

Redaktionsversehen

Ein Beitrag zur Legislativfehlerlehre und zur Rechtsförmlichkeit

HANJO HAMANN*

Inhalt

1. <i>Hinführung</i>	447
2. <i>Begriffsklärungen</i>	448
a) „Der Gesetzgeber“ – ein institutionelles System	448
b) „Der Irrtum“ – eine Typologie gesetzgeberischer Fehler	450
c) „Redaktionsversehen“ – Janus unter den Gesetzgebungsfehlern	452
3. <i>Fallstudien</i>	454
a) Die Streichung von § 97 VwVfG durch das 2. VwVfÄndG 1998 ...	454
b) Die Einführung des Vergaberechts durch das VgRÄG 1998	458
c) Der Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) 2006	461
d) Fazit: Die Gesichter des Janus sind ununterscheidbar	462
4. <i>Schlussfolgerungen</i>	465
a) Gesetzgeberische Irrtumslehre als dogmatischer Irrweg	465
b) Fehlervermeidung durch Rechtsförmlichkeit	466
c) Fehlerbehandlung durch „Dulde und Interpretiere“?	467
d) Anerkennungnis von und offener Umgang mit Fehlern	469
e) Geschäftsordnungsmäßige Fehlerberichtigung?	470
f) Vereinfachtes Berichtigungsverfahren	472
5. <i>Zusammenfassung</i>	474
<i>Summary</i>	475

* Dr. iur., Gastforscher am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn und Nachwuchskollegiat der Heidelberger Akademie der Wissenschaften (mit einem Projekt zur wissenschaftlichen Erschließung von Rechtstexten). Für Inspirationen danke ich *Nadja Braun Binder* und Teilnehmern des Kolloquiums „Elemente einer Rechtsetzungslehre auf innerstaatlicher und europäischer Ebene“ an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer im Wintersemester 2013/14.

1. *Hinführung*

Wie heißt es bei den römischen Klassikern? „Errare humanum est.“ – Irren ist menschlich. Der Irrtum lauert überall. Zum Beispiel in der Behauptung, bei den römischen Klassikern habe es „Errare humanum est.“ geheißen. Hat es nämlich nicht.¹ Zwar werden als Autoren der Sentenz gewöhnlich Cicero, Seneca d. Ä., St. Augustin oder St. Hieronymus zitiert,² aber schlägt man deren Werke im Original auf, sucht man die Stelle vergeblich.³ St. Hieronymus kommt der geläufigen Formulierung zwar noch am nächsten – „errasse humanum est“⁴ – doch von keinem einzigen Klassiker sind uns die Worte „Errare humanum est“ oder „Humanum est errare.“ überliefert.⁵ Wie man sich doch irren kann.

Auch im Recht ist der Irrtum allgegenwärtig. Besonders gern und metaphorisch wird der Gesetzgeber für selbigen gescholten – man liest wahlweise, die Gesetzgebung sei eine Würstküche⁶ oder schlicht „auf IKEA-Niveau“: „Bitte um Verständnis, wenn eine Änderung fehlt.“⁷ Doch wer will dem Gesetzgeber verdenken, dass auf den 4.388 Seiten, die allein der erste Teil des Bundesgesetzblattes im letzten Jahr umfasste, hin und wieder Irrtümer und Unstimmigkeiten zu Tage treten? Irren ist eben menschlich. Allerdings bleiben die alten Lateiner hier nicht stehen, denn weiter heißt es: Nur

¹ Pointiert *M. Fricke*, Wer den Schaden hat . . .?, *VersR* 2007, 300: „wie zum Beweis [ihrer] selbst ist die antike Zuschreibung ihrerseits wiederum ein weitverbreiteter Irrtum“.

² Vgl. *E. Lautenbach*, Latein-Deutsch Zitate-Lexikon. Quellennachweise 2002, S. 243.

³ Bei *Cicero – Orationes Philippicae* 12,2 – heißt es „Cuiusvis hominis est errare“ (www.thelatinlibrary.com/cicero/phil12.shtml); *Seneca – Controversiae* 7,1,5 – formulierte „quam facile erramus homines!“ (www.thelatinlibrary.com/seneca.contr7.html) sowie – *Controversiae* 4,3 – „Per humanos [...] errores“ (www.thelatinlibrary.com/seneca.contr4.html); *St. Augustin – Sermones* 164, 14 – ist nur mit „Humanum fuit errare“ überliefert (monumenta.ch/latein/text.php?tabelle=Augustinus&rumpfid=Augustinus,%20Sermones,%2010,%20%20164) (Abfrage jeweils: 9. 7. 2014).

⁴ *Epistulae, Ad Pammachium*, 57,12 (online unter http://monumenta.ch/latein/text.php?tabelle=Hieronymus&rumpfid=Hieronymus,%20Epistulae,%203,%20%202057&level=4&hide_apparatus=1) (Abfrage: 9. 7. 2014).

⁵ Eine Volltextsuche nach beiden Phrasen wird in keinem der Klassikertexte in den Onlinebibliotheken www.thelatinlibrary.com, classics.mit.edu, www.monumenta.ch und www.intratext.com/LAT fündig. Vgl. auch *H. Kudla*, Lexikon der lateinischen Zitate, 2. Aufl., S. 194 (Nr. 1249) und die Nachw. bei *M. Schumacher*, „... ist menschlich“. Mittelalterliche Variationen einer antiken Sentenz, *ZfA* 1990, 163.

⁶ *E. Hucko*, Zwischenruf aus der Bonner Würstküche, *NJW* 1998, 3553.

⁷ So *G. Thüsing*, in *Bauer/Thüsing/Schunder*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?, *NZA* 2006, 774/775; vgl. auch *J.-H. Bauer*, ebd., S. 774: „Ein Handwerker, der so arbeiten würde wie unser Gesetzgeber, wäre in kürzester Zeit pleite.“

der Narr/Teufel beharrt auf dem Irrtum, der Kluge gibt ihn zu.⁸ Die Mahnung dieses zweiten Teils – und nicht die Rechtfertigung durch den ersten – ist die ureigentliche Moral der ganzen Sentenz.⁹ Wie also steht es um den Gesetzgeber? Irrt er auf kluge Weise, oder macht er sich zum Narren?

Angeregt durch die unlängst gescheiterte „Aktienrechtsnovelle“ (s. u. 4.d) plädiert der vorliegende Beitrag dafür, Irrtümer in der Gesetzgebung öfter anzuerkennen und rechtsförmlich zu berichtigen. Dazu werden zunächst (II.) die hier verwendeten Begriffe – „Gesetzgeber“ und „Irrtum“ – geklärt, bevor drei aus dem Leben gegriffene Fälle der letzten Jahrzehnte erörtert (III.) und daraus wertvolle Impulse für die Legislativfehlerlehre gewonnen werden (IV.).

2. Begriffsklärungen

a) „Der Gesetzgeber“ – ein institutionelles System

Wer ist der Gesetzgeber?

Die Frage klingt banal, und ist doch so einfach gar nicht zu beantworten. Das Parlament? Initiiert nicht einmal jedes fünfte Gesetz,¹⁰ und kann im Übrigen beschließen, was es will – nur was der Bundespräsident ausfertigt und verkündet, wird überhaupt Gesetz (Art. 82 S. 1 GG). Der Bundespräsident? Kann Gesetze weder selbst beschließen (Art. 77 I 1 GG) noch dem Bundestag auch nur vorschlagen (Art. 76 I GG). Die Ministerialbürokratie? Arbeitet zwar die meisten Gesetzentwürfe aus und bringt sie durch die Regierung auf den Weg (Art. 76 Var. 1 GG),¹¹ kann aber nichts beschließen oder verkünden. Das Bundesverfassungsgericht? Kann zwar Gesetze beschließen und verkünden (Art. 94 II 1 GG, § 31 II BVerfGG), aber nur in sehr engen Grenzen und auf Antrag (Art. 93 GG, § 23 I BVerfGG). Obwohl „der Gesetzgeber“ also

⁸ Cicero (Fn. 3): „... , nullius nisi insipientis in errore perseverare.“; St. Augustin (Fn. 3): „... , diabolicum est per animositatem in errore manere.“; St. Hieronymus (Fn. 4): „... et confiteri errorem, prudentis“; vgl. auch M. A. Dausies, „... sed perseverare in errore ...“, EuZW 2001, 577.

⁹ Schumacher (Fn. 5), S. 166: „Keiner der Fortsetzungen des Diktum *Errare humanum est* geht es um eine Rechtfertigung des Sündigens; der Aussageschwerpunkt liegt deutlich auf dem jeweils zweiten Teil der Aussage, mit dem als ein großes Aber etwas noch Schlimmeres (und deshalb Unentschuldbares) benannt wird.“

¹⁰ Deutscher Bundestag, Stichwort Gesetzgebung, 2. Aufl. 2010, S. 21: Von den 7.030 zwischen 1949 und 2009 verabschiedeten Gesetzen stammten 18 % aus der „Mitte des Bundestags“ (Art. 76 I Var. 2 GG), in der letzten Legislaturperiode sogar nur 15,9 %, vgl. Deutscher Bundestag, Statistik der Gesetzgebung, Stand 6. 12. 2013, online unter https://www.bundestag.de/blob/191006/eebfee2e6ff8ee9a9682a494452e782b/gesetzgebung_wp17-data.pdf (Abfrage: 9. 7. 2014).

¹¹ Deutscher Bundestag (vorige Fn.): Die Regierung initiierte 75 % der 7.030 Gesetze von 1949 bis 2009, in der letzten Legislaturperiode sogar 78,5 %.

„einer der fleißigsten und produktivsten Autoren juristischer Texte in der Gegenwart“ sei – so resümiert *Lenz* treffend –, ist „nach der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland nicht so einfach zu sagen [..], wer eigentlich der Gesetzgeber ist“. ¹²

Spricht man anthropomorphisierend vom „Gesetzgeber“, kann nichts anderes gemeint sein als das differenzierte System von institutionellen Wechselbeziehungen, das in Deutschland aus der Gewaltenteilung entsteht. ¹³ Diese systemische Betrachtungsweise weckt Assoziationen zum Gesellschaftsrecht, das den Verband als Rechts„person“ vermenschlicht, während die ökonomische Theorie „die Gesellschaft“ als System wechselseitiger Verträge betrachtet. ¹⁴ Diese Analogie führt unmittelbar zu einer weiteren Einsicht: „Fehler des Gesetzgebers“ sind immer nur sprachliche Kurzformel für fehlerhafte Ergebnisse eines organisierten Systems, und in einem solchen System sind mehrere Arten von Fehlerquellen denkbar: Interessengegensätze einerseits (sog. „Agenturkosten“ in der ökonomischen Analyse des Rechts), Prozessverluste andererseits (sog. „Koordinations-“ oder „Transaktionskosten“ in der ökonomischen Analyse). ¹⁵ Ganz ähnlich gelten als wichtige Fehlerquellen in der Gesetzgebungslehre vor allem „der oftmals aufgrund der politischen Realitäten bestehende Zwang zu langwierigen Verhandlungen“ sowie „Änderungsvorschläge in letzter Minute“. ¹⁶ Deshalb grassieren gesetzgeberische Fehler letztlich nicht „trotz der Vielzahl der in das Gesetzgebungsverfahren eingeschalteten“ Institutionen, ¹⁷ sondern *wegen*: „Je stärker die *Gewaltentrennung zwischen Legislative und Exekutive* ausgeprägt ist, desto größer werden die (potentiellen) Probleme der Publikation und Berichtigung von Rechtsvorschriften.“ ¹⁸ Überspitzt formu-

¹² K.-F. *Lenz*, Das Ungewöhnlichste im Recht, 1991, S. 203.

¹³ Auch *G. Jahr*, Redaktionsversehen, in: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 141/149 meint wohl nichts anderes, wenn er formuliert: „Gesetzgeber sind wirkliche Menschen, ...“; genauer *M. Riedl*, Die Rechtsfigur des Redaktionsversehens des Gesetzgebers, AöR 119 (1994), 642/643: „... daß auch *hinter* dem Gesetzgeber nur Menschen stehen“ (Hervorhebung nur hier).

¹⁴ Vgl. nur *S. Grundmann*, Die Dogmatik der Vertragsnetze, AcP 207 (2007), 718; *A. Engert*, Eine juristische Theorie des Unternehmens, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 87/90; *W. Zöllner*, Unternehmensinnenrecht – Gibt es das?, AG 2003, 2.

¹⁵ Zu ähnlichen Kategorien in der ökonomischen Analyse von Demokratie und Bürokratie vgl. das Schrifttum zur Neuen Politischen Ökonomie: *S. Behrends*, Neue Politische Ökonomie, 2001; *D. C. Mueller*, Public Choice III, 2003; *C. Rowley/F. Schneider*, Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy, 2008.

¹⁶ *Riedl* (Fn. 13), S. 648, der außerdem die „zunehmende Verrechtlichung weiter Lebensbereiche“ und die „immer ausgefeiltere Gesetzestechnik“ für gesetzgeberische Fehler verantwortlich macht.

