

## Genetische Argumentation als rationale Praxis

Eine theoretische Annäherung an das Rekonstruktionsziel „Wille des Gesetzgebers“ als Sättigungskriterium genetischer Argumente

Michael von Landenberg-Roberg und Markus Sehl, Berlin\*

|   |     |   |     |
|---|-----|---|-----|
| A. Einführung .....   | 136 | 2. Die Verabschiedung des Verfassungstextes als kollektive Handlung: Die „geteilten Absichten“ der Mitglieder des Parlamentarischen Rates ..... | 152 |
| B. Genetische Argumentation als spezifische Argumentationsform im Konkretisierungsprozess .....   | 139 | a. Gemeinsames Handlungsziel: Gemeinsame Verfassungstextverabschiedung .....  | 155 |
| I. Spezifische Argumentationsform .....   | 139 | b. Ineinandergreifende Subpläne hinsichtlich der Verfahrens- und Entscheidungsregeln .....  | 156 |
| II. Unabhängig von Rechtsanwendungstheorie .....  | 139 | c. Ineinandergreifende Subpläne hinsichtlich des Verfassungstextes .....  | 157 |
| C. Die offene Frage der genetischen Argumentationsform: Was bedeutet in diesem Verwendungskontext der Begriff „Wille des Gesetzgebers“? .....           | 140 | d. Ineinandergreifende Subpläne hinsichtlich der mit dem Text intendierten Aussage? .....   | 158 |
| I. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Defensive .....  | 141 | 3. „Wille des Verfassungsgesetzgebers“ bzw. „Wille des Gesetzgebers“ im Kontext der genetischen Interpretation .....                            | 159 |
| 1. Der „Wille des Gesetzgebers“ als folgenloser Mythos .....  | 142 | D. Das Sättigungskriterium des genetischen Arguments und seine Folgen für den Stellenwert genetischer Argumentation .....                       | 161 |
| 2. Der „Wille des Gesetzgebers“ als notwendige Fiktion .....  | 142 | I. Das Sättigungskriterium .....  | 161 |
| 3. Auf der Suche nach einer möglichen Bedeutungsexplikation des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ unter Verweis auf ein außerrechtliches Phänomen ..... | 144 | II. Genetische Argumentation als Rekonstruktions-Narration .....  | 162 |
| II. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ als Markierung eines gerechtfertigten Zurechnungszusammenhangs .....   | 145 | III. Begründungsbedürftigkeit der normativen Relevanz des genetischen Arguments .....   | 164 |
| 1. Die Zuschreibung des Handlungsaktes an einen kollektiven Akteur .....  | 145 | IV. Genetische Argumentation als rationale Praxis .....   | 165 |
| 2. Potential für die genetische Argumentation? .....  | 147 |   |     |
| III. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ als Verweis auf die geteilten Absichten der am Gesetzgebungsakt beteiligten Akteure .....                     | 150 |   |     |
| 1. Eine sozialontologisch informierte Perspektive .....   | 150 |   |     |

\* Michael von Landenberg-Roberg, LL.M. (Cantab.) und Markus Sehl sind wissenschaftliche Mitarbeiter an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Für wertvolle Hinweise und Kritik danken die Autoren *Johannes Gerberding, Jan Felix Sturm, Dr. Thomas Wischmeyer, Ariane Grieser und Prof. Dr. Martin Eifert*.

*Wissenschaft und Rechtspraxis rechtfertigen ihre Normtextkonkretisierungen im Rahmen des genetischen Arguments mit einem anhand der Gesetzesmaterialien ermittelten „Willen des Gesetzgebers“. Über die Bedeutung dieses Begriffs besteht jedoch nach wie vor Unklarheit. Genetische Argumentation wird als rationale Praxis jedoch nur möglich sein, wenn sich nicht nur Klarheit über ihren Aussagegehalt erzielen lässt, sondern dem Aussagegehalt darüberhinaus auch ein intersubjektives Bewertungskriterium für die Überzeugungskraft genetischer Argumente entnommen werden kann.*

*Die Verfasser nähern sich dem Begriff „Wille des Gesetzgebers“ aus einer sozialtheoretisch informierten Perspektive und zeigen mittels einer Analyse von Verfassungsgesetzgebung als Phänomen kollektiver Intentionalität eine mögliche rechtsinterne Begriffsbedeutung von „Wille des Gesetzgebers“ im Aussagesatz des genetischen Arguments auf, die beide Bedingungen erfüllt und damit Möglichkeit und Grenzen rationalen genetischen Argumentierens offenlegt.*

## A. Einführung

Während bisher ganz die *normative Frage* nach dem Stellenwert des genetischen Arguments im Prozess der Rechtsanwendung im Vordergrund rechtswissenschaftlicher Überlegungen stand,<sup>1</sup> soll mit dem folgenden Beitrag die Aufmerksamkeit auf die vorgelagerte theoretische Frage nach Struktur und Behauptungsgehalt genetischer Argumente gelenkt werden. Denn bevor man zur normativen Relevanz genetischer Argumente überhaupt sinnvoll Stellung beziehen kann, muss über eine grundlegende *theoretische Frage* Gewissheit bestehen: Inwieweit und unter welchen Bedingungen ist genetische Argumentation als *rationale Praxis* überhaupt möglich?<sup>2</sup>

Genetische Argumentation wird als rationale Praxis nur möglich sein, wenn sich ein intersubjektiv nachvollziehbares *Beurteilungskriterium* für die Bewertung der Überzeugungskraft eines genetischen Arguments aufzeigen und begründen lässt. Anhand dieses Kriteriums ließen sich sodann Regeln für den diesbezüglichen Umgang mit den Materialien aus dem Verfassungsgesetzgebungs- bzw. dem Gesetzgebungsprozess formulieren. Dieses für die rational zugängliche Bewertbarkeit genetischer Argu-

1 Aus der umfangreichen Diskussion nur *H. Fleischer*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, Tübingen 2013, S. 1 ff.; *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2015, S. 139 ff.; *T. Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, Ebelsbach 1982, S. 171 ff.; *G. Hassold*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZZ 94, 1981, S. 192 ff.; *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, München 2013, Rdn. 784 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

2 Das Erkenntnisinteresse dieses Beitrags beschränkt sich auf die Beantwortung dieser Fragestellung. Ob überhaupt, in welchem Umfang und vor allem warum genetische Argumente normativ relevant sein sollten, wird hier weder eingehend untersucht noch begründet. Uns genügt hier diesbezüglich die Feststellung, dass die Rechtspraxis genetische Argumente verwendet und diese offensichtlich als normativ relevant erachtet. Vgl. nur BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015, 1 BvR 471/10 – Kopftuch II, Rdn. 135, sowie Rdn. 21 ff. des Sondervotums.

mentation maßgebliche Kriterium wird sich jedoch nur identifizieren lassen, wenn dem Begriff „Wille des Gesetzgebers“ in seinem spezifischen Verwendungskontext der genetischen Argumentationsform<sup>3</sup> eine Bedeutung zugeschrieben wird, anhand deren sich die Wahrheitskriterien für den Aussagesatz des genetischen Arguments angeben lassen. Doch mit der Formel vom „Willen des Gesetzgebers“ beginnt in der Rechtswissenschaft das große Rauschen.

Das Ziel des vorliegenden Beitrags liegt daher in der Klärung der Frage, welche Bedeutung dem Begriff „Wille des Gesetzgebers“ bzw. „Wille des Verfassungsgesetzgebers“ im Verwendungskontext der genetischen Argumentationsform als Bezeichnung des Rekonstruktionsziels der Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien gegeben werden muss, damit sich der Aussagegehalt des genetischen Arguments sinnvoll verstehen und als überzeugend oder nicht überzeugend intersubjektiv bewerten lässt.

Die sich in den letzten Jahrzehnten intensivierende philosophische Debatte über die Erfassung und Analyse des Wirklichkeitsphänomens „kollektiven Handelns“ bzw. „kollektiver Intentionalität“<sup>4</sup> bietet schon jetzt aufschlussreiche Perspektiven an, mit denen Gesetzgebung als Phänomen kollektiven Handelns analysiert<sup>5</sup> und dem Begriff „Wille des Gesetzgebers“ eine gehaltvolle Bedeutung gegeben werden kann. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ lässt sich so nicht nur als eine rein rechtliche Zurechnungskonstruktion ohne ein kollektiv-intentionales Korrelat in der außerrechtlichen Wirklichkeit verstehen, sondern kann alternativ auch als ein rechtlicher *Rekonstruktionsbegriff* einer *kollektives Handeln tragenden kollektiven Intentionalität* begriffen werden.<sup>6</sup> Er bezieht sich dann auf eine kollektive Intention der an der Verfassungs-

3 Dieser Beitrag geht von der Ausgangsintuition aus, dass auch der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ wie jeder andere Begriff in verschiedenen Verwendungskontexten eine unterschiedliche Bedeutung aufweisen kann. Dieser Annahme scheint im Bezug auf den Begriff „Wille des Gesetzgebers“ in der Diskussion jedoch noch zu selten Rechnung getragen zu werden. Ohne die Möglichkeit insbesondere einer Bedeutungsdifferenz zwischen der Begriffsverwendung im Rahmen der allgemeiner Rechtsanwendungstheorie gegenüber der Verwendung im Kontext genetischer Argumentation als spezifischer Argumentationsform in Betracht zu ziehen, muss es aber schwer fallen, den zur Problemlösung notwendigen Differenzierungsgrad zu erreichen bzw. Missverständnisse aufgrund abweichender Erkenntnisinteressen zu vermeiden.

4 Eine instruktive Einführung und Übersicht über die Diskussion bieten H. B. Schmid/ D. Schweikard, Einleitung: Kollektive Intentionalität. Begriff, Geschichte, Probleme, in: H. B. Schmid/D. Schweikard (Hrsg.), Kollektive Intentionalität, Frankfurt am Main 2009, S. 11 ff., für einen systematischer Zugang siehe dort ab S. 38 ff.; für einen aktualisierten Überblick vgl. zudem D. Schweikard/ H. B. Schmid, „Collective Intentionality“, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/collective-intentionality/>>.

5 Zu einer solchen Perspektive jüngst erhellend T. Wischmeyer, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, Tübingen 2015, S. 225 ff., insb. 242 ff. Aus der englischsprachigen Literatur siehe nur R. Ekims, The Nature of Legislative Intent, Oxford 2012, S. 47 ff. und ferner N. Duxbury, Elements of Legislation, Cambridge 2013, S. 92 ff.; vgl. auch die Überlegungen bei F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik Bd. I<sup>11</sup>, Berlin 2013, Rdn. 361 f., die das Lösungspotential für das Problem genetischer Interpretation ebenfalls in einem Perspektivwechsel auf Gesetzgebung als kompetitive Handlung und der Ausarbeitung eines Mehrheits- oder Agentenmodells sehen.

