

# Ta pathetika prooimia tes Europes

## Zu Sinn und Unsinn der Erwägungsgründe

Art. 296 Abs. 2 AEUV ordnet für sämtliche, auch legislative Rechtsakte der Europäischen Union an, dass diese zu begründen sind. Die Kommentarliteratur singt der Begründungspflicht und den Erwägungsgründen, die sie gebiert, fast *unisono* zur Ehr. Durch diese sei nicht nur eine externe Überprüfung der Rechtmäßigkeit durch den Betroffenen und die Gerichte sowie andere Unionsorgane und die Mitgliedstaaten überhaupt erst möglich, sondern der Gesetzgeber sei zur Selbstkontrolle angehalten und – man höre und staune – der Rechtsunterworfenen werde von der Richtigkeit und Legitimität der Maßnahme überzeugt, sodass er sich dem Gebote nunmehr in freudigem Verständnis seiner Sachgemäßheit beugt. Dies legt im Umkehrschluss nahe, dass etwas faul ist im Staate Deutschland, wo sich der Gesetzgeber fortgesetzt der Beigabe einer derartigen Begründung enthält. Verweigert sich hier also der deutsche Nomothet zu Unrecht einer auch ihn treffenden Transparenzpflicht, die er den anderen beiden Staatsgewalten und unzähligen privaten Akteuren in stets steigendem Maße aufbürdet? Oder müssen uns die europäischen Erwägungsgründe als eine aus der Zeit gefallene Reminiszenz an barocke Gesetzgebungspraktiken absolutistischer Herrscher erscheinen?

### I.

#### **Der Gesetzesvorsatz: Karriere und Fall eines Rechtsinstituts**

Ihren Ausgang nimmt die Tradition, Gesetze mit einer einleitenden Begründung zu versehen, – nimmt es Wunder – bei den alten Griechen. So ist es Platon, der in seinem Spätwerk *Nomoi* (Die Gesetze) vertritt, dass ein Gesetz nicht nur tyrannisch zu befehlen, sondern pädagogisch zu überzeugen habe.<sup>1</sup> Wie ein Theaterstück sei also ein Gesetz durch einen Prolog einzuleiten. Bleibt dieses Verständnis auch nicht unangefochten – so führt der Stoiker Poseidonios kurz vor der Zeitenwende aus: »Nichts scheint mir trivialer, nichts abgeschmackter als ein Gesetz mit Prolog. Ermahne mich!

Sage, was Du willst, dass ich tue! Ich lerne nicht, sondern gehorche!«<sup>2</sup> –, so tritt der Gesetzesvorspruch in den folgenden Jahrhunderten doch einen lorbeerbekränzten Siegeszug an. Kaum ein Gesetzgeber, der sich der propagandistischen Möglichkeit begibt, mit dem Gesetzesvorspruch seine Liebe zum Untertan, seine Verpflichtung zur gottgewollten Ordnung oder seine Verwirklichung des Naturrechts zu bezeugen.

Als die Marseillaise zu den Waffen gegen die Tyrannei ruft, richtet sich der Kampf nicht nur gegen das Königtum, sondern auch gegen alle überkommenen, despotischen Praktiken. Und so bereitet der *jour de gloire* der Französischen Revolution auch der jahrhundertelangen Tradition pathetischer Gesetzesvorsprüche ein jähes Ende auf dem Schafott der *volonté générale*. Und dies passenderweise nicht mit gewundenen Worten, sondern mit einem einfachen Satz in reinem emotionslosen Verwaltungsfrench: »L'Assemblée nationale décrète qu'à compter de ce jour, tous ses décrets seront publiés sans préambule«.<sup>3</sup> Hier bricht sich die Erkenntnis Bahn, dass das Volk als Souverän sich nicht selbst von der Richtigkeit seines gesetzgeberischen Handelns zu überzeugen braucht. Aus dieser Sicht desavouiert sich der demokratische Gesetzgeber durch die Beigabe einer Gesetzesbegründung selbst; oder wie Radbruch es ausdrückte: »wer sich herabläßt, von der Zweckmäßigkeit seiner Befehle zu überzeugen, verzichtet auf Gehorsam, wenn sich der Befehlsempfänger von ihr nicht überzeugen läßt«<sup>4</sup>. Und doch, erscheint ein solcher Gesetzgeber, demokratische Legitimation durch Wahlen hin oder her, der meint, sich nicht erklären zu müssen, nicht als Tyrann? Mag sein, aber so erklärt sich auch umgekehrt, dass gerade despotische Regime im zwanzigsten Jahrhundert sich wieder vermehrt des Gesetzesvorspruchs bedienen, um die eigene Willkür zu camouflieren. Nach den kurzen tausend Jahren, in denen die NS-Diktatur den Gesetzesvorspruch gänzlich pervertiert hatte, schien dieser in Deutschland (West) für alle Zeiten kompromittiert. Und so sehen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – in Deutschland und den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen<sup>5</sup> nur noch die Verfassungen eine Präambel vor, was, da diese in einem staatlichen Vakuum ergehen, auch durchaus verständlich ist. Ist jedoch der Staat einmal begründet und sind die Gewalten konstituiert, so tritt uns das Gesetz nackt entgegen, schlicht anordnend und nicht erläuternd. Für den Gesetzesvorspruch gilt nunmehr – unabhängig vom Grad der humanistischen Bildung –: *graecum est, non scribitur*.

