von Gesetzgebungsarbeiten als Hemmnis wider besseren Anlegerschutz, in: *Uwe Jens / Hajo Romahn* (Hrsg.), Glanz und Elend der Politikberatung, Marburg 2005, S. 109 – 127. Allerdings wird das Phänomen hier als Lobbying unter dem Deckmantel der Politikberatung verstanden.

15 Vgl. *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 184 ff.; zu den verschiedenen Formen der Beratung von Regierung und Verwaltung siehe den Überblick in *Ferdinand Müller-Rommel*, Sozialwissenschaftliche Politik-Beratung. Probleme und Perspektiven, in: APuZ, B 25 (1984), S. 26 – 39; *Sven T. Sieffken*, Expertenkommissionen im politischen Prozess. Eine Bilanz zur rot-grünen Bundesregierung 1998 – 2005, Wiesbaden 2007, S. 54 – 61.

16 Vgl. *Axel C. Filges*, Gesetzgebungsoutsourcing – ein neues Berufsfeld für Rechtsanwälte?, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.), Gesetzgebungsoutsourcing. Gesetzgebung durch Rechtsanwälte? Baden-Baden 2011, S. 95 – 107, S. 96 f.; *Michael Kloepfer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 132; *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 400 ff.; *Sebastian Streb / Markus Tepe*, a.a.O. (Fn. 12), S. 11 f.; *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 195.

17 In der Vergangenheit beauftragten auch Teile des Parlaments Kanzleien mit der Formulierung von Gesetzen. Dabei handelte es sich jedoch um Ausnahmefälle und eher um „ein Akt parlamentarischer Selbstbehauptung gegenüber einem übermächtigen Regierungsapparat“, *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 196.

## 2. Merkmale der Gesetzauslagerung auf Bundesebene

Die empirischen Ergebnisse zur Größenordnung und Entwicklung der Gesetzauslagerung basieren auf parlamentarischen Anfragen hierzu.<sup>18</sup> Die Regierung ermittelte die Anzahl aller verkündeten Gesetze und Verordnungen, an denen Externe ab 1990 mitgewirkt hatten. Verworfene Programminitiativen fallen bis auf den publik gewordenen Linklaters-Fall somit nicht unter die Gesetzauslagerung. Einschränkungen bei der Erhebung und Unsicherheiten in der Datenbasis ergeben sich generell aus dem Antwortverhalten der Regierung.<sup>19</sup>

Die Ressorts beauftragten zwischen 1990 und 2012 in 77 Fällen Externe mit der Formulierung von Gesetz- und Verordnungsentwürfen. Mindestens 18 Aufträge entfallen dabei auf Anwaltskanzleien.<sup>20</sup> Auftragnehmer sind zudem diverse Beratungsunternehmen und Universitätsprofessoren sowie vereinzelt auch pensionierte Ministerialbeamte. Nach Angaben der Regierung tritt die Gesetzauslagerung bis auf einen Fall im Jahr 1991 erst wieder im Jahr 2000 auf. Dann weist der Entwicklungstrend zunächst nach oben: Von drei Fällen in der 14. Wahlperiode steigt die Auslagerung auf 23 Fälle in der 15. und erreicht mit 43 Fällen in der 16. Wahlperiode schließlich den Höchstwert. Bemerkenswert ist daher der starke Rückgang in der 17. Wahlperiode. Hier traten bis Ende 2012 – dem Zeitpunkt der letzten parlamentarischen Anfrage hierzu – nur sieben Fälle auf. Auffällig ist zudem die uneinheitliche Verteilung der Gesetzauslagerung: Neun Ressorts vergaben Schreibaufträge an Externe und unterscheiden sich dabei hinsichtlich der Größenordnung erheblich: Mit 37 Fällen konzentriert sich fast die Hälfte der Auslagerung auf das Umweltministerium (BMU) vor dem Verkehrsministerium (BMVBS) mit elf und dem Finanzministerium (BMF) mit sieben Fällen. In den übrigen sechs Ressorts bewegt sich die Anzahl der Auslagerung zwischen zwei und sechs (vgl. Tabelle 1).

Mit bislang 77 Fällen scheint die Gesetzauslagerung im Verhältnis zur Gesamtheit der gesetzgeberischen Arbeit der Bundesregierung in wenig bemerkenswerter Größenordnung stattzufinden.<sup>21</sup> Die Regierung bewertete sie im April 2012 so auch als „gering und quanti-

18 Basis der quantitativen Auswertung ist die Darstellung des Phänomens zwischen 1990 und 2009 aufgeschlüsselt nach Ressorts in der Bundestags-Drucksache 16/14133 vom 26. Oktober 2009, S. 6. Ergänzend wurden weitere Regierungantworten ausgewertet. Die so gesammelten Informationen wurden in einem Datensatz zusammengeführt, der neben der Anzahl der Fälle aufgeschlüsselt nach Ressorts auch alle verfügbaren Angaben zum Auftragnehmer, Normsetzungsverfahren (Gesetz oder Verordnung) sowie Vergabedatum enthält. Die Ermittlung der Drucksachen erfolgte durch Recherchen im Dokumentationssystem des Bundestags mittels Schlagwörtern wie „Externe Beratung“. Es wurden nur Dokumente berücksichtigt, in denen die Parlamentarier explizit nach der Erarbeitung von Gesetzen durch externe Dritte gefragt haben.

19 In der bisherigen Literatur wird so auf Fälle von „Professorenentwürfen“ hingewiesen, die bis in das Jahr 1966 zurückreichen, vgl. *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 194; *Sebastian Streb / Markus Tepe*, a.a.O. (Fn. 12), S. 11. Grundsätzlich zu Erhebungsproblemen im Bereich der politisch-administrativen Politikberatung *Sven T. Siefken*, a.a.O. (Fn. 15), S. 20 ff.; *Axel Murswieck*, Wissenschaftliche Beratung im Regierungsprozeß, in: *ders.* (Hrsg.), *Regieren und Politikberatung*, Opladen 1994, S. 103 – 119, S. 108.

20 Da das Parlament das hier als Gesetzauslagerung bezeichnete Phänomen erst ab der 16. WP explizit behandelte, konnten zumeist nur für die 16. und 17. WP Anwaltskanzleien als Auftragnehmer identifiziert werden. Weitere Kanzleigesetze unter den 77 Fällen können so nicht ausgeschlossen werden.

21 Von der 12. bis zur 16. Wahlperiode wurden 1912 Regierungsvorlagen verabschiedet, vgl. die Tabelle „Statistik zur Gesetzgebung. Verabschiedete Gesetze, aufgeschlüsselt nach Initiatoren“ in:

Tabelle 1: Gesetzauslagerung aufgeschlüsselt nach Wahlperioden und Ressorts

	Anzahl (davon Kanzleien als Auftragnehmer)									
	BMU	BMVBS	BMF	BMI	BMJ	BMW	BMBF	BMFSFJ	AA	Insge- sammt
12. WP (1990 bis 1994)	1	–	–	–	–	–	–	–	–	1 (-)
13. WP (1994 bis 1998)	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
14. WP (1998 bis 2002)	–	2	–	–	–	–	1	–	–	3 (-)
15. WP (2002 bis 2005)	12	6	–	1	1	1	2	–	–	23 (2)
16. WP (2005 bis 2009)	23	3	7	5	2	2	–	1	–	43 (15)
17. WP (2009 bis 2012*)	1	–	–	–	2	1	–	1	2	7 (1)
Insge- sammt	37	11	7	6	5	4	3	2	2	77 (18)

Anmerkung: Angegeben ist die Anzahl der Aufträge an Externe, die an verkündeten Gesetzen und Verordnungen mitwirkten. Die Beiträge von Linklaters für das BMWi – zunächst für das Rettungsübernahmegesetz und darauf aufbauend für einen Entwurf zur Bankenrestrukturierung – sollen allerdings nicht in ein verkündetes Gesetz eingeflossen sein. Sie werden zudem als ein Fall behandelt, da sie inhaltlich in einem Zusammenhang stehen. Für die Messung der Gesetzauslagerung aufgeschlüsselt nach Wahlperioden wird angenommen, dass aufgrund des Zeitfaktors bei der Regierungsbildung beispielsweise Fälle im Jahr 2005 der 15. WP zugeordnet werden können. Bei drei Kanzleigesetzten informierte die Regierung nicht über den Auftraggeber. Nach Abgleich der Angaben zu anderen Ressorts wurden sie dem BMU zugeordnet. Dies schien aufgrund der Gesetzesmaterien und dem Schwerpunkt einer genannten Kanzlei im Umweltrecht plausibel.

\* Für die 17. WP liegen empirische Daten nur bis Ende 2012 vor, dem Zeitpunkt der letzten parlamentarischen Anfrage zu Gesetzesauslagerungen.

Quelle: Eigene Berechnung auf Grundlage der BT-Dr. 16/13332, S. 16 – 20; 16/13965, S. 5 – 13; 16/14064, S. 33 – 34; 16/14133, S. 6 – 9; 17/6228, S. 16 – 17; 17/9266, S. 4; 17/11490, S. 11 – 12.

Michael F. Feldkamp, Datenhandbuch des Deutschen Bundestages, Stand: 4. Dezember 2013, [http://www.bundestag.de/blob/196202/f8487b8090f59e19e3ce586253a3b684/kapitel\\_10\\_01\\_statistik\\_zur\\_gesetzgebung-data.pdf](http://www.bundestag.de/blob/196202/f8487b8090f59e19e3ce586253a3b684/kapitel_10_01_statistik_zur_gesetzgebung-data.pdf) (Abruf am 31. Januar 2014), S. 5.

tativ nicht signifikant<sup>22</sup>, und in der bisherigen Literatur wird insbesondere die qualitative Dimension des Phänomens betont.<sup>23</sup> Differenzierter fällt die quantitative Betrachtung jedoch aus, wenn man nach Wahlperiode, Ressort und Normsetzungsverfahren unterscheidet. Für die am stärksten betroffene 16. Wahlperiode beträgt der Anteil der ausgelagerten Gesetzentwürfe mit 31 Fällen<sup>24</sup> an den 488 verabschiedeten Regierungsvorlagen<sup>25</sup> rund sechs Prozent.<sup>26</sup> Mit Blick auf die Arbeit einzelner Ressorts fällt zumindest bei einem Ministerium die Gesetzauslagerung jedoch weitaus stärker aus: So musste sich das BMU mit 18 Fällen<sup>27</sup> bei der Hälfte seiner erfolgreich im Parlament verabschiedeten 36 Gesetzvorlagen<sup>28</sup> in der 16. Wahlperiode Hilfe von außerhalb holen. Dass die Auslagerung im „Einzelfall“ aufgrund von „Eilbedürftigkeit“ oder „Kapazitätsproblemen bei Belastungsspitzen“ erfolgt<sup>29</sup>, kann so zumindest für das BMU bezweifelt werden.