6 Der Hinweis auf dieses Potential bereits bei T. Wischmeyer, Zwecke (Fn. 5), S. 246 ff.

gesetzgebung beteiligten Mitglieder etwa des Parlamentarischen Rates bzw. der an der Gesetzgebung beteiligten Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften. Die Behauptung, dass eine solche Vorstellung die Annahme eines gespenstischen Kollektivsubjekts<sup>7</sup> voraussetzen würde, gehört zu dem liebevoll tradierten Legendenbestand der Rechtswissenschaft, von dem es sich zu verabschieden gilt.<sup>8</sup>

Es wird sich im Verlauf der Untersuchung jedoch zeigen, dass der bloße Verweis auf die Möglichkeit der Rekonstruierbarkeit von Gesetzgebung als kollektiv intentionaler Handlung allein keinesfalls ausreicht, um zu einer möglichen Bedeutung von „Willen des Gesetzgebers“ vorzustoßen, die für eine rationale Praxis genetischer Argumentation den notwendigen Gehalt aufweist. Es bedarf vielmehr einer präzisierenden Analyse, die insbesondere auf zwei notwendige Differenzierungen aufmerksam macht: Zum einen muss hinsichtlich der Begriffsverwendung „Wille des Gesetzgebers“ eine mögliche Anknüpfung an eine rechtsexterne *normative* Begriffsverwendung von „kollektiver Intentionalität“ deutlich von einer möglichen Anknüpfung an eine *sozialontologische* Begriffsverwendungen von „kollektiver Intentionalität“ als zu analysierendem Phänomen unterschieden werden. Zum anderen muss im Hinblick auf die für das hier verfolgte Ziel allein weiterführende Anknüpfung an die sozialontologische Begriffsbedeutung auch zwischen zwei Phänomenen kollektiver Intentionalität genauer differenziert werden: Zwischen der den verabschiedeten *Gesetzestext* als kollektive Handlung tragenden Intentionalität der als Kollektiv „Gesetzgeber“ handelnden Abgeordneten einerseits<sup>9</sup> und der von einer die Verabschiedung des Textes tragenden Mehrheit von Abgeordneten gemeinsam geteilten, mit dem Text ausgedrückten Regelungszintentionen andererseits. Während das erste Phänomen kollektiver Intentionalität eine rechtsinterne Begriffsverwendung von „Wille des Gesetzgebers“ rechtfertigt und erklärt, die den *Gesetzestext* dem Kollektiv als Ganzem zurechnet, verweist nur die Gestalt des zweiten Phänomens auf einen möglichen Bedeutungsgehalt, den eine rechtsinterne Begriffsverwendung von „Wille des Gesetzgebers“ annehmen muss, wenn damit das Ziel der Auswertung der Gesetzesmaterialien im Hinblick auf die mit dem Gesetzestext verbundenen Regelungszintentionen bezeichnet werden *und* zugleich der Anspruch auf rationale Nachvollziehbarkeit bzw. Kritizierbarkeit der Aussage beibehalten werden soll.

7 Vgl. nur besonders plastisch R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1988, S. 168: „spooky group mental state“.

8 Vgl. deutlich jetzt auch R. Poscher, *Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin*, in: J. Nolte/R. Poscher/H. Wolter, *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit*, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2014, S. 207, der ebenfalls konstatiert, dass die entsprechenden philosophischen Rekonstruktionsbemühungen zeigen, dass „sich ohne verdächtige ontologische Annahmen sinnvoll von kollektiven Intentionen reden lässt“; aus der anglo-amerikanischen Diskussion zuletzt R. Ekins/J. Goldsworthy, *The Reality and Indispensability of Legislative Intentions*, *Sydney Law Review* Vol. 36 (2014), S. 39 ff., insb. 64 ff.

9 In diese Richtung lässt sich wohl auch die Unterscheidung bei N. Duxbury, *Elements of Legislation* (Fn. 5), S. 104 ff. verstehen, der insofern von „minimal intent“ spricht.

## B. Genetische Argumentation als spezifische Argumentationsform im Konkretisierungsprozess

### I. Spezifische Argumentationsform

Genetische Argumentation<sup>10</sup> wird hier als spezifische Argumentationsform, als *Teioperation* im Gesamtprozess der Gesetzes bzw. Verfassungskonkretisierung<sup>11</sup> verstanden. Sie zeichnet sich in einer vorläufigen Annäherung durch folgende vereinfachte Form<sup>12</sup> aus:

*In einem Anwendungsfall von G wird der Interpretationsvorschlag G1 damit begründet, dass sich anhand der Gesetzesmaterialien rekonstruieren lasse, dass G1 auch dem „Willen des Gesetzgebers“ entspreche.<sup>13</sup>*

Genetische Argumentation bedient sich somit ihrem *Selbstverständnis* nach zur Begründung ihres Deutungsvorschlags des Verweises auf ein außerrechtliches Phänomen, aus dem sie die normative Kraft des Arguments ableitet. Dieses außerrechtliche Phänomen soll durch Verweis auf Texte potentiell *rekonstruiert* werden können. Genetische Argumentation versteht sich daher als *empirische* Argumentationsform.<sup>14</sup>

### II. Unabhängig von Rechtsanwendungstheorie

Die Frage nach der theoretischen und praktischen Möglichkeit einer rationalen Praxis genetischer Argumentation in diesem Sinne muss von der Frage nach der theoretischen und praktischen Möglichkeit oder normativen Gebotenheit subjektiv-historischer Auslegung als Paradigma des Gesamtprozesses der Gesetzes- bzw. Verfassungsauslegung unterschieden werden. Die Antwort auf Erstere mag zwar durchaus Einsichten für die Beantwortung der Letzteren liefern, die unreflektierte Nivellierung beider Fragestellung zu einer einzigen Frage versagt sich jedoch selbst das Potential ihrer Beantwortung.

10 Hiervon zu unterscheiden ist die historische Argumentation, die mit *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 5), Rdn. 360 als Verwertung der Differenz von geltenden und nicht mehr geltenden *Normtexten* verstanden werden kann.

11 „Konkretisierung“ wird hier und im Folgenden zur bloßen Bezeichnung der Rechtsanwendungssituation verwendet und stellt bewusst keine Festlegung für eine bestimmte Rechtsanwendungstheorie, insbesondere nicht die mit diesem Wort im Bereich der Rechtstheorie assoziierte „Strukturierende Rechtslehre“, dar. Die folgenden Überlegungen beanspruchen Gültigkeit gerade unabhängig vom rechtsanwendungstheoretischen Standpunkt.

12 Diese Form genetischer Argumentation entspricht ständiger Rechtsprechungspraxis, für die Verfassungskonkretisierung *pars pro toto* BVerfGE 12, 205, 236 f. – 1. *Rundfunkurteil*; BVerfGE 83, 341, 354 – *Bahai*.

13 In Anlehnung an die Definition von *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1991, S. 291, diese zugleich aber hinsichtlich des Bezuges auf die Gesetzesmaterialien präzisierend.

14 Deutlich *R. Alexy*, Argumentation (Fn. 13), S. 294; *M. Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, Baden-Baden 1998, S. 76 f.; im Ergebnis wohl auch *R. P. Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, Tübingen 2007, S. 102 f.

Die Notwendigkeit der Unterscheidung lässt sich verdeutlichen, indem man bedenkt, dass sich einerseits auch eine geltungszeitlich orientierte Rechtsanwendungstheorie genetischer Argumentation bedienen kann, um ein von ihr zuvor durch die Anwendung anderer Auslegungsmethoden gewonnenes Ergebnis ergänzend zu begründen.<sup>15</sup> Andererseits wird auch in einer entstehungszeitlich orientierten Rechtsanwendungstheorie die genetische Argumentation als Ermittlung des Willens des Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien nie mehr als nur eine von mehreren Argumentformen – etwa neben grammatischen, systematischen, historischen Argumenten – sein und ihr auch hier selten eine besondere Rolle im Verfahren der Rechtsanwendung zugesprochen werden.<sup>16</sup> Nur der besseren Erkenntnis der Möglichkeitsbedingungen einer rationalen genetischen Argumentationspraxis gilt darum hier zu nächst das Interesse.

### C. Die offene Frage der genetischen Argumentationsform: Was bedeutet in diesem Verwendungskontext der Begriff „Wille des Gesetzgebers“?

Das Selbstverständnis der genetischen Argumentationspraxis, eine Normkonkretisierung mit dem „Willen des Gesetzgebers“ anhand der Materialien zu begründen, wirft Fragen auf. Was kann man unter dem „Wille des Gesetzgebers“, der auf diese Weise ermittelt werden können soll, sinnvollerweise verstehen? Kann man diesen Willen wirklich als Verweisbegriff auf ein empirisches Phänomen verstehen? Oder handelt es sich dabei bloß um eine Fiktion, also etwas, was zwar innerrechtlich unterstellt oder konstruiert, nicht aber rekonstruiert werden kann? Versucht genetische Argumentation also gar mithilfe der Materialien etwas zu ermitteln, was es gar nicht gibt? Oder kann man doch den Aussagegehalt des genetischen Arguments dahingehend verstehen, es sei mithilfe der Gesetzesmaterialien so etwas wie eine Regelungsintention eines kollektiven Entscheidungsgremiums ermittelt worden?

Diese Fragen werfen Zweifel am Rationalitätspotential genetischen Argumentierens auf. Sie lassen sich im Kern auf die Irritation der Verwendung einer mentalistischen Vokabel wie „Wille“ oder „Intention“ im Zusammenhang mit einem Kollektivbegriff wie „Verfassungsgeber“ bzw. „Gesetzgeber“ zurückführen. Diese Kombination hat in der Rechtswissenschaft traditionell Anlass zu heftigen Abwehrreaktionen gegeben. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ könne nicht wirklich ernst genommen

15 T. *Wischmeyer*, Zwecke (Fn. 5), S. 379 f.: „Überwiegend wird die Frage nach der Möglichkeit des Rückgriffs auf Materialien mit der Frage von subjektiver oder objektiver Theorie gleichgesetzt, ohne dass ersichtlich wird, wie diese Fragestellungen zusammenhängen, da die heute noch vertretenen objektiven Theorien alle die Berücksichtigung von Materialien nicht grundsätzlich ausschließen“; vgl. auch A. *Funke*, Wollen Müssen, in: C. Baldus/F. Theisen/F. Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, Tübingen 2013, S. 177.

16 Vgl. M. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999, S. 342 f., insb. Fn. 44: „So etwa wird überaus häufig die Heranziehung der Gesetzesmaterialien mit subjektiv-historischer Interpretation identifiziert – als ob die Ermittlung des Norminhalts als die Ermittlung des Inhalts des Normsetzerwillens nicht auch und sogar zuvörderst auf den vom Normsetzer selbst authentifizierten Normtext abzustellen hätte; [...]“.

werden, allenfalls als Bezeichnung einer für das Rechtssystem notwendigen Fiktion könne man von ihm sinnvoll reden (hierzu unter I.). Erst in letzter Zeit werden wieder vielversprechendere Versuche unternommen, einer sinn- und gehaltvollen Bedeutungsdimension des Begriffs *jenseits* des rechtlichen Selbstbeschreibungszusammenhangs nachzuspüren. Hierfür wird das Bezugspheänomen „Gesetzgebung“ aus einer außerrechtlichen Perspektive in den Blick genommen und der Erlass eines Gesetzes- bzw. Verfassungstextes als kollektive Handlung einer hieran beteiligten Mehrzahl von Personen theoretisch konzeptionalisiert. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ kann dabei entweder im Rückgriff auf ein *normatives, verantwortungstheoretisches Begriffsverständnis von Intentionalität eines Kollektivs* entfaltet werden (hierzu unter II.) oder unter Rückgriff auf ein mittels einer sozialontologischen Perspektive gewonnenen Verständnisses von kollektiver Intentionalität expliziert werden.<sup>17</sup> Nur die sozialontologische Analyse besitzt jedoch die erforderliche Tiefenschärfe, die Mehrschichtigkeit des Phänomens kollektiver Intentionalität im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses so zu beschreiben, wie sie sodann für ein adäquates Verständnis des Ausdrucks „Wille des Gesetzgebers“ *im Rahmen genetischer Argumentation* notwendig ist (hierzu unter III.).