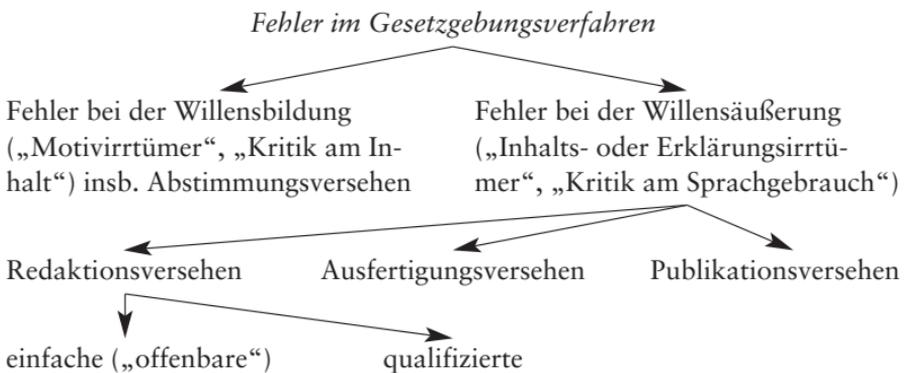
¹⁷ So *V. Kese*, Fehler im Gesetzgebungsverfahren und ihre Berichtigung, VR 1993, 406 (Hervorhebung nur hier).

¹⁸ *B.-C. Funk*, Die Berichtigung von Verlautbarungsfehlern in Gesetzblättern, in: Festschrift für Heinz Peter Rill zum 60. Geburtstag, 1995, 77/94.

liert: Jedes System der Gewaltenteilung muss die mögliche Fehlervermeidung durch das Mehraugenprinzip gegen die mögliche Fehlererzeugung durch das Mehrköcheprinzip abwägen.

b) „Der Irrtum“ – eine Typologie gesetzgeberischer Fehler

Um mit gesetzgeberischen Fehlern umzugehen, könnte sich eine Typisierung der Irrtümer anbieten, die im Gesetzgebungsverfahren unterlaufen können. Dieses Unterfangen beschäftigt die Literatur seit mindestens 140 Jahren,¹⁹ doch mündeten ihre Bemühungen bislang nicht in trennscharfe und konsensfähige Differenzierungen, sondern geradewegs in „terminologisches Durcheinander“ und schwer durchschaubares „Begriffswirrwarr“.²⁰ In der Lehre von den gesetzgeberischen Fehlern sei „kein einheitlicher Sprachgebrauch festzustellen“, weshalb sie „von jeher unter einer beträchtlichen Verwirrung“ gelitten habe.²¹ Einigkeit scheint jedoch weithin darin zu herrschen, dass die „Terminologie der Lehre von der Willenserklärung“ für eine differenzierende Betrachtung nützlich sei.²²



¹⁹ K. R. Sontag, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers insbesondere auf strafrechtlichem Gebiet, Freiburg 1874; um die Jahrhundertwende noch O. Lindemann, Berichtigung der in verkündeten Gesetzen enthaltenen Redaktionsversehen, AöR 14 (1899), 145; P. Laband, Berichtigung von Reichsgesetzen, DJZ 8 (1903), 301; J. Lukas, Fehler im Gesetzgebungs-Verfahren, Das Recht 11 (1907), 669.

²⁰ G. Schorn, Die Berichtigung offener Unrichtigkeiten in Hoheitsakten der Gesetzgebung, 1984, S. 39 bzw. 124.

²¹ G. Kiefer, Die Berichtigung von Gesetzen, LKRZ 2012, 355/358 (erstes Zitat); F. Schack, Redaktionsfehler, formelle Verfassungswidrigkeit und Irrtum und Täuschung des Gesetzgebers, DÖV 1964, 469 (zweites Zitat).

²² Jahr (Fn. 13), S. 142 m. Verw. auf Heck und Engisch; schon Lindemann (Fn. 19), S. 147 griff die „für privatrechtliche Willenserklärungen vorzunehmende Scheidung“ unter direkter Berufung auf die BGB-Motive auf; vgl. auch Schorn (Fn. 20), S. 13: „Unterscheidung sei vergleichbar mit dem Irrtum bei privatrechtlichen Willenserklärungen“; Kiefer (Fn. 21), S. 359.

Das Schaubild und die Vorarbeiten, auf denen es beruht,²³ differenzieren gesetzgeberische Fehler in erster Linie nach dem Zeitpunkt ihres Entstehens im Gesetzgebungsprozess. Dabei werden durchweg zunächst die „Motivirrtümer“ aus der Betrachtung ausgeklammert, da sie „eigene spezifische Probleme“²⁴ aufwerfen, die nicht im Rahmen einer besonderen gesetzgeberischen Irrtumslehre zu behandeln seien. Die verbleibenden „Inhalts-“ oder „Erklärungsirrtümer“ werden weithin nach fünf „für das Eindringen von Fehlern anfälligen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens“ unterteilt,²⁵ wobei Fehler im Initiativstadium allerdings „durch den weiteren Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens grundsätzlich geheilt oder bedeutungslos“ würden,²⁶ und Fehler in den Beratungsstadien von Bundestag und Bundesrat unter den Redaktionsversehen zusammenfallen.²⁷ Damit reduzieren sich die fünf relevanten Stadien auf die abgebildete „Dreiteilung“,²⁸ innerhalb derer sodann Erklärungsirrtümer (Irrtümer über die Erklärungshandlung) von Inhaltsirrtümern (Irrtümern über den Erklärungsinhalt) zu differenzieren seien.²⁹ Letztere scheiden ebenso wie Motivirrtümer durchweg aus der Betrachtung aus und werden der allgemeinen Methodenlehre unterstellt.³⁰

Als Gegenstand der Legislativfehlerlehre verbleiben also letztlich Erklärungsirrtümer bei Redaktion, Ausfertigung und Publikation (Verkündung) von Gesetzen. Ausfertigungsfehler jedoch sind nur durch eine „falsche Unterschrift oder das Einsetzen eines falschen Ausfertigungsdatums“ denkbar und „spielen in der Wissenschaft und Praxis keine Rolle“,³¹ während Verkündungsfehler zwar „in der älteren staatsrechtlichen Lehre [...] ausgiebig diskutiert“ wurden,³² inzwischen allerdings „durch den Einsatz moderner Technik eher rückläufig sein“ und „bei der heutigen geschäftsordnungsmäßigen Behandlung eines Gesetzes im Bundestag kaum noch auftreten“ dürften.³³ Bei

²³ *J.-F. Staats*, Zur Berichtigung von Gesetzesbeschlüssen des Bundestages wegen Redaktionsversehen, ZRP 1974, 183; *Jahr* (Fn. 13), S. 141 f. und *Riedl* (Fn. 16), S. 643 ff.

²⁴ *Riedl* (Fn. 16), S. 643.

²⁵ *Schorn* (Fn. 20), S. 75 ff.

²⁶ *Schorn* (Fn. 20), S. 85.

²⁷ Getrennt aber *Laband* (Fn. 19), S. 301 f.; *Schorn* (Fn. 20), S. 78 ff.

²⁸ *Riedl* (Fn. 16), S. 644 Fn. 12 m. Verw. auf *H. J. Hallier*, Die Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen und Verordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, AöR 85 (1960), 391/414 f.

²⁹ *Schorn* (Fn. 20), S. 47 f.; ebenso *Lindemann* (Fn. 19), S. 147 m. Verw. auf die BGB-Motive.

³⁰ *Lindemann* (Fn. 19), S. 147 scheint Inhaltsirrtümer schon gar nicht als „Redaktionsversehen“ anzusehen.

³¹ *Schorn* (Fn. 20), S. 81 (erstes Zitat); *Riedl* (Fn. 16), S. 646 (zweites Zitat); *H. Schneider*, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl. 2002, Rn. 494 führt nur Beispiele aus der Reichsgesetzgebung 1922 und aus dem Saarland 1973 an.

³² *Schorn* (Fn. 20), S. 82.

³³ *Riedl* (Fn. 16), S. 648 (erstes Zitat); *Schorn* (Fn. 20), S. 82 (zweites Zitat), 118; pointiert auch *B.-C. Funk*, Die Berichtigung von Verlautbarungsfehlern in Gesetzblät-

Redaktionsversehen hingegen verläuft die Entwicklung genau umgekehrt: Die moderne Gesetzgebung produziert sie „in einem bis dahin unbekanntem Maße“,³⁴ so dass Zyniker gar spotten, dass das Redaktionsversehen mittlerweile als „Hauptstilmittel legislativer Technik reüssiert“.³⁵ Es verdient daher eingehendere Betrachtung.

c) „Redaktionsversehen“ – Janus unter den Gesetzgebungsfehlern

Trotz (oder wegen?) einer fast anderthalb Jahrhunderte währenden wissenschaftlichen Diskussion über Redaktionsversehen herrscht heute weniger dogmatische Klarheit denn je. Über jede denkbare dogmatische Frage herrschen Verwirrung und Streit:

Was bedeutet „Redaktionsversehen“? Für gewöhnlich wird damit der Fall bezeichnet, dass „die Gesetzesredaktoren lediglich versehentlich einen anderen Ausdruck gewählt oder im Text belassen haben, als sie beabsichtigten“.³⁶ Solche „absichtslos vor oder bei der Sanktionierung eines Textes unterlaufene Unrichtigkeiten“ können „ihre Ursachen in Verstößen gegen die Gesetze und Erkenntnisse der Orthographie, Grammatik, Semantik, Logik oder Systematik haben“.³⁷ Andere Stimmen differenzieren qualitative und quantitative Fehler und bezeichnen erstere als Redaktionsfehler, letztere dagegen als Redaktionsversehen.³⁸ Wieder andere halten überhaupt nur geringfügige und offenkundige Versehen für Redaktionsfehler.³⁹

Was sind „einfache“ Redaktionsversehen? Die überwiegende Ansicht, die Geringfügigkeit und Offenkundigkeit nicht schon zu Definitionsmerkmalen des Redaktionsversehens erhebt, differenziert – wie aus obigem Schaubild ersichtlich – zwischen einfachen („offenbaren“) und qualifizierten Redaktionsversehen, wobei das qualifizierte lediglich negativ dadurch definiert wird, dass es nicht „offenbar“ sei.⁴⁰ Diese Differenzierung soll ganz rechtsfolgenorientiert „zur Vermeidung einer unangemessenen und unverhältnismäßigen Arbeitsbelastung der gesetzgebenden Körperschaften und zur Erhaltung einer funktionsfähigen Gesetzgebung“⁴¹ die vereinfachte Korrektur bestimmter Redaktionsversehen ermöglichen. Jenseits dieses Ergebniskonsens ist aller-

tern, in: Festschrift für Heinz Peter Rill, 1995, 77/95: „Der Begriff der Druckfehlerberichtigung ist in der *drucktechnischen Welt der Vergangenheit* verwurzelt.“

³⁴ Riedl (Fn. 16), S. 648.

³⁵ D. Schwab, Schönfelder & Sartorius als Gesetzgeber, JZ 1980, 37.

³⁶ *Jahr* (Fn. 13), S. 141 m. Verw. auf K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 400.

³⁷ Riedl (Fn. 16), S. 645.

³⁸ Schorn (Fn. 20), S. 12, 23 m. Verw. auf Sontag (Fn. 19), S. 22.

³⁹ Schack (Fn. 21), S. 470.

⁴⁰ Begriffe nach Riedl (Fn. 16), S. 654.

⁴¹ Riedl (Fn. 16), S. 652 f.

dings schon unklar, wann ein Versehen als „einfach“ gelten darf: Während dazu nach einer Ansicht „ohne weiteres, d. h. ohne Rückgriff auf andere Unterlagen (z. B. Gesetzesmaterialien) klar erkennbar“ sein muss, „dass hier etwas nicht stimmt“,⁴² will eine andere Ansicht genügen lassen, dass sich der Fehler ausschließlich aus Gesetzgebungsmaterialien oder sogar „nicht allgemein zugänglichen Texten“ ergibt.⁴³

Wann sind Fehler „offenbar“? Selbst wenn man mit der überwiegenden Ansicht davon ausgeht, dass einfache Redaktionsversehen nur solche sein können, die sich „offenbar“ aus dem Gesetzestext selbst ergeben, ist umstritten, wie das festzustellen ist: Oft heißt es, dass ein Versehen dann nicht „offenbar“ sein kann, „wenn die vermeintlich fehlerhafte Textstelle für sich gesehen noch *irgendeinen Sinn* ergibt“,⁴⁴ dann wäre Paradefall des offenbaren Fehlers derjenige, dass „das Gesagte schlechterdings unsinnig ist“.⁴⁵ Andere Stimmen dagegen wollen gerade solche „Fälle, in denen der Sinn der Regelung infolge des Fehlers völlig entstellt ist“, aus dem Kreis der offenbaren Redaktionsversehen ausscheiden.⁴⁶

Für wen muss der Fehler „offenbar“ sein? Neben der Frage, wie offenbare Fehler beschaffen sein müssen, ist auch unklar, nach wessen Verständnis-horizont: Teile des Schrifttums wollen die „objektive Erkenntnisfähigkeit eines x-beliebigen Normunterworfenen“ zugrunde legen,⁴⁷ andere verlangen „in gewissem Umfang“ eine Vertrautheit mit der Regelungsmaterie, weil das „Abstellen auf die Erkenntnisfähigkeit des unvoreingenommenen Lesers [...] die Anforderungen an die Offenbarkeit der Unrichtigkeit“ überspanne,⁴⁸ und nach einer dritten Lesart können „ausschließlich Juristen oder Abgeordnete“ einen Fehler als offenbar erkennen.⁴⁹

Woraus muss sich die richtige Fassung ergeben? Die bis hier angedeuteten Unklarheiten potenzieren sich noch dadurch, dass das Schrifttum zwar weit-

⁴² So (mit je einem der beiden Zitate) *Riedl* (Fn. 16), S. 651 f. und *M. Klein*, Die Neubekanntmachung von Gesetzen vor dem Hintergrund der staatlichen Konsolidierungspflicht, 2010, S. 174; auch für *Kese* (Fn. 17), S. 409 ist „nur der im Gesetzesbeschluss niedergelegte Wortlaut maßgebend“.

