

Ein faustischer Pakt? Historisch-genetische Auslegung im parlamentarischen System des Grundgesetzes

Dominik Hirler

Die Lust am Methodenstreit ist wieder erwacht.¹ Dabei handelt es sich keineswegs um eine rein akademische Debatte. Juristische Methodenlehre ist zuallererst Rechtsanwendungslehre.² Rechtsanwendungsregeln dienen aber nicht nur als Hilfsmittel für den Praktiker, sie verhüten auch richterliche Willkür und erfüllen somit eine Begrenzungsfunktion. Zu Recht stellt *Rüthers* deshalb fest: Methodenfragen sind Verfassungsfragen.³ Dies am Beispiel der historisch-genetischen Gesetzesauslegung aufzuzeigen, ist Anliegen dieses Beitrags.

I. Die historisch-genetische Auslegung

Die historisch-genetische oder auch entstehungsgeschichtliche Auslegung ermittelt den Inhalt einer gesetzlichen Norm für einen konkreten Sachverhalt, indem sie die Gesetzesmaterialien heranzieht, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens entstanden sind.⁴ Abzugrenzen ist sie erstens von der traditions geschichtlichen Auslegung,⁵ die rechtsvergleichend vergangene Regelungen zu Rate zieht,⁶ zweitens von der entstehungszeitlichen Auslegung, die den durch die Norm ursprünglich geregelten gesellschaftlichen Interessenkonflikt erforscht,⁷ drittens und auf zweitens aufbauend der entwicklungsgeschichtlichen Auslegung,⁸ die

Veränderungen der Normanwendung und des ursprünglich geregelten Lebenssachverhalts beleuchtet, und schließlich viertens der mit der entstehungszeitlichen engstens verquickten sprachgeschichtlichen Auslegung.⁹

Aufgrund ihrer Abhängigkeit von publizierten Gesetzesmaterialien ist die historisch-genetische Auslegung ein Kind der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und ein Spätling unter den Auslegungsmethoden. Als ihre Vorläufer können die prägende Wirkung von Autorenkommentaren,¹⁰ das Phänomen der authentischen Gesetzesinterpretation¹¹ sowie das Heranziehen auslegungsleitender Präambeln und gesetzesintegrierter Begründungen¹² angesehen werden. Fälschlicherweise wird bisweilen die Vaterschaft *Savigny* angedeutet,¹³ dieser verstand unter dem dritten Element seines Auslegungskanons jedoch lediglich die Berücksichtigung der ursprünglichen Rechts- und Sachlage,¹⁴ also in hiesiger Diktion die traditions geschichtliche und entstehungszeitliche Auslegung.

Um Wert und Rang der historisch-genetischen Auslegung rankt sich ein Streit, der seine Wurzeln in der seit alters mit großer Leidenschaft geführten Diskussion über das Ziel der Gesetzesauslegung hat.¹⁵ Die beiden Enden des dabei vertretenen Meinungsspektrums bilden die sog. „subjektive“¹⁶ und „objektive“¹⁷ Theorie.¹⁸ Erstere möchte den „Willen des Gesetzgebers“ ausforschen, letztere einen „Willen des Gesetzes“ selbst ergründen.

1 *Fleischer*, NJW 2012, 2087 (2987) m.w.N.

2 *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtstheorie, 5. Auflage 2011, Rn. 163 f.

3 *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. VI.

4 *Hopf*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 95 (97 f.).

5 *Bartholomeyczyk*, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 1971, S. 53 ff.; die Eigenständigkeit der traditions geschichtlichen Auslegung ablehnend: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Auflage 2012, S. 41 f. Die Tradition präge das Leitbild der am Gesetzgebungsakte Beteiligten und flösse auf diesem Wege in die Entstehungsgeschichte ein. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich traditions- und entstehungsgeschichtliche Auslegung in ihrer Erkenntnisquelle unterscheiden: Altregelung einerseits und Gesetzesmaterialien andererseits. Erst die Bezugnahme durch Gesetzesmaterialien macht einen traditions geschichtlichen Aspekt zu einem historisch-genetischen. Gleiches gilt aber für systematische und grammatikalische Erwägungen in den Materialien.