Mit Blick auf die 18 ermittelten Kanzleigesetze sind zwei Aspekte auffällig: Erstens konzentriert sich mit zwölf Fällen die Mehrzahl auf die 20 umsatzstärksten Großkanzleien in Deutschland.<sup>30</sup> Zweitens handelt es sich hierbei hauptsächlich um Fusionskanzleien mit anglo-amerikanischem Ursprung.<sup>31</sup> Als Merkmale von Großkanzleien gelten ein hoher Personalbestand<sup>32</sup>, die internationale Vernetzung sowie die Arbeit primär für Wirtschaftsakteure.<sup>33</sup> Abseits der anwaltlichen Professionsnormen handelt es sich insbesondere bei den

22 BT-Drs. 17/9266 vom 5. April 2012, S. 3.

23 Vgl. Marian Döhler, a.a.O. (Fn. 4), S. 197; Michael Kloepfer, a.a.O. (Fn. 9), S. 132.

24 Für diese Berechnung wurden zwölf Fälle der Gesetzauslagerung im hier angegebenen Sinne ausgeschlossen. Dazu zählen die Beiträge von Linklaters für das BMWi, da diese nicht in ein verkündetes Gesetz eingeflossen sein sollen, vier Gesetze, an denen mehrere Auftragnehmer beteiligt waren sowie sieben Verordnungen. Die Datenbasis für die Berechnung bleibt allerdings unsicher, da in acht Fällen keine Informationen zu der Art der Normsetzungsverfahren vorliegen. Die acht unbekannten Fälle wurden nach dem Verhältnis der 35 bekannten Fälle (83 Prozent Gesetze) den beiden Normsetzungsarten zugeordnet. Demnach verteilen sich die acht Fälle auf sieben Gesetze und eine Verordnung.

25 Vgl. Michael F. Feldkamp, a.a.O. (Fn. 21).

26 Für einen ähnlichen Befund vgl. Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO zum Einsatz externer Berater bei Normsetzungsverfahren, Bonn 2011, S. 10.

27 Die Differenz zu den 23 Fällen im BMU für die 16. WP ergibt sich durch den Abzug von fünf extern erarbeiteten Rechtsverordnungen. Die Datenbasis für die Berechnung bleibt allerdings unsicher. Vgl. hierzu die Anmerkung in Fn. 24.

28 Vgl. die Tabelle „Gesetzentwürfe der Bundesregierung, untergliedert nach Ressorts“ in: Michael F. Feldkamp, Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages, Stand: 4. Dezember 2013, [http://www.bundestag.de/blob/196204/80efca854b24b3f8c856393112f42b02/kapitel\\_10\\_02\\_gesetzentw\\_rfe\\_der\\_bundesregierung\\_\\_untergliedert\\_nach\\_ressorts-data.pdf](http://www.bundestag.de/blob/196204/80efca854b24b3f8c856393112f42b02/kapitel_10_02_gesetzentw_rfe_der_bundesregierung__untergliedert_nach_ressorts-data.pdf) (Abruf am 31. Januar 2014), S. 6.

29 BT-Drs. 17/9266 vom 5. April 2012, S. 3.

30 Eigene Auswertung auf Grundlage von Kanzleiumsätze 2009/10 Top 50, in: JUVE Rechtsmarkt, 13. Jg. (2010), H. 10, eingeklebtes Faltblatt. Zwei Auftragnehmer aus dem Kreis der Kanzleien bleiben jedoch unbekannt.

31 Eigene Auswertung auf Grundlage von „Kanzleien in Deutschland. Eine Auswahl deutscher Wirtschaftsanwälte“, Baden-Baden 2012.

32 Die Fusionskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer beschäftigt beispielsweise in Deutschland rund 511 und weltweit 2.225 Anwälte, vgl. JUVE, Handbuch Wirtschaftskanzleien 2013/14, Köln 2013/14, S. 630.

33 Vgl. Stefan Menden / Jonas Seyfferth (Hrsg.), Das Insider-Dossier: Karriere in der Großkanzlei – Bewerbung, Einstieg und Aufstieg, Köln 2012, S. 9 ff.

anglo-amerikanischen Fusionskanzleien um profitorientierte Unternehmen, bei denen das Management den deutschen Standorten Profitabilitätsziele vorgibt.<sup>34</sup> Zu den Aufgaben der externen Berater stellte der Bundesrechnungshof (BRH)<sup>35</sup> fest, dass diese „qualitativ über die üblichen Beratungsleistungen teilweise hinaus“<sup>36</sup> gehen. Es habe sich so nicht nur um die Beantwortung rechtlicher Fragestellungen im Einzelfall gehandelt, sondern die Auftragnehmer „waren umfassend an der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen beteiligt und in Entscheidungsprozesse der Verwaltung eingebunden“<sup>37</sup>. Während der BRH die Beantwortung rechtlicher Einzelfragen mittels Gutachten nachvollziehen konnte, kritisierte er, dass „Kernaufgaben wie das eigenständige Erarbeiten von Gesetzen und Verordnungen oder die rechtliche Gestaltung von Vertragswerken“<sup>38</sup> auf Externe übertragen wurden. Im Einzelnen übernahmen sie folgende Aufgaben<sup>39</sup>:

- Erstellen eines versendefähigen Referentenentwurfs,
- Identifikation des rechtlichen Umsetzungsbedarfs sowie Erarbeiten von Lösungsvorschlägen als Grundlage eines Referentenentwurfs,
- Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren und Unterstützung beim Erarbeiten eines Entwurfs mit Begründung,
- Begleitung bei Ressortverhandlungen und Anfertigung von Besprechungsprotokollen,
- federführende Auswertung der Stellungnahmen aus der Expertenbefragung und deren Umsetzung im Gesetzentwurf,
- Prüfen von rechtlichen Fragen in Form von Textvorschlägen sowie rechtliche Begleitung der parlamentarischen Behandlung,
- Bewertung der Stellungnahmen beteiligter Ressorts, von Interessenverbänden und sonstigen Gruppen und Erarbeitung von Vorschlägen, ob und inwieweit diese berücksichtigt werden sollten,
- Erstellen von Positionspapieren und internen Vermerken für die Hausleitung,
- Beantwortung von parlamentarischen Anfragen,
- Teilnahme an Ausschusssitzungen des Bundestages und Anfertigung eines Protokolls.

34 Vgl. ebenda, S. 27; *Martin Hessler / Laurel S. Terry*, Lawyers Without Frontiers – a View From Germany, in: Dickinson Journal of International Law, 19. Jg. (2001), H. 2, S. 269 – 308, S. 285; *Susanne Lace*, Mergers, Mergers Everywhere: Constructing the Global Law Firm in Germany, in: *Jerry van Hoy* (Hrsg.), Legal Professions. Work, Structure and Organization, Amsterdam u.a. 2001, S. 51 – 75, S. 53; *Klaus Günther*, Anwaltsimperien, in: *Ina Hartwig / Tilman Spengler* (Hrsg.), Neue Rechtsordnung. Kursbuch 155, Berlin 2004, S. 1 – 14.

35 Der Bundesrechnungshof prüfte den Einsatz von externen Beratern bei Normensetzungsverfahren in der 16. WP und legte dem Haushaltsausschuss am 23. März 2011 den Bericht vor. Auf Basis der parlamentarischen Anfragen ermittelte der Bundesrechnungshof 33 Fälle und wählte davon gezielt 17 Fälle in fünf Bundesministerien aus. Hier prüfte er die Verträge und führte Informationsgespräche. Die externen Berater kamen aus neun Rechtsanwaltskanzleien und drei Universitäten, vgl. Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26). Die Angaben und Fallbeispiele sind anonymisiert. Aus einer Regierungsantwort geht jedoch hervor, dass der Bundesrechnungshof das Bundesfinanzministerium (BMF) sowie das Bundesministerium der Justiz (BMJ), Bundesministerium des Inneren (BMI), Bundesministerium für Wirtschaft (BMWi) und das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) prüfte, vgl. BT-Drs. 17/6041 vom 3. Juni 2011, S. 11 f.

36 Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 17.

37 Ebenda, S. 28.

38 Ebenda, S. 16.

39 Ebenda, S. 13 – 17, größtenteils wörtliche Übernahme.

Die Externen arbeiteten auf der Grundlage von unterschiedlichen Vertragsarten. Die festgelegte Arbeitsdauer von wenigen Monaten wurde mehrfach verlängert, im Einzelfall bis auf fünf Jahre. Der gezahlte Stundenlohn war sehr uneinheitlich und lag zwischen 260 und 500 Euro. Insgesamt beliefen sich die Kosten der Gesetzauslagerung in der 16. Wahlperiode auf zehn Millionen Euro.<sup>40</sup>

### *3. Gründe für die finanzmarktpolitische Gesetzauslagerung an Anwaltskanzleien*

Als unmittelbare Reaktion auf die internationale Finanzmarktkrise wurden drei Gesetze in der 16. Wahlperiode erlassen. Kernstück ist das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) vom Oktober 2008. Es stellt 500 Milliarden Euro für die Stützung des Bankensystems über den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) bereit, die über Staatshilfen verschiedener Art beantragt werden können – hauptsächlich handelt es sich dabei um Garantien und Kapitalzusagen. Darauf folgte im April 2009 das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStErgG), das eine zeitlich befristete Regelung für die Verstaatlichung von Banken enthält, mit der primär die als systemrelevant eingestufte Hypo Real Estate vor der Insolvenz bewahrt werden sollte. Es folgte schließlich das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStFEntwG) im Juli 2009, das die Errichtung von so genannten Bad Banks zur Entlastung der Bankbilanzen konkretisierte.<sup>41</sup> Das Finanzministerium beauftragte die Kanzlei Freshfields für alle drei Gesetze und die Durchführungsverordnung zum SoFFin. Das Innenministerium schaltete für das zweite Gesetz die Kanzlei Hengeler Mueller ein. Das Wirtschaftsministerium beauftragte Linklaters mit einem Entwurf für die Enteignungslösung als Bestandteil des zweiten Gesetzes.<sup>42</sup>

Für die Strukturierung der Untersuchung und Erfassung der Ursachen der Gesetzauslagerung wird ein policy-analytischer Zugang gewählt. Als brauchbar für die Rekonstruktion von politischen Entscheidungen haben sich Analyserahmen erwiesen, die neo-institutionalistische mit akteurszentrierten Erklärungsfaktoren verbinden. Im Mittelpunkt steht dabei das Zusammenwirken von Akteuren, deren Handlungen durch situative, strukturelle sowie institutionelle Faktoren ausgelöst, begrenzt oder ermöglicht werden. Hier wird sich vorrangig an dem akteurszentrierten Institutionalismus angelehnt.<sup>43</sup> Der policy-analytische Zugang ist zudem anschlussfähig an die Literatur zur Funktion von externen Beratern im politischen Prozess, die ebenfalls einbezogen wird. Die einzelnen Erklärungsfaktoren werden im Folgenden anwendungsbezogen ausgeführt.

