

## **Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive\***

### I. Zur Einleitung: zwei Anwendungsfälle

1. Die Möglichkeit der Überwälzung der Kernbrennstoffsteuer und die Gesetzesbegründung
2. Der Versuch, den Sinn einer Vorschrift des Finanzausgleichsgesetzes in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht zu ergründen

### II. Abgrenzung zu verwandten Problemen

1. Verfassungsrechtliche Pflichten zur Gesetzesbegründung
2. Die „nachgeschobene“ Gesetzesbegründung: Begründung und Erläuterung des Gesetzes durch das Parlament im verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren
3. Gesetzesmaterialien, Wille des Gesetzgebers und Verhältnismäßigkeitsprüfung
4. Die Relevanz sonstiger „amtlicher“ Äußerungen für die Auslegung von Rechtstexten: Das Beispiel des „amtlichen“ Kommentars zum OECD-Musterabkommen

### III. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Einbeziehung von Gesetzgebungsmaterialien in die Gesetzesauslegung

1. Verfassungsrechtliche „Erwartungen“ an die Funktionsfähigkeit von Gesetzen im demokratischen Verfassungsstaat: Die verfassungsrechtliche Konnotation von Rechtsdogmatik und juristischer Methodenlehre als Seitenstücke von Konstitutionalisierung
2. Wille des Gesetzgebers oder Wille des Gesetzes als Auslegungsziel?
3. Der Zusammenhang zwischen parlamentarischem Gesetzgebungsverfahren und Gesetzgebungsmaterialien
4. Die Notwendigkeit zur Differenzierung hinsichtlich verschiedener Typen von Gesetzesmaterialien und von Gesetzen
5. Ein pragmatischer Ansatz als Verfassungserwartung: Die „Berücksichtigung“ der Gesetzesmaterialien im Rahmen anerkannter Methodik

### IV. Schlussfolgerungen

Das Grundgesetz enthält (fast) keine ausdrücklichen Normierungen zur Begründung von Gesetzen und damit zu Gesetzesmaterialien. Daher kann es im Folgenden neben einer Berücksichtigung der Staatspraxis mehr um Verfassungserwartungen, als um ausdrückliche Rechtsnormierungen gehen. Es wird sich zeigen, dass einerseits die Funktion des Gesetzes in der Verfassungsordnung, andererseits die Spezifika des Zustandekommens parlamentarischer Gesetze die verfassungsrechtlichen Determinanten für die mir aufgebene Fragestellung

darstellen. Dabei sei dem Verfassungsrechtler verziehen, dass gelegentlich die verfassungsgerichtliche Kontrollperspektive durchscheinen wird, auch wenn sich das Thema nicht darauf beschränkt<sup>1</sup>. Zur Illustration möchte ich mit zwei Fällen aus der Praxis beginnen.

## I. Zur Einleitung: zwei Anwendungsfälle

### 1. Die Möglichkeit der Überwälzung der Kernbrennstoffsteuer und die Gesetzesbegründung

Über die Verfassungsmäßigkeit der 2010 eingeführten Kernbrennstoffsteuer<sup>2</sup> herrscht zur Zeit Streit<sup>3</sup>. Zwei Finanzgerichte haben dem Bund die Gesetzgebungskompetenz abgesprochen<sup>4</sup>, u.a. da es sich mangels Überwälzbarkeit der Steuer auf den Stromkunden nicht um eine Verbrauchsteuer handle; ein anderes Finanzgericht hat in zwei Entscheidungen diese Argumentation verworfen<sup>5</sup>. Der Streit wird letztlich vor dem Bundesverfassungsgericht enden. Rechtsdogmatisch geht es darum, dass nach überkommener Lehre der Typus „Verbrauchsteuer“, der in Art. 105 und 106 GG als Kompetenzbegriff verwendet wird, die Über- oder zumindest Weiterwälzung der bei demjenigen Unternehmen, welches das Produkt in den Verkehr bringt, erhobenen Steuer auf den Endverbraucher, d.h. vom Steuerschuldner auf den Steuerträger notwendiges Merkmal einer Verbrauchsteuer sei<sup>6</sup>. Die Kläger in den Finanzgerichtsverfahren – die vier Atomstrom produzierenden Unternehmen – verweisen in diesem Streit auf die Gesetzesbegründung, in der in der Tat zu lesen ist, dass eine Überwälzung der Steuer auf die Stromkunden nicht gelingen wird<sup>7</sup>. Für die Entscheidung der anhängigen Klagen könnte es u.a. darauf ankommen, welche Bedeutung diese Äußerung in der Gesetzesbegründung hat. In den Verfahren wurde einerseits dargelegt, dass eine Überwälzung möglich ist, während die Gegner der Steuer das Gegenteil argumentativ untermauern. An dieser Stelle zeigt sich sehr schön ein Folgeproblem der Ausgangsfrage nach der (verfassungsrechtlichen) Bedeutung von

---

\* Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 539 ff.

<sup>2</sup> BGBl. I, 1804.

<sup>3</sup> Vgl. aus der Literatur dazu nur *Harald Jatzke*, Die Kernbrennstoffsteuer – Ein Exot im deutschen Verbrauchsteuerrecht, *ZfZ* 2010, 280; *Rainer Wernsmann*, Die Gesetzgebungskompetenz für die Kernbrennstoffsteuer, *NVwZ* 2011, 1368; *Roman Seer*, Vorläufiger Rechtsschutz bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes – Aussetzung der Vollziehung der Kernbrennstoffsteuerfestsetzung wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes, *DStR* 2012, 332; *Christian Waldhoff*, Die Kernbrennstoffsteuer als Verbrauchsteuer und die steuerrechtliche Typenlehre, *ZfZ* 2012, 57.

<sup>4</sup> FG Hamburg v. 16.9.2011, 4 V 133/11, *ZfZ* 2011, Beilage Nr. 4, 56; FG München v. 4.10.2011, 14 V 2155/11, *ZfZ* 2012, Beilage Nr. 1, 8.

<sup>5</sup> FG Baden-Württemberg v. 11.1.2012, 11 V 2661/11 und 11 V 4024/11, *BB* 2012, 222.

<sup>6</sup> Vgl. nur *BVerfGE* 27, 375 (384); *Jutta Förster*, Die Verbrauchsteuern, 1989; *Harald Jatzke*, Das System des deutschen Verbrauchsteuerrechts, 1997.

<sup>7</sup> *BT-DrS* 17/3054 v. 28.9.2010, S. 1, 2.

Gesetzesmaterialien für die Gesetzesauslegung: Was gilt, wenn eine Äußerung / Behauptung in der Gesetzesbegründung rechtlich oder tatsächlich unzutreffend, „falsch“ ist? Hat dies verallgemeinerungsfähige Auswirkungen auf die generelle Bedeutung von Gesetzesmaterialien in der juristischen Methodik?