⁴³ So *Kiefer* (Fn. 21), S. 359: „Offenbare Unrichtigkeiten sind nicht nur offenkundige Unrichtigkeiten, die jedermann ohne weiteres zu entdecken vermag. Offenbar kann eine Unrichtigkeit auch werden, wenn sie erst mit Hilfe eines Vergleiches von nicht allgemein zugänglichen Texten ersichtlich wird.“

⁴⁴ *Klein* (Fn. 42), S. 192; ebenso *Kese* (Fn. 17), S. 408: „einen Sinn ergibt“; *Schorn* (Fn. 20), S. 57 m. Verw. auf *M. Kirn*, Die „Berichtigung“ von beschlossenen noch nicht ausgefertigten und verkündeten Gesetzen, ZRP 1973, 49/51: „möglichen Sinn“.

⁴⁵ *Jahr* (Fn. 13), S. 151.

⁴⁶ *Riedl* (Fn. 16), S. 652.

⁴⁷ So *Riedl* (Fn. 16), S. 652 (in Fn. 48 allerdings mit einem Bsp., das diese Anforderung kaum erfüllen dürfte).

⁴⁸ So *Schorn* (Fn. 20), S. 65.

⁴⁹ Nachw. in *Schorn* (Fn. 20), S. 65; vgl. auch Zitat in Fn. 43.

gehend einig zu sein scheint, dass ein Fehler nur dann „offenbar“ sein kann, wenn auch „eindeutig feststeht, wie die richtige Fassung zu lauten hat“,⁵⁰ dass aber erneut höchst umstritten ist, aus welchen Quellen diese Eindeutigkeit erwachsen muss: Darf vollumfänglich „auf die Beratungsgrundlagen zurückgegriffen werden“,⁵¹ oder nur auf „ausdrücklich in Bezug genommene allgemein zugängliche Gegenstände“ wie „ein anderes Gesetz, Anlage, Landkarte usw.“⁵² – oder darf gar „als Erkenntnisquelle“ nur das „Gesetz in seiner Gesamtheit“ herangezogen werden?⁵³

Bei all diesen Widersprüchen in der theoretischen Aufarbeitung lässt sich zur Abgrenzung der beiden Arten des Redaktionsversehens wohl nur eines mit Sicherheit feststellen: „Eine endgültige Entscheidung der Frage, was nun [. . . eine] offenbare Unrichtigkeit ist, scheint bisher nicht getroffen worden zu sein.“⁵⁴

3. Fallstudien

Nachdem theoretische Vorarbeiten nicht zur Klärung der Frage geführt haben, ob (und wie) „einfache“ von „qualifizierten“ Redaktionsversehen zu unterscheiden sind, bleibt nur der Versuch einer induktiven Herleitung solcher Unterscheidungskriterien aus der Kasuistik. Gerade für die Legislativfehlerlehre haben sich Einzelfallstudien aus der Gesetzgebungspraxis bewährt,⁵⁵ daher seien auch hier drei Gesetzgebungsspannen mit dem Abstand einiger Jahre näher betrachtet.

a) Die Streichung von § 97 VwVfG durch das 2. VwVfÄndG 1998

Es waren zwei der letzten aufwändigen Kodifikationsprojekte unserer Zeit, aus denen die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)⁵⁶ und das Verwaltungs-

⁵⁰ Schorn (Fn. 20), S. 56; A. Funke, Die Berichtigung von Gesetzen. Zum Verhältnis von Gesetzgebung und Interpretation, ZG 2005, 358/359: „daß sowohl die fehlerhafte als auch die richtige Fassung offenkundig sein müssen“; Kese (Fn. 17), S. 409: „Beide Faktoren müssen somit zusammentreffen: Offenbare Fehler und eindeutige Klarheit über den richtigen Ausdruck.“

⁵¹ Kese (Fn. 17), S. 409; Kiefer (Fn. 21), S. 359; Klein (Fn. 42), S. 174.

⁵² Staats (Fn. 23), S. 185, und weiter: „nicht aber beispielsweise eine Ausschlußniederschrift“; Kirn (Fn. 44), S. 51.

⁵³ So Schorn (Fn. 20), S. 62 f.

⁵⁴ Schorn (Fn. 20), S. 41; vgl. auch S. 9: die „offenbare“ Unrichtigkeit sei ein „recht undurchsichtiger Begriff“.

⁵⁵ Vgl. Lindemann (Fn. 19), passim; Jahr (Fn. 13), S. 142 ff.; Riedl (Fn. 16), S. 655 ff.; Funk (Fn. 33), S. 78 ff.

⁵⁶ VwGO v. 21. 1. 1960, BGBl. I S. 17.

verfahrensgesetz (VwVfG)⁵⁷ hervorgegangen sind. Beide Gesetze entstanden nach dem Zweiten Weltkrieg. Zur VwGO legten die Verwaltungsgerichtspräsidenten 1951 einen Entwurf vor, der als Regierungsentwurf 1953 in den Bundestag eingebracht und so intensiv diskutiert wurde, dass er erst in der übernächsten Legislaturperiode 1959 beschlossen werden konnte; das Vermittlungsverfahren erfolgte noch im selben Jahr, und 1960 – nach knapp zehn Jahren Arbeit – trat die VwGO in Kraft.⁵⁸ Im Fall des VwVfG vergingen sogar fast zwanzig Jahre von der Grundkonzeption 1957 über einen Sachverständigenbericht 1960 zum Musterentwurf des Bund-Länder-Ausschusses 1964, weiter über zwei Regierungsentwürfe 1970 und 1973 bis zum fertigen Gesetz 1976.⁵⁹

Mit Inkrafttreten des VwVfG wurden auch Änderungen der 16 Jahre älteren VwGO sowie zweier weiterer Gesetze erforderlich. Diese Änderungen wurden direkt in §§ 97–99 VwVfG angeordnet, etwa änderte § 97 VwVfG die Fassung von §§ 40 II, 137 I und 180 VwGO und fügte den neuen § 44a in die VwGO ein. Danach gingen gut zwanzig Jahre ins Land, bis 1997 die Regierungsfractionen dazu ansetzten, die in die Jahre gekommene VwVfG an „aktuelle Entwicklungen“ anzupassen, „begriffliche Ungenauigkeiten“ zu bereinigen und die Lesbarkeit des Gesetzes zu verbessern.⁶⁰ Das von den Regierungsfractionen vorgeschlagene und 1998 verkündete Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften⁶¹ beseitigte unter anderem die §§ 97–99 und 102 VwVfG, die „durch Zeitablauf gegenstandslos geworden“ seien.⁶²

Doch da regte sich Protest: Verwaltungsrichter *Tiedemann* eröffnete eine Abhandlung unter dem Titel „Reform aus Versehen?“ mit der Feststellung, durch die Streichung des § 97 VwVfG seien auch die dadurch erfolgten Änderungen der VwGO entfallen.⁶³ Ausdrücklich verwehrte er sich gegen die vom BMI angenommene „gefestigte Staatspraxis“, derzufolge § 97 VwVfG „seine Transportfunktion erfüllt“ habe und als „leere Hülle“ im Gesetz verblieben sei, so dass seine Aufhebung die VwGO unberührt gelassen habe.⁶⁴

⁵⁷ VwVfG v. 25. 5. 1976, BGBl. I S. 1253.

⁵⁸ Zur Geschichte *E. Schmidt-Aßmann*, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 21. Erg.-Lfg. 2011, Einl. Rn. 91.

⁵⁹ Ausf. zur Entstehungsgeschichte *M. Sachs*, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, Einl. Rn. 1–49.

⁶⁰ Begr. AT zum VwVfÄndG2-E v. 29. 10. 1997, BT-Drs. 13/8884, S. 5.

⁶¹ VwVfÄndG2 v. 6. 8. 1998, BGBl. I S. 2022.

⁶² Begr. AT zum VwVfÄndG2-E v. 29. 10. 1997, BT-Drs. 13/8884, S. 5.

⁶³ *P. Tiedemann*, Reform aus Versehen? – Zur Streichung des § 44a VwGO, NJW 1998, 3475.

⁶⁴ BMI, zit. in *Tiedemann* (Fn. 63), S. 3476; wörtlich wiederholt von den BMI-Referenten *H. Schmitz/S. Olbertz*, Das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften – Eine Zwischenbilanz?, NVwZ 1999, 126/127 f.; ebenso BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 1. Aufl. 1991, Rn. 12.

Vielmehr müsste sich „der Gesetzgeber“ für diese Argumentation – mit der er § 44a VwGO behalten aber § 97 VwVfG gleichzeitig eliminieren wolle – auf seine eigene Schizophrenie berufen.⁶⁵

Tiedemanns Stellungnahme fand lebhaftes Echo. Für seine Ansicht spricht zum einen, dass das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung nicht nur die durch ein Änderungsgesetz betroffenen Stammgesetze, sondern die Änderungsgesetze selbst hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit prüft.⁶⁶ Auch führt die Aufhebung privatrechtlicher Änderungsverträge und verwaltungsrechtlicher Änderungsbescheide zum Wegfall der Änderung im Originalvertrag oder -bescheid; statt als Transporthüllen müsse man sich Änderungsgesetze deshalb als Regelungsschichten vorstellen, die ein Stammgesetz nur solange überlagerten, wie sie in Kraft seien.⁶⁷ Folgte man allerdings dieser Ansicht, so hätte schon die zum 1. Juni 1956 erfolgte Aufhebung des ersten Gesetzes des Alliierten Kontrollrats⁶⁸ zahlreiche nationalsozialistische Gesetze (wie das „zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“⁶⁹) und Verordnungen (wie die „zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben“⁷⁰) ins Rechtsleben der jungen Bundesrepublik zurückgerufen.⁷¹ Tiedemanns Ansicht wurde deshalb zu Recht entgegengehalten, dass die Gesetzesformulierung „wird . . . geändert“ einen Vorgang bezeichne, der mit dem ersten Inkrafttreten des Änderungsgesetzes abgeschlossen sei, und dass Änderungsgesetze – anders als Änderungsverträge und Änderungsbescheide – grundsätzlich nicht rückwirkend aufgehoben würden.⁷²

Entschieden wurde die Streitfrage schließlich durch das Bundesverwaltungsgericht, das wenige Monate nach Inkrafttreten des 2. VwVfÄndG die Ansicht vertrat, dass die Aufhebung von § 97 VwVfG nicht zum Wegfall von § 44a VwGO geführt habe.⁷³ Dafür spräche neben der in den Gesetzgebungsmaterialien ausgedrückten Intention des Gesetzgebers auch die Tatsache,

⁶⁵ Tiedemann (Fn. 63), S. 3476.

⁶⁶ T. Brandner, Gesetzesänderung, 2004, S. 39 f., und weiter 40: „Insofern kann von einer nicht nur vom Gesetzgeber selbst, sondern auch von den übrigen Verfassungsorganen akzeptierten und geübten „gefestigten Staatspraxis“ schwerlich die Rede sein.“

⁶⁷ W. Roth, Versehentliche Gesetzesreform?, NVwZ 1999, 155 f.

⁶⁸ Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht v. 20. 9. 1945, ABL. KR, 6 – aufgehoben durch § 2 i. V. m. Anl. 2 des Ersten Gesetzes zur Aufhebung des Besatzungsrechts v. 30. 5. 1956, BGBl. I S. 437.

⁶⁹ G. v. 15. 9. 1935, RGBl. I S. 1146.

⁷⁰ V. v. 12. 11. 1938, RGBl. I S. 1580.

⁷¹ H. Hamann, Juristische Kuriositäten II, 2010 (ISBN 978-3-640-53191-2), S. 11 f.

⁷² U. Ramcke, Zu § 44a VwGO als weiterhin unmittelbar geltendes [sic] Recht, DÖV 2000, 69/70; i. E. ähnlich Brandner (Fn. 66), S. 49 ff., der zwar das Schichtenmodell bevorzugt, aber Änderungen an Änderungsgesetzen „auf der Ebene des Verfassungsrechts“ ausschließt.

