

NEUE SCHRIFTEN ZUM STAATSRECHT

Band 9

Markus Sehl

# Was will der Gesetzgeber?

Ziel und Methode rationaler Argumentation  
mit Gesetzesmaterialien



Nomos

*Band 9*

---

Neue Schriften zum Staatsrecht



**Nomos**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Philip Kunig, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Gerhard Robbers, Universität Trier

Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Universität Freiburg

*Markus Sehl*

# **Was will der Gesetzgeber?**

*Ziel und Methode rationaler Argumentation  
mit Gesetzesmaterialien*

Nomos Verlagsgesellschaft

*Markus Sehl, geb. 1986, studierte Rechtswissenschaften in Freiburg i. Br., Istanbul und Berlin, 1. Staatsexamen 2012. Promotion 2018 an der Humboldt Universität zu Berlin.*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2019

© 2019 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Schrift: Sabon 9,3 auf 12,4 pt. Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-5846-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9979-2 (ePDF)

---

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit untersucht mit den Gesetzesmaterialien eine praktisch bedeutsame und zugleich theoretisch äußerst anspruchsvolle Argumentation im Recht. Die Ausarbeitung zeigt, unter welchen Selbstbeschränkungen sie stehen sollte und wie eine rationale Argumentation mit Gesetzesmaterialien gelingen kann.

Die Arbeit, die diesem Buch zugrunde liegt, wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Herr Professor Dr. Martin Eifert hat ihre Erstellung betreut, seine Ratschläge und seine Förderung waren für das Gelingen der Arbeit ausschlaggebend. An seinem Lehrstuhl hat er ein Team versammelt und eine Atmosphäre entstehen lassen, die mir immer als besonders in Erinnerung bleiben wird.

Herr Professor Dr. Christian Waldhoff war mit dem Thema der Gesetzesmaterialien früh vertraut und hat das Zweitgutachten erstellt. Die Arbeit hat durch seine wertvollen Hinweise gewonnen. Dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Professor Dr. Andreas Voßkuhle möchte ich dafür danken, dass er gemeinsam mit den Herausgebern, Professor Dr. Philip Kunig und Professor Dr. Gerhard Robbers, die Arbeit in die Reihe Neue Schriften zum Staatsrecht aufgenommen hat.

Frau Professorin Dr. Anna-Bettina Kaiser hat mich während des Studiums entscheidend gefördert und zum wissenschaftlichen Arbeiten ermutigt.

Das Land Berlin hat die Erstellung der Arbeit durch ein Elsa-Neumann-Stipendium gefördert. Ganz zu Beginn und ganz am Ende der Arbeit hat mich auch die FAZIT-Stiftung unterstützt. Allen Beteiligten möchte ich für ihr Vertrauen danken.

Zahlreiche Kolleginnen und Kollegen, Freundinnen und Freunde haben diese Arbeit begleitet. Sie haben mich unterstützt und mit mir über die Arbeit diskutiert. Es waren vor allem auch meine Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl Philipp Bauer, Carla Dietmair, Johannes Gerberding, Sophia Heinke, Lola Petersen, Michael von Landenberg-Roberg, Sebastian Thess, Dr. Justus Quecke und Dr. Jan Sturm. Auch Dr. Sandra Schnädelbach, Dr. Almut Neumann und Simon Hillmann möchte ich für die Diskussionen in unserer Arbeitsgruppe danken. Ebenso möchte ich Benjamin Lück danken, der die Arbeit durch viele Gespräche und lange Tage in der Staatsbibliothek begleitet hat. Matthias Voigt hat immer wieder mit mir grundsätzliche Fragen der Arbeit diskutiert und vor allem in der Schlussphase wertvolle Hilfe geleistet. Ich danke Frederiek Weda, ohne Dich hätte das Manuskript nicht am Tag der Arbeit abgegeben werden können. Ich widme dieses Buch meinen Eltern.



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	15
§ 1 Einführung .....	17
A. Die Argumentation mit Gesetzesmaterialien: Unsicherheit in ständiger Praxis .....	20
I. Unsicherheiten bei der Argumentation mit Gesetzesmaterialien im Recht .....	21
1. Die Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Rechtsprechung .....	21
2. Die praktische Leistungsfähigkeit von Gesetzesmaterialien im Einzelfall .....	27
3. Der Wert von Gesetzesmaterialien für die juristische Argumentation .....	30
4. Materialienauswertung im Einzelfall und ihr fehlender genereller Maßstab .....	31
II. Die Argumentation mit Gesetzesmaterialien als anspruchsvolle Aufgabe: BVerfGE 106, 62 – Altenpflege .....	32
III. Ausgewählte Konfliktfälle: Konkurrierende Auswertungen der Gesetzesmaterialien .....	35
1. BVerfGE 132, 1 – Luftsicherheitsgesetz (Plenum): Wirklich kein Wille des Gesetzgebers erkennbar? .....	36
2. BVerfGE 138, 296 – Kopftuchurteil II: Selektive Materialienauswertung und behaupteter Gesetzgeberwille ....	38
3. BVerfGE 133, 277 – Antiterrordatei: Der deutliche Wille des Gesetzgebers als Grenze der verfassungskonformen Auslegung .....	39
4. BVerfGE 132, 334 – Hochschulgebühren Berlin: Wirklich ein Wille des Gesetzgebers ermittelbar? .....	40
5. Zusammenfassung: Fehlender Maßstab bei Auswertung der Gesetzesmaterialien .....	42
B. Die Auswertung von Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive .....	44
I. BVerfGE 138, 64 – Planungsschaden .....	46
II. BVerfG Beschl. v. 06.06.2018 – Kettenbefristung .....	46

C. Interesse, Ansatz und Ziel der Arbeit .....	47
§ 2 Grundlagen: Die „Gesetzesmaterialien“ und ihre Bedeutung in der Rechtsanwendung .....	51
A. Die „Gesetzesmaterialien“ – Anerkannter Textkanon oder unüberschaubare Dokumentenmasse? .....	51
I. „Gesetzesmaterialien“ als Kanon ausgewählter Nicht- Normtexte? .....	52
II. Die Vielfalt von „Gesetzesmaterialien“ in der Praxis .....	54
III. „Gesetzesmaterialien“ als Gesamtheit historischer Dokumentenquellen zu einem Gesetz .....	56
IV. Bewältigung durch Regelbildung .....	58
B. Perspektiven und Herausforderungen für die Regelbildung beim Zugriff auf Gesetzesmaterialien .....	60
I. Das Aufkommen der Gesetzesmaterialien und der Streit um ihre Verwendung bei der Auslegung von Gesetzestexten .....	63
II. Die Verschüttung der „Materialien Diskussion“ durch den Streit der Rechtsanwendungstheorien über das richtige Ziel der Auslegung .....	64
III. Die Frage nach der Materialienauswertung heute im Kontext einer fragmentierten juristischen Methodik .....	66
1. Eine mikro-methodische Perspektive auf das Materialienproblem .....	69
2. Der gegenwärtige Umgang mit einem ungelösten Problem: Methodischer Diskussionsbedarf und pragmatische Praxis ...	70
C. Die Abhängigkeit der Materialienauswertung von der Art und Weise nach der Entstehungsgeschichte zu fragen .....	71
I. Entstehungsgeschichte als historischer Kontext zur Gesetzgebung .....	72
II. Entstehungsgeschichte des Gesetzes als Verfahrensgeschichte .....	73
III. Entstehungsgeschichte des Gesetzes als Ausdruck historischer Regelungsabsichten .....	74
IV. Zusammenfassung .....	74
D. Die Entstehungsgeschichte als Argument in der Rechtsanwendung .....	75
I. Gesetzesmaterialien und „historische“ Argumentation im Recht ..	77