6 *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 155 ff. bezeichnen diese schlicht als „historische Auslegung“.

7 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 7. Auflage 2013, Rn. 781.

8 Dazu *Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 141 f.

9 *Ott*, Kritik der juristischen Methode, 1992, S. 39.

10 Z.B. jener *Kreittmayrs* zum CMBC oder *Zeillers* mehrbändiger „Commentar zum ABGB“.

11 Vgl. *Schott*, Artikel „Auslegungsverbot“ HRG, Band I, 2. Auflage 2008, Sp. 369-375 und *Becker*, Artikel „Kommentierverbot“ HRG, Band II, 2. Auflage 2012, S. 1979-1981. Das Auslegungsverbot der Gerichte und das an die Rechtslehre gerichtete Kommentierungsverbot bilden gleichsam das notwendige Korrelat zur authentischen Interpretation; zur heutigen Bedeutung: *Droste-Lehnen*, Die authentische Interpretation, 1990, insbesondere Kapitel 5.

12 *Thiessen*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, S. 44 (53 f.).

13 Unklar z. B. bei *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Auflage 2010, S. 119.

14 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, 1840, S. 214.

15 *Fleischer*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 1 (5).

16 In unterschiedlichen Akzentuierungen: *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 8. Auflage 1900, S. 81 ff.; *Heck*, AcP 112, S. 1 (50 ff.); und aus der neueren Literatur: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Berlin 1996, S. 48 ff.

17 Vgl. nur *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Auflage 1973, S. 206 f.; *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Band I 1985, S. 454 ff.

18 Ob es zu einer Objektivierung der Auslegung führt, wenn sich der Auslegende vom Willen des Gesetzgebers freimacht, darf bezweifelt werden. Insoweit berechnete Kritik an der Terminologie bei *Rüthers/Fischer/Birk*, a.a.O., Rn. 797; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtstheorie, 3. Auflage 2008, S. 631.

II. Heutige Bedeutung in der Rechtsprechung

Eine detaillierte Stellungnahme in einer derart traditionsreichen Diskussion kann in der Kürze dieses Beitrags nicht geleistet werden. Untersuchungsgegenstand ist hier vielmehr nur die entstehungsgeschichtliche Auslegung in ihrer tatsächlich praktizierten Form. Diese Praxis wird im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht von Rechtsgelehrten, sondern von Richtern und Gerichten bestimmt. Die Fülle der Urteile zwingt noch zu einer weiteren Beschränkung: Untersucht werden soll ausschließlich die Auslegung nachkonstitutioneller Gesetze.

1. Zivilrecht

Der argumentative Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien durch die Gerichte ist im Zivilrecht gut dokumentiert: *Raisch* kommt in seiner Analyse sämtlicher BGHZ-Entscheidungen der Bände 95 bis 98 zu dem Ergebnis, dass in 22 von 92 Fällen entstehungsgeschichtlich ausgelegt wurde.¹⁹ Einen leichten Rückgang gegenüber der Rechtsprechung des RG und einen undifferenzierten Umgang mit den verschiedenen Materialientypen konstatiert *Honsell* bezüglich der von ihm untersuchten Bände 51 bis 70.²⁰ Laut *Seiler* handle es sich dennoch oftmals um die entscheidende Auslegungsmethode,²¹ man könne gar von einer faktischen Selbstbindung der Gerichte an den Materialiengehalt sprechen.²² Allgemein hervorgehoben wird die Vielgestaltigkeit entstehungsgeschichtlicher Argumentationsmuster.²³