40 Vgl. ebenda, S. 10, S. 22, S. 24. Ein Stundensatz von mehr als 250 Euro wurde bei den „höchst sensiblen und komplexen“ Mandaten zur Finanzmarktstabilisierung erreicht, JUVE, Handbuch Wirtschaftskanzleien 2011/12, Köln 2011/12, S. 505. Der Axel-Springer-Verlag verklagte das BMF vor dem Verwaltungsgericht Berlin mittlerweile auf die Nennung der Honorarsumme. Demnach erhielt die Kanzlei Freshfields rund 1,8 Millionen Euro zwischen November 2005 und Oktober 2009, vgl. *Jan Heidtmann*, Der Preis guter Politik, in: SZ vom 29. Dezember 2012, S. 4.

41 Vgl. *Norbert Horn*, Rechtliche Aspekte der Finanzkrise, in: KSzW, 1. Jg. (2010), H. 2, S. 67 – 77, S. 70 – 73.

42 Vgl. BT-Drs. 16/13965 vom 28. August 2009, S. 5 – 8; BT-Drs. 16/13983 vom 4. September 2009, S. 2.

43 Vgl. *Renate Mayntz / Fritz W. Scharpf*, Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus, in: *dies.* (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, Frankfurt am Main / New York 1995, S. 39 – 72; *Volker Schneider / Frank Janning*, Politikfeldanalyse. Akteure, Diskurse und Netzwerke in der öffentlichen Politik, Wiesbaden 2006, S. 76 ff.

### 3.1. Entscheidungssituation

Politische Entscheidungen werden unter anderem von der konkreten Handlungssituation beeinflusst. Allgemein werden hierunter einflussreiche externe Ereignisse verstanden, die für Akteure Handlungschancen und -hemmnisse konstruieren.<sup>44</sup> Als eine wesentliche Ursache für die Gesetzauslagerung gilt in der bisherigen Literatur so der hohe Zeitdruck bei der Problembearbeitung, ausgelöst durch die internationale Finanzmarktkrise<sup>45</sup>, die nach der Insolvenz der US-Investmentbank Lehman Brothers am 15. September 2008 eine verschärzte Dynamik entwickelte. Auch die beteiligten Akteure betrachteten die zeitlichen Zwänge bei den politischen Entscheidungen zu den Gesetzen als ursächlich für die Auslagerung.<sup>46</sup> *Otto Fricke*, damaliger Vorsitzender des Haushaltausschusses des Bundestages, ging im Interview davon aus, dass die Regierung die Gesetzesvorbereitung „allein mit den Bordmitteln der beteiligten Ministerien gar nicht konnte. Dafür war die Sache zu eilig und umfangreich“.

Der Gesetzentwurf zum FMStG ist nach Darstellung des involvierten Freshfields-Anwalts *Benedikt Wolfers* in der Tat hauptsächlich innerhalb von 48 Stunden am Wochenende des 11./12. Oktobers 2008 entstanden.<sup>47</sup> Er wurde am 13. Oktober als Kabinettsvorlage beschlossen und am folgenden Tag als Fraktionsinitiative in den Bundestag eingebracht. Die Beauftragung der Freshfields-Anwälte durch das BMF erfolgte kurzfristig abends am Freitag, den 10. Oktober.<sup>48</sup> Auch die Folgegesetze entstanden unter dem zeitlichen Druck der Krise. Das FMStG wurde zudem nur innerhalb von vier Tagen im Parlament behandelt und verabschiedet. Dabei orientierte man sich an der Markteröffnung der asiatischen Börsen, Montagmorgen um zwei Uhr mitteleuropäischer Zeit.<sup>49</sup> Ein vergleichbar eiliges Gesetzgebungsverfahren unter Anwendung sämtlicher Abweichungsvorschriften in den Geschäftsordnungsbestimmungen erfolgte 1977 aufgrund der Entführung *Hanns Martin Schleyers* durch die RAF beim Kontaktsperregesetz.<sup>50</sup> Die Einbindung der Anwälte in die

44 Vgl. *Renate Mayntz / Fritz W. Scharpf*, a.a.O. (Fn. 43), S. 58 ff.; *Volker Schneider / Frank Janning*, a.a.O. (Fn. 43), S. 95.

45 Vgl. *Julia Fleischer / Salvador Parrado*, Power Distribution in Ambiguous Times: The Effects of the Financial Crisis on Executive Decision-making in Germany and Spain, in: *Der moderne Staat. Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*, 3. Jg. (2010), H. 2, S. 361 – 376, S. 366; *Michael Kloepfer*, Regierungsinitiativen ohne Ministerialverwaltung, in: *Dankt der Staat ab? – Wo bleibt das Prinzip der Politik? Unabhängigkeit und demokratische Legitimität im 21. Jahrhundert*, Dokumentation einer Tagung von Transparency International Deutschland und Beamtenbund und Tarifunion, Berlin 31. Mai 2011, S. 47 – 58, S. 49.

46 Vgl. *Karl-Theodor zu Guttenberg* in BT-WTA 16/100, Ausschuss für Wirtschaft und Technologie Wortprotokoll der 100. Sitzung vom 26. August 2009, S. 44; *Ulrich Seibert*, Deutschland im Herbst – Erinnerungen an die Entstehung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes im Oktober 2008, in: *Stefan Grundmann* u.a. (Hrsg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Bd. 2, Berlin 2010, S. 2525 – 2547, S. 2533.

47 Vgl. *Benedikt Wolfers*, Finanzmarktstabilisierung Oktober 2008: „Gefahrenabwehr“ in 48 Stunden, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), S. 161 – 178, S. 161. Vgl. zu den Vorgängen auch detailliert *Ulrich Seibert*, a.a.O. (Fn. 46).

48 Vgl. BT-Drs. 16/12547 vom 31. März 2009, S. 2.

49 Vgl. BT-HHA 16/81, Haushaltausschuss Kurzprotokoll der 81. Sitzung vom 16. Oktober 2008, S. 138.

50 Vgl. *Ulrich Seibert*, a.a.O. (Fn. 46), S. 2536.

Politikformulierung diente vor diesem Hintergrund der Bearbeitung einer neuartigen Krisensituation, die unmittelbaren Handlungsdruck erzeugte.<sup>51</sup>

### 3.2. Problemstruktur

Als weitere Ursache für die Gesetzauslagerung gilt die komplexe und grenzüberschreitende Problemstruktur der Regelungsmaterie, für deren Bearbeitung die Ministerien praxistaugliches Fachwissen benötigten.<sup>52</sup> Die Beamten im BMF empfanden die Gesetzauslagerung so zwar als ungewöhnlichen Schritt; er wurde allerdings mit der fehlenden eigenen Expertise über die komplexen Finanzmarktprodukte gerechtfertigt, die ursächlich für die Krise sind.<sup>53</sup> *Ulrich Seibert*, der für das Justizministerium in die Politikformulierung involviert war, bezeichnete es als einen „Glücksfall, dass in dieser außerordentlichen Situation Praktiker aus Anwaltschaft und Gesetzgebung gebündelt wurden“<sup>54</sup>. Die drei an den Gesetzen beteiligten Kanzleien können als vertraut mit der Regelungsmaterie gelten. Sie belegen auf dem Rechtsmarkt „Strukturierte Finanzierung“ regelmäßig die vorderen Plätze im Ranking des Marktbeobachters JUVE.<sup>55</sup> Auch gegenüber dem BRH gaben alle Ministerien „unzureichende oder fehlende Fach- beziehungsweise Spezialkenntnisse des eigenen Personals“<sup>56</sup> als Grund für die Auslagerung an.

Die Entgrenzung des Politikfelds Finanzmarkt drückte sich während des Gesetzgebungsverfahrens an der Abstimmung der Maßnahmen mit anderen Ländern aus. Für die Problembearbeitung erschienen dabei die Großkanzleien aufgrund ihrer internationalen Aktivitäten geeignet. So erklärte die Leitungsebene des Finanzministeriums die Beauftragung von Freshfields gegenüber *Fricke* wie folgt: „Wir brauchen hier die möglichst besten Leute, die auch international verwoben sind. Es gibt hier auch keine nationale Alleinregelung mehr. Sonst bekommen wir keine effektive Regelung, sondern nur Chaos.“

### 3.3. Institutionen

Institutionen im Sinne von formalen und informalen Regeln ermöglichen und begrenzen den Handlungsräum der Akteure. Sie determinieren deren Handeln jedoch nicht, sondern legen Verfahrensweisen fest und teilen Macht zu.<sup>57</sup> Das Handeln im politisch-administrativen Bereich wird durch die fragmentierte Entscheidungsstruktur des Regierungssystems

51 Jens Weidmann, damals Abteilungsleiter für Wirtschafts- und Finanzpolitik im Kanzleramt, erklärte vor dem HRE-Untersuchungsausschuss, dass man aufgrund von Gesprächen mit den Amerikanern bis zum Schluss davon ausging, dass Lehman Brothers nicht in die Insolvenz gehe, vgl. HRE-Untersuchungsausschuss, Stenografisches Protokoll der 21. Sitzung vom 19. August 2009, S. 4.

52 Vgl. Julia Fleischer / Salvador Parrado, a.a.O. (Fn. 45), S. 365; Marian Döhler, a.a.O. (Fn. 4), S. 198 f.

53 Vgl. die Aussage eines BMF-Mitarbeiters in: Julia Fleischer, A Dual Centre? Executive Politics under the Second Grand Coalition in Germany, in: German Politics, 19. Jg. (2010), H. 3, S. 353 – 368, S. 362.

54 Ulrich Seibert, a.a.O. (Fn. 46), S. 2533.

55 Vgl. zum Beispiel JUVE, Handbuch Wirtschaftskanzleien 2008/09, Köln 2008/09, S. 260.

56 Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 10.