II. Gesetzesmaterialien und „genetische“ Argumentation im Recht ..	78
1. Struktur genetischer Argumentation .....	79
2. Facetten und Scheinformen des genetischen Arguments in der Praxis .....	80
a) Redaktionsversehen des Gesetzgebers und planwidrige Regelungslücken .....	80
b) Das „Schweigen des Gesetzgebers“ .....	81
III. Der „Wille des Gesetzgebers“ als zentraler Argumentationstopos der historischen Gesetzestextkonkretisierung .....	84
 § 3 Gesetzesmaterialien als Mittel der Gesetzestextkonkretisierung ...	85
 A. Zur Möglichkeit rationaler genetischer Argumentation mit Gesetzesmaterialien .....	85
I. Der Anknüpfungspunkt genetischer Argumentation: Das Gesetzgebungsverfahren als Verkopplung der Systeme Recht und Politik .....	86
II. Risiko und Potential genetischer Argumentation .....	88
III. Anforderungen aus einer mikromethodischen Perspektive – Was heißt rationale genetische Argumentation mit Gesetzesmaterialien? .....	90
1. Mindestanforderungen rationalen juristischen Argumentierens .....	90
2. Anforderungen an rationale genetische Argumentation mit Gesetzesmaterialien .....	93
 B. Die Suche nach einem „Willen des Gesetzgebers“ in den Gesetzesmaterialien .....	94
I. Der „Wille des Gesetzgebers“ als ein für das Recht folgenloser Mythos .....	95
II. Der „Wille des Gesetzgebers“ als notwendige Fiktion im Recht ..	97
III. Der „Wille des Gesetzgebers“ als ein Verweis rechtlicher Argumentation auf ein außerrechtliches Phänomen? .....	99
1. Aufklärung des Rechts über „Gesetzgebung als kollektive intentionale Handlung“ durch die Sozialphilosophie – Die Realität eines „Willen des Gesetzgebers“ .....	101
a) Gesetzgebung als kollektive intentionale Handlung aus einer verantwortungstheoretischen Perspektive .....	101

aa) Der „Wille des Gesetzgebers“ als Phänomen „kollektiver intentionaler Aktivität“ .....	104
bb) Potential einer an intentionalen Entscheidungsstrukturen orientierten Zurechnungstheorie für die Auswertung von Gesetzesmaterialien .....	105
b) Die Erarbeitung und Verabschiedung des Gesetzestextes als kollektive intentionale Handlung: Der sozial- ontologische Fokus auf „geteilte Absichten“ der Beteiligten .....	106
aa) „Geteilte Absichten“ als Entscheidung für eine Gesetzestextfassung .....	109
bb) „Geteilte Absichten“ als Entscheidung dem Text eine bestimmte Konkretisierung zuzuschreiben .....	112
2. Der empirische „Wille der Gesetzgeber“ – Theoretische Annäherung an eine intentionale Gestalt .....	117
a) Zwischen rationaler Aggregation von Einzelpräferenzen und der Annahme eines kollektiven Subjektwillens .....	117
b) „Geteilte Absichten“ zwischen psychologischem Individualwillen und kommunizierter Koordination .....	121
c) Der „Wille des Gesetzgebers“ als gesetzestextbezogenes Phänomen gegenüber den „Zwecken des Gesetzgebers“ ..	122
d) Ausblick: Der „Wille des Gesetzgebers“ als theoretisch mögliches aber praktisch seltenes Phänomen .....	125
3. Zusammenfassung: Die Realität eines empirischen „Willen des Gesetzgebers“ .....	126
IV. Der „Wille des Gesetzgebers“ als spezifisches Phänomen innerhalb eines Rechtssetzungsverfahrens .....	127
V. Wert und Grenzen für die Vorstellung von einem „Willen des Gesetzgebers“ im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren nach dem GG .....	128
1. Wer ist der kollektiv intentional handelnde „Gesetzgeber“ auf dessen Willen genetische Argumentation verweist? .....	128
a) Gesetzgebung unter Mitwirkung der Ministerialverwaltung .....	132
b) Gesetzgebung unter Mitwirkung des Bundesrates .....	135
c) Der „Wille der Gesetzgeber“ .....	137
2. „Mehrheitswille“ – Umfang der geteilten Absichten auf der Konkretisierungsebene .....	137
a) Verfahrensregeln für die Bildung eines „Willen des Gesetzgebers“? .....	138

b) Orientierung an der das Gesetz tragenden Mehrheit .....	139
c) Wie organisiert sich die parlamentarische Mehrheit – Willensbildung in den Mehrheitsfraktionen? .....	142
3. Der relevante Zeitpunkt für den Zustand „geteilter Absichten“ .....	145
4. Die notwendige Selbstbeschränkung rationaler genetischer Argumentation beim Verweis auf den „Willen des Gesetzgebers“ als empirisches Phänomen im Umgang mit Gesetzesmaterialien .....	146
C. Gesetzesmaterialien als Rekonstruktionsmittel eines kollektiv intentionalen Gesetzgeberwillens? .....	149
I. Die Rekonstruktion mentaler Zustände im Rechtssystem .....	150
II. Die Möglichkeiten der Rekonstruktion „geteilter Absichten“ in einem Gesetzgebungsverfahren als Rekonstruktion von Entscheidungen der Gesetzgeber .....	151
1. „Geteilte Absichten“ als sprachlich manifestierte Absichten ..	151
2. Die Rekonstruktion mittels Dokumenten aus dem Rechtsetzungsverfahren .....	154
a) „Geteilte Absichten“ in Gesetzesmaterialientexten erkennen .....	154
b) Differenziertes Bewusstsein der Gesetzgeber für die interne und externe Relevanz dokumentierter geteilter Äußerungen in den Gesetzesmaterialien .....	156
c) Sensibilisierung der Rechtsprechung für Signale der Gesetzgeber in den Materialien? .....	164
d) Erste Schlussfolgerungen für die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Ermittlung „geteilter Absichten“ anhand von Gesetzesmaterialientexten .....	168
III. Die Rekonstruktion von „geteilten Absichten“ anhand von Gesetzesmaterialien im Gesetzgebungsverfahren nach dem Grundgesetz .....	170
1. Die Rekonstruktion mittels nachträglicher Zeugenbefragungen? .....	170
2. Der normative Rahmen für potentielle Rekonstruktionsmittel: Die amtlichen Drucksachen als Gesetzesmaterialien .....	171
3. Ausgangslage zur Verfügung stehender Materialientexte .....	172
a) Im Gesetzgebungsverfahren produzierte Dokumente als Ausdruck „geteilter Absichten“ bei der Erarbeitung des Gesetzestextes? .....	173