Zuletzt bediente sich der BGH im Suhrkamp-Beschluss²⁴ der Gesetzesmaterialien. Der IX. Zivilsenat hatte über die Zulässigkeit der vom Minderheitsgesellschaftler *Hans Barlach* gegen den Insolvenzplan der Suhrkamp GmbH & Co. KG eingelegten Beschwerde zu befinden. In diesem Zusammenhang stellte sich auch die Frage, ob in § 253 Abs. 2 Nr. 1 InsO als ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung hineinzu lesen ist, dass ein Minderheitenschutzantrag nach § 251 Abs. 1 InsO gestellt wurde. Davon war noch das LG Berlin unter ausschließlicher Berufung auf das in der Gesetzesbegründung geforderte Kriterium der „Ausschöpfung aller verfahrensrechtlichen Möglichkeiten“ ausgegangen.²⁵ Der Senat knüpfte an diese Argumentation an, zog seinerseits aber einen Umkehrschluss: Von einem expliziten Verweis auf § 251 Abs. 1 InsO hätte „der Gesetzgeber“ in der Begründung gerade abgesehen.²⁶ Darüber hinaus argumentierte der BGH mit der Gesetzessystematik und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 GG, ohne aber die einseitige Methodik des LG grundsätzlich zu beanstanden.

19 *Raisch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, S. 32.

20 *Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 141 f.

21 *Seiler*, Höchststrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht, 1985, S. 182.

22 *Seiler*, a.a.O., S. 185 f.

23 Vgl. nur *Fleischer*, in: FS Goette, 75 (85 ff.); Überblick bei *Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 143ff.

24 BGH-Beschluss v. 17.07.2014 – Az. IX ZB 13/14.

25 LG Berlin, ZIP 2014, 893.

26 BGH-Beschluss v. 17.07.2014 – Az. IX ZB 13/14, Rn. 17 f.

2. Strafrecht

Den Strafsenaten des BGH wurde zwar angesichts des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots vereinzelt Enthaltensamkeit im Umgang mit Gesetzesmaterialien attestiert²⁷ oder verordnet²⁸, die beeindruckend erschöpfende systematische Rechtsprechungsauswertung *Simons* liefert jedoch ein anderes Bild: Ganz in der Tradition des RG bemüht die höchstrichterliche Strafrechtsjudikatur historisch-genetische Argumente in mannigfaltigen Varianten, insbesondere bei der Auslegung jüngerer Gesetze.²⁹ *Schroth*, der in seiner – allerdings wenig repräsentativen – Untersuchung eine entstehungsgeschichtliche Auslegungsquote von 22 % bestimmt hat, betont, dass entstehungsgeschichtliche Begründungen nicht selten auch dazu verwendet werden, in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungspraxis neue Wege zu beschreiten.³⁰

Ein aktuelles Beispiel für historisch-genetische Auslegung findet sich in BGHSt 56, 226.³¹ Der BGH sah trotz der Einvernehmlichkeit des Geschlechtsverkehrs zwischen einem Heilpraktiker und seiner an Rückenbeschwerden leidenden Patientin das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs eines Behandlungsverhältnisses als erfüllt an. Er stützte sich dabei in erster Linie auf den anhand der Gesetzesbegründung ermittelten „Wille[n] des Gesetzgebers“, auch körperlich Kranken den vollen Schutz des § 174c Abs. 1 StGB angedeihen zu lassen.³² Damit stellte sich der BGH gegen eine starke Strömung in der Literatur, die für ein engeres Verständnis des Missbrauchsmerkmals plädiert.³³ Freilich führte er dabei auch ein vermeintliches Wortlautargument ins Feld: Die Täterbezogenheit des Missbrauchs wird aus der Begründungsdefinition gefolgert.³⁴ Schließlich beruht die vergleichend herangezogene Auslegungspraxis zu §§ 174 Abs. 1 Nr.2, 174a Abs. 1, 174b StGB ihrerseits auf der zugehörigen Gesetzesbegründung,³⁵ womit die historisch-genetische Auslegung die hier allein maßgebliche ist.