57 Vgl. Renate Mayntz / Fritz W. Scharpf, a.a.O. (Fn. 43), S. 43 ff.; Volker Schneider / Frank Janning, a.a.O. (Fn. 43), S. 92 f.

geprägt. Der befragte finanzpolitische Referent erklärte sich die Gesetzauslagerung folglich auch mit der Arbeitsweise innerhalb der Verwaltung: „Man hatte da nicht genügend Vertrauen in die eigene Bürokratie, dass man das innerhalb der gebotenen Kürze mit all den Abstimmungsprozessen, die in einem Ministerium laufen, bewältigen kann.“ Den Kanzleien schrieb man im Gegensatz zu der Verwaltung hingegen eine Organisationsform zu, die sie zur Vernetzung in den hier gefragten Rechtsbereichen befähigte.<sup>58</sup> JUVE zufolge erwiesen sich Linklaters und Freshfields bei den Bankenrettungsmandaten so „als diejenigen Großkanzleien, die besonders schnell und quasi auf Abruf ihre stärksten Anwälte aus dem Bankrecht, Öffentlichen Recht und Beihilferecht zusammenbringen konnten“<sup>59</sup>.

Die Erkenntnisse des BRH lassen vermuten, dass auch die unzureichende personelle Ressourcenausstattung der Verwaltung eine Ursache für die Gesetzauslagerung war.<sup>60</sup> Die geringe Arbeitskapazität der Ministerialbürokratie kann durchaus als institutionelles Merkmal begriffen werden, da durch die lineare Stellenkürzung ein Personalabbau in der Bundesverwaltung von jährlich 1,5 Prozent vorgesehen ist.<sup>61</sup> Zuständig für die Gesetze war im BMF die Abteilung VII für Finanzmarktpolitik<sup>62</sup>, deren Personalbestand nach eigenen Angaben auf niedrigem Niveau stabil ist. Sie verfügt über 120 Mitarbeiter, die sich auf 19 Referate verteilen.<sup>63</sup> Die prekäre Personalsituation machte sich bei der finanzmarktpolitischen Gesetzgebung durchaus bemerkbar: Bundesfinanzminister *Peer Steinbrück* erklärte dem Haushaltsausschuss, dass die Kapazitäten der beteiligten Ressorts bei der Ausarbeitung der Rechtsverordnungen zum FMStG ungefähr zu 250 Prozent beansprucht seien.<sup>64</sup>

### 3.4. Akteure und ihre Interessen

Der Akteursbegriff umfasst sowohl kollektive als auch individuelle Akteure. Angelehnt an weite Ansätze der rationalen Wahl, handeln diese interessenbezogen, können sich aber auch an übergeordneten Normen orientieren.<sup>65</sup> Die verflochtenen Entscheidungsstrukturen des deutschen Regierungssystems führen dazu, dass verschiedene Akteure im politischen Prozess Vetopotenzial besitzen. Aus einer akteursbezogenen Perspektive zeigt sich daran an-

58 Vgl. *Julia Fleischer / Salvador Parrado*, a.a.O. (Fn. 45), S. 365; *Michael Kloepfer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 133.

59 JUVE, Handbuch Wirtschaftskanzleien 2009/10, Köln 2009/10, S. 444.

60 Vgl. Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 10; siehe hierzu auch die Befunde für das BMU von *Marian Döhler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 199.

61 Vgl. zum Beispiel BT-Drs. 17/5012 vom 7. März 2011, S. 1.

62 Vgl. *Benedikt Wolfers*, a.a.O. (Fn. 47), S. 165.

63 Zitiert in *Stefan Handke*, Die Ruhe nach dem Sturm – Steuerungskonflikte als Hemmnis für institutionellen Wandel in der deutschen Finanzmarktaufsicht, in: *Leviathan*, 40. Jg. (2012), H. 1, S. 24 – 51, S. 35.

64 Zitiert in BT-HHA 16/80, Haushaltsausschuss Kurzprotokoll der 80. Sitzung vom 15. Oktober 2008, S. 18. Ein Zeit-Artikel beschreibt ferner die dünne Personaldecke und Arbeitsbelastung im BMF. Dort ließen sich demnach auch „Routiniers krankschreiben, weil sie den Druck nicht mehr aushalten“, *Anita Blasberg / Kerstin Kohlenberg / Elisabeth Niejahr*, Die Hintermann, in: *Zeit* Online vom 21. April 2009, <http://www.zeit.de/2009/15/DOS-Kanzleramt> (Abruf am 31. Januar 2014).

65 Vgl. *Renate Mayntz / Fritz W. Scharpf*, a.a.O. (Fn. 43), S. 49 – 58; *Volker Schneider / Frank Janning*, a.a.O. (Fn. 43.), S. 95.

knüpfend, dass die Ressorts die Gesetzauslagerung nutzten, um sich gegenüber anderen Akteuren durchzusetzen.<sup>66</sup> Die „allem politischen Handeln eigene Spannung zwischen Sachbezug und Machtbezug“<sup>67</sup> gilt so auch für die Politikberatung. Die Expertise von außerhalb dient nicht nur der sachlichen Bearbeitung einer komplexen Materie, sondern wird auch machtpolitisch für die Durchsetzung der eigenen Position oder als Symbol für die Profilbildung benutzt.<sup>68</sup>

An den finanzmarktpolitischen Gesetzen waren neben dem Bundeskanzleramt die vier Ressorts Finanzen, Justiz, Inneres sowie Wirtschaft beteiligt.<sup>69</sup> Für alle drei Gesetze besaß das SPD-geführte BMF die Federführung. Während das erste Gesetz kurzfristig erarbeitet und verabschiedet wurde, beauftragte das BMF die Kanzlei Freshfields am 13. Januar 2009 mit Entwurfsarbeiten für das zweite Gesetz und damit knapp einen Monat vor dem Kabinettsbeschluss am 18. Februar 2009.<sup>70</sup> Mit dem Einsetzen der Finanzkrise bekam das vormals in der breiten Öffentlichkeit wenig beachtete technische Politikfeld einen verschärften Politisierungsgrad.<sup>71</sup> Insbesondere die Frage, wie weit der Staat in die Wirtschaft eingreifen darf, brach hier als neue politische Konfliktlinie auf.<sup>72</sup> Der Unions-Abgeordnete *Laurenz Meyer* wies im Wirtschaftsausschuss darauf hin, dass seine Fraktion darauf gedrungen habe, Alternativlösungen zum geplanten Enteignungskonzept des Finanzministeriums zu entwickeln.<sup>73</sup> Hierfür schalteten die beiden in der Großen Koalition parteipolitisch anders gefärbten Ministerien für die Ressortabstimmung nun ebenfalls Anwaltskanzleien ein.

Während die Beauftragung von Hengeler Mueller durch das CDU-geführte Innenministerium im Februar 2009 für die verfassungsrechtliche Prüfung der Enteignungslösung erfolgt sein soll<sup>74</sup>, kann angenommen werden, dass es der politisch-administrativen Spalte im Wirtschaftsressort neben der Durchsetzung von eigenen Ideen<sup>75</sup> auch um ein wahlakti-

66 Vgl. so auch die Vermutung von *Matthias Rossi*, Erscheinungsformen nichtstaatlicher Einflüsse auf die staatliche Gesetzgebung, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), S. 25 – 77, S. 70.

67 *Renate Mayntz*, Speaking Truth to Power: Leitlinien für die Regelung wissenschaftlicher Politikberatung, in: Der moderne Staat. Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 2. Jg. (2009), H. 1, S. 5 – 16, S. 14.

68 Vgl. *Sven T. Siefken*, a.a.O. (Fn. 15), S. 78 – 87; *Tobias Raffel*, Unternehmensberater in der Politikberatung. Eine empirische Untersuchung zu Aktivitäten, Gründen und Folgen, Wiesbaden 2006, S. 123 – 133.

69 Vgl. *Ulrich Seibert*, a.a.O. (Fn. 46), S. 2533.

70 Vgl. BT-Drs. 16/12547 vom 31. März 2009, S. 2.

71 Vgl. *Lotte Frach*, Finanzmarktregelierung in Deutschland, Baden-Baden 2010, S. 33 f.

72 Vgl. *Simon Hegelich*, Diskurskoalitionen in der Finanzmarktregelung. Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, in: Der moderne Staat. Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 3. Jg. (2010), H. 2, S. 339 – 359, S. 345.

73 Zitiert in BT-WTA 16/100, a.a.O. (Fn. 46), S. 37.

74 Vgl. BT-Drs. 16/12182 vom 6. März 2009, S. 31. Das BMF wollte die Beauftragung verhindern, da die Kanzlei erst nach einer rechtlichen Prüfung mandatiert werden durfte. Dabei spielten vermutlich die möglichen Interessenkonflikte der Hengeler-Mueller-Anwälte eine Rolle, vgl. *Ulrike Barth*, Berlin: Enteignungsgesetz beschlossen – Ministerien bauen auf Freshfields und Hengeler, in: JUVE Online vom 19. Februar 2009, <http://www.juve.de/nachrichten/deals/2009/02/berlin-enteignungsgesetz-beschlossen-ministerien-bauen-auf-freshfields-und-hengeler> (Abruf am 31. Januar 2014).

75 Vgl. *Julia Fleischer / Salvador Parrado*, a.a.O. (Fn. 45), S. 366; *Michael Kloepfer*, a.a.O. (Fn. 45), S. 49.

sches Manöver ging.<sup>76</sup> *Karl-Theodor zu Guttenberg* löste dort am 10. Februar 2009 den glücklosen Minister *Michael Glos* ab und sollte nach Beobachtungen der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung nun gegenüber dem starken Finanzminister *Steinbrück* ein eigenständiges Profil aufbauen.<sup>77</sup> Er positionierte sich bei jeder Gelegenheit öffentlich als Wirtschaftsliberaler und sprach sich für wenige Kontrollmechanismen und ein geringes Ausmaß an staatlichen Eingriffen aus.<sup>78</sup> Als es um die drohende Insolvenz der Hypo Real Estate ging, favorisierte das Wirtschaftsministerium folglich eine Lösung unterhalb der Schwelle der Enteignung. Es konnte sich jedoch mit seinem „untechnisch und ohne juristische Formulierungen“<sup>79</sup> ausgearbeiteten Grundkonzept vom 6. Februar 2009 regierungsintern nicht durchsetzen und beauftragte am 13. Februar 2009 die Kanzlei Linklaters, um endlich fachliche Beachtung bei den „personell in diesen Fragen besser ausgestatteten Ressorts“<sup>80</sup> zu finden. Die Einbringung eigener Beiträge für das FMStErgG misslang jedoch. Es ist anzunehmen, dass das Linklaters-Logo auf dem darauf aufbauenden Gesetzentwurf zur Restrukturierung von Banken dem Wirtschaftsministerium bewusst zur „Machtdemonstration“ gegenüber dem ebenfalls beauftragten SPD-geführten Justizressort diente.<sup>81</sup> Nach Informationen des Nachrichten-Magazins *Der Spiegel* erreichten die Vorschläge des Wirtschaftsministeriums die Mitarbeiter im Justizressort am 19. Februar mit der Bemerkung, „die beiden Konzeptpapiere der von uns beauftragten Kanzlei“<sup>82</sup>. Dem BRH gegenüber erklärten die Ministerien die parallele Beauftragung von Anwälten auch mit mangelndem Abstimmungswillen innerhalb der Regierung oder mit der Notwendigkeit „auf ‚Augenhöhe‘ verhandeln zu können beziehungsweise einen Gegenentwurf zu haben. Andernfalls befände man sich in der Ressortabstimmung über den Gesetzentwurf klar im Nachteil.“<sup>83</sup>