aa) Plenumsdiskussion und Plenumsdokumente .....	174
bb) Regierungsarbeit und Entwurfsdokumente .....	175
cc) Ausschussarbeit und Ausschussdokumente .....	177
dd) Fazit: Die besondere Bedeutung von „group-produced“ Gesetzesmaterialien – Der Ausschuss als „parlamentarischer Notar“ .....	179
b) Zugang zu den Dokumenten aus dem Gesetzgebungsverfahren .....	182
c) Wie zuverlässig bilden Gesetzesmaterialien das gesprochene Wort ab? .....	184
d) Sonstige externe Dokumente und private Aufzeichnungen anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens als Ausdruck „geteilter Absichten“? .....	186
4. Rekonstruktionsnarration anhand von Gesetzesmaterialien ..	187
IV. Die Gesetzesmaterialien als historische Quellen und Indizien innerhalb einer Rekonstruktionsnarration .....	189
§ 4 Elemente einer Methodik genetischer Argumentation mit Gesetzesmaterialien .....	197
A. Mindestanforderungen an rationale genetische Argumentation mit Gesetzesmaterialien .....	197
I. Ein „Prüfstein“ für eine Methodik genetischer Argumentation: BVerfGE 106, 62 – Altenpflege .....	197
II. Maßstäbe und Kriterien für eine rationale Rekonstruktionsnarration .....	202
1. Die Gesetzesmaterialien: Die normativ begrenzte Dokumentenauswahl .....	203
2. Die Rolle der Gesetzesmaterialien im Einzelnen .....	204
a) Die zentrale Rolle der Ausschussphase und ihres Berichts ..	205
aa) „Geteilte Absichten“ im Ausschuss .....	205
bb) „Geteilte Absichten“ im Ausschuss als „Wille des Gesetzgebers“? .....	206
aaa) Die Beteiligung der Abgeordneten über die Fraktionsstrukturen .....	209
bbb) Kollektive Entscheidung in der (Mehrheits-)Fraktion .....	210
ccc) Faktische Endgültigkeit der Vor-Entscheidung aus der Ausschussphase .....	212

ddd) Rechtfertigung einer Vermutungsregel zur Koordination „geteilter Absichten“ innerhalb einer Parlamentsmehrheit .....	214
b) Die Regierungsvorarbeiten und ihre Entwurfsbegründung ..	215
c) Die Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung .....	218
d) Die Wortbeiträge im Plenum .....	219
aa) Einzelaussage als bekräftigender Hinweis auf eine getroffene Entscheidung .....	220
bb) Entwicklung „geteilter Absichten“ im Plenum bei Änderungsanträgen .....	221
e) Sonderfall: Die Rolle der Mitwirkung des Vermittlungsausschusses .....	223
3. Zusammenfassung .....	226
III. Mindeststandard für eine gesättigte Rekonstruktionsnarration ..	226
1. Der Ansatz der sogenannten „Paktentheorie“ und seine fehlende Ausarbeitung .....	226
2. Der Maßstab einer gesättigten Rekonstruktionsnarration .....	228
a) Indiz für „geteilte Absichten“ im federführenden Fachausschuss oder Plenum .....	228
b) Indiz für die Kontinuität der Entscheidung .....	230
3. Zusammenfassung: Die Rekonstruktion eines „Willen des Gesetzgebers“ .....	232
IV. Stärker und schwächer gesättigte Rekonstruktionsnarrationen ...	232
1. Anreicherung mit einschlägigen Materialienaussagen aus verschiedenen Stadien der Gesetzestexterarbeitung .....	233
2. Konkretisierungsaussagen sind verknüpft mit Änderungen am Entwurfstext .....	233
V. Sättigungsevidenz als Kontrollmaßstab und Diskussionsgrundlage .....	234
B. Was will der Gesetzgeber wirklich? – Konkurrierende genetische Argumente bewerten .....	235
I. Leistung für die Bewältigung von Problemfällen genetischer Argumentation .....	235
1. BVerfGE 132, 1 – Luftsicherheitsgesetz (Plenum) .....	235
2. BVerfGE 138, 296 – Kopftuchurteil II .....	239
3. BVerfGE 133, 277 – Antiterrordatei .....	242
4. BVerfGE 132, 334 – Hochschulgebühren Berlin .....	243
II. Leistungsfähigkeit der Regeln rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien .....	245

---

§ 5 Schlussteil und Ausblick .....	247
A. Rationale Argumentation mit Gesetzesmaterialien .....	248
B. Maßstababildung genetischer Argumentation im Verfassungsstaat .....	249
Literatur .....	251

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BT-PlPr.	Plenarprotokolle der Sitzungen des Deutschen Bundestages
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Der Staat	Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
GrünhutsZ	Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Recht

Im Übrigen wird verwiesen auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.



## § 1 Einführung

Im positiven Recht des modernen Verfassungsstaats verkörpern Gesetzestexte die Entscheidungen des Gesetzgebers. Sie schreiben Verfahren und Ordnungen vor, begrenzen die Reichweite von staatlichen Grundrechtseingriffen, und gewähren dem Einzelnen subjektive Ansprüche. Wenn Gesetzestexte diese Entscheidungen über die Zeit transportieren sollen, dann geraten sie nach ihrer Verabschiedung unweigerlich in eine gewisse Spannungslage. Sie sind einerseits mit ihren normativen Anordnungen und ihrem Beachtungsanspruch auf eine fortgesetzte Anwendung in der Zukunft gerichtet. Und doch bleibt die Erarbeitung und Verabschiedung eines Gesetzestextes, also seine Positivierung, stets ein historisch abgeschlossenes und ganz spezifisches Ereignis seiner Zeit.<sup>1</sup>