3. Öffentliches Recht

Wenig überraschend klaffen auch beim BVerfG in der Materialienfrage Theorie und Praxis auseinander. Bereits im Urteil vom 21. Mai 1952 aus dem ersten Band seiner amtlichen Entscheidungssammlung bekennt es sich zu einer im Grundsatz objektiven Auslegung: „Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt

27 So – freilich nur mit Blick auf die bis 1976 ergangene Rechtsprechung – *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, 1976, S. 674 f.

28 Vgl. LK-StGB/*Tröndle*, 10. Auflage 1985, § 1 Rn. 44 („von sehr zweifelhaftem Wert“).

29 *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 204 ff.

30 *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1993, S. 92 f.

31 Urteil vom 14.04.2011.

32 BGHSt 56, 226 (230).

33 So MK-StGB/*Renzikowski* § 174c Rn. 29; S/S-*Perron/Eisele* § 174c Rn. 6b; SK-StGB/*Wolter* § 174c Rn. 5.

34 BGHSt 56, 226 (230).

35 BGHSt 56, 226 (230).

oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.³⁶ Diese Formel hat das BVerfG selbst vielfach zitiert und zum Teil abgewandelt.³⁷ Das Gericht hielt aber stets an der vorgeblichen Geringschätzung der entstehungsgeschichtlichen Auslegung fest.³⁸ Eine Ausnahme gelte allein für neuere Gesetze, bei denen der aus den Materialien hervorgehende gesetzgeberische Wille stärker zu berücksichtigen sei.³⁹ Soweit die Theorie.

In praxi misst das BVerfG der historisch-genetischen Auslegung einen wesentlich größeren Stellenwert zu: Oftmals schöpft es die übrigen Auslegungsmethoden nicht aus,⁴⁰ es lässt sich nach *Sachs* daher keine Subsidiarität der Materialienverwertung beobachten.⁴¹ Das deckt sich mit dem Urteil *Übelackers*, der jedenfalls hinsichtlich der BVerfGE-Bände 61 bis 81⁴² eine gleichwertige Behandlung aller Methoden feststellt.⁴³

Exemplarisch sei auf BVerfGK 15, 287⁴⁴ verwiesen: Die in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebrachte Beschwerdeführerin beehrte nach fünf Jahren eine externe Begutachtung gemäß § 463 Abs. 4 S. 1 StPO. Die zuständige Kammer musste nun prüfen, ob das Abweichen von § 463 Abs. 4 S. 1 StPO wegen eines atypischen Ausnahmefalls gerechtfertigt war. Dazu befasste sie sich zur Klärung des Sollcharakters der Vorschrift intensiv mit den Gesetzesmaterialien, wobei sie der Auffassung des Bundesrates, der sich für eine Einschränkung der externen Begutachtung aussprach, die konträre Auffassung des „Gesetzgebers“ gegenüberstellte.⁴⁵ Anschließend verneinte das BVerfG die Einschlägigkeit aller vom „Gesetzgeber“ genannten Ausnahmefallgruppen.⁴⁶ Hinter dem „Gesetzgeber“ verbirgt sich bei genauerem Hinsehen zum einen der Rechtsausschuss des Bundestages,⁴⁷ zum anderen die Gesetzesbegründung der Regierungsvorlage.⁴⁸

4. Ergebnis der Rechtsprechungsschau

Die historisch-genetische Auslegung prägt die Rechtsprechung auf allen Rechtsgebieten nachhaltig. Mitunter werden ganze Entscheidungen auf sie gestützt, im Übrigen betreiben die Bundesgerichte einen hohen Aufwand, um entstehungsgeschichtliche Argumente durch eine eigene entstehungsgeschichtliche Auslegung schon im Ansatz zu entkräften. Somit erübrigt sich aber nahezu die Frage nach einer möglichen