## II.

### Gesetzesvorspruch à la bruxelloise

Und so ist ganz Europa von der Erkenntnis beseelt, dass eine gesetzgeberische Erläuterung sich nicht geziemt. Ganz Europa? Nein! Ein von unbeugsamen Europäern bevölkertes Dorf namens Brüssel hört nicht auf, dieser Erkenntnis Widerstand zu leisten. Und so sind alle Rechtsakte der Europäischen Union, unabhängig von Rechtsnatur, Bedeutung, Eingriffsintensivität, ihren Anwendungsbereichen oder Zielen geeint durch eine ewig gleiche Formel: »in Erwägung folgender Gründe«.

In der Ausgangslage ist dies wenig verwunderlich. Sind doch die europäischen Gründungsverträge und letztlich auch die in den Gemeinschaften ergehenden Rechtsakte konzeptionell Völkerrecht. Im Völkerrecht war und ist es jedoch gebräuchlich, dem Vertrag eine Präambel beizugeben.<sup>6</sup> Dies erzeugt auch für die modernen europäischen Staaten keinen Widerspruch, ist doch ein völkerrechtlicher Vertrag dogmatisch etwas gänzlich anderes als ein staatliches Gesetz und wirken insofern völkerrechtliche Präambeln anders als ein einfacher Gesetzesvorspruch. Allerdings ist das Gemeinschaftsrecht spätestens seit *van Gend & Loos* eben kein gewöhnliches Völkerrecht mehr.<sup>7</sup> Zudem ist das Gesetzgebungsverfahren des Staatenverbundes Europäische Union durch die kontinuierliche Stärkung des Europäischen Parlaments in einer Weise an nationalstaatliche Gesetzgebung angenähert worden, dass die Frage verbleibt, weshalb im Ganzen gilt, was in den Teilen verpönt ist. Warum also wurden die Begründungspflichten von Art. 15 Abs. 1 EGKSV, Art. 162 EAGV a.F. und Art. 190 EWGV über Art. 253 EGV in Art. 296 Abs. 2 AEUV trotz aller institutionellen Änderungen immer wieder überführt und gar noch ausgeweitet und zwingen die Mitgliedstaaten im Rat zu einer Rechtfertigung ihres gesetzgeberischen Handelns – was sich diese im nationalen Kontext verbieten?

Was den europäischen Gesetzgeber von seinem nationalstaatlichen Pendant unterscheidet, ist im Wesentlichen der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.<sup>8</sup> So kommt der europäischen Legislative eben keine grundsätzliche Allzuständigkeit zu,<sup>9</sup> sodass es zumindest *prima facie* angezeigt ist, dass diese sich in transparenter Weise mit ihrer Zuständigkeit auseinandersetzt, also dem Greifen einer Einzelermächtigung und der Frage nach dem Subsidiaritätsprinzip. Jedoch ließen sich diese Erwägungen auf sämtliche föderalen Staaten – insbesondere auch die Bundesrepublik – übertragen, was

solche Staaten freilich nicht dazu bewogen hat, zwingend jedem Gesetz eine Begründung voranzustellen, aus der die verfolgten Ziele des Gesetzes in einer Weise hervorgehen, dass auch die Einschlägigkeit der jeweiligen Zuständigkeitsnorm erörtert wird.