Die Zeitpunkte von Entstehung und Anwendung des Gesetzestextes rücken mit seiner zunehmenden Geltungsdauer immer weiter auseinander. Neue technische und gesellschaftliche Entwicklungen tragen in der Zwischenzeit maßgeblich dazu bei, dass Schwierigkeiten entstehen, mithilfe der nunmehr „historischen“ Gesetzestexte gegenwärtige Rechtsfälle angemessen zu lösen. Die in den Gesetzestext einmal eingeschriebenen Begriffe verlieren mit der Zeit an Bedeutungsschärfe, Anwendungsfälle aus der Entstehungszeit werden später unverständlich und neue Phänomene kommen hinzu, deren Einordnung anhand des statischen Gesetzestextes neue Fragen bei der juristischen Auslegung aufwerfen.<sup>2</sup>

Wenn Gerichte und Behörden Gesetzestexte auslegen, versprechen sie sich von der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes wertvolle Erkenntnisse darüber zu gewinnen, wie der Gesetzestext interpretiert werden kann. Juristische Interpretation von Gesetzestexten muss stets historisch sensibel sein.<sup>3</sup> Zugleich sind die nachträglichen Zugriffe des Rechts auf die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes begrenzt. Richterinnen und Richter müssen in angemessener Zeit zu einer Entscheidung gelangen, die für umfassende Erforschung und historische Quellenanalyse rund um den Gesetzestext keinen Raum lässt.

Wenn im Recht die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes zum Argument wird, dann geschieht dies regelmäßig unter Rückgriff auf die „Gesetzesmaterialien“.<sup>4</sup>

1 Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik Bd. I<sup>11</sup>, 2013, Rn. 510.

2 Vgl. nur zur Frage, ob ein PKW als „Waffe“ im strafrechtlichen Sinn angesehen werden kann BVerfGK 14, 177; oder zu Grenzfällen rund um den polizeirechtlichen Gefahrenbegriff Ralf Poscher, Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter, Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S. 203 ff., 208.

3 Franz Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 347.

4 Die Rechtsanwendung greift kontinuierlich auf Gesetzesmaterialien zurück, um ihre Auslegung von Gesetzestexten zu rechtfertigen, - und das auch im Gegensatz zu bisweilen zurückhaltenden eigenen Aussagen über die allgemeine methodische Relevanz solcher Materialien vgl. für das Bundesverfassungsgericht Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. I<sup>11</sup>, 2013, Rn. 362; Michael Sachs, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung

Das Gesetzgebungsverfahren bringt neben dem Gesetzestext noch zahlreiche weitere Texte hervor: Als historische Materialien dienen Entwürfe, Gegenvorschläge, Berichte und Protokolle aus dem Gesetzgebungsverfahren selbst. Aus den dokumentierten Aussagen soll sich etwas über die Entstehung des Gesetzes erfahren lassen.

In der Praxis wird die zutreffende Auswertung der zahlreichen Gesetzesmaterialien und die Erforschung der Entstehungsgeschichte nicht selten aber zum Streitfall bei der Auslegung einer Passage im Gesetzestext.<sup>5</sup> Gerichte unterschiedlicher Instanzen, Mehrheitsvotum und Sondervotum, Kommentarliteratur und Behörden kommen mitunter bei der Auswertung von Gesetzesmaterialien in der gleichen Auslegungsfrage zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen. Wer im Rechtssystem mit Gesetzesmaterialien argumentiert, wählt dokumentierte Aussagen aus den Entwürfen, Berichten oder Protokollstrecken aus, die eine bestimmte Auslegungsrichtung stützen sollen. Das behauptete Ergebnis dieser Auswertung wird dann als „Wille des Gesetzgebers“ in die rechtliche Argumentation eingeführt. Damit wird beansprucht, dass es sich dabei nicht nur um Einzelaussagen oder Momentaufnahmen aus den Materialien handelt, sondern gleichsam um eine dominante Auffassung unter den Gesetzgebern.

Der Rückgriff auf Gesetzesmaterialien ist begrifflich stark durch eine intentionale Perspektive auf das Phänomen Rechtsetzung geprägt. Die Rechtsanwendung interessiert sich dafür, was „der Gesetzgeber“ mit dieser oder jener Formulierung im Gesetzestext beabsichtigt hat.<sup>6</sup> Der Blickwinkel, unter dem die Gesetzestexte und Materialien betrachtet werden, erinnert damit auch an Auslegungszugänge der Literaturwissenschaft, wenn dort nach den Autorintentionen gefragt wird.<sup>7</sup> Für Rechtswissenschaft und Praxis scheint die Redeweise vom „Willen des Gesetzgebers“ und die Frage nach seinen Regelungsabsichten stark damit verknüpft, Rechtssetzung als ein zweckgerichtetes, gestaltendes Handeln zu verstehen. Diese Perspektive auf die Beziehung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung mag im demokratischen Verfassungsstaat auch besonders naheliegen.<sup>8</sup>

---

des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1984, 73 ff.; für das Strafrecht *Eric Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 204 m.w.N.; *Wolfgang Seiler*, Höchststrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht, 1991, S. 171 ff.; *Thomas Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 130 ff.; für das BSG *Ursula Köbl*, Allgemeine Rechtstheorie – Aspekte der Gesetzesbindung, in FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, S. 1005 ff., 1052 ff.

5 Sogleich nur einige ausgewählte Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG unter A. III.

6 Zur Vorstellung von den „Gesetzgebungsorganen als Autoren des Rechts“ etwa *Thomas Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 226.

7 *Poscher*, Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin, in: Nolte/Poscher/Wolter, Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S. 203 ff., 212 zur notwendigen Vorstellung von *einem* (fiktiven) Autor bei der Interpretation von Gesetzestexten, „[...] konzeptionell ist der Autor für die Hermeneutik jedoch nicht tot zu kriegen“.

8 Dazu *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 371 ff., m.w.N.

Mit einer Orientierung an einem „Willen des Gesetzgebers“ bei der Verwertung von Gesetzesmaterialien handelt sich die Rechtsanwendung aber schwierige und noch ungelöste Probleme aus dem Gebiet der Rechtstheorie ein. Was soll man sich unter einem „Willen des Gesetzgebers“ vorstellen können? Was kann ein Personenkollektiv wollen? Wie bildet sich ein solcher Gesetzgeberwille? Und wer sind schließlich seine Träger?

Das Recht kann sich in solchen Fragen regelmäßig mit Fiktionen und normativen Konstruktionen behelfen, um seine eigene Anwendbarkeit zu sichern. Der „Wille des Gesetzgebers“ im System des Rechts ist schließlich das, was das Recht darunter verstehen will. Indem der „Wille des Gesetzgebers“ aber als eine Art Schlüsselbegriff an der Schnittstelle von Recht und Politik wirken soll, kann er sich nicht selbst von der Realität der Rechtssetzung beliebig abkoppeln.<sup>9</sup>

Die juristische Auslegung unterscheidet sich von anderen Formen der Textinterpretation – wie etwa der literarischen – auch dadurch, dass erstere besonders stark von normativen Grundsätzen eingerahmt ist.<sup>10</sup> Sie muss innerhalb dieses Rahmens erklären, warum ein bestimmter Aspekt der Gesetzgebungsgeschichte für die Auslegung relevant sein soll. So bleibt die historische Auslegung im Recht von vornherein ein stark zugeschnittener Rückblick auf die „tatsächliche“ Entstehungsgeschichte eines Gesetzes. Der Rückgriff über die Gesetzesmaterialien auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzestextes kann nur ein normativ überformter Vorgang sein.