### I. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Defensive

Seit Generationen beziehen sich Richter, Rechtswissenschaftler und Jurastudenten unterschiedlicher Rechtssysteme bei der Gesetzesauslegung intuitiv auf einen „Willen des Gesetzgebers“.<sup>18</sup> Die ernsthafte Rede und erst recht eine ernsthafte Suche nach einem Realphänomen „Willen des Normgebers“ steht in der Rechtswissenschaft dennoch seit Längerem unter dem Verdacht hoffnungsloser Naivität.<sup>19</sup> Wer nach dem „Willen des Normgebers“ frage, begeben sich – so wird verbreitet behauptet – auf die Suche nach einem Gespenst,<sup>20</sup> einem Mythos.<sup>21</sup> Nichts anderes muss dann

17 Zu diesen zwei Verwendungsweisen des Intentionalitätsbegriffs im Rahmen der philosophischen Debatten über kollektive Intentionalität vgl. *T. Wischmeyer*, Zweck (Fn. 5), S. 237 ff., der selbst seine Rekonstruktion der Rechtsetzung im Verfassungsstaat als kollektive intentionale auf soziale Wirksamkeit bedachte Handlung in Anlehnung an Überlegungen von *Christian List* und *Philip Pettit* vornehmlich auf ein verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriff stützt, vgl. insb. S. 245 f.

18 Für eine Rechtssystem übergreifende Perspektive s. *Vogener*, What is the Proper Role of Legislative Intention in Judicial Interpretation?, *Statute Law Review*, Vol. 18, Nr. 3 (1997), S. 235.

19 Stellvertretend für die Kritik aus jüngerer Zeit nur *S. Meyer*, Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze, *Der Staat* 48 (2009), S. 278 (283): „Die bemühte „Tatsache“ ist nicht existent“. Aus der englischsprachigen Literatur siehe nur prominent und pointiert *J. Waldron*, Legislators' Intentions and Unintentional Legislation, in: *A. Marmor* (Hrsg.), *Law and Interpretation, Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1995, S. 329: „Philosophically, however, the idea of appealing beyond the statutory text to what legislators are thought to have intended has been subject to such powerful criticisms [...] that one is surprised to find it appearing again in anything other than a trivial form in respectable academic jurisprudence“; skeptisch auch *H. Hurd*, Sovereignty in Silence, *The Yale Law Journal* 99 (1990), S. 945 (968 ff.), mit umfangreichen Nachweisen.

20 *C. Schmitt*, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 30.

21 Zum Einwand der Mystizität eines Gesetzgeberwillens vgl. nur den darstellenden Überblick bei *T. Honsell*, *Historische Argumente* (Fn. 1), S. 44.

auch für den „Willen des Verfassungsgesetzgebers“ gelten. Aufgrund des Fehlens eines realpsychischen Willens des Verfassungsgesetzgebers wäre es schlichtweg sinnlos, ihn rechtsimmanent rekonstruieren zu wollen. Man könne an ihn glauben, wissen aber könne man von ihm nichts.

Wer sich auf diese Weise hinsichtlich der Frage eines Kollektivwillens zum Agnostizismus bekennt, kann für das Rechtssystem dennoch unterschiedliche Konsequenzen hieraus ziehen: Entweder man spricht dem „Willen des Gesetzgebers“ auch als rechtlicher Konstruktion jedweden Wert ab oder man hält aufgrund der Selbstbeschreibung des Rechts an der Kategorie als Rechts*konstruktion* fest.

### 1. Der „Wille des Gesetzgebers“ als folgenloser Mythos

Wer die Berechtigung jedweder Rede von einem außerrechtlichen Phänomen „Wille des Gesetzgebers“ bzw. „Verfassungsgesetzgebers“ leugnet, kann sich dafür aussprechen, auch im Recht jegliche normative Konstruktion eines „Willens des Gesetzgebers“ als bedeutungslos aufzugeben.<sup>22</sup> Damit wird konsequenterweise ebenso jede Form der Argumentation mit dem „Wille des Gesetzgebers“ als normativ irrelevant aufgegeben. So kann dann etwa den Materialien des Verfassungsgebungs- oder Gesetzgebungsprozesses auch rechtsimmanent *unter diesem Aspekt* keine überzeugende Bedeutung mehr für die Verfassungstextkonkretisierung zugeschrieben werden.<sup>23</sup> Genetische Argumentation kommt zu ihrem Ende.

### 2. Der „Wille des Gesetzgebers“ als notwendige Fiktion

Die alternative Strategie besteht darin, auf die „Selbstdeutungs- und Selbsterzeugungsmechanismen des positiven Rechts“ zu verweisen.<sup>24</sup> Der Einwand der Nicht-

22 In kaum noch anzutreffender Konsequenz zuletzt S. Meyer, Verfassungswidrigkeit (Fn. 19), S. 301; überraschend apodiktisch als Resümee der vorangegangenen Tagungsbeiträge L. Kunz/T. Raff, Gespräch mit Gesetzgebungspraktikern: Die Gesetzesauslegung im Blick des Gesetzgebers?, in: C. Baldus/F. Theisen/F. Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ (Fn. 15), S. 197, wonach es *den* Gesetzgeber nicht gebe und damit auch nicht *den* Willen des Gesetzgebers; aus der älteren Literatur nur A. Memmicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg 1970, S. 33; H. Krüger, Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgesetzgebers, DVBl. 1961, S. 685 ff.; J. Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, eine dogmengeschichtliche Untersuchung, in: W. v. Calker, Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestag der Doktor-Promotion, Band 1, Tübingen 1908, S. 397 ff., der anhand der Gesetzesmaterialien eine „personifizierte soziale Durchschnittsauffassung“ ermitteln will.

23 Dies besagt freilich nicht, dass die Materialien des Verfassungsgebungsprozesses keine andere argumentative Verwendung finden könnten. So kann etwa auf kluge staatsrechtliche oder staatsrechtliche Äußerungen einzelner Mitglieder des Parlamentarischen Rates ebenso referiert werden wie auf Aufsätze lebender oder toter Staatsrechtslehrer. Argumentative Kraft wird dann jedoch nur noch über die inhaltliche Überzeugungskraft, nicht mehr über den zugrundeliegenden autoritativen Status der Referenzquelle generiert.

24 Exemplarisch für diese Position M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 16), S. 351. Die folgenden Ausführungen dürfen nicht als immanente Kritik an Jestaedts Monographie missverstanden werden. Denn wir knüpfen hier – wie in der gesamten Abhandlung – nur an der jeweiligen Begriffsexplikation an, die unter einem abweichenden Erkenntnisinteresse entwickelt sein mag, und fragen, ob diese zur Lösung des *hier* aufgeworfenen Problems einen Beitrag leisten kann. Eine grundlegende Kritik an den weiteren Überlegungen der Autorinnen und Autoren ist damit nicht verbunden.

existenz des Willens eines Kollektivs möge zwar in der „Theorie der rechtlichen Außenperspektive“ richtig sein, er taue „aber nicht schon deshalb als rechtsgewinnungstheoretischer Aspekt zur Behandlung der rechtlichen Praxis“. <sup>25</sup> Der „Wille des Normsetzers“ wird in dieser Strategie dann folglich lediglich als „rechtliche Fiktion“ behandelt, als „Hilfsoperation des Denkens“, die es ermögliche, die vom Recht selbst vorausgesetzten Zusammenhänge bzw. von ihm hergestellten Zurechnungen zu erfassen. <sup>26</sup> Unter dem Blickwinkel der Psychologie sei der Entscheidungswille eines Kollegialgremiums aber „in der Tat eine Chimäre, also ein Hirngespinnst“. <sup>27</sup>

Welche Konsequenzen hat eine solche Position für die theoretische Fundierung genetischer Argumentation? Sie ermöglicht zwar die Rettung des „Willens des Gesetzgebers“ als Kategorie des Rechts. Indem aber auch sie konzidiert, dass es keinen Entscheidungswillen eines Kollektivs als im außerrechtlichen Vokabular beschreibbares empirisches Phänomen geben könne und es sich somit stets um fiktive, lediglich aufgrund der Selbstbeschreibung des Rechts notwendige Zurechnungen, rechtsimmanente Konstruktionen – und nicht Rekonstruktionen – handle, begibt sie sich jedes *rechtsexternen Rationalitätskriteriums* für die Bewertung rechtlicher Zuschreibungen und – für das hiesige Erkenntnisinteresse besonders relevant – der den *Zuschreibungsprozess anleitenden Regeln bzw. Kriterien*. Man kann so zwar verständlich machen, warum Operationen des Rechtssystems wie „Konkretisierung eines Gesetzes“ aufgrund des Grundsatzes der Gesetzesbindung auf den „Willen des Gesetzgebers“ Bezug nehmen und warum sie dies unter dem Aspekt der Selbstbeschreibungskonsistenz auch tun sollten. Die für die genetische Argumentation als rationale Praxis entscheidenden Fragen nach der Bedeutung, Auswahl und vor allem nach dem *Kriterium* der argumentativen Verarbeitung der Materialien des Gesetzgebungsprozesses bei der Ermittlung des „Willens des Gesetzgebers“ können mit dem rechtsimmanenten Kriterium der Selbstbeschreibungskonsistenz jedoch gerade nicht *begründet* beantwortet werden. Bloße Selbstbeschreibungskonsistenz liefert anders als eine – im weitesten Sinne verstandene – Gegenstandsadäquanz für *eine bestimmte* Zurechnungsregel keinen hinreichend determinierenden Maßstab. Das Rechtssystem ist im Bezug auf seine Zurechnungen in der Tat völlig autonom. Mit dem „Willen des Gesetzgebers“ als bloße Konstruktion der Operationen des Rechtssystems lässt sich *in Abwesenheit etablierter rechtlicher Zurechnungsregeln* dann aber eine rationale

25 M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 16), S. 351.

26 M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 16), S. 354, im Anschluss an die Verwendungsweise des Fiktionsbegriffs von Hans Vaibinger, Die Philosophie des Als Ob; eine pragmatischere Begriffswendung bei D. Looschelders/W. Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Berlin 1996, 46 f.; C. Baldus, Gut meinen, gut verstehen?, in: C. Baldus/F. Theisen/F. Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ (Fn. 15), S. 7: „Zurechnungskonstruktionen, die getrost als fiktional bezeichnet werden dürfen.“

27 M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 16), S. 354.

Praxis genetischer Argumentation anhand der Gesetzesmaterialien auch nicht begründen. Sie wäre insoweit als *eigenständige* Argumentationsform sinnlos.

Wäre der bloße Verweis auf die Selbstbeschreibung des Rechts jedoch der Endpunkt aller Überlegungen, würde sich darüberhinaus unweigerlich die Frage aufdrängen, wie bei Aufgabe der Überzeugung von einem Wirklichkeitsphänomens „Wille des Gesetzgebers“ die Selbstbeschreibung des Rechts als Medium der Verwirklichung „kollektiver Freiheit“ durch die Bindung der Rechtsanwendung an das demokratisch legitimierte Gesetz vor dem Ideologievorwurf noch ernsthaft verteidigt werden könnte. Man kann das bei leichter Perspektivverschiebung auch nüchterner in dem in diesem Zusammenhang in der Literatur so oft bemühten systemtheoretischen Vokabular formulieren: Wer glaubt, in der Wirklichkeit kein Korrelat zur rechtlichen Kategorie „Wille des Verfassungs- bzw. Gesetzgebers“ ausfindig machen zu können, kann das Problem genetischer Argumentation als Operation des Rechts nicht mehr als Problem „struktureller Kopplung“<sup>28</sup> mit einem entsprechenden Umweltphänomen verstehen. Denn wenn es dieses Bezugsphänomen in der Umwelt des Rechtssystems gar nicht geben würde, könnte es auch diesbezüglich zu keiner Irritation kommen. Und wo keine Irritation denkbar ist, braucht diese auch nicht erwartet und „Irritierbarkeit“ entwickelt zu werden. Träfe dies zu, stellt sich freilich die Frage, warum das Rechtssystem in seinen Operationen genetische Argumente als *spezifische Argumentationsform* überhaupt als Begründungselement verwertet und ausgebildet hat. Und warum spricht es dabei etwa Argumenten, die auf bestimmten Materialien aus dem Verfassungsgebungsprozess beruhen, potentielle Relevanz zu, nicht aber den Memoiren Carlo Schmidts, obwohl es sich bei *beiden* Textarten nicht um Rechtstexte und damit nicht um frühere Operationen des Rechtssystems handelt? Vor allem aber: Warum empfinden wir diese differenzierte Behandlung der Textkategorien auch als Teilnehmer des Rechtssystems nicht als willkürlich, sondern vielmehr plausibel?