⁷³ BVerwG, Urt. v. 10. 2. 1999, NJW 1999, 1729.

dass die VwGO mit einer zwischenzeitlich erfolgten Neubekanntmachung⁷⁴ „auf eine neue formelle Grundlage gestellt“ worden sei.⁷⁵ Das federführende Bundesministerium hatte aber ohnehin keinen Anlass zum Handeln gesehen, sondern lediglich durch zwei Referenten wiederholen lassen, was *Tiedemann* bereits in Frage gestellt hatte.⁷⁶ Dabei hätte schon aus zwei Gründen Anlass zum Handeln bestanden. Erstens hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit seiner Ansicht, die Neubekanntmachung der VwGO sei dessen „neue formelle Grundlage“, in einen klaren Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des BVerfG gesetzt, dass Neubekanntmachungen die Rechtslage gänzlich unberührt lassen⁷⁷ und deshalb genau wie das BGBl. III nur deklaratorischen Charakter haben.⁷⁸

Zweitens korrespondierte Tiedemanns Verständnis exakt mit einem anderen Fall kurz darauf. Dieser gesetzgebungstechnisch in mehreren Hinsichten bemerkenswerte Fall wurde bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt,⁷⁹ bedarf hier also nur einer kurzen Skizzierung: Das Gesetz über die Festlegung eines vorläufigen Wohnortes für Aussiedler und Übersiedler war nach seinem § 7 S. 2 bis zum 15. Juli 2000 befristet.⁸⁰ Um das Gesetz bis zum 31. Dezember 2009 zu verlängern, erging ein Änderungsgesetz, das einerseits § 7 S. 2 WoZuG zum 1. Juli 2000 aufheben, andererseits zum 31. Dezember 2009 selbst außer Kraft treten sollte.⁸¹ Das für den Gesetzentwurf federführend verantwortliche Bundesministerium des Innern ließ die Abgeordneten mit dieser Konstruktion gewähren, obwohl sie offenkundig meinten, dass das Außerkrafttreten des Änderungsgesetzes auch die dadurch bewirkte materielle Änderung beseitigen würde.⁸²

Will man nicht unterstellen, dass das BMI im Gefolge Tiedemanns seine „gefestigte Staatspraxis“ kurzfristig geändert hat, klappt zwischen beiden Fällen ein unvereinbarer Widerspruch. Man mag unterschiedlicher Ansicht sein, welches Gesetz technisch richtig umgesetzt war, und welches falsch. Für die

⁷⁴ Bekanntmachung der Neufassung der VwGO v. 19. 3. 1991, BGBl. I S. 686.

⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 10. 2. 1999, NJW 1999, 1729, 1730.

⁷⁶ Vgl. die Nachw. oben Fn. 64.

⁷⁷ So BVerfGE 18, 389 (Ls.) und die weiteren in *H. Hamann/Ch. Schwalb*, Die Straße zur Freiheit? Oder: Kritische Bemerkungen zur Neubekanntmachung von Gesetzen, DÖV 2009, 1121/1124 Fn. 38 genannten; diff. später *Klein* (Fn. 42), S. 113 ff., 176 ff.

⁷⁸ So auch *Tiedemann* (Fn. 63), S. 3476; *Ramcke* (Fn. 72), S. 70 f.; *Hamann/Schwalb* (Fn. 77), S. 1124 r. Sp. (je m. w. N.).

⁷⁹ *Hamann* (Fn. 71), S. 11–13.

⁸⁰ WoZuG/VWG/AusÜbsiedWOG (BGBl. 1989 I S. 1378) i. d. F. WoZuG-ÄndG1 v. 4. 7. 1995, BGBl. I S. 894.

⁸¹ Art. 1 Nr. 6 lit. b, Art. 2 S. 2 Viertes Gesetz zur Änderung des WoZuG v. 2. 6. 2000, BGBl. I S. 775.

⁸² Allgemein zur Wirkungslosigkeit einer solchen „Derogation der Derogation“ vgl. auch *Brandner* (Fn. 66), S. 42 f., 44 f.

Zwecke dieser Darstellung genügt aber zu erkennen, dass die zuständigen Ministerialreferenten „dem Gesetzgeber“ kurz nacheinander zwei unvereinbare Positionen in die Wiege legten und den Widerspruch bis heute nicht geklärt haben. Der Rechtssicherheit ist das alles andere als zuträglich.⁸³

b) Die Einführung des Vergaberechts durch das VgRÄG 1998⁸⁴

Das zwanzigste Jahrhundert war geprägt vom Verständnis, dass der Staat jederzeit die kommerziell angebotene Leistung Privater in Anspruch nehmen dürfe, solange er die dafür verwandten öffentlichen Gelder wirtschaftlich einsetzte. Er war frei in der Wahl des Vertragspartners, der Rechtsweg war ausgeschlossen. Das änderte sich erst Ende der 1990er Jahre, als international das Bewusstsein dafür aufkam, das Beschaffungswesen der Regierungen aus rechtsstaatlichen Gründen zu regulieren. Der EuGH erklärte in einem *obiter dictum* die haushaltsrechtliche Lösung Deutschlands für vertragswidrig,⁸⁵ zwei Jahre später legte die Bundesregierung den Entwurf einer kartellrechtlichen Lösung vor.⁸⁶ Nach einjähriger Diskussion in Bundesrat und Bundestag wurde das „Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge“ (VgRÄG)⁸⁷ verabschiedet, das im Bundesgesetzblatt 1998 auf Seite 2512 verkündet wurde und in das altgediente GWB⁸⁸ zum 1. Januar 1999 einen neuen Sechsten Teil von 33 Paragraphen über die „Vergabe öffentlicher Aufträge“ einfügte.⁸⁹ Nach Art. 4 S. 2 VgRÄG sollten alle Änderungen bis zum 1. Januar 1999 in Kraft treten. Allerdings war am selben Tag wie das VgRÄG auch das Sechste Gesetz zur Änderung des GWB⁹⁰ beschlossen und im Bundesgesetzblatt 1998 auf Seite 2521 verkündet worden. Dessen Art. 1 enthielt eine neu geordnete, mit europäischen Vorgaben harmonisierte und gestraffte Novelle des GWB.⁹¹ Dabei handelte es sich um ein sog. Ablösungsgesetz,⁹² denn § 98 Abs. 1 des neuen GWB lautete:

⁸³ Das wird wiederum besonders am WoZuG deutlich, dessen Außerkrafttreten mindestens 13 Jahre lang weder dem Gesetzgeber noch dem BVerfG auffiel, vgl. *Hamann* (Fn. 71), S. 12 f. m. w. N.

⁸⁴ Erstmals auf diesen Fall hingewiesen hat mich *Ch. Schwalb* von der LexXpress GmbH, Gundelfingen, der als hauptberuflicher Gesetzeskonsolidierer besonders auf formell einwandfreie Normtexte angewiesen ist.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 11. 8. 1995, Az. Rs. C-433/93, NVwZ 1996, 367.

⁸⁶ VgRÄG-RegE, BR-Drs. 646/97 v. 5. 9. 1997; zur Geschichte ausf. *Byok*, NJW 1998, 2774 f.

⁸⁷ Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) v. 26. 8. 1998, BGBl. I S. 2512.

⁸⁸ Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27. 7. 1957, BGBl. I S. 1081.

⁸⁹ Art. 1 Nr. 1, Art. 4 S. 2 VgRÄG (Fn. 87).

⁹⁰ GWB-ÄndG6 v. 26. 8. 1998, BGBl. I S. 2521.

⁹¹ So die Zielsetzung laut GWB-ÄndG6-RegE v. 29. 1. 1998, BT-Drs. 13/9720, S. 1.

⁹² Dazu BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 504 ff. (online unter hdr.bmj.de/page_d.2.html).

„Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 1, 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), wird aufgehoben.“⁹³

Auch das neue GWB trat am 1. Januar 1999 in Kraft,⁹⁴ und hob das alte GWB in derselben logischen Sekunde auf, in der darin das neue Vergaberecht Einzug hielt. Demnach gab es in Deutschland nie ein formell gültiges Vergaberecht.

Obschon der Fehler umgehend angemerkt und in der Literatur diskutiert wurde,⁹⁵ hat das federführende Bundesministeriums für Wirtschaft bis heute keinen Anlass zur Berichtigung des Fehlers gesehen. Abermals blieb es bei der informellen Äußerung eines Ministerialrats, der diesmal zwar immerhin den Fehler einräumte, gleichwohl aber nur die Verwicklungen erläuterte, die dazu geführt hatten:⁹⁶ Als die Änderung des GWB anstand, war bereits absehbar, dass etwaige Entwürfe erst gegen Ende der 13. Legislaturperiode spruchreif würden. Daher hatte man die Novellierung durch das Sechste Änderungsgesetz zunächst zurückgestellt und nur die Einführung des Vergaberechts vorangetrieben.⁹⁷ Dann aber wurde die Novelle doch noch auf den Weg gebracht.⁹⁸ Da der VgRÄG-Entwurf also bereits bekannt war, enthielt der Entwurf des Sechsten Änderungsgesetzes von Anfang an⁹⁹ einen Platzhalter „für die spätere Ergänzung „zuletzt geändert durch Artikel 1, 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512)“. Das alte GWB sollte also vollständig aufgehoben werden – dass dadurch aber das neue Vergaberecht so gleich wieder beseitigt würde, war dem Gesetzgeber offenbar nicht bewusst. So verlautbarte er in Art. 3 des Sechsten Änderungsgesetzes:

„Das Bundesministerium für Wirtschaft kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt neubekanntmachen. Dabei sind der durch das Vergaberechtsänderungsgesetz eingefügte Sechste Teil (§§ 106 bis 138) als Vierter Teil umzunummerieren und die Paragraphennumierungen entsprechend anzupassen.“¹⁰⁰

⁹³ § 98 Abs. 1 GWB in Art. 1 GWB-ÄndG6, BGBl. 1998 I S. 2543.

⁹⁴ Art. 4 GWB-ÄndG6 (vorige Fn.).

⁹⁵ E. A. Peus, Neues Vergaberecht – schon wieder aufgehoben? Eine Gesetzgebungspanne, NJW 1998, 3474; J. Byok, Keine Gesetzgebungspanne: Das neue Vergaberecht tritt am 1. 1. 1999 in Kraft, NJW 1998, 3475.

⁹⁶ Hucko (Fn. 6).

⁹⁷ Der VgRÄG-RegE datiert vom 5. 9. 1997, s. o. Fn. 86.

⁹⁸ Der GWB-ÄndG6-RegE datiert vom 7. 11. 1997, vgl. BR-Drs. 852/97.

⁹⁹ GWB-ÄndG6-RegE (Fn. 91), S. 29 r. Sp.

¹⁰⁰ Art. 3 GWB-ÄndG6, BGBl. 1998 I S. 2545.

Eine ähnliche Formulierung enthielt das VgRÄG.¹⁰¹ Beide Gesetze gingen also wechselseitig davon aus, dass das Vergaberecht seinem Untergang entgegen würde, indem es sich selbst vom einen in das andere Gesetz teleportiert. Dementsprechend meinte das BMWi dann auch, unter Ausnutzung der Ermächtigungsgrundlage das GWB noch in derselben Ausgabe des Bundesgesetzblattes ab Seite 2546 neu bekanntmachen¹⁰² und dabei das Vergaberecht als Vierten Teil in das neue GWB einstellen zu dürfen. Da aber das Vergaberecht „in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an geltenden Fassung“ des GWB fehlte und folglich auch nicht unnummeriert werden konnte, gleicht die Neubekanntmachung des BMWi dem Versuch, ein Word-Dokument mit Tipp-Ex am Bildschirm zu ändern.¹⁰³ Eine Neubekanntmachung wirkt nicht konstitutiv,¹⁰⁴ daher fehlte schlicht der Gegenstand der „Umnummerierung“. Das bekanntgemachte GWB enthielt kein Vergaberecht – und das alte GWB wurde inklusive Vergaberecht im selben Moment aufgehoben, in dem das bekanntgemachte in Kraft trat.

Freilich ist der Unterschied subtil. Denn wäre die Anweisung zur Umnummerierung als eigenständige Vorschrift statt als Teil der Bekanntmachungsermächtigung in das Änderungsgesetz aufgenommen worden, hätte man das womöglich als materielle Gesetzesänderung auslegen können – wenngleich nur in einer sehr gewagten Lesart des Wortes „Umnummerierung“. Zieht man sich auf die zweite Verteidigungslinie zurück, mag man noch vertreten, dass die Bekanntmachungsermächtigung ja den ausdrücklichen – in der Auslegung zu respektierenden – Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, das Vergaberecht beizubehalten. Dem steht aber der Wortlaut von § 98 Abs. 1 GWB entgegen, der den ebenso ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers bekundet, das Vergaberecht aufzuheben. Eine korrigierende „Auslegung“ gegen den Wortlaut kann das Problem also nicht beheben. Einzig eine Klarstellung im förmlichen Verfahren – die mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes in

¹⁰¹ Vgl. Art. 2 Abs. 4 VgRÄG (Fn. 87): „Nach der Neubekanntmachung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Artikel 3 des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512) und der damit verbundenen Umnummerierung ...“

¹⁰² Schon hier irrt das Ministerium, denn die Ermächtigungsgrundlage für die Neubekanntmachung war ja noch gar nicht in Kraft; vgl. *Hamann/Schwalb* (Fn. 77), S. 1128 I. Sp.