Und dennoch ist die Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien bei der juristischen Argumentation auch durch die Erwartung motiviert, aus diesen Dokumenten tatsächlich etwas *erfahren* zu können.<sup>11</sup> Wenn das Ergebnis bei der Auswertung von Materialien als „Wille des Gesetzgebers“ bezeichnet werden soll, kommt das Recht nicht umhin, sich eine Vorstellung davon zu machen, was damit gemeint sein soll. Auch wenn es den „Willen des Gesetzgebers“ als Zurechnungsgröße ohne jede Entsprechung in der parlamentarischen Realität begreift, bedarf es einer Vorstellung über ihre Bedeutung, um Kriterien benennen zu können, wann bei einer Auswertung von Gesetzesmaterialien letztlich von einem „Willen des Gesetzgebers“ gesprochen werden kann.

Ohne Antworten auf die Fragen nach einer sinnvollen Vorstellung von einem „Gesetzgeberwillen“, seiner kollektiven Dimension und der personellen Trägerchaft bleibt es überaus schwierig, Regeln für die Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien zu entwickeln, wenn aus ihnen ein „Wille des Gesetzgebers“ ermittelt

<sup>9</sup> Näher dazu unter § 3 A. I.

<sup>10</sup> Zum „[...] Hineinwirken von Normen geltenden Rechts in den im Übrigen mit nicht-normativen Kunstregeln arbeitenden Vorgang der Konkretisierung.“ Müller/Christensen, Rn. 430 und zu den „methodenbezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips“ Rn. 361f.

<sup>11</sup> Zuletzt auch BGHSt., Beschl. v. 11.03.2015, Az.: 2 StR 495/12, Rn. 69f. – *Vorlage Wahlfeststellung*; bemerkenswert ist weiterhin, wie auch die Gesetzgebung mit einem aus Gesetzesmaterialien ermittelbaren, historischen „Willen des Gesetzgebers“ argumentiert zuletzt nur BR-Drs. 406/16, S. 21f.

werden soll. Allzu schnell gerät die Argumentation mit Gesetzesmaterialien unter den Verdacht, zum selektiven Rosinenpicken in den zahlreichen Dokumenten und Aussagen aus dem Gesetzgebungsverfahren zu werden. Bei günstiger Auswahl einzelner Aussagen könnte sich letztlich jedes Auslegungsergebnis mit Gesetzesmaterialien rechtfertigen lassen. Das *Ermitteln* eines „Willen des Gesetzgebers“ wird zum Behaupten.

Ohne einen Bestand an Kriterien bleibt die Argumentation mit Gesetzesmaterialien im Einzelfall kaum kontrollierbar. Eine maßstablose Verwendung von Gesetzesmaterialien läuft schließlich Gefahr, jeden methodischen Eigenwert für die juristische Auslegungspraxis zu verlieren.

Dieser Eindruck hat über Jahrzehnte hinweg den Kritikern gegenüber einer Argumentation mit Gesetzesmaterialien einen starken Ausgangspunkt geliefert.

In jüngster Zeit wird diese kritische Position sowohl von der Wissenschaft als auch von der Praxis zunehmend in Frage gestellt. Die Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien entsprach in der deutschen Rechtsordnung schon immer einer kontinuierlichen, wenn auch pragmatischen Praxis, nun aber werden die Verwendung und ihre Bedingungen wieder ausdrücklich reflektiert.<sup>12</sup> An diesem Punkt ordnet sich der Beitrag der vorliegenden Arbeit ein. Sie will erkunden, worauf die Schwierigkeiten und Unsicherheiten bei der Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien zurückzuführen sind. In der Auseinandersetzung mit den zentralen Einwänden und Problemen sollen Vorschläge für ein System rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien entwickelt werden.

## A. Die Argumentation mit Gesetzesmaterialien: Unsicherheit in ständiger Praxis

Die gegenwärtige Rechtsprechungspraxis, die Praxiskommentare und wissenschaftliche Literatur gehen davon aus, dass bei der Auslegung von Gesetzestexten „Gesetzesmaterialien“ grundsätzlich hilfreich und überzeugend sein können und als rechtliches Argument Beachtung verdienen.<sup>13</sup> Damit endet aber der „operative Konsens“<sup>14</sup> und es beginnen die praktischen Unsicherheiten im Umgang mit den

12 Tino Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017; Wischmeyer, Zwecke, 2015, insbes. S. 377 ff.; der Tagungsband von Holger Fleischer (Hg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, 76 ff.

13 Thomas Wischmeyer, Der „Wille des Gesetzgebers“, JZ 2015, 957. Demgegenüber zu einer rechts-historischen Epoche der sog. „exclusionary rule“, die im Anschluss an die Entscheidung *Millar v. Taylor* (1769) Gerichten in Großbritannien verbot, Materialien zu berücksichtigen Holger Fleischer, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in ders. (Hg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 1 ff., 21 ff.

14 Wischmeyer, JZ 2015, 957.

Gesetzesmaterialien. Es ist unklar, wie und warum eigentlich mit welchen Gesetzesmaterialien im Recht argumentiert werden kann.

## I. Unsicherheiten bei der Argumentation mit Gesetzesmaterialien im Recht

Zur Argumentation mit Gesetzesmaterialien<sup>15</sup> im Recht ergibt sich ein erstaunliches Stimmungsbild: Gesetzesmaterialien werden in ständiger Praxis bei juristischen Entscheidungen verarbeitet; die Rolle der einzelnen Dokumente und Aussagen ist aber immer noch weitgehend ungeklärt.<sup>16</sup> Was die Gerichte zu ihrem methodischen Programm bei der Materialienauswertung machen, was sie im Einzelfall tun, und welche Haltung die Wissenschaft zur Verwendung von Gesetzesmaterialien einnimmt, befindet sich in vielfachen Spannungslagen, die letztlich von großen Unsicherheiten im Umgang mit den Materialien zeugen.

### 1. Die Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht hat früh eine zurückhaltende Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Rechtsanwendung programmatisch angelegt, die sowohl von den Instanzgerichten als auch von der Literatur rezipiert wurde.<sup>17</sup>

*„Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“<sup>18</sup>*

15 Zur synonymen Verwendung von genetischer „Auslegung“, „Argumentation“ und „Begründung“ wenn mit Gesetzesmaterialien gearbeitet wird nur Michael Übelacker, Die genetische Auslegung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 5 ff.