### 3. Auf der Suche nach einer möglichen Bedeutungsexplikation des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ unter Verweis auf ein außerrechtliches Phänomen

Es liegt daher näher, sich bei der Suche nach einem wirklichkeitsfundierten Referent des Begriffs „Willen des Gesetzgebers“ nicht zu schnell verunsichern zu lassen. Die simple Tatsache, dass Gesetzes- und Verfassungstexte nicht „vom Himmel fallen“, sondern im demokratischen Verfassungsstaat Handlungsprodukte eines hierzu als ermächtigt angesehenen Personenkollektives sind, wendet den Blick auf das Wirklichkeitsphänomen „Produktion von Gesetzestexten“. Ein Blick in die unter dem Stichwort „kollektive Intentionalität“ aktuell im Rahmen der Philosophie des So-

28 Zu diesem Begriff, sowie zum Begriff der „Irritation“, siehe N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 440 ff.

zialen geführten Debatten<sup>29</sup> eröffnet einen breiten Horizont von Möglichkeiten, sich dem Realphänomen „Gesetzgebung“ im Hinblick auf die hier zugrundeliegende Fragestellung produktiv zu nähern. Ausgangspunkt bildet die Analyse der Verfassungs- bzw. Gesetzgebung als kollektive Handlung einer damit beauftragten Mehrheit von Personen. Dabei kann an zwei unterschiedliche Intentionalitätsbegriffe angeknüpft werden: einen *normativen* Intentionalitätsbegriff, der angibt, unter welchen Voraussetzungen ein Handlungsakt dem *Kollektiv als Ganzem* zugeschrieben werden kann, oder einen sozialontologischen Begriff kollektiver Intentionalität, der sich für die Fragen des Zusammenspiels der individuellen Intentionen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen interessiert und weitergehender Aufhellung bedarf, bevor er für eine Explikation des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ im Aussagesatz des genetischen Arguments nutzbar gemacht werden kann.

## II. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ als Markierung eines gerechtfertigten Zurechnungszusammenhangs

Wie gewinnbringend eine Konzeptionalisierung von Gesetzgebung als kollektiv intentionale Aktivität und ein Anknüpfen an einem primär normativen, verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriff sein kann, hat jüngst *Thomas Wischmeyer* im Anschluss an die Theorie kollektiver Akteure von *Christian List* und *Philip Pettit*<sup>30</sup> aufgezeigt.<sup>31</sup>

### 1. Die Zuschreibung des Handlungsaktes an einen kollektiven Akteur

Dieser Ansatz geht von der Überlegung aus, dass es bei Einhaltung bestimmter, die Entscheidungsrationalität sichernder Strukturbedingungen gerechtfertigt ist, den Gesetzgeber als kollektiven Akteur zu verstehen und ihm die Gesetzgebungsakte als *seine* Handlungen zuzurechnen. Das Personenkollektiv Gesetzgeber wird als „institutionelle Person“<sup>32</sup> behandelt. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ verweist dann auf die Einbettung des Gesetzes als kollektiven Handlungsakt in einen Legitimations- und Verantwortungszusammenhang und beruht auf einer nicht-mentalistischen Intentionalitätskonzeption.<sup>33</sup>

Dem Personenkollektiv „Gesetzgeber“ kann in diesem Sinne in Analogie zu einer Einzelperson „Intentionalität“ hinsichtlich eines Handlungsaktes und damit *Verant-*

29 Neben den in Fn. 1 genannten Nachweisen siehe nur die Beiträge in S. Chant/F. Hindriks (Hrsg.), *From Individual to Collective Intentionality*, Oxford 2014, sowie in H. Schmid/K. Schulte-Ostermann/N. Psarros (Hrsg.), *Concepts of Sharedness: Essays on Collective Intentionality*, Berlin 2008.

30 Siehe insbesondere nun umfassend C. List/P. Pettit, *Group Agency*, Oxford 2011.

31 Umfassend zum Folgenden T. Wischmeyer, *Zwecke* (Fn. 5), S. 242 ff., insb. 370 ff.

32 Prägnant zu dem zugrundeliegenden theoretischen Anliegen einer solchen Konzeptionalisierung spezifischen Gruppenhandelns P. Pettit, *Gruppen mit eigenem Geist*, in: H. B. Schmid/D. Schweikard (Hrsg.), *Kollektive Intentionalität* (Fn. 4), S. 568, 617 ff.; ausführlich zu der zugrunde gelegten „performativen Konzeption“ des Personenbegriffs C. List/P. Pettit, *Group Agency* (Fn. 30), S. 170 ff.

33 T. Wischmeyer, *Zwecke* (Fn. 5), S. 373 ff.

wortlichkeit für diesen Handlungsakt *in gerechtfertigter Weise* zugeschrieben werden, soweit das interne Verfahren die erforderlichen strukturellen Parallelen zu individuellem intentionalem Handeln aufweist. Hierfür ist es notwendig, dass sich im Handlungsakt des Kollektivs eine *Eigenrationalität* der kollektiven Entscheidung dokumentiert, welche nicht den einzelnen Individuen zugerechnet werden kann und welche den allgemeinen Rationalitätsbedingungen genügt.<sup>34</sup> Damit diese allgemeinen Rationalitätsbedingungen, allen voran die innere Entscheidungskonsistenz, im Hinblick auf die kollektiven Handlungsentscheidungen erfüllt werden können, müssen entsprechende Anforderungen an die internen Verfahrens-, Initiativ- und Organisationsregeln beachtet werden.<sup>35</sup> Nur unter diesen Voraussetzungen lässt sich der Handlungsakt in begründeter Weise als Resultat *kollektivierter Vernunft* deuten.<sup>36</sup>

Gesetzgeber<sup>37</sup> und Verfassungsgesetzgeber lassen sich aufgrund der umfänglichen Strukturierung des Gesetzgebungsprozesses durch verbindliche Verfahrensregeln mit diesem Modell als kollektive Akteure theoretisch rekonstruieren.<sup>38</sup> Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ bezeichnet dann eine kollektive Intentionalität, die daran anknüpft, dass der Prozess der Gesetzgebung durch Regeln bestimmt ist, welche Initiierung, Ablauf und Abschluss des Entscheidungsverfahrens strukturieren, hierdurch verbindliche Entscheidungen ermöglichen, zugleich aber die unmittelbare Verbind-

34 T. Wischmeyer, Zwecke (Fn. 5), S. 240 f. m.w.N.

35 Ausführlich zu diesen Regeln C. List/P. Pettit, Group Agency (Fn. 30), S. 59 ff., 81 ff.; daran anschließend D. Schweikard, Der Mythos des Singulären: Eine Untersuchung der Struktur kollektiven Handelns, Paderborn 2011, S. 421 ff.

36 Hierzu nur P. Pettit, Gruppen mit eigenem Geist (Fn. 32), S. 598 ff.

37 Zum parlamentarischen Gesetzgeber „als Musterbeispiel eines kollektiv intentionalen Akteurs im List/Pettit’schen Sinne“, ohne jedoch die Schwierigkeiten einer vollumfänglichen Rekonstruktion im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen Bundestag und Bundesrat bei der Gesetzgebung zu leugnen, vgl. abermals die weitergehenden Ausführungen bei T. Wischmeyer, Zwecke (Fn. 5), S. 242 ff.

38 Auch der Verfassungsgesetzgebungsakt lässt sich nach unserer Ansicht aufgrund der sich durch den Parlamentarischen Rat selbst gegebenen Geschäftsordnung mit ihrer klaren Strukturierung und Regulierung der einzelnen Verfahrensschritte zwecks Kompromissbildungsermöglichung und Herstellung innerer Konsistenz als Akt eines so verstandenen integrierten kollektiven Akteurs rekonstruieren. Die Geschäftsordnung des Parlamentarischen Rates sah insbesondere neben einem fraktionellen Antragsrecht eine Regelung über die Reihenfolge der Abstimmung über die einzelnen Anträge vor. Auch führt die Vorbereitung der Plenumslesungen durch die Ausschüsse und die mehrfache Lesung im Plenum und den Ausschüssen zu einer entsprechend transparent gegliederten Entscheidungsvorbereitung. Eine weitergehende Ausarbeitung einer solchen Rekonstruktion ist für das *hier* zugrundeliegende Erkenntnisinteresse jedoch aus sogleich darzulegenden Gründen nicht weiterführend und soll daher an dieser Stelle auch nicht erfolgen.

dung der Endentscheidung zu den individuellen Präferenzen der zugrundeliegenden einzelnen Entscheidungsbeiträge ablöst.<sup>39</sup>

Eine solche Rekonstruktion von Gesetzgebung und Verfassungsgesetzgebung als kollektiv intentionale Handlung fängt die Selbstbeschreibung des Rechts theoretisch ein und ermöglicht durch den Rekurs auf den verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriff *rechtsexterne normative Rechtfertigungsmaßstäbe* für eine rechtsinterne Begriffsverwendung „Wille des Gesetzgebers“ im Sinne einer Zurechnungsgrundlage an das *Kollektiv* Gesetzgeber zu formulieren. Es trifft daher zu, dass über eine solche Konzeption „die Strukturen kollektiver Entscheidungsfindung ganz anders in den Fokus rücken als in dem Fall, dass dieser Prozess nur als Metapher oder Fiktion konzeptionalisiert wird“.<sup>40</sup> Der Erlass eines Gesetzestextes wird als kollektiver Handlungsakt des Kollektivs „Gesetzgeber“ expliziert, als eine regelstrukturierte, aber empirische Aktivität, deren bestimmte Qualität nicht nur die rechtsimmanente Zurechnung des Gesetzestextes an den Gesetzgeber rechtfertigt, sondern zugleich die rechtspraktische Behandlung des Gesetzestextes als rationales und damit dem Verstehensprozess zugängliches Handlungsprodukt legitimiert. Hierin liegt ein nicht zu unterschätzender Reflexionsgewinn, der insbesondere auf der Ebene einer allgemeinen Rechtsanwendungstheorie genutzt werden kann.

## 2. Potential für die genetische Argumentation?

Doch kann uns eine Explikation des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ in diesem verantwortungstheoretischen Intentionalitätsverständnis auch im Rahmen der hier verfolgten theoretischen Aufhellung der Begriffsverwendung im Kontext genetischer Argumentation als spezifischer Argumentationsform weiterhelfen, die eine bestimmte Auslegung bzw. Anwendung eines Gesetzestextes in einer bestimmten Sachverhaltskonstellation mit dem anhand der Materialien ermittelten „Willen des Gesetzgebers“ rechtfertigen will?