#### 4. Demokratisches Legitimationsniveau der Gesetzauslagerung

Als normativer Bezugsrahmen für die Bewertung der Gesetzauslagerung bietet sich die komplexe Demokratietheorie in Anlehnung an *Fritz W. Scharpf* an, die eine Kombination aus verfahrensbezogener Input- und ergebnisbezogener Output-Legitimation vertritt. Angelehnt daran werden Bewertungskriterien abgeleitet, die sich in der demokratietheoretischen Diskussion etabliert haben. Als input-seitige Kriterien gelten demnach die Rückbindung Privater an Verfahren der Kontrolle, die Herstellung von Transparenz sowie die Konkurrenz und Berücksichtigung unterschiedlicher Interessen. Für eine output-seitige

76 Vgl. so auch die Vermutung von *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 387, Fn. 1.

77 Vgl. *Carsten Germis*, Das Mikro ist aus – und alle Fragen bleiben offen, in: FAS vom 8. März 2009, S. 37.

78 Vgl. hierzu die Ergebnisse einer Inhaltsanalyse von *Simon Hegelich*, a.a.O. (Fn. 72), S. 345 ff.

79 *Karl-Theodor zu Guttenberg* zitiert in BT-HHA 16/106, Haushaltsausschuss Kurzprotokoll zur 106. Sitzung vom 26. August 2009, S. 16.

80 Ebenda.

81 Gegenüber dem Haushaltsausschuss erklärte der damalige Staatssekretär *Walther Otremsba* die Verwendung des Linklaters-Logos allerdings damit, dass Linklaters die „Tipparbeit“ gemacht habe, ebenda, S. 36.

82 Zitiert in *Dietmar Hipp / Christian Reiermann / Marcel Rosenbach / Barbara Schmid / Andreas Wassermann*, a.a.O. (Fn. 3), S. 70.

83 Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 15.

Legitimation sollte die Beteiligung Privater hingegen zur sachlichen Qualität der Politikergebnisse beitragen und sowohl zu einer effektiven – im Sinne von leistungsfähigen – als auch effizienten – also wirtschaftlichen – Problemlösung führen.<sup>84</sup>

#### 4.1. Kontrollverfahren und Transparenz

Als wichtige Bedingung für die Auslagerung der Politikformulierung an Private gelten die Verfahren der verwaltungsinternen Kontrolle. Ministerien müssen auf Grundlage des politischen Gestaltungswillens bei der Erteilung der Arbeitsaufträge inhaltliche Vorgaben machen und sie kontrollieren.<sup>85</sup> Der BRH konnte die Prozesse, wie die Bundesministerien die Entstehung der Entwürfe begleiteten, jedoch nicht immer nachvollziehen. Die Ressorts gaben „übereinstimmend an, durch vielfältige Besprechungen und Telefonate Einfluss auf die Tätigkeit der Externen genommen zu haben“<sup>86</sup>. Als die Parlamentarier nachfragten, erklärten das Finanzressort und das Wirtschaftsministerium, dass es politische Vorgaben und Leitlinien gebe.<sup>87</sup> Wie präzise diese ausgestaltet waren, blieb jedoch offen. Vorgelegt wurden die entsprechenden Unterlagen nicht.<sup>88</sup>

Ein Hinweis auf die eingeschränkte inhaltliche Steuerungs- und Kontrollfähigkeit der Ministerialverwaltung ist die eigenständig durchgeführte Ressortabstimmung zwischen zwei Kanzleien, die im BRH-Bericht beschrieben wird und im Ausschlussverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die Abstimmung zum FMStErgG zutrifft. Demnach verhandelten die Kanzleien eigenständig ohne Anwesenheit von Mitarbeitern der Ministerien, vertraten inhaltlich überwiegend gegensätzliche Auffassungen und beurteilten die Besprechungen ihren Auftraggebern gegenüber völlig unterschiedlich.<sup>89</sup> Der BRH stellte hierzu fest, dass es unklar bliebe, „wie die Verwaltung ihrer Pflicht nachkommen will, den gesetzgeberischen Willen vorzuformulieren, wenn externe Berater eigenständig über die Regelungsentwürfe verhandeln“<sup>90</sup>. Die Ergebnisse des BRH für die Gesamtheit der geprüften Fälle unterstützen ferner die Annahme, dass die inhaltliche Steuerung prekär war. Demnach fehlten in den Verträgen überwiegend detaillierte und fachlich fundierte Vorgaben zu Zielen und Notwendigkeiten der gesetzlichen Regelungen sowie denkbare Lösungsmöglichkeiten.<sup>91</sup> Zudem erweiterten die Ressorts vielfach den Vertragsgegenstand auch auf Vor-

84 Vgl. *Arthur Benz*, Postparlamentarische Demokratie? Demokratische Legitimation im kooperativen Staat, in: *Michael Th. Greven* (Hrsg.), *Demokratie – eine Kultur des Westens?*, Opladen 1998, S. 201 – 222; *Fritz W. Scharpf*, Versuch über Demokratie im verhandelnden Staat, in: *Roland Czada / Manfred G. Schmidt* (Hrsg.), *Verhandlungsdemokratie, Interessenvermittlung, Regierbarkeit*. Festschrift für Gerhard Lehmbruch, Opladen 1993, S. 25 – 50; *Winfried Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie. Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, Opladen 1979, S. 142 – 147; *Julia von Blumenthal*, Governance – eine kritische Zwischenbilanz, in: *ZPol*, 15. Jg. (2005), H. 4, S. 1149 – 1180, S. 1163 ff.

85 Vgl. *Michael Kloepfer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 134; *Julian Krüper*, a.a.O. (Fn. 9), S. 661; *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 401.

86 Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 14.

87 Vgl. *Karl-Theodor zu Guttenberg* in *BT-HHA* 16/106, a.a.O. (Fn. 79), S. 17 f.; Experteninterview.

88 Vgl. ebenda, S. 31; Experteninterview.

89 Vgl. Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 16.

90 Ebenda, S. 17.

91 Vgl. ebenda, S. 14.

schlag der Auftragnehmer, so dass der BRH auf „die Gefahr einer fortschreitenden Abhängigkeit der Bundesministerien“<sup>92</sup> aufmerksam machte.

Als besonders problematisch gilt die Gesetzauslagerung, wenn parlamentarische Entscheidungen faktisch durch die Entwürfe von demokratisch nicht legitimierten Akteuren vorgeprägt werden und eine unentdeckte Einflussnahme Privater auf Gesetztexte erfolgt. Entsprechend wird die Offenlegung der Auslagerung während der Politikformulierung in der Literatur als zentrale Bedingung formuliert.<sup>93</sup> Die für diese Untersuchung befragten Akteure konnten sich jedoch nicht daran erinnern, dass die Gesetzauslagerung während der Politikformulierungsphase und der parlamentarischen Beratung in den Ausschüssen offensiv kommuniziert wurde. Für den finanzpolitischen Referenten war bei der Beratung zum FMStG demnach nicht klar, „dass dieser Gesetzentwurf letztlich aus einer anderen Feder kam“. Und der damalige Vorsitzende des federführenden Haushaltsausschusses *Fricke* ging selbst davon aus, dass die Vorlage zum FMStG mithilfe von Externen entstand, was ihm auf Nachfrage auch bestätigt wurde.

Die mangelnde Transparenz wurde von den befragten Akteuren einhellig als grundsätzliches Problem bei der inhaltlichen Beratung bewertet und tangierte *Fricke* zufolge zudem zentrale parlamentarische Funktionen: „Ich sehe mich als Mann der Legislative. Ich trage nach außen hin die Verantwortung für die Gesetze. Selbst wenn sie nach innen sehr stark von der Exekutive gemacht werden. Und ich will mir später nicht nachsagen lassen: Da hat der Herr Müller mitgearbeitet. Das möchte ich vorher wissen! Es kann sein, dass ich dann dieselbe Entscheidung getroffen hätte, aber ich möchte das vorher wissen! (...) Im Fall einer Anwaltskanzlei würde ich mich fragen, ob wir hier indirekt einen Mandanten dieser Kanzlei schützen.“

Zwar konnten für diese Analyse keine Fachpolitiker der damaligen Regierungsfraktionen befragt werden, aber nach der Beobachtung des finanzpolitischen Referenten soll selbst hier eine gewisse Verwunderung geherrscht haben, als die Gesetzauslagerung bekannt wurde. Ferner unterstützen die Erkenntnisse des BRH die Annahme, dass die Beauftragung externer Akteure mit der Erstellung von Gesetzentwürfen von den Ressorts zum abgeschirmten Kernbereich des Regierungshandelns gezählt wird. Die Bundesministerien legten die Beteiligung in der Regel nicht offen – weder während der Ressortabstimmung gegenüber den beteiligten Ministerien, Ländern, Kommunen oder Verbänden noch im weiteren Verfahren gegenüber dem Bundestag oder Bundesrat.<sup>94</sup> Der BRH empfahl so auch, dass die Regelung in der GGO um die „ausdrückliche Pflicht zur Darstellung der Einbindung externer Berater bei der Vorbereitung oder Erarbeitung von Gesetzesvorlagen“<sup>95</sup> ergänzt wird.

#### 4.2. Interessenpluralität

Von einer Interessenpluralität wird ausgegangen, wenn beispielsweise für ein Umweltgesetz sowohl eine wirtschaftsorientierte als auch eine am Umweltschutz ausgerichtete Kanzlei ei-

92 Ebenda, S. 16.

93 Vgl. *Michael Kloepfer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 134; *Julian Krüper*, a.a.O. (Fn. 9), S. 661; *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 409.