¹⁰³ Ähnlich *Klein* (Fn. 42), S. 149: „in etwa genauso nutzlos, als würde man einen Rechtschreibfehler nur in dem Ausdruck einer Textdatei berichtigen, nicht aber in der Textdatei selbst, mit der Folge, dass der gleiche Fehler in einem späteren Ausdruck erneut auftauchen wird.“

¹⁰⁴ *A. Becker/A. Poll-Wolbeck*, Zur Gesetzgebungspraxis in Nordrhein-Westfalen, DÖV 2010, 560/561 m. Verw. auf *K. Schönenbroicher/H. T. T. Thuy*, Zum Stand der Gesetzgebungspraxis in Nordrhein-Westfalen und Vietnam – Übersicht und Zwischenbericht, NWVBl. 2009, 285/289; ausf. m. w. N. auch *Hamann/Schwalb* (Fn. 77), S. 1124 r. Sp.; diff. *Klein* (Fn. 42), S. 176 f.

der Rückwirkung von Gesetzen vereinbar sein dürfte – könnte die Geltung des Vergaberechts mit Wirkung vom 1. Januar 1999 bestätigen.

c) Der Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) 2006

Die Vertragsautonomie ist das Grundprinzip des marktwirtschaftlichen Privatrechts. Sie beinhaltet die Autonomie zu Abschluss, Änderung und Beendigung von Verträgen unter freier Wahl des Vertragspartners, des Vertragsinhalts und der Form.¹⁰⁵ Das kaiserliche BGB, das bis heute unverändert in mehr als der Hälfte der Vorschriften des BGB fortlebt,¹⁰⁶ stellte sich den Privatrechtsverkehr als Austausch unter Gleichen vor. Die veränderten Machtverhältnisse des modernen Massenrechtsverkehrs jedoch haben nach und nach sozialpolitisch motivierte Interventionen des Gesetzgebers vor allem in den Bereich des Arbeits- und Mietrechts und bei der AGB-Kontrolle angeregt. Ein weiterer Bereich trat 2006 mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hinzu, das nach seinem Arbeitstitel auch als Antidiskriminierungsgesetz (ADG) bekannt ist.¹⁰⁷ Das Gesetz diente der Umsetzung von vier Antidiskriminierungsrichtlinien der EU¹⁰⁸ und wurde als Art. 1 des „Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ mit Wirkung zum 18. August 2006 eingeführt.¹⁰⁹

Der politische Druck zur Einführung des Gesetzes führte zu mehreren Fehlern, die der Arbeitsrechtsanwalt *Bauer* anschaulich umschrieb:

„Auf Drängen des Bundesrats wurden noch Ende Juni 2006 ‚Last Minute‘-Änderungen am Gesetzesentwurf vorgenommen, deren Umsetzung mangelhaft war. So wurde beispielsweise die ursprünglich vorgesehene Prozessvertretung durch Antidiskriminierungsverbände in § 23 II AGG gestrichen, jedoch vergessen, die entsprechende Einfügung in § 11 I 6 ArbGG ebenfalls zu streichen. Bei den zivilrechtlichen Benachteiligungsverboten wurde in § 19 AGG auf das Diskriminierungsmerkmal der Weltanschauung verzichtet, während es in der entsprechenden Rechtfertigungsvorschrift (§ 20 AGG) nach wie vor erwähnt war. Auch die geänderte Formulierung der Beweislastregel in § 22 AGG wurde nicht in § 18 I 3 SoldGG übernommen.“¹¹⁰

¹⁰⁵ *J. Busche*, in MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, Bd. 1 Einl. Rn. 10.

¹⁰⁶ Zum 30. 1. 2009 enthielt das BGB 2.311 Paragraphen, davon 1.208 unverändert seit 1897 (*H. Hamann*, Juristische Kuriositäten – Ein Spaziergang durch den Paragraphenschlamm, NJW 2009, 727/729).

¹⁰⁷ Vgl. ADG-E, Art. 1 in BT-Drs. 16/297 v. 19. 12. 2005; später AGG-RegE, Art. 1 in BT-Drs. 16/1780 v. 8. 6. 2006.

¹⁰⁸ RL 2000/43/EG v. 29. 6. 2000, ABl. L 180, 22; RL 2000/78/EG v. 27. 11. 2000, ABl. L 303, 16; RL 2002/73/EG v. 23. 9. 2002, ABl. L 269, 15; RL 2004/113/EG v. 13. 12. 2004, ABl. L 373, 37.

¹⁰⁹ Art. 1 G. v. 14. 8. 2006, BGBl. I S. 1897.

¹¹⁰ *J.-H. Bauer* in: *Bauer/Preis/Schunder*, „Errata“ des Gesetzgebers – Erste Korrektur des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 1261.

Zudem war nach § 10 S. 3 Nr. 6 und 7 AGG die diskriminierende Berücksichtigung des Alters bei Kündigungen verboten, obwohl nach § 2 IV AGG „für Kündigungen [...] ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“ gelten sollten – auch dies eine vom Rechtsausschuss¹¹¹ vorgeschlagene „Last Minute-Änderung auf Veranlassung des Bundesrats“.¹¹²

Diesmal reagierten die gesetzgebenden Institutionen zügig. Die meisten Unstimmigkeiten wurden mit Wirkung zum 12. Dezember 2006 – also binnen vier Monaten nach Inkrafttreten des AGG – durch ein nachfolgendes Gesetz korrigiert.¹¹³ Der Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales hatte ein von der Bundesregierung vorgeschlagenes Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes¹¹⁴ von zwei auf dreizehn Artikel erweitert und dabei auch die „Bereinigung von Redaktionsversehen“ empfohlen, „die im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006 aufgetreten sind.“¹¹⁵

Allein, die Korrekturen waren wiederum mangelhaft. So war bereits während des Gesetzgebungsprozesses darauf hingewiesen worden, dass die in § 10 S. 3 Nr. 4 AGG enthaltene Sonderregelung zur betrieblichen Altersversorgung nicht mit § 2 II 2 AGG vereinbar ist, wonach für die betriebliche Altersversorgung nicht das AGG gelte, sondern nur das BetrAVG:¹¹⁶ „Zwar beruht § 10 S. 3 Nr. 4 AGG auf Art. 6 II der Richtlinie 2000/78/EG, wäre jedoch richtigerweise in das BetrAVG aufzunehmen gewesen.“¹¹⁷ Dieser Fehler wurde nie korrigiert und besteht bis heute fort. Klarheit schaffte erst das Bundesarbeitsgericht ein Jahr nach Inkrafttreten des AGG: § 2 II 2 AGG hindere nicht die Anwendung von § 10 S. 3 Nr. 4 AGG, sondern stelle als Kollisionsregel nur sicher, dass entgegengesetzte Vorschriften des BetrAVG Vorrang hätten.¹¹⁸

d) Fazit: Die Gesichter des Janus sind ununterscheidbar

In keinem der drei Beispielfälle war die Abgrenzung zwischen einfachen und qualifizierten Redaktionsversehen praktisch durchführbar. Wo die einen dem Gesetzgeber einen „augenscheinlich[en . . .] Irrtum“ bescheinigen,¹¹⁹ hal-

¹¹¹ BuB v. 28. 6. 2006, BT-Drs. 16/2022, S. 6.

¹¹² Bauer (Fn. 110), S. 1261.

¹¹³ Art. 8 I G. zur Änderung des BetrAVG und anderer Gesetze v. 2. 12. 2006, BGBl. I 2006, 2742.

¹¹⁴ BetrAVG-ÄndG2-RegE v. 5. 5. 2006, BR-Drs. 298/06 = BT-Drs. 16/1936.

¹¹⁵ BuB v. 18. 10. 2006, BT-Drs. 16/3007, S. 22.

¹¹⁶ Bauer (Fn. 7), S. 774.

¹¹⁷ Bauer (Fn. 110), S. 1261 f.

¹¹⁸ BAGE 125, 133 = NZA 2008, 532, 534 f.; zum resultierenden Verhältnis von AGG und BetrAVG ausf. Rolfs, NZA 2008, 553.

¹¹⁹ Tiedemann (Fn. 63).

ten andere dagegen, diese „erstaunliche“ Ansicht sei ungerechtfertigte Gesetzgeberschelte.¹²⁰ Überzeugende Abgrenzungskriterien lassen sich daher kaum gewinnen.

Das wird noch deutlicher, wenn man eine Fehlerkategorie in Betracht zieht, die in den drei betrachteten Fällen keine Rolle gespielt hat, aber nach allgemeiner Ansicht die klarsten Fälle für „einfache“ Redaktionsversehen bildet: Einfache („lächerliche“¹²¹) Rechtschreibfehler. Diese seien ohne Weiteres offenkundig, „da niemand dem Gesetzgeber unterstellen kann, er habe durch den falschen Text implizite [sic] die Regeln der deutschen Rechtschreibung oder Grammatik ändern wollen“.¹²²

Betrachten wir dazu einige Beispiele: Würde ein Gesetz „Freiheitsstraße bis zu einem Jahr“ androhen oder eine Behörde „mit Aufgaben der Zulassung [...] betreuen“,¹²³ wäre der Rechtschreibfehler vielleicht noch offenbar, doch schon bei der Weglassung oder Austauschung einzelner Buchstaben sind Fälle denkbar, deren Offenkundigkeit fraglich ist: Dass eine Vorschrift nicht auf das „Patenamnt“ bezogen sein kann, erschließt sich nur dem, der den *patent*-rechtlichen Regelungskontext berücksichtigt,¹²⁴ und ob in einer Ausbildungsordnung für Geophysik die „Atmosphäre“ so fehl am Platze ist, dass man ohne Weiteres „Atmosphäre“ lesen müsse,¹²⁵ ist noch fraglicher. Was für einzelne Buchstaben gilt, setzt sich bei ganzen Worten fort: Würde eine Behörde zu Vorschriften über das „Ergebnis“ statt über das „Erfordernis“ einer Prüfung ermächtigt, oder die Duldung von „technischen Ermittlungen ohne Prüfungen“ verlangt, anstelle der Duldung von „technischen Ermittlungen oder Prüfungen“,¹²⁶ so dürfte dies allenfalls noch demjenigen auffallen, der intim mit der Gesetzgebungsgeschichte vertraut ist.¹²⁷ Wie schwierig es selbst dann werden kann, einen Fehler auch nur zu erkennen, belegt auch das Beispiel der „in Verkehr befindlichen und verwendeten Verpackungen, Beförderungsmittel und Fahrzeuge“: In dieser Reihung stehen Straßenbahnen und Busse als „Beförderungsmittel“ (vgl. § 978 I 1 BGB) so selbstverständlich neben den

¹²⁰ Ramcke (Fn. 72), S. 69 (Zitat dort), 71.

¹²¹ Staats (Fn. 23), S. 186.

¹²² Schorn (Fn. 20), S. 49 m. Verw. auf Kirn (Fn. 44), S. 51; Klein (Fn. 42), S. 173 m. Verw. auf T. Brandner, Berichtigung von Gesetzesbeschlüssen durch die Exekutive, ZG 1990, 46 (49, Fn. 22); Kese (Fn. 17), S. 407.

¹²³ So eine Neubekanntmachung des GGBeFG von 2009, dazu Hamann/Schwalb (Fn. 77), S. 1123.

¹²⁴ Schorn (Fn. 20), S. 50, 67.

¹²⁵ Bsp. gefunden bei Funk (Fn. 33), S. 77 Fn. 2 m. w. N.

¹²⁶ Bsp. entnommen aus Neubekanntmachungen von GGBeFG und WaStrG, dazu Hamann/Schwalb (Fn. 77), S. 1123.

¹²⁷ Zur teilweise vertretenen Ansicht, dass Fehler selbst dann „offenkundig“ seien, wenn derartige Recherchen erforderlich werden, siehe oben bei Fn. 43 und unten 4.a. bei Fn. 154.

„in Verkehr befindlichen [...] Fahrzeugen“, dass kaum jemand auf den Gedanken kommen wird, dass eigentlich „Verpackungen [und] Beförderungsbehältnisse“ gemeint waren.¹²⁸

An Beispielen wie diesen zeigt sich die Untauglichkeit des Abgrenzungsvorschlags, Redaktionsversehen dann als „offenbar“ zu bezeichnen, wenn sie lediglich „Anpassungen des Wortlauts“ erforderlich machen, „die mit keinen Änderungen des Norminhalts verbunden sind“.¹²⁹ Schließlich setzt dies schon theoretisch voraus, dass Rechtstexte unter der „Oberfläche“ ihres Wortlauts einen Norm-„Inhalt“ verbergen, dessen Verletzung zum Kriterium für die Zulässigkeit einer Wortlautänderung gemacht werden könnte. Die pragmatische Wende in der Sprachwissenschaft belegt hingegen, dass Texte überhaupt nur in ihrer zwischenmenschlichen Verwendung Bedeutung erlangen,¹³⁰ so dass sich nicht abstrakt entscheiden lässt, ob ihr „Inhalt“ durch eine bestimmte Wortlautänderung verändert wird oder nicht. Denn spätestens seit *von Jherings* anonymem Ausflug in den Begriffshimmel sollte Juristen bewusst sein, „was man mit der Veränderung eines einzigen Buchstabens ausrichten oder anrichten kann“ und um wie vieles es „leichter ist, einen Buchstaben in den andern zu verwandeln, als sich die Tragweite der Veränderung klar zu machen“.¹³¹ Ausnahmen sind denkbar, doch bestätigen sie nur die Regel.