*2. Der Versuch, den Sinn einer Vorschrift des Finanzausgleichsgesetzes in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht zu ergründen*

1999 fuhr ich als wissenschaftlicher Assistent mit meinem gerade emeritierten akademischen Lehrer *Klaus Vogel* von München nach Karlsruhe, da er in dem (dritten) Finanzausgleichsstreit den Freistaat Bayern vertrat und ich ihn in praktischen Dingen in diesem Verfahren unterstützte. Das Urteil vom 11. November 1999<sup>8</sup> führte schließlich zum sog. Maßstäbengesetz<sup>9</sup> – einem Lösungsansatz, der inzwischen als gescheitert gilt. In der zweitägigen mündlichen Verhandlung beschäftigte sich der juristische Diskurs schließlich u.a. mit einer Detailregelung des angegriffenen Finanzausgleichsgesetzes (FAG). Der Berichterstatter trug vor, dass er auch bei größter Anstrengung den Sinn eines Absatzes nicht verstehe. Die in der Norm getroffene Regelung sei sprachlich schlicht nicht zu ergründen. Er befragte daher die anwesende Parlamentarische Staatssekretärin des Bundesfinanzministeriums, die jedoch lächelnd ausführte, es könne kaum erwartet werden, dass sie den Sinn einer derartigen Detailregelung präsent habe und auf den ebenfalls anwesenden Referenten ihres Hauses verwies, der den FAG-Entwurf seinerzeit gefertigt hatte. Dieser unglückliche Beamte begab sich, sichtlich unwohl nach vorne Richtung Richtertisch, wo er eingestehen musste, dass er beim besten Willen nicht mehr rekonstruieren könne, was das Ministerium seinerzeit mit dieser Formulierung auch nur gemeint haben könnte und dass ihm auch heute kein plausibler Sinn einfallt. Im Gerichtssaal in Karlsruhe brach eine Mischung aus Belustigung und Unruhe aus. Das Vorkommnis ist im amtlichen Entscheidungsabdruck nicht wiedergegeben.

Diese beiden mehr oder weniger aktuellen Anwendungsfälle der Relevanz von Gesetzesbegründungen deuten die Vielschichtigkeit des Problems an: Müssen Gesetze überhaupt be-

<sup>8</sup> BVerfGE 101, 158; vgl. zur Problematik mündlicher Auskünfte zur Ermittlung des Gesetzessinns *Holger Fleischer*, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, AcP 211 (2011), S. 317 (331 f.).

<sup>9</sup> Gesetz über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen (Maßstäbengesetz – MaßstG) vom 9. September 2001, BGBl. I, 2302.

gründet werden? Wenn ja, dürfen oder müssen die Materialien bei der Interpretation herangezogen werden? Welchen „Rang“ haben sie im Konzert der Auslegungsmethoden? Besteht eine Bindung des Interpreten an die Materialien? Haben alle Materialien die gleiche Bedeutung? Wie ist mit Widersprüchen oder „falschen“ Aussagen in den Materialien zu Gesetzen umzugehen? Gelten die gefundenen Regeln für alle Gesetze gleichermaßen oder muss differenziert werden nach dem Typ des Gesetzes – vorkonstitutionelle/nachkonstitutionelle Gesetze; parlamentarische/administrative Materialien; sonstige Materialien, etwa beim „Outsourcing“ der Erstellung von Gesetzentwürfen; zivilrechtliche Kodifikationen/Maßnahmegesetze usw. Dieses Tableau möchte ich in den folgenden 25 Minuten aus verfassungsrechtlicher Warte vermessen. Dazu werde ich die Fragestellung durch Abschichtung verwandter Probleme noch etwas schärfen (sogleich unter II.) um dann im verfassungsrechtlichen Hauptteil zu entwickeln, was die Verfassungsordnung zu Gesetzesmaterialien explizit oder implizit aussagt bzw. erwartet und was daraus für die Auslegung der Gesetze folgt (unter III.). Die so gefundenen Ergebnisse leiten zu einigen weiterführenden Überlegungen (unter IV.) über, die den Ausblick bilden.

## II. Abgrenzung zu verwandten Problemen

Im Umfeld hiesiger Fragestellung stoßen wir auf verwandte Probleme, die zunächst abgeschichtet werden sollen.

### 1. Verfassungsrechtliche Pflichten zur Gesetzesbegründung

„Der Gesetzgeber schuldet ... nichts als das Gesetz“<sup>10</sup> – lautet eine bekannte Formulierung des Verfassungsrichters *Willi Geiger*. *Geiger* wollte damit aussagen, dass eine Gesetzesbegründung, ein Aufdecken der Motive des Gesetzgebers zumindest nicht von Verfassungs wegen gefordert sei<sup>11</sup>. Auf die Situation der Normenkontrolle gewendet bedeutet dies, dass nur das

---

<sup>10</sup> *Willi Geiger*, Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Berberich/Holl/Maaß (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*, 1979, S. 131 (141); das vollständige Zitat lautet: „Der Gesetzgeber schuldet den Verfassungsorganen und Organen im Staat, auch den Verfassungsgerichten, nichts als das Gesetz. Er schuldet ihnen weder eine Begründung noch gar die Darlegung seiner Motive, Erwägungen und Abwägungen.“

<sup>11</sup> Vgl. näher *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 539 ff.; *Christian Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des

Gesetz als solches, d.h. ausweislich seines Textes, Gegenstand verfassungsrichterlichen Reasonements ist. Die schlagwortartige Aussage ist jedoch in doppelter Hinsicht ergänzungs- bzw. erläuterungsbedürftig. Wie gleich noch zu zeigen sein wird, erfordert das parlamentarische Rechtsetzungsverfahren u.U. doch bestimmte Mindestbegründungen von Gesetzentwürfen. Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht in spezifischen Situationen auch eine materielle Begründungspflicht statuiert und zwar regelmäßig dann, wenn der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab defizitär war: So bei der Berufung des Haushaltsgesetzgebers auf die „Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ nach Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GG a.F. bis zur Einführung der sog. Schuldenbremse durch die Föderalismusreform II und bei der Anwendung des Untermaßstabs der Angemessenheit oder Zumutbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Höhe der Steuerbelastung, nachdem durch den Zweiten Senat der sog. Halbteilungsgrundsatz aufgegeben worden war. In beiden Fällen würde es zu gravierenden Verschiebungen im Gewaltenteilungsgefüge kommen und würden die funktionell-rechtlichen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit gesprengt, setzte sich das kontrollierende Gericht unabhängig von dokumentierten Erläuterungen an die Stelle des parlamentarischen Gesetzgebers. Ähnlich gelagert ist der Fall, dass der Bundesgesetzgeber sich auf die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG bei der Inanspruchnahme seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz stützt, wie dies in der Altenpflegeentscheidung ausführlich begründet und in weiteren Entscheidungen praktiziert worden ist<sup>12</sup>.

## *2. Die „nachgeschobene“ Gesetzesbegründung: Begründung und Erläuterung des Gesetzes durch das Parlament im verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren*

Wenn der Bundestag von Verfassungen wegen nicht verpflichtet ist, Gesetze zu begründen, stellt sich das Problem des Nachschiebens von Gründen, etwa im Normenkontrollverfahren<sup>13</sup>. Die Entstehung des Gesetzes ist zu diesem Zeitpunkt beendet. Motive können zu Zwecken der Auslegung nicht nachträglich untergeschoben werden und die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes somit auch nicht beeinflussen. Mit der Verkündung des Gesetzes hat das Parlament den

---

parlamentarischen Gesetzgebers, in: FS für Josef Isensee, 2007, S. 325 ff.; Uwe Kischel, Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, S. 260 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 106, 62 (135 ff.); 111, 225 (242 ff.) u.a.; dazu etwa Christian Waldhoff, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausübung von Gesetzgebungskompetenzen (Art. 72 Abs. 2; 75 Abs. 2; 125a Abs. 2 GG) – materielles Kompetenzzuweisungsrecht als Element einer Föderalismusreform, in: Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, 2005, S. 55 (61 ff.).

<sup>13</sup> Auf die strafrechtliche Judikatur des BGH bezogen Eric Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 276 ff.