94 Vgl. Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 27.

95 Ebenda, S. 29. Der Bundesrechnungshof bezieht sich hierbei auf § 43 Abs. 1 Satz 2 GGO.

nen Entwurf erarbeitet.<sup>96</sup> Bei den Finanzmarktstabilisierungsgesetzen herrschte in diesem Sinne keine breite Interesseneinbindung. Zwar beauftragten die Ressorts beim FMStErgG parallel unterschiedliche Auftragnehmer, allerdings handelte es sich hier nicht um Anleger- oder Verbraucherschutzkanzleien, sondern um Anwälte, die regelmäßig für die Finanzbranche arbeiten. Das ergab eine qualitative Auswertung der Mandantenlisten der hier betrachteten Kanzleien für die vergangenen Jahre, die im JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien erscheinen.<sup>97</sup> Doch nicht nur die Auswahl der Anwaltskanzleien war selektiv. Mit der „Vorbereitung eines Gesetzentwurfs“ für das FMStFEntwG beauftragte das BMF auch das Unternehmen Lazard & Co. GmbH<sup>98</sup>, ein global orientiertes Investmenthaus. Insgesamt war die Einbindung externer Berater in die Politikformulierung somit einseitig. Beteiligt waren wenige mit der Finanzbranche verflochtene Unternehmen.

Erschwerend kommt hinzu, dass deren Auswahl auf intransparente Weise erfolgte. Eine Kanzlei, die nicht bei der Vergabe berücksichtigt wurde, bemängelte gegenüber dem BMF die Umgehung wettbewerblicher Verfahren.<sup>99</sup> Und für das Wirtschaftsministerium berichtete der damalige Staatssekretär *Jochen Homann*, dass im Rahmen des Vergabeverfahrens für freiberufliche Leistungen lediglich einige kompetente Kanzleien telefonisch abgefragt wurden. Dieses Vorgehen sei von allen Vergabeverfahren „das am wenigsten formelle“<sup>100</sup>. Bei den Finanzmarktgesetzen wendeten sich die Ministerien in der Tat im Rahmen der freihändigen Vergabe an zuvor ausgewählte Berater.<sup>101</sup> Der BRH kritisierte, dass sie hierzu Lücken in der Vergabeordnung nutzten: „Die Bundesministerien beriefen sich bei dem Verzicht auf Wettbewerb auf Dringlichkeit oder besondere Umstände. In den Vergabevermerken beschränkten sie sich im Wesentlichen auf die Wiederholung dieser Ausnahmetestände. Nähtere Ausführungen dazu, worin die besonderen Umstände bestanden, machten die Bundesministerien überwiegend nicht.“<sup>102</sup>

#### 4.3. Effektive und effiziente Problemlösung

Erkenntnisse über die gesellschaftliche Wirksamkeit von politischen Maßnahmen sind schwer zu erlangen.<sup>103</sup> An dieser Stelle können keine Messkriterien entwickelt werden, die über Qualitätsmerkmale wie die Leistungsfähigkeit einer Politik valide informieren. Auch Implementationsstudien zu den Gesetzen existieren soweit ersichtlich nicht, so dass die Wirkung anhand verschiedener Quellen abgeschätzt wird.

96 Vgl. *Michael Kloepfer*, a.a.O. (Fn. 45), S. 57.

97 Systematischen Eingang in die Untersuchung fanden die Handbuch-Jahrgänge 2000/01 bis 2011/12. Dabei wurde sich aufgrund der Datenfülle auf das Rechtsgebiet Bank- und Finanzrecht konzentriert. Die Redaktion des Handbuchs informiert über mehr als 700 Wirtschaftskanzleien und ihre Aktivitäten auf den verschiedenen Rechtsgebieten. Die Daten werden durch Interviews mit bis zu 12.000 Anwälten, Mandanten und sonstigen Marktbeobachtern erhoben und sind aufgrund von freiwilligen Angaben unvollständig.

98 Vgl. BT-Drs. 16/13332 vom 12. Juni 2009, S. 18.

99 Zitiert in Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 19.

100 Zitiert in BT-WTA 16/100, a.a.O. (Fn. 46), S. 46.

101 Vgl. BT-Drs. 16/12547 vom 31. März 2009, S. 2.

102 Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 19.

103 Grundsätzlich dazu vgl. *Frank Nullmeier*, Output-Steuerung und Performance Measurement, in: *Bernhard Blanke / Stephan von Bandemer / Frank Nullmeier / Göttrik Wewer* (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, Wiesbaden 2005, S. 431 – 444.

Ziel der Gesetze war die Stabilisierung des Finanzsystems und der Schutz der übrigen Wirtschaft vor negativen Effekten. Hierzu sollte die Eigenkapitalbasis von Finanzunternehmen durch verschiedene Instrumente gestärkt und damit zugleich die Kreditvergabe gesichert werden.<sup>104</sup> Während die Entscheidung zu Staatshilfen für den Finanzsektor kaum hinterfragt wurde, war das konkrete Vorgehen umstritten. Kritisch diskutiert wurden zwei Entscheidungen der Regierung, mit denen sie im Vergleich zu Ländern wie den USA und Großbritannien einen anderen Weg der Finanzmarktstabilisierung einschlug: Erstens verzichtete der Staat weitgehend darauf, sich Einfluss bei den mit Staatsgeld gestützten Banken zu sichern und eine verbindliche Beteiligung der Finanzinstitute an den Kosten der Krise festzuschreiben. Zweitens setzte die Regierung auf die Eigenverantwortlichkeit der Branche und damit auf die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme von Stützungsmaßnahmen; eine staatlich verordnete Kapitalisierung wurde ausgeschlossen.<sup>105</sup> Verschiedene Untersuchungen, auf die sich im Folgenden bezogen wird, legen mittlerweile nahe, dass der hier skizzierte deutsche Weg der Finanzmarktstabilisierung sowohl unverhältnismäßig hohe fiskalische Risiken verursacht als auch eine geringe Leistungsfähigkeit aufweist.

Die skizzierte passive Haltung der Bundesregierung bei der Finanzmarktstabilisierung führte dazu, dass die Kapitalisierung der Banken nur zögerlich voran kam und primär die betroffenen Großbanken die Kreditvergabe an die Wirtschaft einschränkten.<sup>106</sup> Die Regierung erwog Mitte 2009, den Banken staatliche Hilfe aufzuzwingen und damit einen Strategiewechsel ihrer Politik einzuleiten.<sup>107</sup> Auch sechs Jahre nach Krisenausbruch ist der Kapitalbedarf deutscher Banken beträchtlich. Sie gelten vor allem zusammen mit den französischen Kreditinstituten als Risiko für die Finanzstabilität in Europa.<sup>108</sup>

Durch den weitgehenden Verzicht auf eine aktive staatliche Rolle bei der Stabilisierung sowie den Schutz der Gläubigerinteressen zulasten der Steuerzahler gilt der deutsche Weg der Bankenrettung im Vergleich zu Ländern mit einer ähnlichen Ausgangslage zudem als

104 *Florian Becker / Sebastian Mock*, FMStG – Finanzmarktstabilisierungsgesetz. Kommentar, Köln 2009, S. 25; BT-Drs. 16/10600 vom 14. Oktober 2008, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum FMStG, S. 1.

105 Vgl. parteiübergreifende Diskussion zum FMStG im Haushaltsausschuss in BT-HHA 16/80, a.a.O. (Fn. 64), S. 53 f., S. 69 – 72. Auch der wissenschaftliche Beirat im BMWi hielt eine Übernahme von Kontrollfunktionen in Anlehnung an das schwedische Modell der Bankenrettung aus den 1990er Jahren für unumgänglich, um die Belastung für die Steuerzahler so gering wie möglich zu halten, vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWi, Zur Finanzkrise, Brief an den Wirtschaftsminister vom 10. Oktober 2008, S. 4. Ebenso plädierte der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung in seinem Brief an die Bundeskanzlerin vom 9. Oktober 2008 unter anderem für eine schnelle Rekapitalisierung der Banken sowie für Kontrollrechte, zitiert in: Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Die Finanzkrise meistern – Wachstumskräfte stärken. Jahresgutachten 2008/09, 12. November 2008, S. 158 f.

106 Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, die Zukunft nicht aufs Spiel setzen. Jahresgutachten 2009/10, 13. November 2009, S. 53, S. 130 f.

107 Vgl. *Claus Hulverscheidt*, Zwangshilfen für Banken, in: SZ vom 20. Juli 2009, S. 1.

108 Vgl. *Viral V. Acharya / Sascha Steffen*, Falling Short of Expectations? Stress-testing the European Banking System, in: CEPS Policy Brief, Nr. 315 vom 15. Januar 2014, S. 3 f., S. 11, S. 16; *Dirk Schoenmaker / Toon Peek*, The State of the Banking Sector in Europe, in: OECD Economics Department Working Papers, Nr. 1102 vom 27. Januar 2014, S. 22; *Cerstin Gammelin / Claus Hulverscheidt*, Risiko Deutschland, in: SZ vom 18. Januar 2014, S. 23; *Silke Wettach*, Milliardenlöcher bei Banken, in: Wirtschaftswoche vom 27. Januar 2014, S. 8.

besonders teuer.<sup>109</sup> Der größte Anteil des starken Anstiegs in der Gesamtverschuldung des Bundes – 355 Milliarden Euro seit Ende 2007 einschließlich der Nebenhaushalte – basiert auf den Staatshilfen für das Finanzsystem.<sup>110</sup> Der Internationale Währungsfonds beziffert die deutschen Bankenhilfen so auch auf rund elf Prozent der Wirtschaftsleistung für das Jahr 2012 (circa 290 Milliarden Euro), während der Durchschnitt aller neun untersuchten Industrieländer hier bei knapp drei Prozent der Wirtschaftskraft liegt; auch aufgrund der hohen, teilweise verbindlich festgeschriebenen Rückzahlungsquoten.<sup>111</sup> Obwohl damit in Deutschland beträchtliche staatliche Mittel für die Stützung des Finanzsektors aufgewendet werden, gilt die Finanzstabilität nach wie vor als prekär.<sup>112</sup> Das eigentlich als Notfallinstrument gedachte FMStG musste deshalb auch mittlerweile zweimal verlängert werden und ist nun bis Ende 2014 gültig.

