

Heribert Hirte

Professionelle Berater – Grundsätzliche Überlegungen zur Einbeziehung externen Fachwissens in politische Entscheidungsprozesse

Die „Finanzkrise“ hat Rechtsfragen in unüberschaubarem Umfang produziert. Zu den wirtschaftsrechtlich eher belanglosen, verfassungsrechtlich und politisch aber umso spannenderen Fragen gehört dabei, dass die zur „Rettung der deutschen Wirtschaft“ erlassenen Gesetze – jedenfalls in erheblichem Umfang – von Rechtsanwaltskanzleien vorbereitet wurden. Nach Bekanntwerden dieses Umstands wurden mehr oder weniger direkte Zweifel am (vielleicht auch verfassungsrechtlich) korrekten Zustandekommen der Gesetze geäußert, ebenso wie Rechtsanwaltskanzleien, die für die Beratung nicht mandatiert worden waren, Zweifel an der korrekten Vergabe der Aufträge äußerten – angesichts weggebrochenen Auftragsvolumens im

Kerngeschäft nur zu verständlich. Kurz vor der Bundestagswahl 2009 bekam die Debatte dann noch eine neue Facette, als bekannt wurde, dass das Bundeswirtschaftsministerium einen kompletten Entwurf zur Neuordnung des Insolvenzrechts von einer Anwaltskanzlei hatte ausarbeiten lassen.

Hier soll nur von den verfassungspolitischen Bedenken die Rede sein und die Frage offenbleiben, ob angesichts der Eilbedürftigkeit der erforderlichen Entscheidungen eine Ausschreibung überhaupt möglich gewesen wäre (zur Möglichkeit des „Verhandlungsverfahrens“ § 101 Absatz 4 GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

„Beigeschmack“ externen Sachverständiges?

Kern des Vorwurfs ist insoweit die Tatsache, dass die Bundesregierung (übrigens nicht das Bundesministerium der Justiz) den erforderlichen Sachverstand nicht inhäusig hat beziehungsweise vorhält. Das ist zunächst

eine Frage des Könnens: Komplizierte wirtschaftliche Zusammenhänge erschließen sich auch qualifiziertesten Mitarbeitern eines Bundesministeriums nicht ohne Hilfestellung, wie sie „in normalen Zeiten“ in einem langwierigen Prozess des Dialogs mit der Praxis und ihren Verbänden, der Rechtsprechung und der Wissenschaft erfolgt. „Auf die Schnelle“ geht alles das nicht. Aber selbst wenn der normale Prozess der Rechtsetzungsvorbereitung funktionieren würde, gibt es Materien, in denen das „echte Transaktionswissen“ notwendig ist, um „richtiges Recht“ setzen zu können: Die subtilen Erwägungen etwa, aufgrund derer die Konsolidierung von Zweckgesellschaften in den Bilanzen von Kreditinstituten unterbleiben konnte, waren zu einem erheblichen Teil nicht allgemein bekannt; Gleiches gilt für die Konstruktionen, mit denen etwa bei den (versuchten) Übernahmen von Continental und Volkswagen das Her-

anschleichen lange Zeit geheim gehalten werden konnte. Warum sollte der Bundesregierung der Kauf dieses Wissens verwehrt sein, das – ganz selbstverständlich – privaten Mandanten verkauft wird? Wer hier anders entscheidet, müsste auch die Frage aufwerfen, ob Beamte der Bundesregierung Fachzeitschriften abonnieren dürften, um die aktuelle Diskussion zu verfolgen! Natürlich bleibt hierbei ein „böser Beigeschmack“, wie es Wolfgang Däubler im Editorial der *Neuen Juristischen Wochenschrift* (NJW 2009, Heft 24) auf den Punkt gebracht hat: Wenn man eine der international angesehenen Großkanzleien, die auch „Heuschrecken“ beraten hat, für ein solches Projekt anspreche, sei dies so, wie wenn man einen Schnapsfabrikanten als Berater bei der Alkoholbekämpfung anheuert. Richtig – aber genau das ist ein völlig normaler Vorgang bei der Bekämpfung von rechtlichen Missständen. Auch unser Wissen über viele Verbrechen stammt aus der Vernehmung der Täter!

Unsinnigkeit vorsorglicher Expertenstäbe

Kritisiert wurde das Vorgehen der Bundesregierung auch wegen der Kosten für die Mandatierung der Kanzleien (siehe

hierzu bereits die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Frank Schäfer, Jens Ackermann, Karl Addicks, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – BT-Drucksache 16/12547 –, in der sie entsprechende Angaben unter Hinweis auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der mandatierten Kanzleien verweigerte). Auch hier aber ist zu widersprechen: Denn wo läge die Alternative? Sollte die Bundesregierung das erforderliche Wissen kontinuierlich vorhalten, müsste sie entsprechende Mitarbeiter ausbilden und dauerhaft bezahlen, und das in einer Besoldungshöhe, die eine Abwerbung der Mitarbeiter etwa durch Rechtsanwaltskanzleien ausschliesse. Welche Klimmzüge auch verfassungsrechtlicher Art hierfür erforderlich sind, haben wir im Bereich der Luftverkehrsüberwachung gesehen, wo sich unter den Bedingungen des Besoldungsrechts niemand mehr fand, der die Arbeit qualitativ hochwertig erledigen konnte und wollte. Aber selbst wenn das so wäre, stellte sich die Frage, ob ein solches Vorgehen unter fiskalischen Gesichtspunkten sinnvoll wäre: Denn ebenso wie man jetzt (aus *Ex-post*-Sicht) das fehlende