In jedem der drei Beispielfälle war als Reaktion auf das Versagen der institutionellen Kontrollmechanismen zu beobachten, dass „der Gesetzgeber“ Ansehen und Vertrauen einbüßte. Die Streichung des § 97 VwVfG, so las man, sei nur demjenigen verständlich, der „tief in die Gedankenwelt der Psychiatrie“ eingetaucht sei, weil er „den Bundesgesetzgeber nach dem Modell der Schizophrenie als Geisteskranken [...] betrachten“ müsse.¹³² Die Einführung des Vergaberechts, so verlautbarte sogar ein Ministerialrat, sei verformt wie der Kopf eines Kindes bei einer Zangengeburt.¹³³ Dem AGG wurde noch eindrücklicher bescheinigt, es sei „im Grunde Flickwerk“¹³⁴ und als „Flickschusterei [...] nicht richtig durchdacht.“¹³⁵ Ähnlichen Schaden nahm die Rechtssicherheit: Ob „der Gesetzgeber“ künftig dem „Schalen-“ oder

¹²⁸ Nachweis o. Fn. 123.

¹²⁹ *Kiefer* (Fn. 21), S. 357; *Riedl* (Fn. 16), S. 653; „Äußerste Grenze der Berichtigung ist die Unantastbarkeit des materiellen Normgehalts“.

¹³⁰ *Ausf. F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik Bd. I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013, S. 525 u. a.; *R. Christensen/H. Kudlich*, Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen, ARSP 88 (2002), 230/239.

¹³¹ *R. von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 9. Aufl., Leipzig 1904, S. 271 unter Berufung auf einen „Setzer, der durch Verwechslung von i und t in einem Gedicht den ‚berauschenden Duft von Mairosen‘ in den von ‚Matrosen‘ verwandelte“.

¹³² *Tiedemann* (Fn. 63), S. 3476; vgl. schon oben bei Fn. 65.

¹³³ *Hucko* (Fn. 6); vgl. schon oben bei Fn. 96.

¹³⁴ *Bauer* (Fn. 7), S. 774; vgl. auch oben bei Fn. 110.

¹³⁵ RsA, BuB v. 28. 6. 2006, BT-Drs. 16/2022, S. 12.

„Hülsenmodell“ der Gesetzesänderung folgen wird, ist völlig unklar, wenn schon ein und dasselbe Ministerium zum fast gleichen Zeitpunkt zwei miteinander unvereinbare Positionen zu dieser Frage einnimmt.

4. Schlussfolgerungen

Diese allenfalls kursorische Bestandsaufnahme regt dazu an, die eingangs dargestellte herrschende Lehre zur gesetzgeberischen Fehlerkorrektur kritisch zu hinterfragen.

a) Gesetzgeberische Irrtumslehre als dogmatischer Irrweg

Die Fallstudien belegen eindrucksvoll, dass „hinter dem Gesetzgeber nur Menschen stehen, die irren können und Fehler begehen“.¹³⁶ Zugleich zeigen sie aber auch – was zunächst paradox anmuten mag – dass die eingangs referierte Irrtumstypologie (2.b.) einen dogmatischen Irrweg darstellen muss. Denn die ihr zugrundeliegende zivilrechtliche Irrtumslehre setzt ein Bild vom (privat)autonomen Willen des Einzelnen voraus, das in der Gesetzgebung fehlt, weil es „einen separaten ‚Willen des Gesetzgebers‘ wegen der Vielzahl der im Gesetzgebungsverfahren wirkenden Faktoren nicht geben kann.“¹³⁷ Der „Gesetzgeber“ ist nur Metapher für ein komplexes System (oben 2.a.), innerhalb dessen die Willensbetätigungen zahlreicher Menschen erforderlich sind. Diese können sich allenfalls durch Beschlussfassung zu einem „Gesamtwillen“ vereinigen, und genau dieser Vorgang führte in den hier diskutierten Fällen jeweils zur Billigung des „fehlerhaften“ Textes. Da aber keine zweite Beschlussfassung vorliegt, die dokumentiert, wie der Text nach dem „Gesamtwillen“ zu verstehen war, kann auch nicht aus der Differenz beider Willensbekundungen auf einen „Irrtum“ des Gesetzgebers geschlossen werden. Beispielsweise wäre ja denkbar, dass sich bei Einführung des Vergaberechts die meisten Abgeordneten insgeheim des Vergaberechts durch just jenen Winkelzug entledigen wollten, der ihnen nachher als „Irrtum“ ausgelegt wurde: „Wer vermag da zu beweisen, daß die [M]ajorität wirklich jene [...] beabsichtigte und nicht vielmehr gerade die durch den Druckfehler entstandene Fassung ‚gewollt‘ habe?!“¹³⁸ Dieser Beweis ließe sich entweder durch eine Rekonstruktion aus den einzelnen Motivlagen der Abstimmenden führen, die ja nie alle bekannt sein dürften, oder durch erneute Herstellung des „Gesamtwillens“ durch eine zweite Beschlussfassung, wie sie eben im Rahmen der förmlichen Berichtigung

¹³⁶ Riedl (Fn. 16), S. 643.

¹³⁷ Kirn (Fn. 44), S. 51.

¹³⁸ Lukas (Fn. 19), Sp. 672.

zu erfolgen hätte. Allenfalls darin läge ein Indiz für einen Irrtum „des Gesetzgebers“, der ansonsten nur vom Norminterpreten kraft seines eigenen Normverständnisses zugeschrieben werden könnte – und zumeist wird.

Wiewohl also Mängel im Gesetzgebungsverfahren vielleicht „den Willensmängeln des Zivilrechts ähnlich“ scheinen, lassen sich „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Willensmängel [...] keineswegs auf die Gesetzgebung übertragen“.¹³⁹ Anders als bei zivilrechtlichen Irrtümern gibt es in der Gesetzgebung niemanden, den man fragen könnte, wie die Formulierung gemeint gewesen sei,¹⁴⁰ daher krankt das von manchen für „entscheidend“ gehaltene „Auseinanderfallen des wirklichen, im Normtext nur unvollständig zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers und des objektivierten, in den Gesetzeswortlaut eingegangenen Willens des Gesetzgebers“¹⁴¹ an einer falschen Loyalität zur Metapher vom „Gesetzgeber“ – was *Lukas* einst treffend von der gesetzgeberischen Irrtumslehre auf die „subjektive“ Lehre der Auslegung insgesamt verallgemeinerte:

„Wir täuschen uns aber, wenn wir glauben, daß durch die Interpretation eines Gesetzes der „Wille des Gesetzgebers“ festgestellt werde. Vielmehr verbirgt sich hinter diesem Namen in Wirklichkeit die Durchschnittsauffassung, die das Gesetz in dem sozialen Milieu findet, in das es hineingestellt ist. Diese erst gibt dem Gesetze seinen Inhalt, sie zu ergründen ist Aufgabe der Interpretation durch Wissenschaft und Praxis. Und wenn dabei auch die Auffassung der *gesetzgebenden Faktoren*, Regierung und Parlament, mit in Rechnung gezogen wird, so geschieht es nicht in ihrer Eigenschaft als *Gesetzgeber*, nicht um den „Willen des Gesetzgebers“ festzustellen, sondern weil sie mit ein Teil jenes sozialen Milieus sind, für welches das Gesetz bestimmt ist.“¹⁴²

b) Fehlervermeidung durch Rechtsförmlichkeit

In Anbetracht der „Willenlosigkeit“ des Gesetzgebers als System wurde betont, dass die rationale „Verobjektivierung“ der in die Gesetzgebung einbezogenen Interessen „vor allem im Gesetzgebungsverfahren“ erfolge, weshalb „die verfassungsrechtliche Pflicht zur strikten Einhaltung der Verfahrensvorschriften eine um so zentralere Bedeutung“ erlange.¹⁴³ Die beste Strategie zum Umgang mit Redaktionsfehlern dürfte deshalb sein, sie vorausschauend zu vermeiden. Dabei helfen die Regeln der Rechtsförmlichkeit. Diese „Regeln“ haben zwar keinen normativen Geltungsanspruch, bilden aber einen

¹³⁹ *Schack* (Fn. 21), S. 470 bzw. 471.

¹⁴⁰ Vgl. auch *Funke* (Fn. 50), S. 364 Fn. 26: Die Urteilsberichtigung (§ 319 ZPO) erfolge „durch dasjenige Organ, das das berichtigte Urteil erlassen und verkündet hat, womit sie sich von der Gesetzesberichtigung deutlich abhebt.“

¹⁴¹ *Riedl* (Fn. 13), S. 646.

¹⁴² *Lukas* (Fn. 19), Sp. 678 f.

¹⁴³ *Kirn* (Fn. 44), S. 51.

langjährigen Erfahrungsschatz der Gesetzgebungspraxis ab und ermöglichen zumindest einen konsistenten Umgang mit wiederkehrenden Zweifelsfragen.

Etwa wurde im Fall des § 97 VwVfG (oben 3.a.) darauf hingewiesen, dass in dem vom Bundesjustizministerium herausgegebenen „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“¹⁴⁴ „eine Vermischung von Änderungsvorschriften und stammgesetzlichen Vorschriften für unzulässig erklärt und statt dessen die Technik des Mantelgesetzes, auch Artikelgesetz genannt, vorgeschrieben“ wird: „Daß man sich bei der Änderung der VwGO durch § 97 VwVfG an diese Regel nicht gehalten hat, dürfte bereits der erste Sündenfall gewesen sein, dem wir das jetzige Dilemma verdanken.“¹⁴⁵ Nun ist freilich festzuhalten, dass § 97 VwVfG von 1976 datiert (s. o. bei Fn. 59), während die erste Auflage des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit erst 1991 veröffentlicht wurde. Daher kann sich die Kritik allenfalls auf frühere Fassungen der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil (GGO II) stützen. Im Kern trifft sie allerdings das Richtige: Auch das Missverständnis im ähnlich gelagerten Fall des WoZuG (s. o. 3.a a. E.) wäre von vornherein vermieden worden, wenn sich die Ministerialreferenten an die damals aktuelle Auflage des Handbuchs gehalten hätten.¹⁴⁶

Nicht umsonst wurde gerade für die Modernisierung der Verwaltungsverfahrensgesetze unlängst erneut auf den Wert von Gesetzgebungskunst und Rechtsförmlichkeit hingewiesen.¹⁴⁷

c) Fehlerbehandlung durch „Dulde und Interpretiere“?

Da sich auch durch Rechtsförmlichkeit nie alle Fehler vermeiden lassen, wird bisweilen der beste Umgang mit Redaktionsversehen darin gesehen, sie schlicht zu dulden: „Wenn der Gesetzgeber Birnen sagt, aber nach dem Gesamtzusammenhang nur Äpfel meinen kann, so hat er Äpfel gesagt.“¹⁴⁸ – „Ein Tätigwerden des Gesetzgebers durch eine formelle Änderung des Gesetzestextes ist insoweit nicht erforderlich und unterbleibt – trotz der Vorteile für die Rechtsklarheit – auch häufig.“¹⁴⁹

¹⁴⁴ 3. Aufl. 2008 online unter hdr.bmj.de.

¹⁴⁵ Tiedemann (Fn. 63), S. 3476.

¹⁴⁶ Näher Hamann (Fn. 71), S. 11 f. m. w. N.

¹⁴⁷ K. Schönenbroicher, Modernisierung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder, BRJ 2012, 31.