Gesamteuropäisch scheint insofern der Erwägungsgrund tiefenpsychologisch ein Zeichen mangelnder Stärke zu sein. Der Erwägungsgrund als Synekdoche, als Ausdruck europäischer Impotenz. Wenn die Europäische Union meint, mit dem Gesetzesvorspruch verführen und überzeugen zu müssen, so wohnt dem auch immer der Gedanke inne, dass dem Rechtsunterworfenen gegenüber die eigene Legitimität belegt werden muss. Wenn auch die Europäische Union ihre Existenz und Kompetenz nicht unmittelbar von einem europäischen Staatsvolk ableitet, sondern von einer Kompetenzübertragung der Mitgliedstaaten,<sup>10</sup> so scheint dies doch den europäischen Gesetzgeber gegenüber den nationalen Gesetzgebern herabzuwürdigen, deren Primus er vielfach wiederum ist. Ein allzeitiger Rechtfertigungszwang lässt die Union als schlichten Geschäftsführer der Nationalstaaten dastehen, denen und deren Staatsbürgern er *in perpetuum* Rechenschaft schuldet. Anders wäre dies letztlich nur, würde die Europäische Union mit ihren Erläuterungen etwas vornehmen, was eigentlich auch von den nationalen Gesetzgebern geschuldet wäre, sodass ihr Verhalten als die Begründung einer nachahmenswerten Praxis erschiene, die die Union nicht als Büttel, sondern als Vorbild der Mitgliedstaaten auftreten ließe.

### III.

#### **Zweck verfehlt, setzen, sechs!**

Welche Ziele verfolgt also der europäische Gesetzgeber mit der legislatorischen Begründungspflicht, und erfüllen die Erwägungsgründe die ihr beigelegten Zwecke in der Praxis?

Auch zweitausend Jahre nach Poseidonios sind die Laudatoren nicht müde, von der pädagogischen Wirkung von Erwägungsgründen zu schwärmen.<sup>11</sup> Dem Betroffenen werde dargelegt, dass und in welcher Weise seine Interessen und Ansichten berücksichtigt wurden, wodurch seine Bereitschaft, den Rechtsakt zu akzeptieren, exorbitant gesteigert und Rechtsstreitigkeiten schlichtweg undenkbar würden. Also, alles (Rechts-)Friede, Freude, Eierkuchen. Was aber, wenn sich der Unterworfene von den Erwägungsgründen zur Eiervermarktungsnormen-Durchführungsverordnung<sup>12</sup> nicht überzeugen lässt? Dabei doziert diese einfühlbar in Erwägungsgrund 8: »Gene-

rell sollten Eier nicht gewaschen oder anderweitig gereinigt werden, weil dies die Schale beschädigen kann, die ein wirksames Hindernis gegen das Eindringen von Bakterien darstellt und weitere Eigenschaften aufweist, die das Ei vor Mikroben schützen [...] Außerdem sollten Eier der Klasse A nicht gewaschen werden, weil während des Waschens oder danach physikalische Schutzbarrieren, wie zum Beispiel die Kutikula, beschädigt werden können.« Der europäische Gesetzgeber liegt also nicht auf der faulen Cuticula, sondern gibt dem Bauern noch einen kleinen Nachhilfeunterricht in Biologie mit auf den Weg, auf dass dieser nunmehr seine schmutzigen Eier einem freudig geschützten Verbraucher überreichen kann. Der impertinent weiterwaschende Landwirt ist so nicht nur ein (rechts-)treuloser Geselle, sondern auch noch ein ignoranter Querulant. Es sei denn – so schädlich scheint, ach, das Waschen nun doch wieder nicht –, die Reinigung erfolgt in einer behördlich genehmigten und streng beaufsichtigten Eierwaschanlage.