### 5. Einflusspotenzial privater Interessen

Die aus demokratietheoretischer Perspektive bedenklichen Kontroll- und Transparenzdefizite sind besonders problematisch, wenn private Akteure die Gesetzentwürfe stark beeinflussen.<sup>113</sup> Schilderungen der beteiligten Akteure lassen vermuten, dass die Anwälte zumindest ein hohes Einflusspotenzial besaßen. Sie waren intensiv in die ministerielle Politikformulierung eingebunden und besaßen damit privilegierten Zugang zu den faktisch relevanten Entscheidungsträgern. Die Abstimmung zum FMStG erfolgte so nach Angaben von *Seibert* „mit dem BMF und den Anwälten reibungslos in Telefonkonferenzen und per Email bis spät“<sup>114</sup>. Über das Zustandekommen des FMStErgG berichtete der Freshfields-Anwalt *Wolfers*, dass er mit seinen Leuten und den Spitzenbeamten um die Hypo Real Estate gerungen habe, bis er das Gesetz schließlich nachts um halb vier Uhr fertiggestellt habe.<sup>115</sup> Und für das Wirtschaftsministerium erklärte der damalige Staatssekretär *Walther Otremba*, dass die Zusammenarbeit mit den Anwälten in vielen Gesprächen erfolgte, in

109 Vgl. *Hans-Joachim Dübel*, The Capital Structure of Banks and Practice of Bank Restructuring. Eight Case Studies on Current Bank Restructurings in Europe, in: Finpolconsult-Paper vom 8. Oktober 2013, S. 10 – 17, S. 59 – 67; *Martin Hellwig*, The Problem of Bank Resolution Remains Unsolved: A Critique of the German Bank Restructuring Law, in: *Patrick S. Kenadjian* (Hrsg.), Too Big To Fail – Brauchen wir ein Sonderinsolvenzrecht für Banken?, Berlin / Boston 2012, S. 35 – 62, S. 40; zur Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Maßnahmen in verschiedenen Ländern siehe den Überblick in Strategien für den Ausstieg des Bundes aus krisenbedingten Beteiligungen an Banken, Gutachten des von der Bundesregierung eingesetzten Expertenrates vom 24. Januar 2011, S. 36 – 43.

110 Vgl. BT-Drs. 17/7600 vom 14. November 2011, Bemerkungen des BRH zur Haushaltsführung des Bundes, S. 84. Erst bei Abwicklung des Sonderfonds werden allerdings die tatsächlichen Kosten für den Staatshaushalt feststehen – also in voraussichtlich 30 Jahren.

111 Vgl. IMF, Selected Advanced Economies: Financial Sector Support, in: Fiscal Monitor October 2013, S. 16; *Andrea Rexer*, Bankenrettung kostet Deutsche besonders viel – Milliardenrisiko für Deutschland, in: SZ vom 16. Oktober 2013, S. 1, S. 17.

112 Vgl. so auch *Martin Hellwig*, Stellungnahme für den Haushaltssausschuss zum 3. FMStG, 7. November 2012, S. 1.

113 Vgl. *Sylvia Veit*, Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung? Deutschland und Schweden im Vergleich, Wiesbaden 2010, S. 55 f.

114 *Ulrich Seibert*, a.a.O. (Fn. 46), S. 2533.

115 Zitiert in *Sven Clausen / Andreas Kurz / Katja Marjan / Jens Tartler*, Rat Macht Geld, in: Capital vom 20. August 2009, S. 28 – 36, S. 31.

denen man „die Dinge immer wieder zurückgespiegelt habe (...), so dass man sozusagen Hand in Hand marschiert sei“<sup>116</sup>.

Inwieweit eine inhaltliche Einflussnahme auf politische Entscheidungen erfolgte, kann aufgrund methodischer Grenzen nicht beantwortet werden und muss offen bleiben.<sup>117</sup> Da die Anwälte jedoch wie skizziert eng mit den Ministerialbeamten zusammenarbeiteten, können die in der empirischen Verwaltungsforschung beschriebenen begünstigenden Faktoren der bürokratischen Einflussnahme auf die Politik auch für die Praxis der Gesetzauslagerung diskutiert werden.<sup>118</sup> Die erste Möglichkeit bestand dabei in der Politikformulierungsphase. Insbesondere Freshfields aufseiten des federführenden Ressorts besaß durch den exklusiven und frühen Zugang die Gelegenheit, inhaltlichen Einfluss zu nehmen. So basiert der Entwurf zum FMStG, das den Pfad für die nachfolgenden Regelungen vorgab<sup>119</sup>, nach Angaben der Regierung in Gänze auf Beiträgen von Freshfields.<sup>120</sup> Es kann angenommen werden, dass neben dem immensen Zeitdruck auch die Informationsasymmetrie zwischen den Anwälten und Ministerialbeamten faktisch eine inhaltliche Steuerung zulasten letzterer erschwerete. Ein Hinweis dafür ist die von den Kanzleien eigenständig durchgeführte Ressortverhandlung – vermutlich während des Gesetzgebungsverfahrens zum FMStErgG. Die parlamentarischen Ausschüsse überarbeiteten den Entwurf zum FMStG ferner inhaltlich kaum.<sup>121</sup>

Die zweite Einflussmöglichkeit für die Kanzleien bestand in der bedeutsamen Umsetzungsphase. Freshfields-Anwälte entwarfen die Durchführungsverordnung für die Inanspruchnahme der SoFFin-Mittel, in der die maßgeblichen Regelungen hierzu festgezurrt wurden. Die Anwälte prägten den Entwurf nach Erkenntnissen der Zeitschrift Focus dabei maßgeblich.<sup>122</sup> Die Kanzleien wirkten zudem unmittelbar an der Normenkonkretisierung mit. Sie waren die ersten, die antragstellende Banken oder die operative Ebene des SoFFin bei der Antragsgewährung berieten.<sup>123</sup> Am deutlichsten illustriert dies die „Dreifachmando-

116 Zitiert in BT-HHA 16/106, a.a.O. (Fn. 79), S. 36. Obwohl die Beiträge von Linklaters nicht in ein Gesetz eingeflossen sein sollen, gibt die Schilderung von *Otremba* einen Einblick in die Art und Weise der Zusammenarbeit.

117 Vgl. allgemein *Klaus von Beyme*, Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum, Opladen 1997, S. 219.

118 Vgl. statt vieler *Kai-Uwe Schnapp*, Ministerialbürokratien in westlichen Demokratien. Eine vergleichende Analyse, Opladen 2004, S. 81 – 101.

119 In der parlamentarischen Debatte zum FMStFEntwG wies *Peer Steinbrück* darauf hin, dass ein Wechsel von freiwilligen zu verpflichtenden Maßnahmen dem widerspreche, „was wir bisher mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz gemacht haben: sich auf der Basis einer optionalen Lösung zu bewegen“, BT-PlPr. 16/221 vom 13. Mai 2009, S. 24159.

120 Vgl. BT-Drs. 16/13965 vom 28. August 2009, S. 7.

121 Vgl. *Thorsten Kroll*, Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz – Ein Belastungstest für das Grundgesetz, in: *Hartmut Rensen / Stefan Brink* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Bd. 1, Berlin 2009, S. 355 – 389, S. 361; *Norbert Lammert* in BT-PlPr. 16/184 vom 17. Oktober 2008, S. 19683.

122 Vgl. *Frank Thewes*, Rettungsfonds: Keiner weiß es genau, in: Focus vom 27. Oktober 2008, S. 30 – 34, S. 32.

123 Vgl. *Ulrike Barth*, Anleihen: Freshfields, Hengeler und Linklaters bei Deals von HSH, BayernLB und IKB dabei, in: JUVE Online vom 22. Januar 2009, <http://www.juve.de/nachrichten/deals/2009/01/anleihen-freshfields-hengeler-und-linklaters-bei-deals-von-hsh-bayernlb-und-ikb-dabei> (Abruf am 31. Januar 2014); *Anja Hall*, Aller guten Dinge sind drei, in: JUVE Online vom 29. November 2008, <http://www.juve.de/nachrichten/deals/2008/11/aller-guten-dinge-sind-drei> (Abruf am 31. Januar 2014).

tierung“ von Freshfields: Zuerst schrieb die Kanzlei am FMStG, dann beriet sie die Commerzbank bei der Antragstellung und später die operative Ebene des SoFFin zur Annahme des Antrags.<sup>124</sup> Die Möglichkeit der Einflussnahme besteht dabei im Auslegungsbedarf von unbestimmten Rechtsbegriffen, die sowohl für das FMStG als auch für die Durchführungsverordnung wesentlich sind.<sup>125</sup> Die Folge einer Politikbeeinflussung durch Kanzleien kann ein unnötiges Komplexitätsniveau der Gesetze sein, das der Marktabschottung dient und hohe Honorare legitimiert.<sup>126</sup>

Die Einflussnahme der Kanzleien auf politische Entscheidungen kann dabei neben dem skizzierten Interesse an gut bezahlten Folgeaufträgen<sup>127</sup> auch durch die Abhängigkeit von Dauermandanten aus der Wirtschaft geprägt sein und daher sowohl „Eigen- oder Lobbyinteressen“<sup>128</sup> umfassen. Wie skizziert ist die in der öffentlichen Debatte immer wieder hervorgehobene Nähe der drei hier betrachteten Anwaltskanzleien mit dem Finanzsektor ausgeprägt. Sie übernehmen für Investmentbanken und andere Finanzdienstleister beispielsweise regelmäßig die rechtliche Entwicklung von neuen Finanzmarktprodukten. Zudem beraten sie Unternehmen bei Firmenübernahmen und deren Finanzierung. JUVE zufolge gibt es bei diesen Geschäften zwei Rollen für die Kanzleien in ihrer Beziehung zu den Investmentbanken: „einerseits (oft über eine Empfehlung der Bank) die Beratung des Unternehmens, andererseits die Beratung der Bank selbst bei der Transaktion“<sup>129</sup>. Das Resultat kann eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Kanzleien von Investmentbanken sein, die sowohl Torhüter als auch Auftraggeber sind.<sup>130</sup> Trotz des Risikos möglicher Interessen-

124 Vgl. *Anja Hall*, a.a.O. (Fn. 123). Freshfields wurde aufgrund ihrer prominenten Rolle bei der Finanzmarktstabilisierung von JUVE zur Kanzlei des Jahres 2009 gewählt, da das Tempo, in dem Anwälte der Kanzlei ihre Kompetenzen bei der Rechtsentwicklung zusammenführten und Gestaltungsmöglichkeiten ausreizten, „sicherlich ein Meilenstein in der deutschen Rechtsgeschichte“ bleibe, JUVE, a.a.O. (Fn. 59), S. 34.

125 Vgl. *Florian Becker / Sebastian Mock*, a.a.O. (Fn. 104), S. 52, S. 80.

126 JUVE zufolge droht ein Teil der Beratung im Zusammenhang mit der Finanzkrise nun zu einem Massengeschäft mit entsprechenden Folgen für das Honorarniveau zu werden. Als Grund wird die Herausbildung „relativ klare[r] Schemata“ im Umgang mit den Vorschriften in absehbarer Zeit vermutet, JUVE, a.a.O. (Fn. 40), S. 296. Zu den möglichen Folgen ähnlicher Konstellationen in den USA *Michelle J. White*, Legal Complexity and Lawyers' Benefit from Litigation, in: *International Review of Law and Economics*, 12. Jg. (1992), H. 3, S. 381 – 395, S. 394.