16 Vgl. nur Ralph Christensen, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 44 ff.; Die „Gesetzesmaterialien“ sind der Rechtswissenschaft in vielen Teilen bis zuletzt als Thema eigenartig fremd und sperrig geblieben, vgl. auch den Titel des Sammelbandes Mysterium „Gesetzesmaterialien“, Fleischer (Hg.), 2013.

17 BVerfGE 1, 299, 299 und 312 – *Wohnungsbau*. Für die ständige Rechtsprechung des BVerfG Übelacker, Die genetische Auslegung, 1993, S. 58 ff. Die Rezeption durch den BGHSt zeichnet Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 226 ff. nach; für das Zivilrecht kann auf die bemerkenswerten Ausführungen bei BGHZ 46, 74, 79 – *Schallplatten I* verwiesen werden.

18 Die Grundaussagen zur Auslegungsmethodik waren dem Gericht bedeutsam genug, um sie in den zweiten Leitsatz der Entscheidung aufzunehmen BVerfGE 1, 299, 299 – *Wohnungsbau*. Die vorangestellten Aussagen „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung.“ [Hervorhebung nur hier] betreffen nicht die Frage nach der generellen Berücksichtigungsfähigkeit von Gesetzesmaterialien, als vielmehr die Feststellung, dass es für das Auslegungsergebnis nie allein-entscheidend auf Aussagen aus dem Gesetzgebungsverfahren ankommen kann. Die Entstehungsgeschichte determiniert nicht den Auslegungsprozess, sondern steuert nur ein einzelnes Argument oder Element bei. – Deshalb ist es insofern auch konsequent, wenn das Gericht nach dieser Einleitung selbstverständlich Gesetzesmaterialien in seiner Entscheidungsbegründung auswertet vgl. ebd. 312 f.

Der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien sollte danach also nur eine nachrangige, unterstützende Funktion bei der Gesetzesauslegung zukommen.<sup>19</sup>

Bereits im unmittelbaren Nachgang ließ sich allerdings beobachten, dass die Gesetzesmaterialien nicht nur für das Bundesverfassungsgericht, sondern auch für die Instanzgerichte tatsächlich eine weitaus bedeutendere Rolle spielten als sie mit der beständigen Wiederholung ihrer restriktiven Formel offenbar einräumen wollten.<sup>20</sup> Gesetzesmaterialien kamen nicht nur in zahlreichen Entscheidungen überhaupt als Argument zum Einsatz, sondern waren bisweilen sogar allein ausschlaggebend für das Ergebnis.<sup>21</sup>

So hat sich nach und nach das Bild von einer Praxis etabliert, die sich beim Umgang mit Gesetzesmaterialien selbst unvermeidlich einer gewissen Spannung aussetzt. Die methodische Programmatik soll sich im Widerspruch zur ständigen Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien bewegen.<sup>22</sup> Auch für den Umgang mit Gesetzesmaterialien scheint danach zu gelten, was *Ralph Christensen* dem methodischen Vorgehen der Rechtsanwendung zugespitzt bescheinigen will: „Die Gerichte tun nicht, was sie sagen, und sagen nicht, was sie tun.“<sup>23</sup>

Wie ist dieses Spannungsverhältnis aufzuklären? Und wie ist angemessen einzuschätzen, welche Bedeutung die Gerichte den Gesetzesmaterialien einräumen?<sup>24</sup>

Die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass es seine restriktiv anmutende Formel in einer Weise angewen-

19 Deutlich in diese Richtung die Weiterentwicklung bzw. Verselbstständigung der Formel bei BVerfGE 62, 1, 45 – *Bundestagsauflösung I*: „Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß die Gesetzesmaterialien mit Vorsicht, nur unterstützend und insgesamt nur insofern herangezogen werden sollen, als sie auf einen "objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen" (vgl. BVerfGE 1, 299 [312]; 6, 55 [75]; 6, 389 [431]; 10, 234 [244]; 36, 342 [367]; 41, 291 [309]).“ die immer stärker die Materialienberücksichtigung mit einer subjektiv-orientierten Auslegungstheorie kurzschließt, zu diesem Vorgehen krit. unter B. III.

20 Für das Bundesverfassungsgericht *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. I<sup>11</sup>, 2013, Rn. 362; *Sachs*, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1984, 73 ff.; für das Strafrecht *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 204 m.w.N.; *Seiler*, Höchststrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht, 1991, S. 171 ff.; *Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 152 ff.; für das BSG *Köbl*, Allgemeine Rechtstheorie – Aspekte der Gesetzesbindung, in FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, S. 1005 ff., 1052 ff.

21 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. I<sup>11</sup>, 2013, Rn. 362. Als Einzelbeispiel nur BGHZ 46, 74, 79 – *Schallplatten I*.

22 *Wischmeyer*, Zwecke, 2015, S. 378.

23 *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 64. Das ist aber weder ein Beweis für eine willkürliche Praxis noch aber eine Rechtfertigung für eine Praxis, die über ihr methodisches Vorgehen schweigt, dazu *Matthias Jestaedt*, Und er bewegt sie doch! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in Hans-Detlef Horn (Hg.), FS Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 267, 274.

24 Im Folgenden wird die Rolle der Gesetzesmaterialien nur unter dem Gesichtspunkt betrachtet, soweit sie ein Erkenntnisinstrument im Gesamtvorgang der Entscheidungsfindung und -rechtfertigung sein können, nicht aber etwa *das* determinierende Mittel. Deshalb wird hier die Materialienberücksichtigung unabhängig von einer Grundentscheidung für eine eher subjektive oder objektive Auslegungstheorie betrachtet. Zu diesen Zusammenhängen und Missverständnissen näher unter § 2 B II.

det hätte, um Materialien kategorisch aus dem Rechtsanwendungsprozess zu verdrängen.<sup>25</sup> Ganz im Gegenteil gehört die Argumentation mit Gesetzesmaterialien zur ständigen Methodik des Gerichts. Wie passen aber die programmatischen Aussagen dann zum eigenen praktischen Vorgehen? Ein neuerer Erklärungsansatz lenkt den Blick zurück auf die Grundentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung der Gesetzesmaterialien.<sup>26</sup> Dabei hat eine bislang dominante Einschätzung zum methodisch restriktiven Charakter dieser Grundentscheidung aus der Anfangszeit des Bundesverfassungsgerichts zuletzt eine kritische Revision erfahren.<sup>27</sup> Danach soll das Gericht den Gesetzesmaterialien schon ursprünglich eine stärkere Funktion zugeschrieben haben, als es die vorherrschende Lesart der Literatur den frühen wegweisenden Entscheidungen unterstellen wollte.<sup>28</sup>