Noch schlimmer: Wie kommt es, dass trotz blumigster, überzeugendster Erläuterungen von den Unterworfenen doch nur wieder im Raume stehende Verbote gesehen werden? So etwa der öffentliche Aufschrei auf die Acrylamidverordnung<sup>13</sup> hin, dass die Kommission, mutmaßlich eine Behörde von Weißbrotfressern, unserem Pumpernickel an den Kragen wolle. Hier, wie so oft, muss die Kommission nun doch wieder im Nachgang Aufklärungsarbeit leisten. Wie kann das sein, sollte doch die Öffentlichkeit eigentlich durch die Erwägungsgründe hinreichend belehrt sein? Mag es etwa sein, dass sie diese erleuchtenden Sätze – wie Erwägungsgrund 3, der unmittelbar einem Lemma zu entspringen scheint – nicht liest: »Acrylamid ist eine niedermolekulare, sehr gut wasserlösliche, organische Verbindung, die sich aus den natürlich vorkommenden Bestandteilen Asparagin und Zucker in bestimmten Lebensmitteln bildet, wenn diese bei höheren Temperaturen, typischerweise über 120°C, und geringerer Feuchtigkeit zubereitet werden.« Enttäuschend ist hingegen ein Blick in die Trinkwasserrichtlinie,<sup>14</sup> wo eine erhellende Anmerkung, dass es sich bei Wasser um eine chemische Verbindung der Elemente Sauerstoff und Wasserstoff handelt, gänzlich fehlt. Aber, was hätte es genutzt, wenn es doch nicht gelesen wird. Mit solchen belehrungsresistenten Untertanen ist natürlich kein Staat zu machen, und so scheitert zumindest dieser Zweck der Erwägungsgründe an der Faulheit der Bürger, die sich, anstatt ihre bürgerliche Pflicht zu erfüllen, jährlich höchstpersönlich tausende Erwägungsgründe durchzuarbei-

ten, auf eine Wissensvermittlung durch Journalisten der Lügenpresse und andere schmierige Medien verlassen, deren einzige Quelle oftmals nur die Meldung eines Pressedienstes ist.

Wenn auch unter diesem Gesichtspunkt nur selten nützlich, so könnten die Erwägungsgründe aber doch zumindest unschädlich sein. Jedoch liegt gerade in der an den Unterworfenen gerichteten Erläuterung eine erhebliche Gefahr. Die zu früh verstorbene Rechtshistorikerin Marie Theres Fögen urteilt treffsicher zur Bedenklichkeit des Gesetzesvorspruchs: »Die Verkleidung flattiert das Gebot, verdeckt den Befehl«. <sup>15</sup> Wenn sich das Gesetz den Mantel eines Lehrbuchs anwirft, so gibt es sich den Anschein, überzeugen zu wollen, sich der Diskussion zu stellen, anstatt klarzustellen, was es tut, nämlich die Sache bereits entschieden zu haben. Eine Auseinandersetzung mit der Sache hat eben vor Erlass eines Gesetzes zu erfolgen und nicht mit diesem. Hier liegt der eigentliche Mangel vieler europäischer Rechtsakte: Es gelingt der Union auch heute leider noch nicht immer, geplante legislatorische Vorhaben zur Kenntnis einer breiten Öffentlichkeit zu bringen, sodass Rechtsetzung Ergebnis und nicht Startpunkt einer Auseinandersetzung im öffentlichen Raum ist. So erscheinen die Erwägungsgründe vielfach propagandistisch, da dem Unterworfenen letztlich nur mitgeteilt wird, welche Auffassung er für richtig zu halten habe. Noch ärger, die gelegentliche Flut wortreicher Erwägungsgründe eignet sich dazu, die eigentliche Regelung unkenntlich werden zu lassen. So führen etwa die ein Drittel des Rechtsaktes einnehmenden Erwägungsgründe der Verordnung über die Rechte von behinderten Flugreisenden <sup>16</sup> wohlklingend aus, dass und wie eine vollständige Inklusion zu bewerkstelligen ist, um im anordnenden Teil dann allerdings derart offen zu formulieren, dass Fluglinien nicht dazu verpflichtet sind, eine barrierefreie Toilettennutzung zu ermöglichen. So muss der behinderte Fluggast zwar zur Toilettentür geleitet werden, wo aber die gegenwärtigen Bordrollstühle zu breit sind, um Eingang zu finden. Solche Gesetze taugen, darüber täuschen auch keine präziösen Worte hinweg, nur für die unerreichbare Schüssel. Wenn der europäische Gesetzgeber hier befehlen möchte, dann wären einige Ausführungen zu den urologischen Vorteilen des Einhaltens und der ökologischen Bedenklichkeit von Langstreckenflügen am Platze gewesen.