Hier zeigen sich schnell die durch sein abweichendes Erkenntnisinteresse bedingten Grenzen des oben beschriebenen Zugangs für das Problem genetischer Argumentation. Denn einer verantwortungstheoretischen Explikation, die von Intentionen nur im Sinne eines gerechtfertigten Zurechnungszusammenhangs spricht und auf eine weitergehende sozialontologische Aufhellung des Phänomens „Gesetzgebung“ ver-

39 T. Wischmeyer, Zwecke (Fn. 5), S. 240 f. Diese Form „intentionaler Aktivität“ wird dann als Resonanzphänomen in den Gesetzesmaterialien überall dort erkennbar, wo sich Aussagen dem gesamten Parlament zurechnen lassen; das soll regelmäßig an Verfahrenspunkten der Fall sein, die nach den Regeln der Geschäftsordnung für den erfolgreichen Ablauf konstitutiv sind, vgl. S. 388 ff. Solche allgemeinen Prinzipien im Umgang mit Gesetzesmaterialien werden gestützt durch die Arbeiten an einer „Rule-Based Decision Theory“ wie sie aufbauend auf empirischen Erkenntnissen über die tatsächlichen – aber regelgeleiteten – Entscheidungsprozesse des U.S. Congress zuletzt etwa auch V. Nourse, A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules, The Yale Law Journal 122 (2012), S. 70 ff. entwickelt hat.

40 T. Wischmeyer, Zwecke (Fn. 5), S. 242.

zichtet, fehlt die im vorliegenden Kontext nötige Tiefenschärfe, das Sättigungskriterium genetischer Argumentation als empirischer Argumentationsform zu erfassen. Denn indem sie sich nicht auf die Beschreibungsebene der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen begibt und sich auf die Analyse der Anforderungen an die Strukturierung der zur Entscheidung und damit zur kollektiven Handlung führenden Verfahrensstruktur begrenzt, bleibt ihr als Kriterium für die mit diesem Begriff kollektiver Intentionalität bezeichnete gerechtfertigte Zuschreibung folgerichtig nur das *vollständige* Durchlaufen des *kollektivierte Vernunft erzeugenden Prozesses*. Dieser endet im Falle der Gesetzgebung aber erst mit der endgültigen Abstimmung. So sehr dieser Ansatz auch konsequent die Bedeutung des Prozesses der Entscheidungsvorbereitung betont, so aktualisiert und vollendet sich der dem *Kollektiv als Ganzem* zurechenbare Handlungsakt doch erst im positiven Abstimmungsergebnis hinsichtlich eines bestimmten Normtextes. Die durch die verantwortungstheoretische Perspektive begründete Rechtfertigung der Verwendung des Ausdrucks „Wille des Gesetzgebers“ bleibt folglich auch auf den so vollendeten kollektiven Handlungsakt, den Gesetzestext, begrenzt.

Das im Rahmen genetischer Argumentation verfolgte Rekonstruktionsziel des „Willens des Gesetzgebers“ bezieht sich hingegen auf eine *konkrete Bedeutungszuschreibung*, die sich nicht explizit auf die textliche Fassung des Gesetzes allein stützen kann. Genetische Argumentation versucht ihrer Selbstbeschreibung nach zu begründen, dass dem kollektiven Handlungsakt „Gesetzestext“ in dem entsprechenden Kontext diese Bedeutung vom Rechtsanwender zugeschrieben werden sollte, weil sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, dass auch der Gesetzgeber als handelnder Akteur diese Bedeutungszuschreibung mit ihm intendiert hat. Würde man jetzt in den Aussagesatz des genetischen Arguments den Begriff „Wille des Gesetzgebers“ mit dem Bedeutungsgehalt des verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriffes einsetzen, wäre die Aussage des genetischen Arguments: Die anhand der Gesetzesmaterialien ermittelte Bedeutungszuschreibung kann dem Gesetzgeber *als Kollektiv in gerechtfertigter Weise* zugerechnet werden und soll deshalb auch im Kontext der Rechtsanwendung berücksichtigt werden.

Der Vorteil, den eine solche Begriffsverwendung hätte, liegt auf der Hand: gelingender genetischer Argumentation könnte grundsätzlich ohne große zusätzliche Begründungslast normative Relevanz im Rahmen der Rechtsanwendung zugeschrieben werden, da durch die normative Bedeutungskomponente des verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriffes dem Argument nun die immanente Behauptung innewohnt, die rekonstruierte Bedeutungszuschreibung könne in *ebenso gerechtfertigter Weise* dem *Gesetzgeber als Kollektiv* zugeschrieben werden wie der Gesetzestext. Mit diesem Begriffsverständnis würde genetische Argumentation qua Aussagegehalt

an der rechtsinternen normativen Auszeichnung des Kollektivs „Gesetzgeber“ ohne zusätzliche Begründung partizipieren *können*.

Doch wäre ein solcher Behauptungsgehalt, nachdem sich die anhand der Gesetzesmaterialien rekonstruierte Bedeutungszuschreibung in ebenso *gerechtfertigter* Weise dem Personenkollektiv „Gesetzgeber“ zurechnen ließe, nach den oben beschriebenen immanenten Maßstäben der verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriffsverwendung wirklich begründet? Da über eine mit dem Gesetzestext verbundene Bedeutungszuschreibung nicht abgestimmt wird und dementsprechend das kollektive Rationalität erzeugende Verfahren eben gerade *nicht* vollständig durchlaufen wurde, kommt als weitere Option nur der Fall in Betracht, dass die der Rekonstruktion zugrundeliegenden Gesetzesmaterialien in gleicher Weise wie der beschlossene Gesetzestext dem Gesetzgeber als kollektive Handlung zugerechnet werden könnte.<sup>41</sup> In der Regel ist jedoch keines der üblichen Dokumente des Gesetzgebungsverfahrens selbst in einem Verfahren entstanden, wie es die Verwendungsbedingungen des verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriffs für eine gerechtfertigte Zuschreibung voraussetzen würden. Insbesondere wird über Entwurfsbegründungen, Ausschussberichte oder Wortprotokolle im Parlament nicht abgestimmt. Dies liegt im Wesen der Gesetzesmaterialien, die ja gerade selbst Ausdruck eines Handlungsprozesses sind und eine gemeinsame Handlung, die Gesetzestextgebung, vorbereiten und daher in der Regel<sup>42</sup> gerade *nicht* selbst kollektive Handlung sein sollen. Eine auf den verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriff rekurrierende Deutung des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“, der vornehmlich für die Zurechnung von Handlungsakten an kollektive Akteure ausformuliert wurde, gerät daher im vorlie-

41 In diese Richtung gehen die Überlegungen von T. Wischmeyer, Zwecke (Fn. 5), S. 385 ff., der die Verwendung von Gesetzesmaterialien im Rechtsanwendungsprozess dadurch rationalisieren will, dass nur auf Materialien zurückgegriffen wird, „die sich in vergleichbarer Weise dem Kollektiv zurechnen lassen“ wie der letztlich verabschiedete Gesetzestext, sodass „daraus Rückschlüsse auf dessen kollektiv intentionale Einstellung gezogen werden können“. Die allein in Betracht kommenden Materialien müssten „den Vorgang einer kollektiven Willensbildung“ dokumentieren und sich „nicht als Aussage Einzelner, sondern des gesamten Parlamentes darstellen“ (S. 385). Als konkreterer Maßstab wird dann jedoch nur genannt, dass sie „die Grundlage der Überlegungen potentiell aller Abgeordneten gebildet haben und damit nicht nur Partikularinteressen repräsentieren“ (S. 388). Schon der in diesem Maßstab immanente Schluss erscheint uns jedoch weder gerechtfertigt noch plausibel. Letztlich bleibt die entscheidende Frage nach dem Bewertungskriterium unbeantwortet, was sich auch daran zeigt, dass zwar bestimmte Dokumententypen wie Protokollaussagen einzelner Parlamentarier als „grundsätzlich“ unbeachtlich bzw. „allenfalls in Ausnahmefällen“ (S. 390) beachtlich eingestuft werden und andere Dokumententypen wie etwa der ursprüngliche Gesetzentwurf mitsamt Begründung oder der Bericht des Ausschusses „regelmäßig“ als Indiz relevanter parlamentarischer Willensbildung gelten dürfen, jedoch offen bleibt, wie und anhand welches konkreten Maßstabs sich denn der Regelfall von der Ausnahme unterscheiden lässt.

42 Dies wäre freilich anders, wenn das Parlament zum Beispiel sich im Hinblick auf die Entwurfsbegründung in gleicher Weise wie in Bezug auf den Gesetzestext einen Willen bilden würde und über diese am Ende ebenso abstimmen würde. Dies ist auf nationaler Ebene zurzeit jedoch nicht der Fall. Vgl. aber die den europäischen Rechtsakten vorangestellten „Erwägungsgründe“ als praktische Verwirklichung der Begründungspflicht aus Art. 296 AEUV, deren Text vom handelnden Organ beschlossen wird, dazu etwa M. Krajewski/U. Rösslein, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 296 AEUV, 54. EL, München 2014, Rn. 36 f.

genden Kontext dann schnell an seine Grenzen, wenn es nicht um die Zurechnung von Gesetzestexten als Handlungsakte an ein Kollektivorgan, sondern um die parallele Zurechnung von geteilten Bedeutungszuschreibungen hinsichtlich eines Gesetzestextes geht, für die aber keine die Zurechnung in entsprechender Weise legitimierenden Verfahrenskontexte vorhanden sind. Ein Verständnis des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ im Sinne eines verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriffs kommt daher im Verwendungskontext des genetischen Arguments als spezifischer Argumentationsform nicht in Betracht, will genetische Argumentation nicht etwas behaupten, was sie nicht einlösen kann.

### III. Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ als Verweis auf die geteilten Absichten der am Gesetzgebungsakt beteiligten Akteure

Aus diesem Grund erscheint eine weitergehende Aufhellung des Phänomens der Gesetz- bzw. Verfassungsgesetzgebung als kollektiver Handlung aus einer sozialontologischen Perspektive für eine Rationalität ermöglichende Bedeutungsexplikation des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ im spezifischen Verwendungskontext genetischer Interpretation notwendig.

#### 1. Eine sozialontologisch informierte Perspektive

Für eine solche Perspektive kann auf eine Reihe von sozialontologischen Beiträgen zurückgegriffen werden, die sich die Besonderheit der *Struktur* von gemeinsamen Handlungen zum Thema gemacht haben.<sup>43</sup> Bei allen Unterschieden im Detail kann bei den in dem vornehmlich theoretisch-philosophischen Debattenstrang prominentesten Autoren – allen voran etwa *Raimo Tuomela*, *Margaret Gilbert*, *John Searle*, *Michael Bratman*<sup>44</sup> – von einem Konsens dahingehend ausgegangen werden, dass der Unterschied zwischen individuellem und gemeinsamem Handeln in der *Struktur* der handlungsleitenden *Intentionen der Akteure* zu verorten ist.<sup>45</sup> Wobei mit dem Begriff „Intention“ eine besondere Unterkategorie von sich durch Intentionalität auszeich-

43 Einen guten Einstieg in die Diskussion ermöglicht der bereits zuvor genannte Sammelband von H. B. Schmid/D. Schweikard (Hrsg.), *Kollektive Intentionalität* (Fn. 4). Neben einer instruktiven Einleitung der Herausgeber über Anliegen, Debattenverlauf und Systematik einer Theorie kollektiven Handelns enthält dieser Band zugleich eine umfangreiche Sammlung wichtiger Beiträge der maßgeblichen Autoren.

44 Siehe für die Ausarbeitung ihrer Konzeptionen aus jüngerer Zeit pars pro toto nur *R. Tuomela*, *Social Ontology: Collective Intentionality and Group Agents*, Oxford 2013; *M. Gilbert*, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, Oxford 2013; *J. Searle*, *Making the social world: The Structure of Human Civilization*, Oxford 2011; *M. Bratman*, *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*, Oxford 2014.