Die Grundaussage des BVerfG zur Bedeutung der Materialien im *Wohnungsbauurteil* enthält bei genauer Betrachtung eine ausgesprochen offene Einstellung gegenüber ihrer Berücksichtigung bei der juristischen Auslegungsarbeit. So heißt es dort zwar zunächst: „*Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt [...].* Erst der Nachsatz dürfte aber eine ganz überwiegende Zahl der Auslegungsfälle betreffen: „*[...] oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.*“<sup>29</sup> Diese Grundentscheidung des Zweiten Senats wird flankiert durch ein vorausgegangenes Urteil des Nachbarnsenats, das in erster Linie mit Materialien zum Grundgesetz arbeitete, um seine Auslegungsfragen zu klären.<sup>30</sup> Die Grundaussagen zu den Gesetzesmaterialien aus der Anfangszeit des Gerichts stellen sich demnach weniger einheitlich dar als sie oftmals dargestellt werden und sind selbst geprägt vom Ringen um eine angemessene methodische Ausrichtung.<sup>31</sup>

Dass Programmatik und Praxis auf den ersten Blick auseinanderfallen, führt *Mathias Hong* auf eine zu einseitige Rezeption der Leitentscheidung sowohl durch die Literatur, aber auch durch spätere Entscheidungen des Bundesverfas-

25 Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. I<sup>11</sup>, 2013, Rn. 362 m.w.N.

26 Mathias Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, i.E., S. 103 f.

27 Vgl. hierzu die Neubewertung der Entscheidung bei Hong, Menschenwürdegehalt, S. 103 f.

28 Ebd.

29 BVerfGE 1, 299, 299 und 312 – *Wohnungsbau*.

30 BVerfGE 1, 117, 127 – *Finanzausgleich*: „*Der Sinn dieser Bestimmung des Grundgesetzes ist dunkel (vgl. Höpker-Aschoff, Das Finanz- und Steuersystem des Bonner Grundgesetzes. AöR 75, 321-326). Es ist deshalb sachdienlich, zu ihrem Verständnis die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Ein solches Verfahren ist nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtslehre jedenfalls bei neueren Gesetzen unbedenklich, für deren Auslegung sich feste Grundsätze noch nicht haben bilden können.*“

31 So enthält die als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnete Linie aus BVerfGE 1, 299, 312; 6, 55, 75; 6, 389, 431; 10, 234, 244; 36, 342, 367; 41, 291, 309 durchaus unterschiedliche Akzente bei der Rollenzuweisung an die Materialien. Vor allem die Formulierungen in BVerfGE 62, 1, 45 – *Bundesauflösung I* knüpfen nur sehr unentschieden an die bisherigen Aussagen an.

sungsgerichts selbst zurück.<sup>32</sup> Die programmatische Formel aus der Wohnungsbauentscheidung wurde als Relikt weiter mitgeführt, auch wenn in den Entscheidungen längst regelmäßig und auch ausschlaggebend Gesetzesmaterialien verwendet wurden.

Zu einer grundlegenden Erneuerung der methodischen Formel mag es deshalb nicht gekommen sein, weil sie den Gerichten eine flexible Handhabung der einzelnen Auslegungszugänge ermöglichte. So ließ die Formel es durchaus zu, die Entstehungsgeschichte gänzlich beiseite zu lassen, wenn schon auf einem anderen Weg etwa über Wortlaut oder Systematik eine Auslegung mit Überzeugungskraft gerechtfertigt werden konnte. Irritationen, die aus einem abweichenden Ergebnis der Materialienauswertung hätten entstehen können, konnten so ausgeblendet werden. Umgekehrt konnte in Zweifelsfällen, in denen sowohl Wortlaut als auch die Systematik für die Auslegungsfrage relativ unergiebig waren, auf die Materialien zurückgegriffen werden, um zu einem rechtfertigungsfähigen Auslegungsergebnis zu gelangen. Oder die Materialien wurden in Einzelfällen aktiviert, wenn sie das zuvor mit anderen methodischen Mitteln gefundene Zwischenergebnis zusätzlich stützten.<sup>33</sup> Dieser offenen Vorgehensweise entspricht dann auch die sich über Zeit etablierende Formel *„Ausschlaggebende Bedeutung kommt den Gesetzesmaterialien in der Regel nicht zu.“*<sup>34</sup>

Daneben hat das Bundesverfassungsgericht auch noch eine zweite Linie angelegt, die programmatisch einen zurückhaltenden Umgang mit den Gesetzesmaterialien in zeitlicher Hinsicht nahelegt. In der zweiten sehr frühen Grundentscheidung zur Materialienverwertung hat der 1. Senat sich zwar prinzipiell offener gegenüber der Auslegungsarbeit mit den Materialien gezeigt<sup>35</sup>, zugleich aber auch eine eigene restriktive Tendenz in seine Formel eingebaut:

*„Der Sinn dieser Bestimmung des Grundgesetzes ist dunkel [...] Es ist deshalb sachdienlich, zu ihrem Verständnis die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Ein solches Verfahren ist nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtslehre jedenfalls bei neueren Gesetzen unbedenklich, für deren Auslegung sich feste Grundsätze noch nicht haben bilden können.“*<sup>36</sup>

32 Hong, Menschenwürdegehalt, S. 106 f.

33 BVerfGE 111, 54, 91 f. – *Rechenschaftsbericht*. „Ausschlaggebende Bedeutung kommt den Gesetzesmaterialien in der Regel nicht zu (BVerfGE 6, 389 [431]; 41, 291 [309]; 45, 187 [227]; 62, 1 [45]). Dessen ungeachtet erfährt die in den angegriffenen Entscheidungen gefundene Auslegung jedoch auch in der Entstehungsgeschichte ihre Bestätigung. In der Entwurfsbegründung zu § 23 Abs. 4 Satz 1 PartG 1994 [...]“. [Kursivsetzung nur hier]. Auch BVerfGE 62, 1, 45 ff. – *Bundestagsauflösung I* für die Verfassungsauslegung.

34 BVerfGE 6, 389, 431 – *Homosexualität*; 41, 291, 309 – *Strukturförderung*; 45, 187, 227 – *Lebenslange Freiheitsstrafe*; 62, 1, 45 – *Bundestagsauflösung I* für die Verfassungsauslegung.

35 BVerfGE 1, 117, 127 – *Finanzausgleich*.

36 BVerfGE 1, 117, 127 – *Finanzausgleich* für die Auslegung des Verfassungstextes; sowie für die Auslegung von einfachen Gesetzesrecht BVerfGE 54, 277, 297 f. – *Revision*. Für die Auslegung von Kompetenznormen ausdrücklich auch BVerfGE 62, 1, 45 – *Bundestagsauflösung I*. Dazu Übelacker, Die genetische Auslegung, 1993, S. 62 f.