Aber, so dozieren die Kenner der Materie, den Erwägungsgründen kommt nicht nur ein Fremd-, sondern auch ein Selbstbelehrungseffekt zu. <sup>17</sup> Im Erwägungsgrund sagt sich der Gesetzgeber selbst,

woran er sich zu halten hat. Es soll nicht bezweifelt werden, dass die Pflicht zur Aufsetzung eines Dokumentes, in dem eine Auseinandersetzung mit Ermächtigungsgrundlagen, Zielsetzungen und Einzelnormenverständnis zu erfolgen hat, einen reinigenden Effekt haben kann. Aber einen belehrenden? Muss der europäische Gesetzgeber tatsächlich daran erinnert werden bzw. sich selbst daran erinnern, dass er nur im Rahmen der Zuständigkeitsordnung tätig werden kann, er nur legitime Ziele und diese nur mit angemessenen Mitteln verfolgen darf, er also letztlich »verfassungsunterworfen« ist? Wenn es einer solchen Belehrung wirklich allgemein – und nicht nur punktuell im Einzelfall durch die Rechtsprechung – bedarf, dann ist die Demokratie bereits verloren. Außerdem verkennt dieses Argument das tatsächliche Zustandekommen der Erwägungsgründe. Die wirkliche Abwägungsarbeit erfolgt hierbei im Kommissionsentwurf, so dass die Begründung zunächst – dies unterscheidet sich nicht von einer Regierungsbegründung in Deutschland – dem eigentlichen Gesetzgeber eine schnellere Erschließung des Entwurfs ermöglicht. Hier sind die Erwägungsgründe also noch nicht Belehrung, sondern Exponierung. Die später zu verabschiedenden Erwägungsgründe werden dann hingegen, nachdem eine Einigung der beteiligten Organe über den normativen Teil erzielt wurde, durch die Rechtsexperten der Kommission mit heißer Nadel in den Rechtsakt eingestrickt, ohne dass solche Änderungen oder das Beibehalten von Formulierungen – auch wenn sie nicht mit dem normativen Teil harmonisieren – typischerweise dazu führen, dass Rat oder Parlament den Kompromiss noch einmal aufschnüren würden.<sup>18</sup> Die Erwägungsgründe belehren also nicht den Ersteller, sondern machen nur passend, was politisch eben passen muss.

Und so dienen die Erwägungsgründe letztlich doch nur der europäischen Dreifaltigkeit aus Transparenz, Effizienz und Legitimation, das heißt, der Überprüfbarkeit des Rechtsaktes durch Belastete, Beteiligte und Gerichte. In den Erwägungsgründen treten der Zweck und die hoffentlich sachgerechten Abwägungsentscheidungen, so die Prämisse, in einer Klarheit hervor, dass es dem Leser ein Leichtes ist, sich von der Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit zu überzeugen. Wer dergleichen glaubt, hat wohl noch nie sehenden Auges Erwägungsgründe – wohlgemerkt auch solche, die durch den Gerichtshof der Europäischen Union nicht beanstandet wurden – gelesen. Einen wirklichen Vorzug bietet der Vorspruch in der Tat dahingehend, dass der europäische Gesetzgeber offenlegen muss, auf welcher Ermäch-

tigungsgrundlage er tätig wird. Was jedoch die Erwägungsgründe *sensu stricto* anbelangt, so ist deren tatsächlicher Mehrwert vielfach höchst fragwürdig.