Einfluss darauf verloren<sup>14</sup>. Die verkündete Version im Bundesgesetzblatt enthält nicht den „Willen“ der Abgeordneten oder ihrer Mehrheit, sondern das Gesetz des Parlaments als Rechtstext. Eine nachträgliche Interpretation durch das Parlament ist problematisch. Das Gesetz bindet vielmehr, wie es verkündet ist (Art. 82 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) – es sei denn, es würde geändert oder aufgehoben. „Die Stellungnahme des Bundestages im Normenkontrollverfahren kann demnach entweder nur bekannte Gründe für den Gesetzesbeschluß wiederholen, was unnötig ist, da sie bereits bekannt sind; oder aber sie kann andere Gründe nachschieben, was für die Beurteilung des Gesetzes unerheblich ist, da solche nachträglichen Gründe das Gesetzesverständnis nicht mehr beeinflussen können. Praktisch setzt sich dann vor dem BVerfG der politische Streit um das Gesetz fort; Mehrheit und Minderheit tauschen ihre bekannten Positionen ein weiteres Mal aus. Ein solches procedere wäre aber dem Verfassungsrechtsstreit nicht weiter förderlich. Daraus folgt zugleich: Schuldet die Legislative nichts anderes als das Gesetz ... so gibt es den Gesetzgeber, der vor dem BVerfG sein Gesetz mit Gründen verteidigen könnte, nach dem Grundgesetz überhaupt nicht. Das gilt erst recht, wenn sich der Bundestag zu einem vorkonstitutionellen Gesetz äußern soll, das er nicht verabschiedet hat und welches nie Gegenstand seiner Beratungen war.“<sup>15</sup>

### 3. Gesetzesmaterialien, Wille des Gesetzgebers und Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – etwa (aber nicht nur) durch ein Verfassungsgericht – bedeutet die Herstellung einer Zweck-Mittel-Relation und die Abwägung des eingesetzten Mittels zu dem intendierten Zweck<sup>16</sup>. In diesem Zusammenhang hat sich eine vierstufige Prüfung durchgesetzt: Zunächst ist der verfassungslegitime Zweck des zu überprüfenden Gesetzes zu bestimmen; anschließend sind Geeignetheit des eingesetzten Mittels zur Zielerreichung, die

<sup>14</sup> Vgl. auch *Simon* (Fn. 13), S. 276.

<sup>15</sup> *Christoph Gusy*, Das Parlament als Wahlorgan, als Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, in: *Schneider/Zeh* (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 60 Rdnr. 35. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu Lenkungssteuern statuiert ein explizites Verbot des Nachschiebens bestimmter Gründe, wenn etwa ein Gleichheitsverstoß durch ein Steuergesetz in der Normenkontrollsituation damit gerechtfertigt werden soll, dass damit ja ein Lenkungsziel verfolgt werde; seit der Vermögensteuerentscheidung von 1995 (BVerfGE 93, 121 (147 f.)) verlangt das Gericht eine tatbestandliche Vorzeichnung des Lenkungszwecks und damit eine „erkennbare Entscheidung des Gesetzgebers“; mit anderen Worten: Das Lenkungsziel muss von vornherein verfolgt worden sein, um etwa einen Gleichheitsverstoß rechtfertigen zu können, es kann nicht nachträglich „untergeschoben“ werden; zu dem Problem insgesamt *Rainer Wernsmann*, *Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem*, 2005, S. 240 f., 250 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 317 ff.; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 27. Aufl. 2011, Rdnr. 283; *Christian Hillgruber*, *Grundrechtsschranken*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 201 Rdnr. 51; *Verbindung zum Problem der Gesetzesmaterialien bei Helmut Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 516.

Erforderlichkeit des Mittels sowie im Wege einer Abwägung die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit oder Zumutbarkeit) zu prüfen<sup>17</sup>. Ein Zweck, der bereits als solcher nicht verfassungskonform ist, führt sogleich zur Unverhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung. Das Verfassungsrecht engt die erlaubten Zwecke dabei ein: Im Rahmen der sog. Dreistufenlehre zum Grundrecht der Berufsfreiheit können etwa Eingriffe auf der Stufe der objektiven Berufswahl nur dann gerechtfertigt werden, „soweit der Schutz besonders wichtiger (,überragender’) Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert“<sup>18</sup>. Qualifizierte Gesetzesvorbehalte nennen die legitimen Ziele, die der grundrechtseinschränkende Gesetzgeber bei seiner Regelung verfolgen darf<sup>19</sup>. Bei der Einschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte muss der verfassungslegitime Zweck durch verfassungsimmanente Schranken des Grundrechts unterfüttert sein, d.h. es müssen kollidierende Grundrechte Dritter oder sonstige mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter in Rede stehen<sup>20</sup>.

Die Gründe der grundrechtseingreifenden gesetzlichen Regelung, d.h. die Fixierung des Gemeinwohlbelangs, welcher die Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen soll, liegen beim Gesetzgeber, der dabei grundsätzlich nicht an in der Verfassung vorgezeichnete Zwecke oder Ziele gebunden ist: „Aber es ist prinzipiell der demokratische Gesetzgeber, der ein solches Interesse identifiziert und gesetzlich festlegt. In der Setzung der von ihm verfolgten Zwecke ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei“<sup>21</sup>. Bei der für die Relation und die Abwägung unverzichtbaren Bestimmung des Zwecks des zu überprüfenden Gesetzes stellt sich die Frage, ob das überprüfende Gericht an die etwa in den Gesetzesmaterialien explizierte Zweckvorgabe des Gesetzgebers gebunden ist oder ob der „wahre“ Zweck entscheidend ist. Im sog. Apothekenurteil etwa entnimmt das Bundesverfassungsgericht ausweislich der abgedruckten Entscheidung den Äußerungen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern in seinen Schriftsätzen bzw. in der mündlichen Verhandlung den in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellenden Zweck des Gesetzes<sup>22</sup>. Es wird dann ferner auch auf die Begründung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Apothekenwesen aus der dritten Legislaturperiode des Deutschen Bundestags zurückgegriffen, obgleich mittelbarer Angriffsgegenstand das seinerzeitige bayerische Apothekengesetz war.

<sup>17</sup> Vgl. etwa *Friedhelm Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 15.

<sup>18</sup> BVerfGE 7, 377 (405) – Apothekenurteil; vgl. auch *Hufen* (Fn. 17), Rdnr. 19.

<sup>19</sup> *Hillgruber* (Fn. 16), Rdnr. 59.

<sup>20</sup> BVerfGE 28, 243 (261) – Dienstpflichtverweigerung; BVerfGE 30, 173 (188) – Mephisto; vgl. näher *Hillgruber* (Fn. 16), Rdnr. 13 ff.

<sup>21</sup> *Hillgruber* (Fn. 16), Rdnr. 54; näher *Kischel* (Fn. 11), S. 281 ff.

<sup>22</sup> BVerfGE 7, 377 (413).

#### 4. Die Relevanz sonstiger „amtlicher“ Äußerungen für die Auslegung von Rechtstexten: Das Beispiel des „amtlichen“ Kommentars zum OECD-Musterabkommen

Ebenfalls unser Thema übersteigend ist die Problematik sog. amtlicher Kommentare zu Rechtsvorschriften, mit denen die Schöpfer solcher Werke authentische Interpretationen durchsetzen wollen. Ein Beispiel stellt der „amtliche“ Kommentar der OECD zu dem Musterabkommen für Doppelbesteuerungsabkommen dar; die Problematik wird konkret noch dadurch verschärft, dass das Musterabkommen gar kein typischer Rechtssatz ist, sondern eine Art Blaupause für die bilaterale Aushandlung dieser völkerrechtlichen Verträge bildet<sup>23</sup>. Ferner wird der Kommentar inzwischen in der Form einer ständig aktualisierten Loseblattsammlung publiziert, so dass die dort vorgetragenen Interpretationen oftmals DBA betreffen, die viel älter als die relevante Kommentierung sind. Ich habe entsprechende Ansichten der OECD an anderer Stelle bereits zurückgewiesen<sup>24</sup>.