Vorhalten eines beamteten Stabes von Finanzrechtsexperten kritisieren kann, könnte man für die Zukunft fragen, ob man nicht vielleicht vorsorglich fünfzig Medizin- und Seuchenrechtler für den Fall eines Ausbruchs der Schweinegrippe vorhalten muss. Hier kommt die laienhafte Fehlvorstellung zum Tragen, dass langfristige Verträge zur Absicherung mit monatlich jeweils geringen Raten billiger seien als die einmalige Inanspruchnahme dann unter Umständen teurer zu bezahlender Leistungen (wovon Versicherer ebenso wie Telefongesellschaften und Fitness-Studios profitieren). Auch fiskalische Gründe sprechen also nicht gegen das Vorgehen der Bundesregierung. Kurz und gut: Wollen wir die Hinzuziehung externen Sachverständigen – auch gegen Geld – verbieten, wird Rechtsetzung in vielen Bereichen nicht mehr oder nur schlecht möglich sein. Das heißt natürlich nicht umgekehrt, dass allein die Hinzuziehung privater Berater angemessene Lösungen sicherstellt. Der Konflikt ist von der parlamentarischen Ebene wohl bekannt: Wie gut muss ein Abgeordneter bezahlt werden, um auch qualifizierte Personen zur Tätigkeit für das Volk zu

gewinnen? Die Diskussion ist ernüchternd, weil es eine klare Antwort nicht gibt. Fehlanreize setzen sowohl eine zu hohe wie eine zu geringe Festsetzung der Diäten. Und ernüchternd ist auch das Ergebnis – der öffentliche Dienst (zu dem auch der Unterzeichner gehört) dominiert das Parlament, während manche Berufsgruppen – etwa Metzger – in der ganzen Geschichte der Bundesrepublik noch nicht ein einziges Mal dort vertreten waren.

Grenzen der Transparenz

Was aber kann man tun? Transparenz als Allheilmittel drängt sich geradezu auf. Die Bundesregierung müsste also das Parlament unterrichten, dass ein bestimmter Gesetzentwurf mithilfe (bezahlten) externen Sachverständigen erstellt worden ist. Das Parlament könnte dann eine „informierte Entscheidung“ treffen und die Dinge gegebenenfalls durch die Einschaltung „anders ausgerichteter“ Berater wieder richten. Doch zu viel versprechen sollte man sich von einem solchen Ansatz nicht: Denn wo sollten die Grenzen liegen? Muss man dann vielleicht auch die Namen der (auch privaten) Gesprächspartner sämtlicher Ministerial-

beamter in den letzten zehn Jahren veröffentlichen? Der Erkenntnisgewinn wäre gering – außer der Erkenntnis, dass Menschen und Organisationen versuchen, auf die Politik Einfluss zu nehmen. Allerdings wies das Finanzmarktstabilisierungsgesetz hier sicher eine Besonderheit auf: Denn angesichts der erheblichen Geschwindigkeit des parlamentarischen Prozesses wäre hier eine solche Kontrolle selbst dann nicht möglich gewesen, wenn man sie gewollt hätte. Da die Eile des Verfahrens aber nicht der Kern der Kritik war, dürfte des Pudels Kern daher eher darin liegen, dass mancher Bürger für die Politik die Rolle des Saubermanns oder Gutmenschen fordert – die er selbst nicht einzunehmen bereit ist.

Interessenkonflikt heraufbeschworen

Hilfreicher könnte daher die Überlegung sein, dass eine mandatierte Kanzlei (auch und gerade) nach einer Tätigkeit für die Bundesregierung in einen Interessenkonflikt gerät, wenn sie anschließend (oder gar gleichzeitig) andere Mandanten mit widerstreitenden Interessen berät. Hier fragt sich, ob die Bundesregierung von diesem auch gesetz-

lichen Verbot (§ 43a Abs. 4 BRAO – Bundesrechtsanwaltsordnung) freizeichnen durfte und ob sie das getan hat. Antwort acht der schon zitierten Antwort auf die Kleine Anfrage deutet auf das Gegenteil, wenn es heißt, die standesrechtlichen Pflichten korrekt einzuhalten sei Angelegenheit der mandatierten Kanzleien. Doch gilt es, hier entschieden zu widersprechen. Denn wenn die Bundesregierung nicht – jedenfalls für eine gewisse Zeit – auf einer ausschließlichen Beratung besteht, verletzt sie ihre *eigenen* Interessen; denn dadurch fördert sie Interessenkonflikte geradezu systematisch und erlaubt den auftragnehmenden Kanzleien zusätzlich, einen „doppelten Schnitt“ zu machen.

Bedenklich war die Hinzuziehung „professioneller Berater“ daher nur dann und insoweit, als die Bundesregierung die mandatierten Kanzleien vom Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen freigestellt hat. Im Übrigen aber lehrt die Diskussion: Von einer Rückkehr des Primats der Politik, wie dies im Zusammenhang mit der Bewältigung der Finanzkrise oft zu hören war, kann hier keine Rede sein.