Bindewirkung eindeutiger Gesetzesmaterialien.⁴⁹

Auffällig ist etwas anderes: Die von der Rechtsprechung, insbesondere den Fachgerichten, am stärksten genutzte Materialiengruppe ist die der Regierungsbegründungen.⁵⁰ Ihre Beliebtheit erklärt sich aus der den Verfassern zugeschriebenen hohen Sachkompetenz⁵¹ und der geringen Ergiebigkeit protokollierter Parlamentsdebatten.⁵²

III. Verfassungsrechtliche Würdigung

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive stellt sich zunächst die Frage, ob und wie diese Begründungsrezeption die Machtbalance zwischen Exekutive und Legislative beeinflusst. Vorgaben für den Sollverlauf dieser Machtbalance lassen sich insbesondere dem Gewaltenteilungs- und dem Demokratieprinzip entnehmen. Ferner wird die bundesstaatlich motivierte Gewährleistung der Mitwirkung des Bundesrates an der Gesetzgebung relevant.

1. Die gewaltenteilende Demokratie

a) Der Gewaltenteilungsgrundsatz ist ein tragender Pfeiler des modernen Rechtsstaates,⁵³ der – obschon nicht ausdrücklich normiert – auch vom Grundgesetz etwa in Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 20 Abs. 3 sowie Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG vorausgesetzt wird⁵⁴ und sich außerdem aus dem Verfassungsgehalt ergibt.⁵⁵ Gewaltenteilung im Sinne des Grundgesetzes ist jedoch entgegen dem missverständlichen Wortlaut keine hermetische Teilung der Staatsgewalt in Legislative, Exekutive und Judikative, sondern gegenseitige „Kontrolle und Mäßigung“ der jeweils eine bestimmte Gewalt hauptsächlich wahrnehmenden Staatsorgane.⁵⁶ In der Konsequenz kommt es zu einer gewollten Verschränkung der einzelnen Teilgewalten.⁵⁷ Gleichwohl ist jedem Staatsorgan ein genuiner Aufgabenkreis zugewiesen, der als Kernbereich der Organzuständigkeit den absoluten Schutz des Gewaltenteilungsprinzips genießt.⁵⁸ Wenn das BVerfG formuliert, keine Gewalt solle „die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben preis[geben]“,⁵⁹ wird deutlich, dass dieser Schutz ein Entäußerungsverbot miteinschließt, also auch Schutz des betreffenden Organs vor sich selbst ist.

36 BVerfGE 1, 299 (312).

37 *Übelacker*, Die genetische Auslegung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 72 f.

38 *Übelacker*, a.a.O., 1993, S. 59 ff.

39 Vgl. BVerfGE 54, 277 (297 f.), Beschluss vom 11.06.1980.

40 *Sachs*, DVBl. 84, 69 (77).

41 *Sachs*, a.a.O. (78).

42 Zeitraum von 1981 bis 1990.

43 *Übelacker*, Die genetische Auslegung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 95.

44 Beschluss vom 26.03.2009.

45 BVerfGK 15, 287 (297 f.).

46 BVerfGK 15, 287 (299 f.).

47 BT-Drucks. 16/5137.

48 BT-Drucks. 16/1110.

49 Ähnlich auch *Heusch*, in: Schmidt-Beibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG Kommentar, 12. Auflage 2011, Art. 97 Rn. 18.

50 Vgl. *Schmidt*, Zur Methode der Rechtsfindung, 1976, S. 24 ff.

51 *Fleischer*, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 1 (14).

52 *Fleischer*, a.a.O., 1 (14).

53 *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage 2010, Art. 20 Rn. 197, 205; zur Geschichte der Gewaltenteilung: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S. 513 ff.

54 Vgl. *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 6. Auflage 2011, Art. 20 Rn. 82.

55 *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage 1995, Rn. 481.

56 BVerfGE 7, 183 (188).

57 *Schmidt-Aßmann*, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 26 Rn. 55.