### III. Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Einbeziehung von Gesetzgebungsmaterialien in die Gesetzesauslegung

#### 1. Verfassungsrechtliche „Erwartungen“ an die Funktionsfähigkeit von Gesetzen im demokratischen Verfassungsstaat: Die verfassungsrechtliche Konnotation von Rechtsdogmatik und juristischer Methodenlehre als Seitenstücke von Konstitutionalisierung<sup>25</sup>

Recht als normative zwangsbewerte Sollensordnung ist stets anwendungsorientiert. Rechtsnormen werden nicht um ihrer selbst willen geschaffen, sondern in der konkreten Erwartung, dadurch etwas zu bewirken<sup>26</sup>. Auch die Rechtswissenschaft besitzt im Kern und im Aus-

<sup>23</sup> Zu Bedeutung und Funktion des OECD-MA statt vieler *Klaus Vogel*, Einleitung, in: ders./Lehner (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 34 ff.

<sup>24</sup> *Christian Waldhoff*, Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen: Zweck und Rolle des OECD-Kommentars, in: Steuerberaterjahrbuch 2005/2006, S. 161 ff..

<sup>25</sup> Die nachstehenden Ausführungen lehnen sich an Überlegungen zur Funktion von Rechtsdogmatik an: *Christian Waldhoff*, Lob und Kritik der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionenorientierung, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was können wir über Rechtsdogmatik wissen? 2012, S. 17 ff.

<sup>26</sup> Zur Gestaltungs- und Steuerungsfunktion von Recht allgemein *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 251 f.; *Bernd Rüthers*, Rechtslehre, 1999, Rdnr. 72 ff.; zur Intention der Verhaltenssteuerung im Zivilrecht *Gerhard Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006), S. 352.



gangspunkt daher zunächst eine praktische Aufgabe<sup>27</sup>. Im Recht sind politische Entscheidungen in Rechtsnormen gegossen, um soziale Konflikte friedlich aber verbindlich mit juridischer Sachlogik entscheidbar zu machen<sup>28</sup>. Das gilt in dieser Abstraktion für alle Teilrechtsgebiete: Im öffentlichen Recht einschließlich des Strafrechts steuert der Rechtssetzer, d.h. der Staat verbindlich-autoritativ; mit der Zivilrechtsordnung wird der Gesellschaft ein Fundus an Rechtsnormen und -modellen zum privatautonomen Gebrauch mit staatlicher Rechtsdurchsetzungsgarantie zur Verfügung gestellt. Beide Bereiche überlagern sich freilich zunehmend<sup>29</sup>. Recht dient somit der sozialen Steuerung<sup>30</sup> – wobei der Begriff der „Steuerung“ hier zunächst ohne die vielfältigen Konnotationen der sog. neueren Steuerungsdiskussion<sup>31</sup> verwendet wird. Im demokratischen-parlamentarischen Verfassungsstaat handelt es sich um eine demokratisch legitimierte Steuerung der Gesellschaft durch Rechtsnormen. Das Gesetz bildet dabei die zentrale Steuerungsressource, das zentrale Steuerungsmedium<sup>32</sup>. Unsere Verfassung legt demnach ein Herrschaftsmodell zugrunde, in dem demokratisch legitimiert in Formen des Rechts Steuerung und Konfliktbehebung betrieben wird. Die „demokratische Steuerung“ der Gesellschaft durch das Recht nimmt von vornherein den großen Bogen von der generell-abstrakten Norm zur Einzelanwendung und Einzeldurchsetzung in Bezug<sup>33</sup>. Die konkreten Akte der Rechtsanwendung erlangen ihre Legitimität in der Sache, d.h. inhaltlich in erster Linie durch das demokratische Gesetz sowie ergänzend durch die ebenfalls, wenn auch nur indirekt demokratisch legitimierten Mitglieder des sog. Rechtsstabes (Richter oder Beamte)<sup>34</sup>. Das skizzierte Modell kann auf sämtlichen Ebenen weiter differenziert werden; der Grundgedanke bleibt doch gleich. Auch symbolische<sup>35</sup> oder final programmierte Normen<sup>36</sup>, verschiedene

<sup>27</sup> Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 234; Jan Harenburg, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, S. 154 und öfter.

<sup>28</sup> Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 für die Verfassungsebene; ders., Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 470; ders., Die Politik der Gesellschaft, 2000, S. 390 f. und öfter; Udo Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998, S. 3 f., 38 ff. und öfter.

<sup>29</sup> Vgl. an dieser Stelle nur den Sammelband Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; Röhl/Röhl (Fn. 26), S. 426 ff.

<sup>30</sup> Röhl/Röhl (Fn. 26), S. 251 f.

<sup>31</sup> Allgemein Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rdnr. 18 ff.

<sup>32</sup> Helmuth Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 152 f.

<sup>33</sup> Christian Waldhoff, Staat und Zwang, 2008, S. 16 ff.; in anderem Zusammenhang ähnlich Helmuth Schulze-Fielitz (Fn. 32), S. 139 ff.; allgemein zum Spannungsverhältnis von Norm und Einzelanwendung Röhl/Röhl (Fn. 26), S. 151 f.; zum „intentionalen Charakter der Sanktion“ und von Normen ebd., S. 218, 268.

<sup>34</sup> Zu den verschiedenen, einander ergänzenden Modi demokratischer Legitimation Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rdnr. 14 ff.

<sup>35</sup> Vgl. begriffsprägend Wilhelm Aubert, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Hirsch/Rehbinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie (Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie), 1967, S. 284; systematisierend Gertrude Lübke-Wolff, Erscheinungsformen symbolischen Umweltrechts, in: Hansjürgens/dies. (Hrsg.), Symbolische Umweltpolitik, 2000, S. 25.

Stufen der Rechtssetzung unter Einbeziehung untergesetzlicher Normen<sup>37</sup>, indirekte und private Formen der Rechtsanwendung und -durchsetzung<sup>38</sup>, Verwischungen und Überlagerungen zwischen den traditionellen Rechtsgebieten<sup>39</sup> und die Einbettung in eine supranationale und in internationale Strukturen<sup>40</sup> verändern das Modell im Kern nicht. Der entscheidende, m.E. bisher vernachlässigte Aspekt in diesem Kontext ist folgender: Auch die *Rechtsanwendung*, die Methodik des Umgangs mit diesen Normen, gehört zum Modell. Der demokratische Verfassungsstaat würde sich seiner Steuerungs- und Gestaltungsoptionen begeben, hätte er keinerlei Einfluss auf die Rechtsverwirklichung im Einzelfall. Die im Gesetz vorhandenen generell-abstrakten Normen als solche sind der Ausgangspunkt, der wesentliche Teil der inneren Steuerung des beschriebenen Herrschaftsmodus. Das Grundgesetz hat dieses Problem in bundesstaatlicher Differenzierung aufgenommen und durch die genaue Festlegung der Vollzugs-kompetenzen in Art. 83 und Art. 108 gesteuert. Jeder Jurist weiß, wie wichtig diese Vollzugs-kompetenzen und das von den Behörden anzuwendende Verfahren für die Verwirklichung des inhaltlichen Programms der Gesetze sind.

