

Recht neben Gesetz Delegieren statt # selbst entscheiden?

Christopher Splinter

Der Gesetzgeber muss sich bei der Gesetzgebung häufig fragen, ob es zweckmäßig ist, Entscheidungen über Sachfragen auf andere Stellen zu übertragen. Die Antwort ist meistens von einer Vielzahl von Faktoren abhängig und nicht leicht zu finden. Darüber hinaus sollte er sich auch die Frage stellen, ob eine solche Übertragung der Entscheidungsgewalt rechtmäßig ist; auch hier wird sich die Antwort regelmäßig nicht schnell finden lassen. Sie hängt vor allem auch davon ab, welcher Methode des Delegierens sich der Gesetzgeber bedient: Will er eine Frage nicht selbst entscheiden, kann er explizite Ermächtigungen für Entscheidungen durch andere Instanzen vorsehen. Er kann aber auch eine Regelungstechnik wählen, die zwar die Entscheidung über eine Rechtsfrage nicht formell delegiert, dem Rechtsanwender aber weiten Handlungsspielraum belässt. Ob, wie und inwieweit der Gesetzgeber sich seiner Entscheidungsgewalt begeben darf und wie mit solchen Fällen umzugehen ist, ist das Schwerpunktthema dieses Hefts.

Eine explizite Entscheidungsermächtigung kann aus verschiedenen Gründen erfolgen und auf verschiedene Arten erzielt werden. Das Instrument, das dem Juristen am vertrautesten sein wird, ist die Verordnungsermächtigung. Mit der Verordnungsermächtigung gestattet es der Gesetzgeber der Exekutive, selbst ein Gesetz im materiellen Sinn zu erlassen, also einem beliebigen Adressatenkreis bestimmte Verpflichtungen aufzuerlegen. Schrankenlos sind die Möglichkeiten des Gesetzgebers dabei nicht: Das Demokratieprinzip fordert, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat, denn nur der Gesetzgeber selbst ist unmittelbar demokratisch legitimiert. Auch der Gewaltenteilungsgrundsatz zwingt den Gesetzgeber dazu, zumindest den Kern der legislatorischen Tätigkeit selbst wahrzunehmen. Diese verfassungsrechtlichen Einschränkungen bedeuten aber nicht, dass es illegitim wäre, die Entscheidung an die Exekutive zu delegieren. Die Ermächtigung zur Rechtssetzung dient dazu, die Institution mit der Materie zu befassen, die die größte Nähe zur und Sachkenntnis von der Materie hat. Im Ideal dient eine Verordnungsermächtigung dazu, sachgerechte Entscheidungen zu ermöglichen, die schnell auf veränderte Verhältnisse Rücksicht nehmen können.

Die Satzungsermächtigung beruht zum Teil auf ähnlichen Erwägungen, verfolgt letztlich aber eine etwas andere Zwecksetzung. Diese ergibt sich aus dem Wesen der Sat-

zung: Satzungen sind Rechtsvorschriften, die autonom von einer juristischen Person für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden. Satzungen sollen also das Selbstbestimmungsrecht der Personen wahren, die einer bestimmten juristischen Person angehören; es soll sich beispielsweise die in den Ärztekammern verfasste Ärzteschaft selbst ihre Regeln geben können. Gleichwohl darf man nicht ignorieren, dass auch Satzungen Vorschriften „von oben“ sind, die Personen betreffen, die sich ihnen nicht völlig freiwillig unterworfen haben – die Entscheidung, Arzt zu werden, beruht zwar auf freiem Willen, die Mitgliedschaft in der Ärztekammer aber nicht. Daher hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber auch in Selbstverwaltungsangelegenheiten dazu verpflichtet, bestimmte Entscheidungen selbst zu treffen und nicht an den Satzungsgeber zu delegieren – so stellte es 1972 in der „Facharzt“-Entscheidung fest, dass der Gesetzgeber zentrale Fragen wie die Voraussetzungen der Facharztzulassung selbst zu regeln hat.

Verwandt mit der öffentlich-rechtlichen Entscheidungsdelegation ist die Frage danach, inwieweit es legitim ist, Privaten Rechtssetzung zu ermöglichen. Grundsätzlich findet private Rechtssetzung ihre Rechtfertigung zwar in der Privatautonomie, die die Unterwerfung unter vertragliche Rechtsregeln deshalb ermöglicht, weil die Unterwerfung auf dem freien Willen der Parteien beruht. Es gibt aber Fälle, in denen Private faktisch keine Möglichkeit haben, sich einer bestimmten vertraglichen Regel zu entziehen – Beispiele sind Branchen-AGB für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge – und die insofern den Fällen von Satzungsermächtigungen ähneln. Solche Fälle tauchen auch im Zusammenhang mit der GEMA immer wieder auf, weil für Künstler die Verwertung ihrer Rechte ohne die GEMA häufig nicht zweckmäßig ist und sie daher den Bedingungen der GEMA mehr oder minder ausgeliefert sind.¹ Ob und inwieweit der Gesetzgeber in solchen Fällen die Schaffung von Rechtsregeln ermöglicht, die an einem Legitimationsdefizit leiden, behandelt Ferchau in seinem Beitrag.²

Wählt der Gesetzgeber keine von diesen Möglichkeiten, anderen Instanzen Entscheidungsgewalt zu verleihen, kann er immer noch Kompetenzen abgeben, indem er eine generalklauselartige Regelungstechnik nutzt und die Bildung konkreter Fallgruppen Wissenschaft und Praxis überlässt. Dabei bewegt er sich in einem Spannungsfeld, das ihm auch bei der formellen Delegierung von Entscheidungsgewalt begegnet: Auf der einen Seite stehen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip, auf der anderen Seite das Gebot, auch im Einzelfall noch eine gerechte Lösung zu ermöglichen.