Anders als bei der Beurteilung der Begründung von Entscheidungen bzw. heute Beschlüssen finden sich auch in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs kaum Beispiele, in denen eine Verordnung oder Richtlinie an einem Begründungsmangel – das heißt an einem vollständigen Fehlen oder einer quantitativ oder qualitativ unzureichenden Begründung – gescheitert wäre. Wie kommt es beispielsweise, dass einer der bedeutsamsten normativen Akte des Sekundärrechts, die Sprachenverordnung,<sup>19</sup> nicht an einem Begründungsmangel leidet, obgleich hier nur – und dies im Hinblick auf die Änderung des normativen Teils auch noch fehlerhaft – ›abgewogen‹ wird, dass »jede der vier Sprachen, in denen der Vertrag abgefaßt ist, in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Amtssprache ist«. Das ist keine Abwägung, das ist eine Feststellung, aus der zudem nicht hervorgeht, weshalb der Gesetzgeber es für richtig erachtet, dass jeder sich an die Organe in einer frei gewählten Amtssprache richten kann und dieses ihm in dieser Amtssprache zu antworten hat, dass die zu wählende Sprache für das Organ durch den Sitzstaat des Adressaten bestimmt wird und dass alle Verordnungen und Schriftstücke von übergeordneter Bedeutung in allen Amtssprachen zu veröffentlichen sind. Hier ersteht in wenigen Artikeln das Reich des Mithridates wieder auf, ohne dass das »wieso, weshalb, warum« erläutert würde. Erginge diese Verordnung heute, so würde sie mindestens dreimal so viele Erwägungsgründe wie Artikel enthalten. Allerdings wurde und wird diese Begründung nicht bemängelt. Kann es etwa doch sein, dass ein Gesetz, anders als ein Verwaltungsakt, einer zwingenden hochamtlichen Begründung nicht bedarf? Der Zweck muss aus der normativen Regelung sprechen und nicht von außen aufgepfropft werden, eine Interessenabwägung muss im Gesetzgebungsverfahren tatsächlich erfolgen und zu einem vertretbaren Ergebnis führen und nicht nur im Nachhinein proklamiert werden. Dafür, dass dies geschieht, bieten durch den europäischen Gesetzgeber mit zu verabschiedende Erwägungsgründe keine gesteigerte Gewähr.

Und so fungieren die Erwägungsgründe letztlich nur als Auslegungsinstrument für einzelne Normen – und dies in stark gesteigertem Maße, als sich der Gerichtshof der Europäischen Union obstinat weigert, andere Quellen im Rahmen der Gesetzgebung in der Aus-

legung zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Gäbe es die amtlichen Erwägungsgründe nicht, dann würde hoffentlich ein weniger restriktives Verständnis greifen, was insbesondere eine überzeichnende Bewertung der Erwägungsgründe verhindern würde.<sup>21</sup> So bewirkt die gesetzgeberische Beschließung der Erwägungsgründe eine allzeitige reflexhafte Berücksichtigung. Man denke hier etwa an die Nichtigerklärung der Staubsaugerenergieverbrauchskennzeichnungs-DVO<sup>22</sup> durch das Gericht der Europäischen Union. Das Gericht rekurriert hier, wie der Europäische Gerichtshof im Rechtsmittelurteil,<sup>23</sup> auf die Erwägungsgründe 5 und 8 des Grundlagenrechtsaktes, wonach eine »genaue, sachdienliche und vergleichbare Unterrichtung über den [...] Energieverbrauch« der Produkte »für das Funktionieren der Marktmechanismen von besonderer Bedeutung ist« und somit für die Fähigkeit, den Verbrauch auf Geräte zu lenken, »die bei ihrem Gebrauch am wenigsten Energie [...] verbrauchen«.<sup>24</sup> Nichts anderes sagt der Zweckbestimmungsartikel des Art. 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie über die Etikettierung energieverbrauchsrelevanter Produkte.<sup>25</sup> Die Erwägungsgründe helfen insofern nicht weiter, und auch der Zweckbestimmungsartikel erscheint lässlich, um zu erkennen, dass die zur Bestimmung vorgenommene Messung mit leerem Staubbehälter zu einer Wettbewerbsverzerrung führt und dem aus der Anordnung einer Etikettierungspflicht offenkundig hervortretenden Zweck einer Lenkung des Konsumenten hin zu energieeffizienten Produkten nicht gerecht wird. Statt mit geschwätzigen Erwägungsgründen hätte man sich hier besser mit der eigentlichen Erwägung beschäftigt.

Teilweise wird die Auslegungsbedeutung der Erwägungsgründe noch dahingehend ergänzt, dass es ihrer gerade deshalb zur Stärkung der Überprüfbarkeit und der Rechtsklarheit bedürfe, weil im europäischen Auslegungskanon die grammatikalische Deutung angesichts der Mehrsprachigkeit schnell an Grenzen stößt.<sup>26</sup> Wie hier hingegen die Erwägungsgründe helfen sollen, erschließt sich nicht, bringen sie doch nur weitere Wörter ein, die vierundzwanzigfaches Potential zu sprachlichen Divergenzen bieten. Den Preis der Einheit in sprachlicher Vielfalt hat Europa zu zahlen, er wird ihr nicht durch ein in den Erwägungsgründen enthaltenes Pflingstwunder erlassen. Statt der Hoffnung auf Xenoglossie verbleibt also nur die stete Mühe der klaren Definition und Übersetzung, und zwar im anordnenden Teil der Maßnahme.