Für Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik gibt es jedoch kaum explizite Regelungen. Nun ist es – von berühmten Ausnahmen abgesehen (Art. 1 schweizerisches ZGB; § 46 der Einleitung zum PrALR<sup>41</sup>) – auch unüblich, dass der Gesetzgeber die Methodik der Rechtsanwendung statuiert. Eine kurze Kontrollüberlegung zeigt warum: Würden etwa die Auslegungsregeln positiviert, käme man in eine Art infiniten gedanklichen Regresses, denn diese Normen müssten ja ebenfalls ausgelegt werden und sie könnten nicht selbst ihre eigene Auslegung verbindlich festlegen. D.h. zur demokratischen Rechtsverwirklichung gehört auch eine zumeist ungeschriebene Methodik der Rechtsanwendung<sup>42</sup> und die dadurch hervorgebrachten dogmatischen Ergebnisse. Methodik meint hier einerseits Auslegungs- und Anwendungsregeln, andererseits auch die Art und Weise, wie die gefundenen Ergebnisse, verarbeitet, systematisiert, anwendungsbezogen aufbereitet, d.h. letztlich: dogmatisiert werden. Diese juristische Metho-

---

<sup>36</sup> Vgl. begriffsprägend *Niklas Luhmann*, *Recht und Automation*, 1968, S. 35 ff.; *dens.*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 195 ff.; systematisierend *Rüdiger Breuer*, *Konditionale und finale Rechtssetzung*, AöR 127 (2002), S. 523.

<sup>37</sup> Vgl. nur *Oliver Lepsius*, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1, 27 ff.

<sup>38</sup> Vgl. nur *Christian Waldhoff*, *Vollstreckung und Sanktionen*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2009, § 46 Rdnr. 13 ff.

<sup>39</sup> Vgl. dazu nur den Sammelband von *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* (Hrsg.) (Fn. 29).

<sup>40</sup> Vgl. nur die Referate von *Stefan Kadelbach* und *Christian Tietje*, *Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen*, in *VVDStRL 66* (2006), S. 7 und 45.

<sup>41</sup> Vgl. zu ähnlichen Normen *Klaus F. Röhl*, *Vorlagepflichten als Auslegungsgebote*, in: *GS Wenz*, 1999, S. 445, 447 ff.

<sup>42</sup> Vgl. ähnlich etwa auch *Friedrich Müller*, *Recht – Sprache – Gewalt*, 1975, S. 28 ff.

dik und die anwendungsorientierte Dogmatik werden sowohl von der Verfassung als auch von den einfachen Gesetzen vorausgesetzt, da beide ihre oben skizzierten Funktionen sonst nicht erfüllen könnten. Das wird bei der in Deutschland traditionell üblichen autonomen Behandlung von Methodenfragen vernachlässigt. In den – zugegebenermaßen in mehrfacher Hinsicht in die Jahre gekommenen – Standardwerken zur juristischen Methodenlehre findet eine Rückkopplung der Methodik an die Verfassung allenfalls am Rande statt<sup>43</sup>. Zentralsätze, wie die lex-posterior-Regel, ergeben sich dabei unmittelbar aus verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, hier dem Demokratieprinzip: Danach kann eine neue demokratische Mehrheit Regelungen einer alten demokratischen Mehrheit ersetzen oder verändern; dieselbe Mehrheit kann dies ebenfalls tun, wenn sie zu neuen Erkenntnissen gelangt oder ihren politischen Willen ändert. Eine solche Rückführung auf die Verfassung wird man so direkt nicht für alle methodischen Instrumente, mit denen Rechtsanwendung üblicherweise durchgeführt wird, finden. Gleichwohl müssen wir im demokratischen Verfassungsstaat davon ausgehen, dass insbesondere die formal logisch abgeleiteten Sätze und Schritte der Rechtsanwendung von der Verfassung und damit von der Rechtsordnung vorausgesetzt werden. Die durch die juristische Methodik, durch die Sachlogik des Rechts evozierte juristische Rationalität ist notwendige Bedingung des Rechts- und damit des Herrschaftsmodells, das unsere Verfassung voraussetzt und aufnimmt. Andernfalls wäre die skizzierte demokratische Steuerung und Gestaltung nicht möglich. Diese Überlegungen deuten die verfassungsrechtliche Relevanz der Bedeutung von Gesetzesmaterialien an. Zugleich wird jetzt schon deutlich, dass der Verfassung kaum eindeutige, für alle Fälle gültige Aussagen zu der Frage zu entnehmen sein wird, sondern dass das Grundgesetz auch in dieser Frage<sup>44</sup> eine Art Rahmenordnung bildet.

## 2. Wille des Gesetzgebers oder Wille des Gesetzes als Auslegungsziel?

---

<sup>43</sup> Vgl. etwa *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 360, wo – bezeichnend – die Verfassungsinterpretation als „Sonderproblem“ abschließend gestreift wird; ähnliche Befunde könnten bei *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 1991, *Helmut Coing*, Juristische Methodenlehre, 1972, und *Jan Schapp*, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983, festgestellt werden; demgegenüber kann den Werken von *Friedrich Müller*, *Bernd Rüthers* und *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl* (Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 603: „Die juristische Methodenlehre bildet die Fortsetzung der Rechtsquellenlehre. ... Methodenfragen sind insoweit Verfassungsfragen“) dieser Vorwurf gerade nicht gemacht werden. Vgl. insgesamt auch *Ralf P. Schenke*, Methodenlehre und Grundgesetz, in: Dreier (Hrsg.), Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes, 2009, S. 51.

<sup>44</sup> Zu dem Konzept der Verfassung als Rahmenordnung (v.a. gegenüber dem Gesetzgeber und gegenüber der Rechtsanwendung) maßgeblich *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 11 (13 ff.).

Die nachgerade „klassische“ Zentralfrage der Bedeutung von Gesetzesmaterialien für die Auslegung von Gesetzen ist die Frage nach dem Ziel der Auslegung<sup>45</sup>. Hier stehen sich – in nicht ganz glücklicher Terminologie – subjektive und objektive Auslegung gegenüber: gilt der Wille des „historischen Gesetzgebers“<sup>46</sup> – was immer das sein mag – oder objektiviert sich der Gesetzessinn im Laufe der Zeit? Unter verfassungsrechtlichen Auspizien hat diese Fragestellung einen demokratietheoretischen Hintergrund<sup>47</sup>. Wenn wir das Gesetz – wie eben geschehen – als zentrale demokratische Steuerungsressource schlechthin sehen, geht dieses Modell nur auf, sofern die Intention desjenigen, der das Gesetz verantwortet, dem es zuzurechnen ist, maßgeblich bleibt. Dass bedeutet freilich zunächst auch, dass überkommene Gesetze, die aus einem anderen verfassungsrechtlichen Legalitätszusammenhang stammen („vordemokratisch“ sind, wie etwa der Kern des BGB) nicht unter dieser Prämisse oder zumindest nicht in gleicher Strenge stehen können. Das BGB – um beim prominentesten deutschen Beispiel zu bleiben – gilt unter dem Grundgesetz, weil Art. 123 Abs. 1 GG dies angeordnet hat: „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht.“ Damit hat sogar der *pouvoir constituant*, die verfassungsgebende Gewalt die deutsche Zivilrechtskodifikation „in ihren Willen aufgenommen“. Inwieweit damit jedoch die konkreten Motive einzelner Bestimmungen konstruktiv ebenfalls aufgenommen worden sind, erscheint fraglich, ist wohl kaum zu begründen<sup>48</sup>. D.h. für vor-konstitutionelles Recht bedarf der subjektive Auslegungsansatz besonderer Vorsicht. Noch deutlicher wird dies bei im nationalsozialistischen Staat gesetztem Recht, das freilich nur