Immer vorzuzugswürdig ist eine eher allgemein und abstrakt gehaltene Gesetzgebung nicht: Wählt der Gesetzgeber nämlich stattdessen eine detaillierte und – zumindest

1 Vgl. dazu *Menzel*, Die GEMA als Retterin der Kreativen?, S. 113.

2 *Ferchau*, Legitimation privater Rechtssetzung, S. 102.

auf den ersten Blick – lückenlose Regelungstechnik, behält er alle Macht bei sich und läuft nicht Gefahr, gegen die genannten Verfassungsprinzipien zu verstoßen. Eine „listenartige“ und einzelfallbezogene Gesetzgebung hat ferner den Vorteil, dass die Normunterworfenen eher in der Lage sein werden, die sie betreffenden Rechtsregeln zu verstehen und zu akzeptieren. Eine konkrete Regelung, wer bei einer fehlgeleiteten Banküberweisung in Anspruch zu nehmen sei, wäre von einem Laien noch zu verstehen, am bereicherungsrechtlichen Dreipersonenverhältnis hingegen scheitert auch so mancher Jurist.

Auf der anderen Seite ist es ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit, Gesetze zu schaffen, die auch in ungewöhnlichen Einzelfällen noch eine sinnvolle und gerechte Lösung ermöglichen. § 242 BGB erlaubt es, im Einzelfall Schuldverhältnisse nach „Treu und Glauben“ zu korrigieren; § 240 StGB macht die Strafbarkeit wegen Nötigung von einem „verwerflichen“ Vorgehen des Täters abhängig. Würde der Gesetzgeber auf solche Regelungen verzichten, die eine Öffnung der Gesetze für überpositive Wertvorstellungen schaffen, bestünde das Recht aus einem starren Normenkorsett, das den Bedürfnissen der Menschen im Einzelfall nicht mehr gerecht werden könnte. Breite Regelungen tragen auch dem Umstand Rechnung, dass Sachverhalte zu entscheiden sein können, die der Gesetzgeber bei der Verabschiedung eines Gesetzes nicht im Blick gehabt haben kann. Man denke beispielsweise an die Regeln über die Willenserklärung, die es ohne größere Probleme gestatten, einen Vertrag über das Internet zu schließen, obwohl sie seit 1900 unverändert geblieben sind.

Aber auch Generalklauseln stoßen an ihre Grenzen. Ein Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechung ist die „Alone-in-the-Dark“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Störerhaftung von Onlinediensten, über die ohne die Zustimmung des Rechteinhabers urheberrechtlich geschütztes Material verbreitet wird. Der Bundesgerichtshof geht mit diesem Problem durch analoge Anwendung von § 1004 BGB um – eine Lösung, die viele Autoren für dogmatisch fragwürdig und sachlich unangemessen halten. Ob eine solche Lösung noch zulässig ist oder hier nicht doch der Gesetzgeber selbst tätig werden müsste, ist eine Frage, der Engert und Klimanek in ihren Aufsätzen nachgehen.³

Hat der Gesetzgeber sich hingegen für eine generalklauselartige Regelung entschieden, die als solche nicht zu beanstanden ist, müssen Gerichte und Verwaltung einen angemessenen Umgang mit ihr finden.

Traditionell ist man der Auffassung, Gerichte seien zur Entscheidungsfindung durch Auslegung und gegebenenfalls Rechtsfortbildung berufen, die Verwaltung hingegen habe Beurteilungs- und Ermessensspielräume. Man könnte aber auch der Auffassung sein, Gerichte und Behörden seien gleichermaßen zur Rechtserkenntnis verpflichtet, so dass diese Unterscheidungen nicht durchgängig sinnvoll seien – so Bauer in diesem Heft, der in seinem Aufsatz zu Entscheidungsspielräumen in Verwaltung und Rechtsprechung

diese Kategorien gegenüberstellt und kritisch beleuchtet.⁴

Eine weitere „Tradition“ in der Rechtsfindung, die hier zur Überprüfung gestellt werden soll, ist die historisch-genetische Auslegung von Gesetzen anhand der Materialien. Die obersten Bundesgerichte vertreten regelmäßig, diese Methode spiele nur eine untergeordnete Rolle, in erster Linie sei auf das Gesetz selbst abzustellen. Wie Hirler in seinem Beitrag zeigt, halten sie sich allerdings selbst nur sehr eingeschränkt an diese selbst verordnete Regel, denn tatsächlich spielt die historisch-genetische Auslegung eine nicht unerhebliche Rolle in der Rechtsprechung.⁵ Daher verdient die Frage Beachtung, ob sich deren extensive Anwendung tatsächlich rechtfertigen lässt – was man wohl eher zu verneinen haben wird

Es zeigt sich also: Die Frage danach, was der Gesetzgeber tun muss und was er anderen überlassen darf, ist eine Frage, die sich in allen Rechtsgebieten und in allen Gewalten stellt. Dieses Heft wird – so der bescheidene Anspruch – immerhin einen kleinen Beitrag zur Klärung leisten.

3 Engert, Sharehoster, S. 122; Klimanek, S. 107.

4 Bauer, Entscheidungsspielräume, S. 98.

5 Hirler, Historisch-genetische Auslegung, S. 93