45 *H. B. Schmid/D. Schweikard*, Einleitung: *Kollektive Intentionalität – Begriff, Geschichte, Probleme*, in: *H. B. Schmid/D. Schweikard* (Hrsg.), *Kollektive Intentionalität* (Fn. 4), S. 13.

nenden mentalen Zuständen bezeichnet wird.<sup>46</sup> Das Ineinandergreifen und Aufeinanderbezogenheit der intentionalen Einstellungen der an einer gemeinsamen Handlung teilnehmenden Individuen ist das Phänomen, um dessen theoretische Explikation sich die unter dem Schlagwort „Kollektive Intentionalität“ organisierenden Debattenbeiträge mit vorwiegend sozialontologischem Interesse bemühen und das als Spezifikum gemeinsamen Handelns erkannt worden ist.

Wie diese das gemeinsame Handeln tragenden Absichten unter den methodischen Prämissen einer vom ontologischen Erkenntnisinteresse ausgehenden Fragestellung theoretisch angemessen zu rekonstruieren sind, ist nach wie vor ebenso kontrovers<sup>47</sup> wie für das hier verfolgte Erkenntnisinteresse nachrangig. Denn es soll und kann<sup>48</sup> uns hier nicht darum gehen, eine umfassende sozialtheoretische Rekonstruktion der Gesetzgebung bzw. Verfassungsgesetzgebung als kollektive Handlung aus einer solch intentionalen Perspektive zu geben. Im vorliegenden Kontext genügt es uns, mithilfe der dort verwendeten begrifflichen Instrumente den Blick auf das Sozialphänomen Gesetzgebung bzw. Verfassungsgesetzgebung soweit zu schärfen, wie es eine Antwort auf die Frage nach der Bedeutung des Ausdrucks „Wille des Gesetzgebers“ im Verwendungskontext genetischer Argumentation erfordert. Die für eine ausgearbeitete Theorie erforderlich werdende Rekonstruktion insbesondere des institutionellen Zusammenhangs der Produktion des Gesetzestextes und der für die Anerkennung des produzierten Textes als *Gesetzes-* bzw. *Verfassungstext* erforderlichen, ebenfalls intentional vermittelten Statuszuschreibungen, können daher im vorliegenden Zusammenhang im Dienste einer notwendigen Absichtung der Probleme zurückgestellt werden.

Im gleichen Sinne erscheint es uns hilfreich, sich im vorliegenden Kontext zunächst exemplarisch auf die Analyse des Prozesses der Verfassungsgesetzgebung durch den

46 Intentionale Einstellungen wie Gefühle, Wünsche, Absichten werden in der philosophischen Diskussion heute überwiegend in der Tradition von *Brentano* und *Husserl* dadurch ausgezeichnet, dass sie auf *etwas* gerichtet sind bzw. sich ihr Gehalt propositional ausdrücken lässt. Vgl. nur *P. Jacob*, "Intentionality", in: Edward N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/intentionality/>>. Für eine Kritik an der Metapher des Gerichtetseins vgl. aber auch *E. Tugendhat*, *Selbstbewußtsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt am Main 1979, S. 15 ff.

47 Siehe hierzu abermals die informative systematische Aufbereitung der für eine Theorie kollektiver Intentionalität zu beantwortenden Fragen und die hierzu vertretenden Position bei *H. B. Schmid/D. Schweikard*, Einleitung (Fn. 45), S. 38 ff.

48 Dies liegt vor allem daran, dass in der philosophischen Diskussion die Analysebeispiele für kollektives Handeln aus sozialontologischer Perspektive zumeist noch auf der Komplexitätsebene von „zusammen spazierengehen“, „zusammen ein Haus anstreichen“ oder „Streichquartett spielen“ angesiedelt sind und bei komplexeren Formen integrierter Akteurschaft wie z.B. Unternehmen oder Institutionen schnell eine praktische, vornehmlich an Fragen der Zurechnung interessierte Perspektive in den Vordergrund gerückt wird. Der sozialontologisch noch zu überbrückende „theoretical gap“ erweist sich daher noch als beträchtlich.

Parlamentarischen Rat<sup>49</sup> zu beschränken. Damit soll keinesfalls der Blick vor den erheblichen faktischen Unterschieden beider Phänomene, Verfassungsgebung und Gesetzesgebung, verschlossen werden. Für eine *Strukturanalyse* kollektiven Handelns erweisen sich diese Differenzen jedoch als zweitrangig. Denn die Unterschiede dürften sich vor allem in den *tatsächlichen* Rekonstruktionsbedingungen niederschlagen, etwa in der Art und Dichte der zur Verfügung stehenden Materialien, nicht jedoch im theoretischen Rekonstruktionsziel. Indem wir hier mit der Verfassungstextgebung das noch außerhalb der Rechtsordnung liegende Phänomen als Analysebeispiel wählen, soll zudem nochmals verdeutlicht werden, dass die Plausibilität der Explikation des Sozialphänomens *kollektiver Intentionalität* auch in diesem Kontext nicht von *rechtlichen* Zuschreibungen bzw. *rechtlichen* Regulierungen abhängig ist.

## 2. Die Verabschiedung des Verfassungstextes als kollektive Handlung: Die „geteilten Absichten“ der Mitglieder des Parlamentarischen Rates

Rekonstruiert man in diesem Sinne die Verabschiedung eines Verfassungstextes als kollektiven Handlungsakt einer dazu beauftragten *Gruppe* von Menschen, so rücken die mentalen Einstellungen der Beteiligten in das Zentrum der Aufmerksamkeit. Verfassungsgesetzgebung als kollektive Handlung beruht dann auf einem bestimmten Gehalt und Verhältnis der Absichten der mit dem Erlass des Verfassungsgesetzes Beauftragten. Aber was lässt sich darunter nun genau verstehen?

In einer ersten Annäherung begegnet uns das Phänomen empirisch etwa in Form der Selbstbeschreibung der Aufgabewahrnehmung durch die Akteure im „Wir-Modus“. Diese Selbstbeschreibung kommt insbesondere in den Beiträgen zu Plenardebatten deutlich zum Ausdruck, selbst wenn man stets die latente Möglichkeit der strategi-

49 Auch wenn der *Verfassungstext* erst nach der Genehmigung durch die Alliierten, seiner Ratifizierung durch zwei Drittel der Länderparlamente (Art. 144 GG) und seiner Ausfertigung und Verkündung durch den Parlamentarischen Rat (Art. 145 Abs. 1 und 2 GG) zum *Verfassungsgesetz* wurde, so erscheint uns vor dem Hintergrund des hier verfolgten Erkenntnisinteresses die Begrenzung der folgenden Rekonstruktion auf den Prozess der Textausarbeitung im Parlamentarischen Rat aus zwei Gründen gerechtfertigt: Zum einen legte die Annahme des Grundgesetztextes durch die Abgeordneten des Parlamentarischen Rates am 8. Mai 1949 die Gestalt des Textes unverrückbar fest, sodass den Länderparlamente nur die Wahl zwischen Ratifikation oder Nicht-Ratifikation verblieb. Zum anderen entspricht es der ausnahmslosen Praxis genetischer Interpretation im Verfassungsrecht, den „Willen des Verfassungsgesetzgebers“ – soweit es nicht um die Interpretation einer Grundgesetzänderung geht – anhand von Materialien aus den Grundgesetzberatungen im Parlamentarischen Rat, ggf. unter Hinzunahme des für diese Beratungen unverbindlichen aber einflussreichen Entwurfs von Herrenchiemsee, zu rekonstruieren. Der Begriff „Verfassungsgesetzgeber“ im Kontext der gängigen Praxis genetischer Argumentation fällt daher offensichtlich weder mit dem verfassungstheoretischen Begriff der „Verfassungsgewalt“ zusammen, noch verweist er auf die Gesamtheit der am Verfassungsgebungsprozess beteiligten Akteure. Vielmehr bezeichnet er allein den Akteur, der unmittelbaren und schließlich endgültigen Einfluss auf die Textgestaltung hatte: den Parlamentarischen Rat. Zu den Besonderheiten des Entstehungsprozesses des Grundgesetzes und den daraus resultierenden verfassungstheoretischen Herausforderungen siehe nur *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band III, 2. Auflage 2008, Art. 144 Rdn. 1 ff.; *R. Mußgnung*, *Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Auflage, Heidelberg 2003, § 8, S. 315 (349 ff.).

schen Indienstnahme des Wortes „Wir“ für partikuläre Zwecke mitreflektiert.<sup>50</sup> Die Ausarbeitung und Verabschiedung des Verfassungsgesetzestextes wird von den Abgeordneten als *gemeinsame* Aufgabe verstanden und mit der entsprechenden, noch näher zu spezifizierenden, mentalen Einstellung behandelt. Zur Erfüllung dieser Aufgabe einigen sich die beteiligten Personen in einem ersten Schritt auf eine innere Ordnungsstruktur, indem sie sich eine das Verfahren und die Abstimmungsmodalitäten regelnde Geschäftsordnung geben. Diese enthält im Falle des Parlamentarischen Rates insbesondere Regelungen der Antrags- und Rederechte, einen gestuften Verhandlungsprozess durch Vorbereitung und Ausarbeitung von Textbestandteilen in Ausschüssen sowie Regelungen über die Anzahl der Lesungen.<sup>51</sup>

Für eine zweite, theoretische Annäherung soll hier an die Analysen von *Michael Bratman*<sup>52</sup> angeknüpft werden.<sup>53</sup> Auch wenn seine Arbeiten sich bisher lediglich auf einfache Fälle geteilter Absichten beziehen – also Konstellationen, die weder von institutionellen Strukturen noch von hierarchischen Autoritätsbeziehungen abhängen<sup>54</sup> –, kann seine Konzeptionalisierung dennoch für die vorliegende Fragestellung nutzbar gemacht werden.<sup>55</sup>

Die von Bratman entwickelte Konzeption *geteilter Absichten* baut auf seiner Plan-Konzeption von *individuellen Absichten* auf.<sup>56</sup> Diese versteht Absichten als stabile

50 Vgl. für den Parlamentarischen Rat statt nahezu allen exemplarisch nur die Rede des Abgeordneten *Carlo Schmid* in der zweiten Sitzung des Plenums am 8. September 1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat, Akten und Protokolle*, Band 9: „Meine Damen und Herren! Worum handelt es sich denn eigentlich bei dem Geschäft, das *wir* hier zu bewältigen haben?“ (S. 21), „*Wir* werden *uns* überlegen müssen, ob wir dieses Grundgesetz mit einer Präambel einleiten sollen.(...) Meine Damen und Herren! Es ist *uns* aufgegeben worden, ein Grundgesetz zu machen, das demokratisch ist und ein Gemeinwesen des föderalistischen Typs errichtet.“ (S. 35). Hervorhebungen nur hier.

51 Für die Geschäftsordnung und die Protokolle des Geschäftsordnungsausschuss siehe Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Band 10, S. 111 ff., 185 ff.; aus der Literatur nur *R. Ley*, *Organisation und Geschäftsordnung des Parlamentarischen Rates*, ZParl, 1975, S. 192.

52 Zusammenfassend jetzt *M. Bratman*, *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together*, Oxford 2014. Aus seinem früheren Schriften vgl. nur die Beiträge in *ders.*, *Faces of Intention*, Cambridge 1999 sowie speziell zur Konzeption „Geteilter Absichten“ *ders.*, *Geteilte Absichten*, DZPhil 55 (2007) 3, S. 409.

53 Wir knüpfen hier an *Michael Bratman* an, da sich seine Theorie aufgrund der Kategorie der ineinandergreifenden Subplänen für die Analyse „gemeinsamer Absichten“ für unser Erkenntnisinteresse als besonders zielführend erweist. Eine Stellungnahme in der philosophischen Debatte ist damit nicht intendiert.