58 BVerfGE 9, 268 (279 f.).

59 BVerfGE 34, 52 (59).

Für den Bundestag heißt das: Die grundlegende Rechtssetzung muss beim Parlament liegen,⁶⁰ ihrer darf es sich nicht entledigen. So lässt sich auch das enge Korsett des Art. 80 GG erklären,⁶¹ der die Konturen der zulässigen Rechtssetzungsübertragung auf die vollziehende Gewalt „scharf zeichnet“.

b) Das Rechtssetzungsprimat des Parlaments ergibt sich aber auch⁶² aus dem Demokratieprinzip.⁶³ Als einzig unmittelbar vom Volk legitimes Staatsorgan hat der Bundestag stets einen „Legitimationsvorsprung“.⁶⁴ Daraus folgt zwar keine parlamentarische Allzuständigkeit,⁶⁵ doch muss der Bundestag alle für das Gemeinwesen wesentlichen Entscheidungen selbst treffen.⁶⁶

2. Legitimationsdefizit und Paktentheorie

a) Gesetzesbegründungen werden in der Regel dem in den Bundestag eingebrachten Gesetzesentwurf beigelegt und stammen daher vom Gesetzesinitiator. Eine nachträgliche Änderung der Gesetzesbegründung selbst ist jedenfalls unüblich. Nach der Vorstellung des Grundgesetzes steht das Initiativrecht der Bundesregierung, dem Bundesrat und dem Bundestag gleichermaßen zu (Art. 76 Abs. 1 GG). Nun ist es aber ein staatsrechtlicher Gemeinplatz, dass die überwiegende Mehrzahl aller Gesetze von der Bundesregierung initiiert wird.⁶⁷ Dieser Befund erhärtet sich, sondert man die erfolglosen Gesetzesinitiativen aus,⁶⁸ unter denen sich vor allem Oppositionsentwürfe finden.⁶⁹ Die allermeisten Gesetzesbegründungen werden also von der Exekutive, das heißt letztlich von Ministerialbeamten verfasst. Man wird kaum annehmen dürfen, dass sich die Abgeordneten – so überhaupt – eingehender mit der Gesetzesbegründung auseinandersetzen.

Damit drängt sich aber die Frage auf, wie es mit dem Rechtssetzungsprimat des Parlaments und der Wesentlichkeitstheorie vereinbar ist, dass – um eines der obigen Beispiele aufzugreifen – bloße Erläuterungen der Ministerialbürokratie, die nie Gegenstand einer Parlamentsdebatte waren, den Ausschlag für die Pönalisierung einer bestimmten Verhaltensweise geben können. Zumindest auf den ersten Blick ist hier keine gesetzgeberische Entscheidung ersichtlich. Zudem erscheint es in grundsätzlicher Hinsicht nicht unproblematisch, dass eine Gesetzesbegrün-

dung, die bei verfestigter Rechtsprechung mit der Autorität des Gesetzes selbst spricht, zuvor im Schlepptau des Gesetzes durch das Gesetzgebungsverfahren geschleust wurde. Dadurch wird der Zweck des parlamentarischen Verfahrens unterlaufen, als institutionalisiertes Diskussionsforum Transparenz und Öffentlichkeit bei politischen Entscheidungen herzustellen.⁷⁰ Erschwerend hinzu kommt das weithin vernachlässigte versteckte Steuerungs- und Missbrauchspotential der amtlichen Begründung: Durch geschickte Formulierungskunst, die man der Ministerialbürokratie wird bescheinigen dürfen, lässt sich die spätere Rechtsanwendung auf informellem Wege beeinflussen.⁷¹

b) Diesem schon früh erkannten Legitimationsproblem wird traditionell mit der sog. Paktentheorie begegnet: Demnach akzeptiere eine Volksvertretung, die bei Beratung und Beschlussfassung eines Gesetzes kein eigenes Verständnis vom Gesetzestext herausstellt, den Sinn, den die eigentlichen Gesetzesverfasser dem Text mit auf den Weg gegeben haben.⁷²