---

<sup>45</sup> *Axel Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970; *Larenz* (Fn. 43), S. 316 ff., 328 ff.; *Franz Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 428 ff.; *Kischel* (Fn. 11), S. 267 ff.; *Röhl/Röhl* (Fn. 26), S. 627 ff.; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 116 ff.; *Fleischer* (Fn. 8), S. 321 ff.; die Frage nach der Bedeutung von Gesetzesmaterialien betrifft dabei die genetische, nicht die historische Auslegung; die genetische Auslegung fragt nach den Motiven im Gesetzgebungsverfahren, d.h. „des Gesetzgebers“, die historische Auslegung sucht den Sinn der Norm durch Vergleiche von Normen unterschiedlicher Zeitschichten zu ergründen, vgl. statt vieler nur m.w.N. *Simon* (Fn. 13), S. 208 f.; *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 153 ff.; zur Rechtspraxis des BVerfG in diesem Zusammenhang *Michael Sachs*, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1984, S. 73; *Otto Depenheuer*, Politischer Wille und Verfassungsänderung, DVBl. 1987, S. 809 (811 ff.).

<sup>46</sup> Zu der Unterscheidung „Wille des Gesetzgebers“ und „Wille des Gesetzes“ *Simon* (Fn. 13), S. 215 ff.; zu den Grenzen der Willensmetapher in staatsrechtlicher Sicht anhand der Staatsrechtsdogmatik des Kaiserreichs *Christian Waldhoff*, Die Staatsperson und ihre Handlungen – „Staatswillenspositivismus“ als mittelbare Rezeption psychologischer Ansätze, in: Schmoekel (Hrsg.), Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs, 2009, S. 237.

<sup>47</sup> A.A., wenngleich insofern wenig überzeugend, *Simon* (Fn. 13), S. 210 f., 258 f., der die Gewaltenteilung als zentrale verfassungsrechtliche Größe nennt, freilich die subjektiv-historische Auslegung unterschiedslos für Normen aus allen Phasen der Verfassungsgeschichte diskutiert. Verfassungsrechtlich können in erster Linie freilich Aussagen v.a. für unter dem Grundgesetz, also im selben demokratischen Legitimationszusammenhang geschaffene Normen, getroffen werden.

<sup>48</sup> Zur Entstehungsgeschichte des BGB einschließlich methodischer Folgerungen daraus etwa *Reinhard Zimmermann*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts, in: Schmoekel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, S. 1 ff.

dann fort gilt, wenn es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, d.h. keine spezifisch nationalsozialistischen Inhalte umfasst<sup>49</sup>. Schwieriger wäre zu beantworten, wie unter einem anderen demokratischen Gesetzgeber, nämlich unter der Weimarer Reichsverfassung in Kraft gesetzten Rechtsnormen zu verfahren ist.

Mit Verfassungsrecht und Demokratietheorie kommt man freilich an dieser Stelle allein nicht aus. Gegen einen radikalisierten Subjektivismus, so bestechend er demokratietheoretisch auch sein mag, spricht m.E. die Struktur von Normativität als dem Proprium von Rechtsnormen. Die generell-abstrakte Norm mit in der Zukunft offenem Regelungsanspruch beißt sich mit einem allzu punktuell konstruierten subjektiven Willen eines Zurechnungssubjekts. Anders ausgedrückt: Der jeder Rechtsnorm inhärente Sein-Sollen-Dualismus trägt eine begrenzte und kontrollierte Objektivierung der Norm in sich. Vielleicht kommt in mehrfacher Brechung in den §§ 133, 157 BGB dies in einem ganz anderem Zusammenhang allgemeingültig zum Ausdruck<sup>50</sup>.

Damit werden die üblichen Einwände gegen die subjektiv-historische Auslegung – wer ist eigentlich der Gesetzgeber? Was gilt, wenn kein Wille ermittelbar ist? usw. – als eher praktische Unzulänglichkeiten<sup>51</sup> beiseitegeschoben.

### *3. Der Zusammenhang zwischen parlamentarischem Gesetzgebungsverfahren und Gesetzgebungsmaterialien*

Parlamentarische Rechtsetzung ist ein gestufter Prozess<sup>52</sup>. Demokratische Legitimation als die Hauptquelle von Rechtsgeltung und Rechtsakzeptanz wird in normierten Verfahren hergestellt<sup>53</sup>. Diese sind – das sog. äußere Gesetzgebungsverfahren – in der Verfassung selbst nor-

<sup>49</sup> Erstaunlicher Weise kaum Bedenken hinsichtlich der Berücksichtigung auch des historischen Willens des nationalsozialistischen Gesetzgebers bei *Simon* (Fn. 13), S. 258, 279 f. Klassische Unterscheidung zwischen Akten des Normen- und des Maßnahmenstaats bei *Ernst Fraenkel*, *Der Doppelstaat*, 1941, deutsch 1974.

<sup>50</sup> Ähnlich *Simon* (Fn. 13), S. 213, 218 ff.

<sup>51</sup> Vgl. etwa *Simon* (Fn. 13), S. 213 f. und öfter; *Hansjörg Seiler*, *Praktische Rechtsanwendung*, 2009, S. 43 f.

<sup>52</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), S. 153 f., 206 ff., 255 ff. und passim; *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 1980, S. 613 ff.; *Hans Schneider*, *Gesetzgebung*, 3. Aufl. 2002, S. 80, spricht anschaulich von „Gesetzgebungsarbeit“; Verbindungslinien zwischen dem gestuften Gesetzgebungsprozess und der juristischen Methodik jeweils unterschiedlich bei *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 631 ff.; *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, S. 119 f.

<sup>53</sup> Insgesamt *Wolfgang Zeh*, *Parlamentarisches Verfahren*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 53; *Fritz Ossenbühl*, *Verfahren der Gesetzge-*

miert, zum Teil jedoch auch über das Geschäftsordnungsrecht der Selbstorganisation der beteiligten Kollegialorgane überantwortet worden. Auf Verfassungsebene werden dabei sowohl die Verbands-, als auch die Organkompetenzen zugeteilt um dann für die Bundesgesetzgebung differenzierte Verfahrensschritte festzulegen<sup>54</sup>. Diese gestuften Verfahren setzen Kommunikation zwischen den beteiligten Organen voraus; solche Kommunikation beruht auf Informationen über die zu beschließenden Projekte<sup>55</sup>. Das setzt zwar vielleicht nicht zwingend die schriftliche Begründung der entsprechenden Anträge voraus, führt jedoch de facto zu diesem Ergebnis<sup>56</sup>. Vereinzelt normiert in diesem verfahrensrechtlichen Zusammenhang auch das Grundgesetz Begründungspflichten im Gesetzgebungsverfahren: Geht die Gesetzesinitiative von der Bundesregierung aus, so ist der Entwurf zunächst dem Bundesrat zuzuleiten, Art. 76 Abs. 2 Satz 1 GG. In dem sich anschließenden Satz 2 heißt es: „Der Bundesrat ist berechtigt, innerhalb von sechs Wochen zu diesen Vorlagen Stellung zu nehmen.“ Ähnlich heißt es für Regierungsvorlagen im dritten Absatz dieses Artikels: „Vorlagen des Bundesrates sind dem Bundestag durch die Bundesregierung innerhalb von sechs Wochen zuzuleiten. Sie soll hierbei ihre Auffassung darlegen.“ Gesetzesbeschließendes Staatsorgan ist letztlich der Deutsche Bundestag als Parlament.