54 Explizit *M. Bratman*, *Shared Agency* (Fn. 52), S. 8.

55 Wie produktiv *Bratmans* Konzeption auch für sehr viel umfassendere und anspruchsvollere Rekonstruktionsvorhaben in der Rechtstheorie sein können, die dann institutionelle Strukturen und Autoritätsbeziehungen einbeziehen, hat bereits *Scott J. Shapiro* gezeigt, vgl. nur *S. J. Shapiro*, *Law, Plans and Practical Reason*, *Legal Theory*, 8 (2002) S. 387 ff., 394 ff.; *ders.*, *Legality*, Cambridge, Mass. 2011, S. 118 ff. Im Hinblick auf den Gesetzgeber hat auch *R. Ekins*, *Legislative Intent* (Fn. 5), S. 54 ff. an *Bratmans* Konzeption angeknüpft und für komplexeres Gruppenhandeln weitergeführt, insb. S. 57 ff.

56 Zu diesem Plan-Konzept grundlegend *M. Bratman*, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge, Mass. 1987, S. 14 ff., S. 128 ff.

Elemente umfangreicherer, partieller Pläne, die insbesondere zukünftiges Handeln der einzelnen Individuen anleiten. Diese Subpläne wiederum unterliegen den allgemeinen rationalen Kohärenz- und Konsistenzanforderungen bezüglich der Zweck-Mittel-Relation, soweit das Erreichen des Beabsichtigten, die Verwirklichung des übergreifenden Plans, aussichtsreich bleiben soll.<sup>57</sup>

Neben der insbesondere in der zeitlichen Dimension wirksam werdenden intrapersonellen Koordinationsfunktion weist Bratman insbesondere auf die interpersonelle Koordinationsfunktion der „Planungsfähigkeit“ menschlicher Wesen hin. Gemeinsames Handeln wird durch das Ineinandergreifen der Pläne der beteiligten Individuen möglich. Durch *geteilte Absichten* wird *gemeinsames Handeln* möglich und nur wo geteilte Absichten vorliegen, kann von *gemeinsamem* – im Gegensatz zu bloß *parallelem* – Handeln gesprochen werden.

Nach Bratmans Analyse weisen *geteilte Absichten* folgende Struktur auf: Die Personen X und Y haben hinsichtlich einer gemeinsamen Handlung *g* dann geteilte Absichten, wenn

Ia.) X beabsichtigt, dass X und Y *g*-en und ebenso

Ib.) Y beabsichtigt, dass X und Y *g*-en.

II.) X beabsichtigt, dass beide in Übereinstimmung mit und auf Grund von Ia), Ib) und den ineinandergreifenden Subplänen von Ia) und Ib) *g*-en; und Y beabsichtigt, dass beide in Übereinstimmung mit und auf Grund von Ia), Ib) und den ineinandergreifenden Subplänen von Ia) und Ib) *g*-en;

III.) X und Y gemeinsames Wissen von I.) und II.) haben.<sup>58</sup>

Der Begriff „Geteilte Absichten“ bezeichnet nach dieser Konzeption somit einen *Zustand*, der im Wesentlichen aus Einstellungen der Beteiligten und den Wechselwirkungen zwischen diesen Einstellungen der Beteiligten besteht.<sup>59</sup> Eine „geteilte Absicht“ bezeichnet dieses ineinandergreifende Netz von Einstellungen. Hieraus

57 Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Beabsichtige ich etwa „am Abend in die Oper zu gehen“, wirft dieser Plan eine Reihe von praktischen Fragen auf, die ich mit handlungsanleitenden Teilplänen adressieren muss: „Wie komme ich an eine Eintrittskarte?“, „Wie komme ich rechtzeitig am Spielort an?“, „Was ziehe ich an?“. Die Subpläne müssen nicht nur hinsichtlich des Gesamtplans „am Abend in die Oper zu gehen“, sondern auch in ihrem Verhältnis zueinander abgestimmt und dadurch konsistent sein, soll die Durchführung des Gesamtplans aussichtsreich bleiben. Wenn ich beispielsweise die Teilpläne entworfen hätte „Ich werde mir die Karte an der Abendkasse kaufen“, „Ich werde deswegen spätestens die U-Bahn um 18.00 Uhr nehmen“, „Ich werde das blaue Jackett anziehen“, mir dann aber noch rechtzeitig einfällt, dass die Reinigung, wo sich das Jackett zur Zeit befindet, erst um 18.30 Uhr wieder herzmacht, müsste ich meine Teilpläne entsprechend anpassen, um die Konsistenz der Teilpläne wieder herzustellen und eine vor dem Hintergrund meiner Überzeugungen angemessen rationale, erfolgversprechende Planstruktur zu entwerfen.

58 Für eine ausführliche Begründung dieser Auffassung von „Geteilten Absichten“ siehe *M. Bratman*, *Geteilte Absichten* (Fn. 52), S. 409 ff., 416 ff.; zur vorgebrachten Kritik an dieser Art von Konzeptualisierung vgl. aber auch die Einwände etwa bei *D. Schweikard*, *Der Mythos des Singulären* (Fn. 35), S. 198 ff.

59 *M. Bratman*, *Geteilte Absichten* (Fn. 52), S. 417.

folgt zum einen, dass nach dieser Konzeption „geteilte Absichten“ als „Absicht einer Gruppe“ verstanden werden<sup>60</sup> und nicht lediglich als ein spezifischer Gehalt oder eine spezifische Art von Absicht des Individuums hinsichtlich eines Gruppenhandelns.<sup>61</sup> Zum anderen erweist sich das Vorliegen von „geteilten Absichten“ als *graduelles Phänomen*, dass auf die *spezifische gemeinsame Handlung bezogen bleibt*. Denn das Ineinandergreifen der Subpläne muss nur bis zu der Ebene bzw. dem Umfang beabsichtigt sein, wie es für die erfolgreiche Durchführung der angestrebten gemeinsamen Handlung notwendig ist. Der notwendige Koordinationsumfang ergibt sich aus der Bestimmung dessen, was als gemeinsame Handlung beabsichtigt ist.<sup>62</sup>

Für Verfassungstextgebung als gemeinsame Handlung des damit beauftragten Personenkreises ist es daher nun entscheidend zu fragen, welche und in welchem Umfang Intentionen und Subpläne der Beteiligten *notwendig* koordiniert werden müssen, damit der Erlass eines Verfassungstextes als *gemeinsame Handlung* Aussicht hat Wirklichkeit zu werden.

#### a. Gemeinsames Handlungsziel: Gemeinsame Verfassungstextverabschiedung

Notwendige Bedingung gemeinsamen Handelns ist die Verfolgung eines gemeinsamen Handlungsziels durch die Beteiligten. Dies ist im Falle der Verfassungsgesetzgebung: die gemeinsame Verabschiedung eines *Verfassungstextes*.<sup>63</sup> Diesen Handlungszweck wollen die Beteiligten *als Kollektiv* verwirklichen. Denn jeder Beteiligte weiß und erkennt an, dass nur ein Verfassungstext, der von jedem anderen Beteiligten

60 So ausdrücklich M. Bratman, „Ich beabsichtige, das wir G-en“, in: H. B. Schmid/D. Schweikard (Hrsg.), Kollektive Intentionalität (Fn. 4), S. 336.

61 Hierin unterscheidet sich Bratmans Konzeption „geteilter Absichten“ sowohl von den „Wir-Absichten“ Raimo Tuomelas wie auch von John Searles „kollektiven Absichten“.

62 Auch dies sei anhand zweier Beispiel verdeutlicht:

Wenn X und Y beabsichtigen „gemeinsam spazieren zu gehen“, müssen sie zumindest ihre Vorstellungen hinsichtlich des Zeitpunktes, des zu gehenden Weges und ihrer jeweiligen Laufgeschwindigkeit koordinieren. Diese Subpläne müssen daher in hinreichendem Maße ineinandergreifen, wenn „gemeinsames Spaziergehen“ als kollektive Handlung Wirklichkeit werden können soll. Welche Motive X und Y jeweils mit dem Spaziergang verbinden, bedarf hingegen nicht notwendig der Koordination. So kann X den Spaziergang ausschließlich zum Zwecke der körperlichen Bewegung beabsichtigen, Y hingegen primär, um seiner Arbeit am Schreibtisch zu entfliehen. Soweit nur diese Subpläne nicht einem Ineinandergreifen der notwendig zu koordinierenden Pläne entgegenstehen, bedürfen sie keiner Koordination.

Wenn X und Y hingegen „gemeinsam Demonstrieren“ wollen, müssen sie sich neben dem Ineinandergreifen der Subpläne hinsichtlich Zeitpunkt, Strecke und Laufgeschwindigkeit zumindest in gewissem Umfang auch hinsichtlich der mit der Demonstration verbundenen Aussagen koordinieren. Wenn X mit einem Schild „Ich bin für Z“ und Y mit einem Schild „Ich bin gegen Z“ kommen würde, käme es im besten Fall zu einer friedlichen *parallelen* Demonstration von X und Y, nicht jedoch zu einer *gemeinsamen* Demonstration.

63 Für den Parlamentarischen Rat müsste man freilich aufgrund der historischen Konstellation präziser formulieren: Beabsichtigt war die gemeinsame Ausarbeitung eines Grundgesetztextes, keines „Verfassungstextes“. Für die hier angestrebte formale Strukturanalyse des Prozesses kann dieser die Absicht materiell qualifizierende Gesichtspunkt aber vernachlässigt werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die zu Beginn der Ausarbeitungen vorgenommene starke Betonung der Differenz zu einem regulären Verfassungsgebungsprozess sich im Laufe der Beratungen des Parlamentarischen Rates hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die inhaltliche Gestaltung und Funktionszuschreibung des Textes merklich verflüchtigt.

als gemeinsamer Text *akzeptiert* wird, ein Handlungsprodukt darstellt, dem von außen anschließend Relevanz zugesprochen werden wird. Verfassungstextgebung stellt sich somit immer als Form gemeinsamen Handelns dar, die nicht als vollständig kooperativ neutral gedacht werden kann, sondern immer schon beim einzelnen Beteiligten den die Absicht „Ich beabsichtige, *zusammen* mit den anderen Mitgliedern der verfassungstextgebenden Versammlung einen Verfassungstext zu verabschieden“ voraussetzt.

Daraus ergibt sich, dass auf der obersten Ebene somit eine vollständige Kongruenz der Absichten der Beteiligten mit folgendem Inhalt notwendig ist: „Ich beabsichtige als Mitglied des Parlamentarischen Rates *zusammen mit* den anderen Mitgliedern des Parlamentarischen Rates einen Grundgesetztext zu verabschieden.“ Diese Einstellung ist die notwendige Bedingung, dass der Einzelne seine Handlungen als *Beiträge* zu gemeinsamem Handeln und nicht als bloße Obstruktion des gemeinsamen Handelns Anderer begreifen kann und diese Beiträge von den übrigen Mitgliedern auch als solche aufgefasst werden können.<sup>64</sup>

#### b. Ineinandergreifende Subpläne hinsichtlich der Verfahrens- und Entscheidungsregeln

Damit die Erarbeitung eines durch ein Kollektiv verabschiedungsfähigen Textes überhaupt *praktisch möglich* wird, bedarf es des Weiteren eines Ineinandergreifens der Subpläne der Beteiligten hinsichtlich des *Erarbeitungsvorgangs*. Ohne eine diesbezügliche Subplankoordination würde trotz des geteilten gemeinsamen Handlungszieles jeder Ausarbeitungsprozess im unproduktiven Chaos unkoordinierten Redens münden. Dieses Ineinandergreifen wird im Rahmen des Einigungsprozesses auf den grundsätzlichen Verfahrensablauf hergestellt. Die diesbezüglich ausreichende Koordination ist hergestellt, wenn die Beteiligten jeweils intendieren, dass sie ihre jeweiligen Beiträge gemäß gemeinsam vereinbarten Verfahrensregeln in den Ausarbeitungsprozess einbringen. Erst wenn diese Koordination erreicht ist, kann die eigentliche inhaltliche Arbeit am Text produktiv beginnen.