Eine solche Argumentation weist jedoch eine Schwachstelle auf: Sie unterstellt implizit, die Abgeordneten hätten sich mit der Begründung vertraut machen müssen und dürften sich nicht allein mit der Kenntnis des Rechtstextes begnügen. Ferner wird unterstellt, das Parlament müsse, wenn seine Vorstellung mit der in der Begründung niedergelegten nicht übereinstimmt, aktiv widersprechen, gleichviel ob seine Vorstellung die nach dem Wortlaut näher liegendere ist oder nicht. Da die Gesetzesbegründung im Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung findet und von diesem auch nicht zwingend gefordert wird,⁷³ lässt sich eine derartige Informations- und Widerspruchsobliegenheit jedoch nur schwer begründen.

Es überzeugt auch der Vergleich der Paktenkonstellation mit der häufig fehlenden vertieften Gesetzeskenntnis der am Beschluss beteiligten Abgeordneten nicht.⁷⁴ Insoweit besteht tatsächlich eine notwendige Fiktion, die sich schon aus dem Organcharakter des Bundestages ergibt. Weil eine gewisse Interessenfokussierung der Funktionsfähigkeit des Parlaments dienlich ist, schadet selbst die Abwesenheit eines Großteils der Abgeordneten bei der Schlussabstimmung nicht.⁷⁵

Schließlich setzt sich *Fleischer*, wenn er auf die politische Deckungsgleichheit von Regierung und sie tragendes Parlament abstellt,⁷⁶ über die in Art. 80 GG zum Ausdruck gekommene grundgesetzliche Skepsis gegenüber exekutiver „Gesetzgebung“ hinweg. Verschränkung der Staatsgewalten

60 *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20 Rn. 217; vgl. auch *Kuhl*, Der Kernbereich der Exekutive, 1993, S. 148, der einen Gleichlauf von legislativem Kernbereich und Gesetzesvorbehalt sieht.

61 *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 9.

62 Zur wechselseitig befruchtenden Überlagerung von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 20 Rn. 57-59.

63 *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 217.

64 BVerfGE 83, 60 (71).

65 *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 7 V Rn. 210.

66 Sog. Wesentlichkeitstheorie, BVerfGE 33, 125 (158 f.).

67 *Schultze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 285 m.w.N.

68 *Schultze-Fielitz*, a.a.O., S. 285 f.

69 *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG Kommentar, Art. 76 Rn. 28.

70 *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 15 IV Rn. 37 ff.

71 *Waldhoff*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 44 (53 f.).

72 *Wächter*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Band I, 1835, S. 242 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage 2010, S. 120.

73 *Kersten*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 76 Rn. 22 m.w.N.

74 So aber *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage 2005, S. 104.

75 BVerfGE 44, 308 (314 ff.).

76 *Fleischer*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 1 (15).

meint keine Gleichschaltung.

c) Jenseits des Ärmelkanals tritt die verfassungsrechtlich motivierte Kritik an der Verwendung parlamentarischer Protokolle deutlich selbstbewusster auf. Dort befürchtet man allein wegen der ebenfalls abgedruckten ministerialen Stellungnahmen eine größere Machtverschiebung zu Lasten des Parlaments.⁷⁷ Ministeriale Stellungnahmen dürften nicht als eine Art Rechtsquelle behandelt werden, sonst würde der Exekutive eine Möglichkeit zur Rechtssetzung eröffnet.⁷⁸

Der englische Diskussionsstand lässt sich jedoch nur bedingt auf die deutsche Verfassungsordnung übertragen. Es bestehen gravierende strukturelle Unterschiede im Gewaltenteilungsgefüge. Das deutsche Verfassungsrecht kennt – anders als das englische – keine „Organsouveränität“ der Volksvertretung, das heißt keinen allumfassenden Parlamentsvorbehalt.⁷⁹