In dem wiederum gestuft-gegliederten parlamentarischen Beratungsverfahren werden notwendigerweise weitere Gesetzesmaterialien „produziert“, denn parlamentarische Verhandlungen sind nicht nur öffentlich, sondern werden auch durch Protokolle dokumentiert. Es besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur parlamentarischen Beratung von Gesetzen; *Jörg Lücke* spricht hier von einer „andere(n) Form staatsinterner parlamentarischer Begründungspflichten“<sup>57</sup>.

Weitere Regelungen zur Begründung von Gesetzesvorlagen finden sich im Geschäftsordnungsrecht: Nach § 76 Abs. 2 GO-BTag „müssen“ Gesetzesentwürfe aus der Mitte des Bundestags „mit einer kurzen Begründung versehen werden“. Die Kommentarliteratur führt dazu aus, dass der Hinweis auf die Kürze nur dem Missbrauch vorbeugen soll, grundsätzlich jedoch die Begründung nicht auf einen bestimmten Umfang begrenzt<sup>58</sup>. Staatsrechtlich wird in diesem Zusammenhang diskutiert, inwieweit das Geschäftsordnungsrecht Anforderungen des Grundgesetzes verschärfen kann – ein Problem, das uns hier nicht weiter interessiert, da da-

---

bung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 102.

<sup>54</sup> Vgl. nur *Schneider* (Fn. 52), Rdnr. 85 ff.

<sup>55</sup> Vgl. auch *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), S. 277 ff.

<sup>56</sup> Ähnlich *Schneider* (Fn. 52), Rdnr. 134; *Johannes Masing*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rdnr. 62; *Fleischer* (Fn. 8), S. 329.

<sup>57</sup> *Jörg Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 35.

<sup>58</sup> *Hans Troßmann/Hans-Achim Roll*, Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages. Ergänzungsband, 1981, § 76 Rdnr. 8; *Hans-Achim Roll*, Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages. Kommentar, 2001, § 76 Rdnr. 2.

von allenfalls die Frage abhängt, ob eine Gesetzesvorlage ohne eine von der Geschäftsordnung geforderte Begründung schon aus diesem Grund verfassungswidrig wäre und etwa vom Bundestagspräsidenten zurückgewiesen werden könnte oder müsste<sup>59</sup>. Während die Geschäftsordnung des Bundesrates Begründungen von Vorlagen eher voraussetzt als explizit normiert, findet sich in der Anlage zur Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien sogar ein Gliederungsschema für Gesetzesbegründungen<sup>60</sup>.

Etwas anders gelagert sind die Begründungspflichten im Rahmen von Volksbegehren<sup>61</sup>, da diese eine Informationspflicht gegenüber dem abstimmungsberechtigten Volk erfüllen, denn der Sinn und Zweck des vorgeschlagenen Gesetzes kann sich hier nicht in einer parlamentarischen Beratung offenbaren<sup>62</sup>.

Allen diesen „verfahrensrechtlichen Begründungserfordernissen“ im Rahmen eines kommunikativ verstandenen gestuften Gesetzgebungsprozesses gemein ist die Tatsache, dass es sich jeweils um Stellungnahmen einer Stelle, eines Organs oder Teilorgans im Gesetzgebungsverfahren handelt, die schon aus diesem Grund keine Authentizität hinsichtlich des Verständnisses des Gesetzes für sich beanspruchen kann<sup>63</sup>. Begründet wird nicht „das Gesetz“, sondern begründet werden Entwürfe und andere Zwischenschritte zum Gesetz<sup>64</sup>. Gesetzesmaterialien betreffen regelmäßig Teilschritte im gestuften Gesetzgebungsverfahren. *Jörg Lücke* spricht daher von „interner“ in Abgrenzung zu „externer Begründung“<sup>65</sup>.

War bisher eher von Begründungspflicht bzw. dem – sei es rechtlichen, sei es faktischen – Zwang zur Begründung von Gesetzen als rationale Folge von Verfahrensabläufen die Rede, gilt es nicht aus dem Auge zu verlieren, dass man die Begründung von Gesetzen und d.h. die Produktion von Gesetzesmaterialien auch als genuin politisches Mittel, als „Chance“ sehen kann, spätere Gesetzesanwendung über den reinen Wortlaut der Norm hinaus informell jedoch effektiv zu steuern und zu beeinflussen. Im Sinne einer klassischen „indirekten Gewalt“ setzt der Verfasser einer der Sache nach interpretationsleitenden Begründung einen Text in die Welt, der von allen späteren Interpreten zumindest beachtet werden muss, an dem man

<sup>59</sup> Dazu etwa BVerfGE 1, 144 (158 ff.); *Hans Troßmann*, Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages, 1977, § 97 Rdnr. 4; *Masing* (Fn. 56), Art 76 Rdnr. 62; *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), S. 178, 516 ff.

<sup>60</sup> *Konrad Reuter*, Praxishandbuch Bundesrat, 2. Aufl. 2007, § 26 GO Rdnr. 18 f.

<sup>61</sup> Art. 59 Abs. 2 Satz 1 Verf. BaWü; Art. 74 Abs. 2 BayVerf.; Art. 60 Abs. 1 Satz 2 Verf. MeckVp.; Art. 48 Abs. 1 Satz 2 NdsVerf.; Art. 68 Abs. 1 Satz 2 LVerf. NW; Art. 99 Abs. 2 Satz 1 SaarlVerf.; Art. 71 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf.; Art. 81 Abs. 1 Satz 2 VerfLSA; Art. 41 Abs. 1 Satz 2 SchlHVerf.

<sup>62</sup> Vgl. etwa *Markus Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 2009, Art. 74 Rdnr. 3, 10.

<sup>63</sup> Vgl. etwa *Simon* (Fn. 13), S. 265 ff.

<sup>64</sup> *Lücke* (Fn. 57), S. 33.

<sup>65</sup> (Fn. 57), S. 35.

nicht ohne weiteres „vorbei kommt“, der gleichsam die Argumentationslast umkehrt. Eine strikt durchgezogene objektive Auslegung müsste demgegenüber konsequenterweise die Begründung von Gesetzestexten verbieten.

#### 4. Die Notwendigkeit zur Differenzierung hinsichtlich verschiedener Typen von Gesetzesmaterialien und von Gesetzen

Das bisher herausgestellte führt zu der Schlussfolgerung, dass die Bedeutung der Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Sicht sowohl nach dem Typ des Gesetzes als auch dem Typ des konkreten Materials differenziert zu bestimmen ist. Das Gesetz als „variabler Aggregatzustand von Recht“ (*Helmuth Schulze-Fielitz*) kommt uns genauso vielfältig entgegen, wie Gesetzesmaterialien – etwa bei Präambeln<sup>66</sup> – als Gesetzesinhalt selbst (d.h. als das einen Grenzfall bildende inkorporierte Gesetzgebungsmaterial)<sup>67</sup>, als eigenständige Dokumente, als Entwurfsbegründungen, als Protokolle parlamentarischer Beratungen<sup>68</sup>. Als dritte Variable der verfassungsrechtlichen Bedeutungsbestimmung von Gesetzesmaterialien muss die notwendige Kompromisshaftigkeit parlamentarischer Gesetzgebung Eingang in die Überlegungen finden. Übersteigerte Rationalitätserwartungen finden hier von vornherein eine Grenze.