¹⁴⁸ Hucko (Fn. 6); zutr. dagegen R. Schubert, Die Rechtsirrtümer zur „Schilderwaldnovelle“, NZV 2011, 369/372: „nach dem Grundsatz ‚falsa demonstratio non nocet‘ [...] eine offenbare Unrichtigkeit [...] die berichtigt werden kann und ansonsten [...] verfassungsrechtlich folgenlos ist.“

¹⁴⁹ Riedl (Fn. 16), S. 653; vgl. auch Bauer (Fn. 110), S. 1261: „Eine Korrektur war an sich nicht notwendig. Die Unstimmigkeiten wären im Wege der Auslegung in der Griff zu bekommen gewesen.“

Der Verweis auf den Mangel an Erforderlichkeit verdeutlicht, dass sich diese Strategie auf eine Folgenabwägung stützt und damit auch einer Gegenüberstellung von Kosten und Nutzen nicht grundsätzlich abgeneigt ist. Der Nutzen einer Fehlerduldung – der ungestörte Schlummer der Gesetzgebungsinstanzen – ist indes nicht unbedingt größer als ihre Kosten. Das berühmte Diktum, dass ein Federstrich des Gesetzgebers ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lässt, wird zwar herkömmlich als Satire auf die Gesetzgebung gelesen. Im *Kirchmannschen* Original lautet die Formulierung aber „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers“¹⁵⁰ und lenkt das Augenmerk auch darauf, dass Fehler im geordneten Gesetzgebungsverfahren viel zuverlässiger berichtigt werden können als es Rechtsprechung und Wissenschaft durch Rechtsfortbildung je gelingt. So brauchte „der Gesetzgeber“ im Fall des AGG keine drei Druckseiten, um vier Gesetzesfehler zu beseitigen.¹⁵¹ Allein der fünfte, vom Gesetzgeber nicht korrigierte, Fehler allerdings (s. o. 3.c) beschäftigte sowohl das BAG auf je einer Druckseite in einem Dutzend verschiedener Zeitschriften¹⁵² als auch mindestens fünf Kommentare, die zu dieser Frage zitiert wurden, sowie eine kaum überschaubare Zahl nachfolgender Entscheidungsbesprechungen – und trotzdem sind die Zweifel an der Anwendbarkeit des „perplexen“ § 10 S. 3 Nr. 4 AGG bis heute nicht verstummt.¹⁵³

Im Übrigen setzt die Differenzierung, wann eine Korrektur „erforderlich“ oder entbehrlich sei, ein klares Bild davon voraus, wann Redaktionsversehen einfach bzw. „offenbar“ sind. Davon kann angesichts des dogmatischen Dauernebels (s. o. 2.c.) keine Rede sein. Die bisher entwickelten Anforderungen an die Feststellung „offenbarer“ Unrichtigkeiten sind nicht nur völlig disparat, sondern teils auch in sich widersprüchlich. So werden Fehler teilweise auch dann für offenbar gehalten, wenn sie nur gestützt „auf die Beratungsgrundlagen“ erkennbar seien, und doch heißt es im selben Atemzug, „der vom Gesetz betroffene Bürger“ könne in diesen Fällen ja „ohne weiteres durch Interpretation“ die richtige Gesetzesfassung „erschließen“.¹⁵⁴ Darin liegt entweder ein argumentativer Widerspruch oder ein völlig unrealistisches Bild davon, was dem durchschnittlichen Gesetzesadressaten „ohne weiteres“ möglich ist. Ähnlich widersinnig erscheint es, unter Berufung auf das Bundesverfassungsgericht zu betonen, dass „Textfehler und neue Textfassung [...] des-

¹⁵⁰ *J. von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 23.

¹⁵¹ 1 S. Entwurf (10 f.) und 1 S. Begründung (22 f.) in BT-Drs. 16/3007 sowie ½ S. in BGBl. 2006 I S. 2745 f.

¹⁵² BAG, NZA 2008, 532/534 f. und wohl ähnlich in BAGE 125, 133 = AP Nr. 1 zu § 2 AGG = ZIP 2008, 520 = BB 2008, 557 = DB 2008, 766 = FamRZ 2008, 880 = MDR 2008, 574 = ZTR 2008, 324 = EzA § 2 AGG Nr. 1 = BetrAV 2008, 413.

¹⁵³ *S. Roloff*, in: BeckOK, 31. Ed. 1.3.2014, § 10 AGG Rn. 8.

¹⁵⁴ *Kese* (Fn. 17), S. 409 bzw. 410.

halb zweifelsfrei sein“ müssen, „weil Bürger und Rechtsanwender auf den amtlich veröffentlichten Gesetzestext vertrauen können müssen“, und *gleichzeitig* anzunehmen, dass Textfehler und neue Textfassung sogar dann offenbar seien, „wenn sie erst mit Hilfe eines Vergleiches von nicht allgemein zugänglichen Texten ersichtlich“ werden.¹⁵⁵

Nachdem ein überzeugendes Kriterium für die Abgrenzung von einfachen und qualifizierten Redaktionsversehen nicht aufzufinden war (s. o. 3.d.), lässt sich die Berichtigungsverantwortung also nicht einmal teilweise auf Rechtsprechung und Lehre abwälzen. Anders als in solchen Fällen, in denen gesetzgeberische Zurückhaltung opportun erscheint, um gesellschaftlichen Entwicklungen nicht vorzugreifen und die kreative Rechtsentwicklung nicht zu hemmen, überwiegen bei der Fehlerkorrektur die Kosten für Rechtssicherheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, weshalb „auch in den Fällen, in denen der Wortlaut der zu berichtigenden Textstelle feststeht, eine Korrektur aus Gründen der Rechtsklarheit in jedem Fall zu erfolgen hat“.¹⁵⁶

d) Anerkennung von und offener Umgang mit Fehlern

Selbst wenn aus Gründen der Rechtsklarheit eine Berichtigung erfolgt, spielen sich „die Vorgänge, die zur Berichtigung eines Redaktionsversehens führen“ bisher „weitgehend im administrativen Dunkel ab.“¹⁵⁷ Ob diese Strategie geeignet ist, verlorenes Vertrauen in die Institutionen des Rechtsstaats und die Rationalität des Gesetzgebungsverfahrens wettzumachen, darf bezweifelt werden.

Beispielsweise trug ein jüngst gescheitertes Gesetzgebungsvorhaben anfangs den ehrfurchtgebietenden Namen „Aktienrechtsnovelle 2011“¹⁵⁸ und stellte sich damit in eine Reihe mit den bahnbrechenden Reformen von 1870, 1884, 1931, 1937, 1959, 1965, 1978 und 1994.¹⁵⁹ Während allerdings einige seiner Änderungen innovativ und bedeutsam gewesen sein mögen,¹⁶⁰ dienten

¹⁵⁵ Kiefer (Fn. 21), S. 359.

¹⁵⁶ Schorn (Fn. 20), S. 35 Fn. 3.

¹⁵⁷ Staats (Fn. 23), S. 186.

¹⁵⁸ BMJ, Referentenentwurf – Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes v. 2. 11. 2010, online unter <http://www.dnoti.de/DOC/2010/Referentenentwurf%20Aktienrechtsnovelle%202011.pdf> (Abfrage: 9. 7. 2014).

¹⁵⁹ Das sind alle Jahre, für die der Münchener Kommentar zum Aktiengesetz eine „Aktienrechtsnovelle“ erwähnt; jede zweite Erwähnung (24 von 48) bezieht sich auf 1884 – etwa MüKoAktG-Pfeifer, 3. Aufl. 2011, § 186 Rn. 8 –, für die übrigen vgl. z. B.: MüKoAktG-Luttermann, 2. Aufl. 2003, Bd. 5a BilanzR Rn. 72 (1870); ebd. Rn. 79 (1931); MüKoAktG-Heider, 3. Aufl. 2008, § 8 Rn. 3 (1937); MüKoAktG-Perlitt, 3. Aufl. 2010, vor § 278 Rn. 19 (1959); MüKoAktG-Oechsler, 3. Aufl. 2008, § 71d Rn. 19 (1965); MüKoAktG-Bayer, 3. Aufl. 2008, § 19 Rn. 49 (1978); MüKoAktG-Pfeifer, 3. Aufl. 2011, § 188 Rn. 37 (1994).

¹⁶⁰ H. Diekmann/A. Nolting, Aktienrechtsnovelle 2011, NZG 2011, 6; krit. U. Noack, Aktienrechtsnovelle 2011, DB 2010, 2657; K. Müller-Eising, Aktienrechts-

von den ursprünglich 27 Regelungen des Gesetzentwurfs ganze neun allein dazu, frühere Redaktionsversehen zu beheben. Diese förmlichen Berichtigungen sind nach dem oben Gesagten befürwortenswert und dienen der Rechtssicherheit. Dass aber die Begründung des Entwurfs die großangelegte Fehlerbereinigung mit keinem Wort erwähnte und lieber die „punktuellen Weiterentwicklungen des Aktienrechts“ (S. 8) zelebrierte, erscheint schon weniger fehlerbewusst. Man sollte doch meinen, dass ein Ziel, dem ein Drittel der Normen eines Gesetzes verpflichtet sind, unter den Überschriften „Problem und Ziel“ (S. 1) oder „Ziel des Gesetzentwurfs“ (S. 8) zumindest einmal erwähnt werden könnte. Oder wie treffend formuliert wurde: „Wie im gewöhnlichen Leben sollte der Gesetzgeber sich nicht auf „Jagdschein“ berufen, sondern Fehler eingestehen und korrigieren, auch wenn es peinlich ist.“¹⁶¹

Man mag dagegen halten, dass wir auch dem Straftäter die Berichtigung seiner Fehltritte sogar dann zugestehen, wenn sie unter sittlich nicht billigen Motiven erfolgt,¹⁶² und dass es keinen Grund gibt, staatlichen Institutionen dasselbe Privileg zu versagen. Schließlich sind Fehler letzten Endes gleichermaßen berichtigt, ob sie nun „still und heimlich“ oder offensiv berichtigt werden. Und doch könnte das öffentliche Ansehen der Gesetzgebungsinstitutionen und das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtssetzung von einem offeneren Umgang mit Fehlern ebenso profitieren wie die Rechtssicherheit. (Von den praktischen Bedürfnissen einzelner Berufsstände ganz abgesehen.¹⁶³) Der nicht ganz unberechtigten Sorge, dass ein offensiverer Umgang mit Fehlern die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf bloß vermeintliche Defizite lenken könnte, lässt sich durch einen ebenso offensiven Umgang mit der Erkenntnis begegnen, dass Fehler unvermeidliche Nebeneffekte jedes komplexen Systems sind.

e) Geschäftsordnungsmäßige Fehlerberichtigung?

Bei der im Schrifttum versuchten Abgrenzung zwischen „einfachen“ und „qualifizierten“ Redaktionsversehen war stets eine Vorschrift mitgedacht, die auf eine lange Geschichte in der Staatspraxis zurückblickt,¹⁶⁴ einigen sogar als „verfassungsrechtliches Gewohnheitsrecht“ gilt,¹⁶⁵ und heute in § 61 der

novelle 2011 – Änderungen zur Vorzugsaktie und zum bedingten Kapital für Wandelanleihen, GWR 2010, 591; T. Nikoleyczik, Aktienrechtsnovelle 2011 – Neues zum Abschlussmängelrecht und zur Namensaktie, GWR 2010, 594.

¹⁶¹ Tiedemann (Fn. 63), S. 3476.

¹⁶² BGHSt 7, 296 = NJW 1955, 915 (Ls. b); BGH, NJW 1980, 602 (Ls.).

¹⁶³ Vgl. oben Fn. 84.

¹⁶⁴ Vgl. nur BVerfGE 48, 1/18 f. m. w. N.

¹⁶⁵ Staats (Fn. 23), S. 185; Kiefer (Fn. 21), S. 357 f. m. w. N.; a. A. Schorn (Fn. 20), S. 91 m. w. N.

Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) niedergelegt ist.¹⁶⁶ Danach darf das federführende Bundesministerium „Druckfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten“ formlos berichtigen, und zwar auch noch nach Verabschiedung des Gesetzes (§ 61 II GGO). Die Rechtsnatur entsprechender Berichtigungen ist von jeher umstritten; gegenüber der „Eigenständigkeits-“ und der „Inkorporationsthese“ dürfte sich mittlerweile die „Interpretationsthese“ durchgesetzt haben.¹⁶⁷

Sie beruht auf der Einsicht, dass die geschäftsordnungsmäßige Berichtigungsbefugnis als „Intraorganrecht [...] im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen keine Bindungswirkung entfaltet und die Befugnis zur Berichtigung von Gesetzen voraussetzt, aber nicht zu begründen vermag.“¹⁶⁸ Paradoxerweise nicht *trotz*, sondern *wegen* dieser Unverbindlichkeit werden solche Berichtigungen weithin anerkannt: „Folglich kann die Zulässigkeit eines formlosen nachträglichen Berichtigungsverfahrens damit begründet werden, daß die Berichtigung offener Unrichtigkeiten eben kein konstitutiver gesetzgeberischer Akt ist.“¹⁶⁹ Denn nur das gewährleistet, dass formlose Berichtigungen nicht das grundgesetzliche Gesetzgebungsverfahren aushebeln.¹⁷⁰ Diese Grenze der geschäftsordnungsmäßigen Berichtigung wird von der Ministerialbürokratie allerdings oft verkannt, wenn nicht sogar bewusst übertreten: „Aus Gründen der Ökonomie neigt die Ministerialbürokratie dazu, so viele Fehler wie möglich, auch wenn es sich nicht um offenbare Unrichtigkeiten handelt, in einem formlosen Verfahren zu berichtigen.“¹⁷¹ Diese „großzügige Praxis einer nach ihren Betriebsbedürfnissen verfahrenen Bürokratie“¹⁷² ist so verbreitet, dass sogar in Österreich beklagt wird, der „beschränkte Anwendungsbereich“ der Druckfehlerberichtigung werde „vom VfGH mit gutem Grund postuliert, von der Praxis allerdings nicht akzeptiert“, weil „die strenge Linie des VfGH [...] mit den Bedürfnissen und Usancen der Praxis nicht in

¹⁶⁶ Online unter www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_21072_009_O11313012.htm (Abfrage: 9. 7. 2014).