3. Mitwirkung des Bundesrates

Dies zeigt sich schon an der Einbindung des Organs Bundesrat in das Gesetzgebungsverfahren. Der Bundesrat ist „institutionalisierte[r] Ausdruck des Bundesstaatsprinzips“⁸⁰ und ermöglicht den Ländern insbesondere eine Einflussnahme auf die Bundesgesetzgebung. Auf diesem Wege können die Länder ihren spezifischen Landesinteressen Geltung verschaffen.⁸¹ Zugleich kommt dem Bundesrat aber auch eine Kontrollfunktion im Sinne vertikaler Gewaltenteilung zu.⁸² Je nach Art der Einflussnahme unterscheidet das Grundgesetz in Art. 77 und 78 zwischen Einspruchs- und Zustimmungsgesetzen.

In beiden Fällen bedroht die entstehungsgeschichtliche Auslegung das Mitwirkungsrecht des Bundesrates. Grundlage des Bundesratsbeschlusses ist – wie schon beim Bundestag – stets der Gesetzestext, nicht dessen Materialienanhang. Mit seiner Zustimmung oder dem Verzicht auf einen Einspruch will der Bundesrat nicht zwingend die in der Regierungsbegründung vorgezeichnete Lesart sanktionieren. Dies muss umso mehr gelten, als dem Bundesrat keine Möglichkeit eingeräumt ist, einzelne Bestimmungen des Gesetzestextes abzuändern, um so eine Klarstellung zu erzielen, deren Notwendigkeit sich unter Umständen erst aus der anders lautenden Regierungsbegründung ergibt. Damit ist einer Übertragung der Paktentheorie von vornherein der Boden entzogen.

IV. Fazit

Trotz Paktentheorie hinterlässt die Begründungsrezeption einen schalen Geschmack. Vor dem Hintergrund einer generellen Tendenz zur Entparlamentarisierung⁸³ ist hier besondere Sensibilität geboten.

Dabei ließe sich das Legitimationsdefizit der Geset-

zesbegründung leicht beheben: Sie müsste lediglich in den Gesetzesbeschluss – sowie in einen etwaigen Bundesratsbeschluss – miteinbezogen werden. Das könnte über eine Pflicht zur Gesetzesbegründung⁸⁴ oder ein Verbot der Verwertung nicht einbezogener Begründungen⁸⁵ geschehen. Dass viele Gesetze ihre endgültige Gestalt erst im Vermittlungsausschuss erlangen, steht dem nicht entgegen. Denn das Vermittlungsverfahren findet seinen Abschluss in einem erneuten und erneut begründbaren Bundestagsbeschluss.

Zuzugeben ist, dass eine solche Einbeziehung das Gesetzgebungsverfahren verlangsamen und erschweren würde.⁸⁶ Gleichzeitig könnte so aber auch ein höheres Maß an Reflexion erreicht werden.⁸⁷ Ein Gesetz, das zu begründen Schwierigkeiten macht, ist vielleicht kein gutes Gesetz.

77 *Styles*, Oxford Journal of Legal Studies 1994, 151 (157).

78 *Steyn*, Oxford Journal of Legal Studies 2001, 59 (68).

79 *Klein*, in: HStR III, 3. Auflage 2005, § 50 Rn. 2.

80 *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 16 A I Rn. 1.

81 *Degenhardt*, Staatsrecht I, 29. Auflage 20, Rn. 663.

82 Vgl. *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2. Auflage 2013, Art. 20 Rn. 22.

83 Dazu *Puhl*, in: HStR III, 3. Auflage 2005, § 48, passim.

84 Gedanken dazu bei *Blum*, Wege zu besserer Gesetzgebung, 2004, S. 126 ff.

85 Was allerdings die hier aus Platzgründen nicht zu diskutierende Frage nach Möglichkeit und Sinn geschriebener Auslegungsregeln aufwirft.

86 Das betont *Seibert*, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 111 (123).

87 *Krebs/Jung*, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.) „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 125 (149).