Hinsichtlich des Gesetzestyps<sup>69</sup> ist zunächst in zeitlicher Hinsicht zu unterscheiden: Die demokratiethoretischen Gründe bzw. die Gründe aus dem demokratischen Verfassungsprinzip können nur für denselben verfassungsrechtlichen Legitimationszusammenhang gelten. Konkret: Verfassungsrechtliche Argumente gelten zunächst zugunsten einer subjektiv-historischen Auslegung von bereits unter dem Grundgesetz zustande gekommenen Gesetzen. Hinsichtlich vorkonstitutioneller Gesetze ist der dadurch bewirkte Zusammenhang wenn nicht aufgehoben, so doch wesentlich abgeschwächt (eine Unterscheidung, die aus der Reichweite des verfassungsgerichtlichen Normverwerfungsmonopols im Rahmen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG bekannt ist<sup>70</sup>).

<sup>66</sup> *Peter Häberle*, Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in: FS für Johannes Broermann, 1982, S. 211 ff.; zur interpretationsleitenden Bedeutung der Begründungserwägungen im Unionsrecht *Karl Riesenhuber*, Die Auslegung, in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 11 Rdnr. 36 f.

<sup>67</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), S. 521 ff.: „Zweckbestimmung in Gesetzen“.

<sup>68</sup> Ähnlich *Fleischer* (Fn. 8), S. 329 ff. Zu den unterschiedlichen Typen von Gesetzesmaterialien etwa *Simon* (Fn. 13), S. 259, 317 ff.; zur unterschiedlichen Funktionalität von Gesetzesbegründungen und Begründungen zu staatlichen Einzelakten, etwa Verwaltungsakten, *Kischel* (Fn. 11), S. 262 ff.

<sup>69</sup> Zu dem Problem einer typologischen Betrachtung von Gesetzen *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), S. 39 ff.; ferner auch *Schneider* (Fn. 52), S. 137 ff.

<sup>70</sup> Grundlegend BVerfGE 2, 124 (128 ff.); ferner etwa BVerfGE 66, 248.



Die Gesetzestypen sind jedoch auch nach ihrem Inhalt zu differenzieren. Demokratische Steuerung als Ausgangspunkt meiner Argumentation kommt in Reinform v.a. in öffentlich-rechtlichen Regelungszusammenhängen zum Tragen: Steuergesetze, Sicherheitsgesetze und Planungsgesetze sowie sozialgestaltende Gesetze im Rahmen der Leistungsverwaltung sind grundsätzlich auf ihre gesetzgeberische Intention zu befragen, denn ihr „Steuerungsanspruch“ liegt auf der Hand. Für die klassische zivilrechtliche Kodifikation, die – idealisiert – einen mehr oder weniger verbindlichen Normenfundus für die privatautonome Rechtsgestaltung zur Verfügung stellt, gelten andere Bedingungen. Diese Unterscheidung wird in der Rechtsmethodologie ohnehin m.E. vernachlässigt. Die aktuelle Diskussion über Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit als Rationalisierungsreserven der Rechtssetzung und verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe hätte ebenfalls hier anzuknüpfen: Systemerwartungen mögen in einer zivilrechtlichen Kodifikation von ganz anderer Bedeutung sein, als im öffentlichen Eingriffsrecht<sup>71</sup>. Ich gebe freilich zu, dass die Grenzen hier eher idealtypisch gezogen sind und angesichts von öffentlichem Recht und Privatrecht als „wechselseitigen Auffangordnungen“ – nicht nur, aber auch als Folge europarechtlicher Überlagerungen – verwischen<sup>72</sup>.

##### *5. Ein pragmatischer Ansatz hinsichtlich der interpretationsleitenden Funktion von Gesetzesmaterialien als Verfassungserwartung*

Aus alledem folgt, dass Gesetzesmaterialien weder zwingend berücksichtigt werden müssen, noch irrelevant wären. Mit einem alten Juristenspruch kann nur festgehalten werden: Es kommt ganz darauf an. Gesetzgebungsmaterialien sind Auslegungstopoi neben anderen. Ihr Gewicht kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern richtet sich nach der konkreten Auslegungssituation<sup>73</sup>. Diese wird sowohl durch den Typ des „Materials“ bestimmt, als auch durch das zu interpretierende Gesetz. Aus diesem Arrangement – wäre der Begriff nicht so abgedroschen, könnte man durchaus anschaulich von einem „beweglichen System“ oder besser: „beweglichen Rahmen“ sprechen – ergibt sich der Grad an Argumentationslast, die Aussagen der

<sup>71</sup> Näher *Oliver Lepsius*, Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Axer u.a. (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Beiheft 10 zu „Die Verwaltung“, 2010, S. 179 (194 ff.).

<sup>72</sup> Vgl. oben die Nachweise in Fn. 29.

<sup>73</sup> *Simon* (Fn. 13), S. 265, spricht von einer „wertenden Betrachtung“. Insofern überzeugend auch *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 449, der die Offenheit dieses Auslegungsprozesses herausstellt; ähnlich auch *Kischel* (Fn. 11), S. 269 ff., der seinen pragmatischen Ansatz freilich auf das Grundproblem objektive vs. subjektive Auslegung bezieht und damit nur mittelbar auf die Art und Weise der Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien.

Materialien auszuschließen. Diese Operation kann als Auslegung / Interpretation der Gesetzgebungsmaterialien selbst bezeichnet werden. Es handelt sich mithin um eine Teiloperation in dem Gesamtprojekt Gesetzesauslegung. Die Methoden dieser Auslegung sind nicht notwendig identisch mit den überkommenen Methoden der Gesetzesauslegung. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, inwieweit für das konkrete Gesetz der Wille des historischen Gesetzgebers (noch) Bedeutung besitzen kann und welche Dignität dem Gesetzgebungsmaterial zukommt. Das ist – aus der Distanz betrachtet – eine pragmatische verfassungsrechtliche Ansicht zur Einbeziehung von Gesetzesmaterialien in die Auslegung von Gesetzen. Sie erinnert in bestimmter Hinsicht an das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts in der sog. Görögülü-Problematik, wo die EMRK ja auch im Rahmen „üblicher Methodik“ zu berücksichtigen ist<sup>74</sup>.

#### IV. Schlussfolgerungen

Was bleibt als Summe übrig? Die partielle, kontrollierte Konstitutionalisierung auch der juristischen Methodik stellt eine Grenze des Methodenvergleichs im Sinne einer vergleichenden Methodenaneignung dar<sup>75</sup>. Meine These lautet hier: Wegen des gesteigerten Verfassungsbezugs ist eine *Methodentransplantation* vermutlich prekärer als die Funktion von Rechtsvergleichung zur Darbietung von Anschauungsmaterial hinsichtlich des *Rechtsinhalts*, d.h. zur Lösung ubiquitärer sozialer Probleme. Als Desiderat bleibt eine noch zu entwickelnde Typologie der relevanten Gesetzgebungsmaterialien. Um zu meinen beiden einführenden Beispielen zurückzukehren: „Falsche“ Aussagen in Gesetzesbegründungen können im Wege der Interpretation von Gesetzesmaterialien korrigiert werden; sie sind dann u.U. irrelevant (Kernbrennstoffsteuer). Die historisch-subjektive Auslegung versagt, sofern definitiv kein Wille des historischen Gesetzgebers zu ermitteln ist (Finanzausgleich / Maßstäbengesetz). Wir brauchen nicht nur Reflektion über die Auslegung von Gesetzen, sondern als Teilelement derselben Reflektion über die sachgerechte Einbeziehung von Gesetzesmaterialien.

<sup>74</sup> BVerfG, NJW 2004, 3407 (3410).

<sup>75</sup> Zur vergleichenden Betrachtung unserer Fragestellung jetzt umfassend *Fleischer* (Fn. 8).