Diese programmatische Weichenstellung erlaubt es der Rechtsanwendung bei der Konkretisierung von jungen Gesetzen, zu denen sich noch kein Meinungsbestand aus Aufsatz- und Kommentarliteratur sowie aus gerichtlichen Präjudizen entwickeln konnte, die Entstehungsgeschichte und die Materialien als häufig einzig verfügbare und belastbare Orientierung außerhalb des Normtextes zu nutzen.<sup>37</sup> Die zitierten Ausführungen des Gerichts legen nahe, dass mit dem zunehmenden Alter des Gesetzes entstellungsgeschichtliche Argumente aber ihre Bedeutung verlieren sollen.

Die Diskussion in der Rechtswissenschaft um die Relevanz von Gesetzesmaterialien hat die Andeutungen des BVerfG zum Bedeutungsverfall der Gesetzesmaterialien aufgegriffen.<sup>38</sup> Vor allem diejenigen, die befürchten eine zu starke Relevanz oder sogar Bindung an Aussagen der Gesetzesmaterialien könnte zu einer „Versteinerung“ der Rechtsordnung führen, sehen in der dynamisch abnehmenden Bedeutung entstellungsgeschichtlicher Argumente ein angemessenes Verständnis, um die Flexibilität der Rechtsanwendung zu gewährleisten. Entstehungsgeschichtliche Argumente unterlägen damit ab dem Zeitpunkt der Verabschiedung von Rechtsnormen einer gewissen „Halbwertszeit“<sup>39</sup>. Ob die Aussagen des BVerfG überhaupt so klar für eine solche „Halbwertszeit“ sprechen, scheint angesichts der tastenden Formulierung zweifelhaft.<sup>40</sup> Jedenfalls wird auch diese restriktive Programmaussage von der tatsächlichen Rechtssprechungspraxis nicht konsequent durchgehalten. Dass das Bundesverfassungsgericht bei der Auslegung „älterer“<sup>41</sup> Gesetzestexte die Gesetzesmaterialien ignorieren oder prinzipiell schwächer gewichten würde, lässt sich nicht beobachten.<sup>42</sup> Interessanterweise

37 Zur besonderen Situation bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften *„Da normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften mit dieser Funktion an die bei ihrem Erlaß bestehenden Erkenntnisse in Wissenschaft und Technik anknüpfen und ihre rechtliche Außenwirkung erst verlieren, soweit die ihnen zugrundeliegenden Annahmen durch weitere gesicherte Erkenntnisfortschritte in Wissenschaft und Technik überholt (vgl. Beschluß vom 21. März 1996, a.a.O.) sind, werden sie in besonderem Maße von entstellungsgeschichtlich bedingten Erwägungen geprägt. Daher haben zeitnahe, im Verfahren hervorgetretene Willensbekundungen des Vorschriftengebers bei der Auslegung im Zweifel mehr Gewicht, als dies regelmäßig bei Rechtsnormen der Fall ist.“* BVerwGE 110, 216, 219 – *Reingas*.

38 Vgl. etwa Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, <sup>6</sup>2015, S. 34 f.; Hans-Martin Paulowski, Methodenlehre, <sup>2</sup>1991, S. 98.

39 Jestaedt, Der Wille des Verfassungsgesetzgebers, in Hans-Detlef Horn (Hg.), FS Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 267, 291.

40 BVerfGE 1, 117, 127 – *Finanzausgleich*; insbesondere auch die Aussagen bei BVerfGE 62, 1, 45 – *Bundestagsauflösung*.

41 So ist auch völlig unklar, wie eine „Halbwertszeit“ der Gesetzesmaterialien für die Rechtsanwendung praktikabel skaliert werden soll.

42 Übelacker, Die genetische Auslegung, 1993, S. 198 f.; ebenfalls kritisch für die Praxis des BGH Peter Fischer, Auslegungsziele und Verfassung, in Joachim Lang (Hg.), Die Steuerrechtsordnung in der Diskussion, FS Tipke, 1995, S. 187 ff., 192. Zu den generellen Schwierigkeiten für quantitative Rechtsprechungsanalyse, die die Materialienberücksichtigung statistisch auswerten wollen Simon, S. 205 ff.

zeichnet sich gerade für die Auslegung des nicht mehr ganz so jungen Grundgesetzes zudem eine gegenläufige Tendenz ab.<sup>43</sup>

Zuletzt haben sich vorsichtige Modifizierungen an der programmatischen Grundausrichtung verzeichnen lassen. So formuliert das Bundesverfassungsgericht nun:

*„Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen [...]. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift. Er gibt allerdings nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers. Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes oder anderen Auslegungsgesichtspunkten die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich, der sich der Richter nicht entgegenstellen darf [...]. Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt daneben den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu.“<sup>44</sup>*

Der Erste Senat hat in seiner Entscheidung zur Kettenbefristung von Arbeitsverträgen diese generelle Formel mit Blick auf die Gesetzesmaterialien noch weiter entfaltet:

*„In Betracht zu ziehen sind hier die Begründung eines Gesetzentwurfes, der unverändert verabschiedet worden ist, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat (Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG) und Bundesregierung (Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG) und die Stellungnahmen, Beschlussempfehlungen und Berichte der Ausschüsse. In solchen Materialien finden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen.“<sup>45</sup>*

Die Aussagen des Gerichts weisen auf eine Öffnung zugunsten der Materialienberücksichtigung hin. Sie werden zu einem gleichwertigen Auslegungsmittel neben den anderen anerkannten Auslegungszugängen erklärt. Die modifizierte Formel vollzieht damit auch die ständige Praxis der Gerichte bei der Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien nach.

Dass Gesetzesmaterialien in irgendeiner Weise für die Rechtsanwendung eine eigenständige Bedeutung haben, wird heute nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen.<sup>46</sup> Darüber hinaus erscheint in Teilbereichen der Auslegungsarbeit die Bedeutung der Gesetzesmaterialien besonders markant. So spielen Gesetzesmaterialien

43 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 251, Fn. 189, m.w.N., der den Grund dafür in der gerichtlichen Emanzipation von „rollen bzw. institutionentheoretisch verständlicher Distanzierung von subjektiv-historischen Gesichtspunkten in den Anfangsjahren“ sieht.

44 BVerfGE 133, 168, 205 – Deal; zuvor schon das Sondervotum Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio bei BVerfGE 122, 248, 282, 287 ff. – Rügeverkümmern.

45 BVerfG, Beschl. v. 06.06.2018 Az.: 1 BvL 7/14, Rn. 74 – Kettenbefristung.

46 Vgl. nur Wischmeyer, Zwecke, 2015, S. 378 m.w.N.; eine weitgehende Herabstufung in ihrer Bedeutung findet sich dagegen bei Stephan Meyer, Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze, Der Staat 48 (2009), S. 278 ff., 284 f.