¹⁶⁷ Ausf. *Funke* (Fn. 50), S. 363 ff.

¹⁶⁸ *Kiefer* (Fn. 21), S. 355; *Funke* (Fn. 50), S. 359: „ohne (Außen-)Rechtsqualität“ und „für die verfassungsrechtliche Einordnung der Gesetzesberichtigung ohne Belang“.

¹⁶⁹ *Schorn* (Fn. 20), S. 93; ebenso *Funke* (Fn. 50), S. 373: „Gegen eine Eingrenzung der Berichtigungskompetenz der Regierung spricht aber durchgreifend, daß die nach Verkündung vorgenommene Berichtigung unverbindlich ist. Da sie nicht die Geltungskraft eines Gesetzes hat, d. h. ohnehin übergangen werden kann, bedarf es keiner besonderen Beschränkungen.“

¹⁷⁰ *Kirn* (Fn. 44), S. 50 m. w. N. meint gar, die formlose Berichtigung werde ohnedies „ganz überwiegend als nicht mehr mit einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren in Einklang stehend angesehen“.

¹⁷¹ *Schorn* (Fn. 20), S. 96; ebenso *Kese* (Fn. 17), S. 406: „In der Staatspraxis des Bundes ist diese Trennung nicht immer klar durchgehalten worden und wurde insgesamt eher großzügig behandelt.“

¹⁷² *Kirn* (Fn. 44), S. 51.

Einklang zu bringen“ sei.¹⁷³ Eine der meistzitierten Dissertationen über Redaktionsversehen enthielt sogar ein eigenes Unterkapitel über „Die Neigung der Exekutive zu einer übermäßigen Ausdehnung der Berichtigungs Voraussetzungen und das dann formell verfassungswidrige Gesetz“.¹⁷⁴

Da die Institutionen der Exekutive ihrer Berichtigungsbefugnis also einen anderen Stellenwert zumessen als die deutsche Verfassungsrechtslehre, entsteht eine „*Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*“,¹⁷⁵ die sich nur durch konsequente Berücksichtigung des Grundsatzes aufheben lässt, dass geschäftsordnungsmäßige Berichtigungen nie mehr als ein „Thematisierungsgebot“¹⁷⁶ beinhalten: Sie können zwar ein „Hinweis auf das vorgekommene Versehen, ein Wegweiser zur richtigen Anwendung des Gesetzes“ – also ein Auslegungsvorschlag – sein,¹⁷⁷ nicht aber Grundlage für weitere Gesetzesänderungen, wie dies auch für Neubekanntmachungen allzu häufig angenommen wird.¹⁷⁸ Erst ein förmlicher Nachvollzug der formlosen Berichtigung begründet ihre Verbindlichkeit.

f) Vereinfachtes Berichtigungsverfahren

Der (gesetzes)förmlichen Berichtigung von Gesetzen schlagen vielfach Bedenken wegen einer möglichen Überfrachtung des Bundesgesetzblattes und Bürokratisierung des Verfahrens entgegen,¹⁷⁹ die nach der gegenwärtigen Institutionenordnung nicht ganz unberechtigt sein dürften, „weil es im Hinblick auf die Erfordernisse einer funktionsfähigen Gesetzgebung, insbesondere die Arbeitsbelastung der gesetzgebenden Körperschaften unangemessen und unverhältnismäßig wäre, zur Berichtigung eines jeden Fehlers, gleich welcher Art das Verfahren nach den Art. 76 ff. GG abermals durchlaufen zu müssen.“¹⁸⁰ Zudem wird gegen die Fehlerberichtigung im gestreckten Gesetzgebungsverfahren eingewandt, dass sie „zum Anlaß genommen werden könnte, nochmals eine grundsätzliche Diskussion über den Gesetzesinhalt zu führen“.¹⁸¹ Daher

¹⁷³ *Funk* (Fn. 33), S. 95 (Zitat erster Halbsatz) bzw. 92 (Zitat zweiter Halbsatz).

¹⁷⁴ *Schorn* (Fn. 20), S. 120 ff.

¹⁷⁵ *Funk* (Fn. 33), S. 92.

¹⁷⁶ *Funke* (Fn. 50), S. 366; *Lindemann* (Fn. 19), S. 165: „es wird die Verpflichtung für den das Gesetz Anwendenden begründet, seinerseits nunmehr zu prüfen, ob wirklich in dem betreffenden Falle der gesetzgeberische Wille in Folge eines Redaktionsversehens einen unrichtigen Ausdruck gefunden hat“.

¹⁷⁷ *Lindemann* (Fn. 19), S. 165; ausf. *Funke* (Fn. 50), S. 366 f.

¹⁷⁸ Dazu ausf. *Hamann/Schwalb* (Fn. 77).

¹⁷⁹ *Staats* (Fn. 23), S. 186: „Für offenbare Unrichtigkeiten [...] lohnt es sich schwerlich, das Plenum des Bundestages, den Bundespräsidenten in Person usw. zu bemühen“.

¹⁸⁰ *Kiefer* (Fn. 21), S. 357 m. Verw. auf BVerfGE 48, 1, 18.

¹⁸¹ *Schorn* (Fn. 20), S. 36 und weiter S. 31: „Gerade bei Gesetzesbeschlüssen, die nur nach langwierigen Debatten und mit knappen Mehrheiten zustande gekommen sind, ist

muss sichergestellt sein, dass die Berichtigung „*keine Lösungserschleichung*“ darstellt, nicht die in Wahrheit gewollte inhaltliche Gesetzeskorrektur verschleiert“. ¹⁸²

Soweit allerdings aus diesen Gründen eine schnellere und weniger formalisierte Korrektur durch die Ministerialbürokratie bevorzugt wird, ¹⁸³ ist dem entgegenzuhalten, dass die Gefahr der Lösungserschleichung dadurch sogar zunehmen könnte, solange Berichtigungen weitgehend „im administrativen Dunkel“ stattfinden. ¹⁸⁴ Auch sind die ministeriellen Verfahren bislang erstaunlich unzuverlässig, wie etwa die beeindruckende Fehleranfälligkeit von Neubekanntmachungen zeigt. ¹⁸⁵ Schon deshalb erscheint es wenig ratsam, entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine konstitutive Wirkung der administrativen Neubekanntmachung ¹⁸⁶ oder eben der administrativen Fehlerberichtigung anzuerkennen. Zumal Fehler, die bei der Gesetzeskorrektur durch die Exekutive *neu* entstehen, schwierige Fragen nach der Rechtsnatur solcher „Korrekturen“ und den Konsequenzen ihrer Fehlerhaftigkeit aufwerfen, die vermieden werden, wenn Berichtigungen nach dem Rechtsgedanken des *actus contrarius* grundsätzlich im gleichen Verfahren entstehen wie der zu berichtigende Rechtsakt.

Um gleichwohl den berechtigten Bedenken gegen das gestreckte Gesetzgebungsverfahren Rechnung zu tragen, wurde schon um die vorletzte Jahrhundertwende die Einführung eines „einfacheren Berichtigungsverfahrens“ vorgeschlagen, ¹⁸⁷ dem bis heute „nichts weiter entgegengesetzt“ wurde „als Argumente der Praktikabilität, wobei man jedoch von der jeweils bestehenden Geschäftsordnung des Parlaments ausging und nicht von der Frage, wie praktisch das Verfahren wäre, wenn die Möglichkeit eines einfachen Berichtigungs-Beschlusses in der Geschäftsordnung vorgesehen wäre.“ ¹⁸⁸ Auch in Österreich wurde für die Schaffung einer „*verfassungsrechtlich abgesicherten Berichtigungsermächtigung*“ plädiert, „verbunden mit der Möglichkeit einer

eine derartige Konsequenz der erneuten Gesetzesbehandlung im Parlament nur mit Einschränkung zu begrüßen“.

¹⁸² *Jahr* (Fn. 13), S. 150 f.; vgl. jüngst G. Kiefer, Viel Lärm um (fast) nichts? Das Rätsel redaktioneller Änderungen, ZUR 2012, 479/481 zu einer vermeintlich „redaktionellen“ Änderung im Emissionsschutzrecht.

¹⁸³ *Staats* (Fn. 23), S. 185: „Es muß vielmehr im Interesse aller ihrer Aufgabe bewußter Abgeordneten liegen, solche Fehler möglichst rasch zu beseitigen.“

¹⁸⁴ Dazu der vorige Abschnitt (Zitat oben bei Fn. 157); auch Schneider (Fn. 31), Rn. 494 führt ein Beispiel an, in dem die Berichtigungskompetenz zu einer substantiellen Änderung der Normfassung genutzt wurde.

¹⁸⁵ Dazu mit zahlreichen Beispielen: Hamann/Schwalb (Fn. 77).

¹⁸⁶ So in gewissem Umfang („relative Verbindlichkeit“) Klein (Fn. 42), S. 176 f.; dort auf S. 269 ff. auch weiterführende Gedanken zu einer möglichen konstitutiven Gesetzeskonsolidierung durch die Exekutive.

¹⁸⁷ Laband (Fn. 19), S. 303.

¹⁸⁸ Kirn (Fn. 44), S. 51; exemplarisch für Kirns Befund: Schorn (Fn. 20), S. 98.

Normenkontrolle“.¹⁸⁹ Ein solches vereinfachtes Berichtigungsverfahren könnte der unverbindlichen Fehlerberichtigung durch administrative Geschäftsordnung (GGO) und richterliche Auslegung eine rechtssichere und demokratisch legitimierte Stütze geben.

Nachdem dieser Vorschlag schon seit über einhundert Jahren seiner Umsetzung harrt, darf man gespannt sein, ob seine Stunde noch schlägt. Oder mit dem Schlusswort einer Dissertation:

„Von der Einführung einer parlamentarischen Gesetzesberichtigung durch Aufnahme eines Korrekturverfahrens in einfacher Lesung [. . .] wurde bisher kein Gebrauch [sic] gemacht. Ob die Legislative sich zu einem solchen Schritt, der ausreichend Stoff für weitere Abhandlungen bieten dürfte, entscheidet, bleibt abzuwarten.“¹⁹⁰

5. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber ist ein komplexes institutionelles Gefüge, das unweigerlich Fehler produziert, zugleich aber keinen eigenen Willen bilden kann, um solche Fehler zuverlässig zu identifizieren. Deshalb führt die für Willensbetätigungen des Einzelnen entwickelte „Irrtumslehre“ trotz ihrer Anschaulichkeit im Bereich der Gesetzgebung eher in die Irre. Auch die für Redaktionsversehen entwickelte Differenzierung zwischen „offenbaren“ und sonstigen Fehlern ist weder praktisch trennscharf noch theoretisch überzeugend. Um den durch gesetzgeberische Fehler entstehenden Vertrauensverlust in „den“ rechtsstaatlichen Gesetzgeber sowie allgemeine Rechtsunsicherheit zu vermeiden, bedarf es deshalb einer bewusst rechtsförmlichen Gesetzgebungspraxis, einer kritischen und offensiven Auseinandersetzung mit allfälligen Fehlern, und ihrer förmlichen Berichtigung im grundgesetzlich vorgegebenen Verfahren. Der schamhafte Versuch hingegen, Fehler totzuschweigen und sie womöglich sogar „dadurch ungeschehen“ zu machen, „daß man sie recht häufig wiederholt“,¹⁹¹ widerspricht rationaler Gesetzgebung, denn Rationalität bedingt auch die Erkenntnis der eigenen Fehlbarkeit. Wie schrieb schon Cicero?

Errare humanum est.

¹⁸⁹ Funk (Fn. 33), S. 95.

¹⁹⁰ Schorn (Fn. 20), S. 125.

¹⁹¹ Tiedemann (Fn. 63), S. 3476.

Summary

Errare humanum est, as the Roman classics had it: Humans make mistakes. Not only by believing that “*errare humanum est*” is from the Roman classics (It is not.) but even more so in passing legislation. This paper distinguishes ways that legislators may err, and discusses both theoretical concepts and institutional responses. It shows that, despite the popular anthropomorphism, “the legislator” is best construed not as a person but as an institutional arrangement – a nexus of responsibilities just as “the firm” is a nexus of contracts. Given this starting point, mistakes in legislation are as inevitable as transaction costs in the economic analysis of law. Yet jurisprudence offers no unified methodology for dealing with such mistakes. Instead it builds on a distinction between “evident” and “other” mistakes (*Redaktionsversehen*), but offers little theoretical guidance and a lot of confusion. By analysing three mistakes from recent years’ legislation, and the subsequent discourse about how to deal with them, the paper shows that said distinction is naïve in light of both the pragmatic turn in linguistics and the complexity-based understanding of legislative intent. It concludes that mistakes in legislation are best avoided *ex ante* by following experiential rules of law-making as formalised in special guidelines (*Rechtsförmlichkeit*), and best corrected *ex post* by openly acknowledging and formally revising the faulty statutes. Future discussion may focus on facilitating revisions by introducing a simplified procedure to formally correct erroneous legislation.