Genau von dieser Mühe mag sich der europäische Gesetzgeber jedoch – dies ist zumindest eine theoretische Gefahr – faktisch ent-

bunden fühlen, da doch eine definitorische Klarstellung durch die Erwägungsgründe erlangt werden kann. Was ist jedoch von einem Gesetz zu halten, dass wie die Rom I-VO den Begriff des Finanzinstruments und der übertragbaren Wertpapiere nicht selbst definiert oder dies der Rechtsprechung überlässt, sondern in Erwägungsgrund 30 klarstellt, dass es sich bei diesen Instrumenten um solche im Sinne der Finanzmarktrichtlinie handelt? Man hofft, dass dieser Erwägungsgrund nicht durch einen einzelnen Juristen der Kommission als Usurpator gesetzgeberischer Befugnisse in letzter Minute aufgenommen wurde. Doch nichts Genaueres weiß man nicht.

Hier wird der begründende Teil eben vielfach doch faktisch anordnend. Den Demokraten erfüllt das mit Entsetzen, Carl Schmitt lächelt aus dem Malebolge und spricht: »Leitsätze des heutigen Gesetzgebers sind unmittelbar und in der intensivsten Weise positives Recht«. <sup>27</sup> Auch dies aber ist noch nicht das Ende der Fahnenstange. Vielmehr wird den Erwägungsgründen vielfach bescheinigt, dass dort gerade das aufgenommen wird, was den Partikularinteressen einzelner Staaten entspricht, jedoch nicht so konsensfähig ist, dass es in den normativen Teil gelangt, aber in der Begründung niedergelegt wird, um den Erlass zu ermöglichen. <sup>28</sup> Von hier aus ist es kein großer Schritt mehr zu den Feststellungen des SS-Professors Herbert Krüger: »Die Rechtsverbindlichkeit der Gesetzesvorsprüche ist daher heute allgemein anerkannt, und man neigt sogar dazu, die Präambel für den wichtigsten Teil des Gesetzes zu halten, weil [...] die Gesetzesvorsprüche zur Umschreibung von Sachverhalten dienen sollen, die man nicht in die befehlende Form des Paragraphen gießen kann«. <sup>29</sup> Oder, in den die Paradoxie bloßstellenden Worten Fögen: das im Vorspruch niedergelegte Gesetz ist Gesetz, weil es nicht Gesetz sein kann. <sup>30</sup> Derartig verfasste Erwägungsgründe schaffen kein Mehr an Klarheit und Rechtsstaatlichkeit, sondern eine gesteigerte Gefahr, dass auf unbekanntem Wege in die Begründung gelangte Formulierungen unbedingt zum gesetzgeberischen Willen sublimiert werden. Da lobt man sich dann doch die deutsche Regierungsbegründung und parlamentarische Protokolle, deren Aussagen gewichtend in eine Auslegung einbezogen werden können, ohne einen imperativ anmutenden Anspruch auf Richtigkeit zu erheben.

Dies eröffnet schließlich den Blick auf eine weitere Wirkung – man will hoffen: nicht verfolgtes Ziel – der Erwägungsgründe, die durch ihre Befürworter geflissentlich außer Acht gelassen wird. Durch die Erwägungsgründe, je umfangreicher sie ausfallen, verknappt der

Gesetzgeber, intendiert oder nicht, den Auslegungsspielraum. Man mag unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit in den Chor der Claqueure einfallen oder aber dies aus dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit heraus beweinen. Der Erwägungsgrund ist so auch Auswuchs des Misstrauens des rechtssetzenden Juristen gegenüber dem rechtsanwendenden Juristen: *lupus est iurista iuristae*. Anstatt wie Friedrich der Große den Juristen zu untersagen, »ein Commentarium oder Dissertationes über dieses Land-Recht« zu verfertigen,<sup>31</sup> besorgt der europäische Gesetzgeber den Kommentar einfach selbst und lädt diesen mit gesetzgeberischer Qualität auf. Der Rechtsanwender soll im Idealfall also allenfalls noch den Kommentar kommentieren können. Kann der europäische Gesetzgeber auch nicht sonnenkönigsgleich dem Richter die Interpretation schlichtweg versagen,<sup>32</sup> so kann er doch im Wege überbordender Erwägungsgründe Interpretationsspielräume so einengen, dass er selbst beinahe auch rechtsprechende und exekutive Funktionen wahrnimmt. Hierdurch entblättert sich Gesetzgebung jedoch ihrer eigentlichen Funktion, nämlich der Schaffung abstrakt-genereller Regelungen. Verbleibende Rechtsunklarheit und Rechtsunsicherheit sind nicht Mangel, sondern Glanz und Gloria der Demokratie. Ein Gesetzgeber, der meint, seine Gesetze autoritativ interpretieren zu müssen, stellt letztlich die Gewaltentrennung in Frage. Von Brüssel nach Paris (Saint-Sulpice): Wären seine Gebeine nicht schon fort, Montesquieu würde sich im Grabe drehen.