127 Die Kanzleien berieten mittlerweile so nicht nur Banken zu den Finanzmarktstabilisierungsgesetzen. Auch die Regierung beauftragte Freshfields und Hengeler Mueller mit Gutachten zur Sicherung der Finanzstabilität der Eurozone, vgl. BT-Drs. 17/10050 vom 22. Juni 2012, S. 13. Freshfields konnte zudem seine Erfahrungen mit der deutschen Bankenrestrukturierung transferieren und „berät nun diverse griechische Banken zu Bad-Bank-Modellen und Rekapitalisierungsmaßnahmen“, JUVE, *Handbuch Wirtschaftskanzleien 2012/13*, Köln 2012/13, S. 273.

128 *Klaus Meßerschmidt*, a.a.O. (Fn. 9), S. 400.

129 JUVE, *Handbuch Wirtschaftskanzleien 2002/03*, Köln 2002/03, S. 31.

130 Ein konkreter Hinweis auf die wirtschaftliche Abhängigkeit der Großkanzleien von Investmentbanken sind die Vorgänge um den Rückkauf der EnBW-Anteile durch das Land Baden-Württemberg im Jahr 2010. Der damalige deutsche Vorstandsvorsitzende der US-Investmentbank Morgan Stanley, *Dirk Notheis*, empfahl dem damals amtierenden Ministerpräsidenten *Stefan Mappus* für die Transaktionsabwicklung die Kanzlei Gleiss Lutz. Als diese zunächst keine Möglichkeit fand, das Geschäft ohne Parlamentsbeteiligung abzuwickeln, intervenierte nach Darstellung der beteiligten Anwälte hier *Notheis*. Der Staatsgerichtshof erklärte die gefundene rechtliche Lücke über das Notbewilligungsrecht mittlerweile für verfassungswidrig. Vgl. Rechnungshof Baden-Württemberg, *Ankauf der EnBW-Anteile durch das Land*, Gutachten vom Juni 2012, S. 36, S. 85 – 93.

konflikte verzichteten die Ministerien jedoch überwiegend auf Regelungen hierzu in den Verträgen. Einige Anwaltsfirmen ließen sich sogar vertraglich von den Ressorts die Beratung anderer Auftraggeber zu demselben Thema zusichern.<sup>131</sup> Es ist anzunehmen, dass auch die hier betrachteten Kanzleien diese Praxis anwendeten, da sie später wie skizziert ebenfalls Banken zu den finanzmarktpolitischen Gesetzen berieten.

Ihre Kontakte zu politischen Entscheidungsträgern versuchen Großkanzleien in Deutschland zudem schon länger zu institutionalisieren, um ähnlich wie in den USA mit Lobbying – grob definiert als „interessenbasierte Beeinflussung politischer Entscheidungen“<sup>132</sup> – ein weiteres Geschäftsfeld aufzubauen.<sup>133</sup> Freshfields gründete so 2005 als erste Kanzlei eine eigene Abteilung für Public Affairs.<sup>134</sup> Nach Angaben des damals dort involvierten Anwalts *Wolf Friedrich Spieth*, der auch an den Finanzmarktstabilisierungsgesetzen mitgewirkt haben soll<sup>135</sup>, deckt die Firma damit die Bedürfnisse ihrer Klienten im Lobbyprozess ab: „Und wenn Sie als Mandant über eine Kanzlei verfügen, die früh genug die wichtigen rechtlichen Trends erkennt und verfolgt, die aber im Gegensatz zu Agenturen in der Lage ist, an der Rechtsgestaltung etwa durch Gesetzesentwürfe mitzuwirken, um so besser.“<sup>136</sup> Den an der finanzmarktpolitischen Rechtsetzung beteiligten Freshfields-Anwälten *Benedikt Wolfers* und *Gunnar Schuster* bescheinigt ein Mandant so auch „unglaubliche Gestaltungsmöglichkeiten, die sie nutzen“, und ein Klient aus dem Bereich Öffentliches Wirtschaftsrecht befindet über *Wolfers*: „Sehr positiv ist seine Nähe zur Politik, genießt dort hohes Renommee.“<sup>137</sup> Und über *Schuster* weiß ein Mandant aus dem Bereich Bank- und Finanzrecht zu berichten: „hohes Insiderwissen bezüglich Regulierungsvorhaben“<sup>138</sup>. Die Bedeutung des Geschäftsfelds Lobbying für die Kanzleien illustriert die offensive Werbung. Anwälte der Kanzlei Freshfields kommentieren in der Zeitschrift *politik & kommunikation* regelmäßig aktuelle Gesetzgebungsvorhaben mit dem Hinweis auf ihre Public-Affairs-Abteilung. Ausnahmsweise erschien hier im Februar 2009 ein Kommentar des Freshfields-Anwalts *Markus Rau* zu dem bereits verabschiedeten FMStG – allerdings mit dem Hinweis, dass weitere gesetzgeberische Maßnahmen wohl folgen würden.<sup>139</sup>

## 6. Fazit: Demokratiedefizit bei zugleich hohem Einflusspotenzial privater Interessen

Die empirischen Befunde zur Gesetzauslagerung mit dem Schwerpunkt auf den Finanzmarktstabilisierungsgesetzen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Erkenntnisse des

131 Vgl. Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 23.

132 *Thurid Hustedt / Sylvia Veit / Julia Fleischer*, Wissen ist Macht? Wissenschaftliche Politikberatung der Bundesregierung, in: APuZ, B 19 (2010), S. 15 – 21, S. 16.

133 Vgl. *Marcus Creutz*, Rechtsanwälte entdecken politisches Lobbying, in: *Handelsblatt* vom 12. Juni 2002, S. R2; *Birger P. Priddat / Rudolf Speith*, Das neue Lobbying von Unternehmen: Public Affairs, Arbeitspapier 145 der Hans Böckler Stiftung vom August 2007, S. 7.

134 Vgl. *Manuel Lianos*, „Unsere Mandanten erwarten das von uns“, in: *politik & kommunikation* vom April 2005, S. 20 – 21, S. 20.

135 Vgl. Kanzleien in Deutschland. Eine Auswahl deutscher Wirtschaftsanwälte, Baden-Baden 2011, S. 319.

136 Zitiert in *Manuel Lianos*, a.a.O. (Fn. 134), S. 20.

137 Zitiert in JUVE, a.a.O. (Fn. 59), S. 259.

138 Zitiert in JUVE, a.a.O. (Fn. 32), S. 272.

139 Vgl. *Markus Rau*, Schneller Staat, in: *politik & kommunikation* vom Februar 2009, S. 30 – 31, S. 31.

BRH für die Gesamtheit der Auslagerung stützen die Annahme, dass vielfach zentrale ministerielle Aufgaben gezielt an kommerzielle Unternehmen delegiert worden sind und sich hierdurch partiell eine Beratungsform mit grundlegend neuer Qualität etabliert hat. Ferner kann das Phänomen auch nach quantitativen Maßstäben in Teilen als problematisch eingestuft werden: Das BMU fertigte in der 16. Wahlperiode die Hälfte seiner verabschiedeten Gesetze nicht ohne externe Formulierungshilfen an. Hier scheint die Auslagerung kein Ausnahme-, sondern der Normalfall zu sein.

In Bezug auf die Ursachen für die finanzmarktpolitische Gesetzauslagerung können anknüpfend an die Forschung zur Funktion von Politikberatung sowohl sach- als auch machtpolitische Faktoren diskutiert werden. Zum einen spielen der Zeitdruck, die komplexe Problemstruktur sowie die Arbeitsweise und der Personalmangel in der Verwaltung eine Rolle. Zum anderen nutzten die Ministerien das Instrument der Gesetzauslagerung für die Durchsetzung ihrer eigenen Position während der Ressortabstimmung. Der Linklaters-Fall illustriert, dass die Grenzen zur Symbolpolitik in Wahlkampfzeiten und bei einer politisierten Materie offenkundig fließend sind.

Die Ergebnisse zum demokratischen Legitimationsniveau untermauern die Bedenken gegenüber dieser Beratungsform. Die finanzmarktpolitische Gesetzauslagerung ist aufgrund ihres informalen Charakters und ihrer unzureichenden Performanz von geringer Demokratiequalität. Für die input-seitige Legitimation fehlte es ihr an Kontrolle und Transparenz. Die Bundestagsabgeordneten erfuhren nur zufällig von der Zusammenarbeit des BMF mit Freshfields. Neben der Kürze der parlamentarischen Beratung infolge des immensen Zeitdrucks zeigt sich hierin eine weitere Schwächung der Gestaltungsmacht gewählter Volksvertreter. Angesichts der mangelhaften und überdurchschnittlich kostenintensiven Problembearbeitung konnte durch die Einbindung Privater auch keine hohe output-seitige Legitimation erreicht werden.

Das Demokratiedefizit der Gesetzauslagerung steht dabei in einem erheblichen Missverhältnis zum erheblichen Einflusspotenzial privater Interessen auf die politischen Entscheidungen zur Finanzmarktstabilisierung. Alle drei Gesetze mussten private Unternehmen ganz oder in Teilen entwerfen, die regelmäßig für den Finanzsektor arbeiten. Zugleich gibt es Hinweise, dass die eigenständige inhaltliche Gestaltungsmacht der Ministerialverwaltung begrenzt war – aufgrund von Restriktionen zeitlicher, problemstruktureller und personeller Art. Inwieweit tatsächlich gesamtgesellschaftlich verbindliche Entscheidungen zur Finanzmarktstabilisierung von privaten Akteuren vorgeprägt wurden, bleibt offen. Allein „der Anschein, der gesetzgeberische Wille würde außerhalb der Bundesregierung vorformuliert“<sup>140</sup>, untergräbt dabei die Akzeptanz von politischen Beschlüssen. Aufgrund des problematischen Charakters der Auslagerung soll es daher mittlerweile zu einer informalen Lösung zwischen Parlament und Regierung gekommen sein.<sup>141</sup> Für die 17. Wahlperiode ist auch wie dargestellt ein rapider Rückgang zu verzeichnen. Allerdings bleibt die Frage, in welcher Form der offenkundige Bedarf an externen Formulierungshilfen nun gedeckt wird – vor allem im BMU.

140 Bundesrechnungshof, a.a.O. (Fn. 26), S. 17.

141 Vgl. Thomas Leif, Von der Symbiose zur Systemkrise, in: APuZ, B 19 (2010), S. 3 – 9, S. 8.