#### IV.

##### Fazit

Die Einführung der Pflicht zur Begründung von Urteilen und Verwaltungsakten ist ein unschätzbare Evolutionsschritt der Moderne und unerlässliche Vorbedingung der Rechtsstaatlichkeit. Ende der Geheimjustiz, Femen verfeimt, selbstherrliche Willkür perdu! So tritt uns diese Begründungspflicht auch als ein von allen Mitgliedstaaten geteilter allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts entgegen.<sup>33</sup> Ist nun, was der Justiz und Verwaltung recht ist, auch der Gesetzgebung billig? Man meint es und irrt. Es macht einen Unterschied, ob sich eine Rechtsmaßnahme an bestimmte Personen richtet oder wie ein Gesetz an alle und damit an niemanden. Amtliche Gesetzesbegründungen können hier nur entweder zu viel oder zu wenig sagen, indem sie bewusst offen gewählte Rechtsbegriffe erläuternd wieder einzuengen suchen und eben doch nicht jede Eventualität abwägen

können. Dazwischen ist Leere. So torkeln die Erwägungsgründe dahin, legen offenkundige Ziele offen – weil es das Gesetz befiehlt –, wiederholen, was sich wörtlich im anordnenden Teil findet, schwadronieren, schulmeistern und annotieren. Alles im Götzendienst der Transparenz, die hierdurch selten erreicht und dann teuer erkaufte wird. Diese Perchten Europas treiben trotz allem Radau die bösen Geister der Rechtsunklarheit nicht aus.

Es wird auch künftig und für alle Zeiten mehrdeutige Normen geben, aufgrund der Hektik moderner Gesetzgebung mit steigender Tendenz. Wenn sich die Europäische Union hiergegen als Medizin die Erwägungsgründe verschreibt, sind diese jedoch ein untaugliches Heilmittel, schon allein da diese in der gleichen Hast ergehen. Besser erschiene es sowieso, nicht gegen die Symptome, sondern gegen die Ursache vorzugehen. Man stelle sich etwa vor, wie die Solvency II-Richtlinie<sup>34</sup> heute aussehen würde, hätte sich der europäische Gesetzgeber von Anfang an zehn Jahre genommen, um das reformierte Versicherungsaufsichtsrecht zu erarbeiten, anstatt von Verlängerungsfrist zu Verlängerungsfrist zu hetzen und letztlich doch stets aufs Neue verschieben zu müssen. Erwägungsgründe können hier selbst im besten Fall nur wie ein Pflaster auf einer tiefen Fleischwunde remedieren.

Als überzeugter Europäer möchte man gerne panglossianistisch glauben, dass die Erwägungsgründe ihren Zweck erfüllen und wir bereits jetzt in der besten aller möglichen Welten leben, allein, dem aufgeklärten Europäer muss Candide näher liegen und insofern nach der Bestellung des eigenen Gartens verlangen. So erschiene es am Platze, die Erwägungsgründe aus dem gesetzgeberischen Verfahren auszujäten. Wahrscheinlicher jedoch ist, dass sich dieses Unkraut auch wieder auf den Beeten der nationalen Gesetzgebung ausbreiten wird. Und so finden sich wieder vielfache Forderungen, dass doch der deutsche Gesetzgeber, nach alter Väter Sitte, seine Gesetze amtlich begründen solle.<sup>35</sup> So mögen die Erwägungsgründe als wohlwollende Eumeniden auftreten, spätestens bei ihrer Rückkehr in die heimische Gesetzgebung würden sie sich allerdings als rachsüchtige Erinnyen offenbaren. *Sauve qui peut!*

JENS GAL