Soll der Ausarbeitungsprozess zudem nicht in einer unendlichen Debatte münden, müssen *Entscheidungsregeln* vorgesehen werden, die festlegen, wann und wie eine abschließende und *für alle* verbindliche Entscheidung über einzelne Textteile bzw. den ganzen Text getroffen werden. Eine entsprechend erreichte Subplankonvergenz führt dazu, dass das gemeinsame Handlungsziel „zusammen einen Verfassungstext verabschieden“ in entscheidender Weise qualifiziert wird: Jeder Beteiligte beabsichtigt nun, einen Text, der von der vereinbarten Mehrheit der Beteiligten als Verfas-

64 Das Changieren zwischen Obstruktion und Mitarbeit in diesem Sinne lässt sich vor allem an dem Verhalten der KPD-Abgeordneten im Parlamentarischen Rat studieren. Vgl. nur den Antrag (!) des Abgeordneten Reimann in der ersten Sitzung des Plenums am 1. September 1948: „Ich stelle daher folgenden Antrag: Der Parlamentarische Rat stellt seine Beratungen über eine separate westdeutsche Verfassung ein“, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 9, S. 7.

sungstext intendiert und mit Zustimmung versehen worden ist, als Text der Gesamtheit der Beteiligten zu akzeptieren.<sup>65</sup> Unter *Akzeptanz* ist dabei nicht inhaltliche Zustimmung, sondern lediglich der Verzicht auf den Einwand zu verstehen, der Text sei nicht Handlungsprodukt aller, wenn er nicht von allen einstimmig verabschiedet worden ist.

Nur wenn die Subpläne der Beteiligten hinsichtlich der Verfahrens- und Entscheidungsmodalitäten vollständig ineinandergreifen, wird ein erfolgversprechender Koordinationsprozess der für die inhaltliche Gestaltung des Verfassungstextes relevanten Subpläne als zentrale, notwendige Voraussetzung des Erreichens des gemeinsamen Handlungsziels überhaupt *praktisch möglich*.<sup>66</sup> Soll daher überhaupt ein verabschiedungsfähiger Text entstehen und eine abschließende Entscheidung aussichtsreich werden, müssen die Beteiligten diese Subpläne in einem ersten Schritt entsprechend zur Deckung bringen.<sup>67</sup>

Nicht nur die Erfolgswahrscheinlichkeit des Erreichens des gemeinsamen Zieles, sondern auch die *empirische Gestalt* des gemeinsamen Koordinierungs- und Handlungsprozesses hängen wesentlich von koordinierten *inhaltlichen Gehalten* dieser ineinandergreifenden Subpläne ab. So können neben „harten“ Gehalten wie formalen Mehrheitsregeln auch „weiche“ Gehalte wie etwa ein grundsätzliches Bemühen, in der Regel möglichst großen Konsens herzustellen, intendiert werden. Dies wird sich dann in Gestalt und Ablauf des Kompromissfindungsprozesses der Textausarbeitung widerspiegeln. Zur Formulierung, Präzisierung und vor allem Stabilisierung der koordinierten „harten“ Gehalte werden diese als Regeln der Geschäftsordnung verfügbar gehalten.<sup>68</sup>

### c. Ineinandergreifende Subpläne hinsichtlich des Verfassungstextes

Auf der Grundlage der koordinierten Subpläne hinsichtlich der Verfahrens- und Entscheidungsmodalitäten setzt nun der Koordinationsprozess hinsichtlich des inten-

65 Insofern trifft die breit geteilte Auffassung zu, wonach die Billigung „des Gesetzgebers“ nur dem Text als solchem, nicht einer bestimmten Bedeutungszuschreibung einzelner Textstellen gelte; vgl. statt vieler nur *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 329.

66 Dies wird auch von *R. Ekins*, Legislative Intent (Fn. 5), S. 59, zurecht betont: „To direct group action a procedure must be adopted by all members of the group: departures from the starting norm of unanimity must be unanimous.“

67 Für den Parlamentarischen Rat wurde die Geschäftsordnung ohne Gegenstimme bei einer Enthaltung angenommen, vgl. hierzu Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 10, S. XLV f.

68 Eine vollständig ausgearbeitete Rekonstruktion müsste diese Koordinationsprozesse sehr viel differenzierter darstellen. So wäre etwa zu berücksichtigen, dass auch die Koordinationsprozesse hinsichtlich der Verfahrens- und Entscheidungsregeln zunächst in einem arbeitsteiligen Prozess von einem Teil der Mitglieder (z.B. Geschäftsordnungsausschuss) geleistet werden und sodann von dem Rest der Mitglieder übernommen werden. Eine solche Vorkoordination ist prägend für den gesamten Modus der Ausschussarbeit. Uns genügt es hier, das Potential von *Bratmans* Ansatz für die vollständige Rekonstruktion aufzuzeigen und nochmals auf die hier vorgenommene, durch das begrenzte Erkenntnisinteresse gerechtfertigte Vereinfachung hinzuweisen.

dierten Textgehalts ein. Aus den vereinbarten Entscheidungsregeln ergibt sich, bei wie vielen Beteiligten es zu einem Ineinandergreifen der Subpläne hinsichtlich des Verfassungstextes kommen muss, damit ein entsprechender Verfassungstext mit einer von allen als verbindlich akzeptierten Mehrheitsentscheidung verabschiedet werden kann. Bei einer entsprechenden Anzahl von Mitgliedern muss es daher zu einer vollständigen Kongruenz des auf die textliche Gestalt gerichteten Subplans mit folgendem Gehalt kommen: „Ich beabsichtige, dass wir einen Verfassungstext mit dem Wortlaut ‚XYZ‘ verabschieden.“ Erst wenn dieser Koordinationsprozess erfolgreich durchgeführt worden ist, werden bei dem abschließenden gemeinsamen Handlungsakt, der Endabstimmung über den Verfassungstext, die erforderliche Anzahl an Personen ihre Zustimmung erklären.

Dies bedeutet aber umgekehrt: Ist ein Verfassungstext verabschiedet worden, lässt sich daraus zwingend schließen, dass es zu einer entsprechenden Koordination der auf die Textgestaltung bezogenen Subpläne einer sich aus den Entscheidungsregeln ergebenden Mindestanzahl von Beteiligten gekommen ist.

#### d. Ineinandergreifende Subpläne hinsichtlich der mit dem Text intendierten Aussage?

Wie sieht es aber mit den Regelungsintentionen bzw. Bedeutungszuschreibungen, die mit dem Text verbunden werden, aus? Muss es auch diesbezüglich zu einem Ineinandergreifen der Subpläne einer relevanten Mehrheit der Beteiligten gekommen sein? Nicht notwendigerweise.<sup>69</sup> Als abschließender gemeinsamer Handlungsakt wird über den Text abgestimmt, *nicht* über die mit ihm verbundenen weitergehenden Intentionen, die im Übrigen auch wieder nur sprachlich vermittelt sein können. Dies bedeutet aber: Es muss hinsichtlich der Subplanebene der Bedeutungs- bzw. Regelungsintentionen nur insoweit zu einer Koordination kommen, als eine Kongruenz auf der Subplanebene der Intention hinsichtlich des Textwortlauts erreicht werden kann. Bei unterschiedlichen Regelungsabsichten ist es mithin ausreichend, wenn sie in einem solchen Ausmaße koordiniert werden, dass sie in einer bestimmten textlichen Formulierung ihr übereinstimmendes Ausdrucksmittel finden. Dies bedeutet aber eben gerade nicht, dass selbst partielle Kongruenz notwendigerweise zwischen diesen Subplänen der Einzelnen hergestellt werden muss.

Denn es ist sogar denkbar und gerade im Prozess der Verfassungstextgebung nicht außergewöhnlich, dass man sich auf einen Text einigt, ohne über seinen genauen Bedeutungsgehalt zu reflektieren und sich entsprechend zu verständigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Beteiligten sich über eine mit einem Satz zu verbindende Bedeutungszuschreibung keine weitergehenden Gedanken machen und

<sup>69</sup> Dies einzusehen bedeutet freilich nicht zu leugnen, dass ein Prozess gemeinsamer Texterarbeitung als Wirklichkeitsphänomen davon lebt, dass es *ganz regelmäßig* auch auf der Subplanebene der Bedeutung in Bezug auf den Text zu ineinandergreifenden Vorstellungen kommt. Anders wären weder Sprache noch Recht als erfolgreiche kollektive Praxis vorstellbar.

zu einer gemeinsamen Formulierung allein aufgrund ihres appellativen Wohlklanges oder des diffusen immanenten Pathos finden.

Hier offenbart sich der Wert einer solchen handlungstheoretischen Rekonstruktion des Verfassungsausarbeitungsprozesses: Entgegen der Vorstellung, die Einigung auf einen Text setze zunächst stets *notwendig* die Einigung über zumindest einen der mit dem Text verbundenen propositionalen Gehalte voraus, verdeutlicht die Analyse, dass eine Einigung auf einen Text mit der Einigung über seinen Gehalt zusammenfallen *kann*, es jedoch keinesfalls muss. Insoweit hellt die Rekonstruktion theoretisch auf, was die Praxis als Phänomen auf den Begriff „Formelkompromiss“ bringt. Andererseits – und dieser Aspekt ist für die hier interessierende Frage wichtiger – offenbart die Analyse ganz zwanglos, dass es im Prozess der Verfassungstextgebung auch zum Ineinandergreifen der mit dem Text verbundenen propositionalen Gehalte der Beteiligten kommen *kann*. Ob dies der Fall war, ist eine empirische Frage, kein theoretisches Problem.

### 3. „Wille des Verfassungsgesetzgebers“ bzw. „Wille des Gesetzgebers“ im Kontext der genetischen Interpretation

Vor diesem Hintergrund der exemplarischen Strukturanalyse können wir nun die Frage nach der Bedeutung des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ bzw. „Wille des Verfassungsgesetzgebers“ differenziert und damit auch spezifisch für unseren Verwendungskontext, das genetische Argument, beantworten.

Der Begriff „Wille des Gesetzgebers“/„Wille des Verfassungsgesetzgebers“ lässt sich *allgemein* mit dem Verweis auf das Gesetzgebung bzw. Verfassungsgesetzgebung als empirisches Phänomen notwendig begleitende *empirische* Phänomen *kollektiver Intentionalität* explizieren. Das empirische Phänomen kollektiver Intentionalität lässt sich im Rahmen einer Analyse von Gesetzgebung als kollektiver Handlung als ein Zustand wechselseitig ineinandergreifender mentaler Einstellungen der Beteiligten, ihrer Intentionen und Subpläne, analysieren. Handelnde und Träger der mentalen Einstellungen bleiben somit die einzelnen am Gesetzgebungs- bzw. Verfassungstextausarbeitungsverfahren Beteiligten. Die Annahme eines Kollektivsubjektes mentaler Einstellung für die Konzeption kollektiven Handelns ist nicht nötig. Andererseits kann dieser Zustand „geteilter Absichten“ aber auch nicht auf die einzelnen Einstellungen der Beteiligten reduziert werden, denn der Zustand des „Ineinandergreifens“ und Wechselbezugs der mentalen Einstellungen lässt sich nicht ohne die Beschreibungsebene der Gruppe fassen.<sup>70</sup> „Geteilte Absichten“ bezeichnen demnach einen bestimmten Zustand der mentalen Einstellungen einer sich hierdurch aktualisieren-

70 Aussagen der ständigen Rechtsprechung etwa in BVerfGE 1, 299, 312 – *Wohnungsbauförderung*; 6, 55, 75 – *Steuersplitting*; 10, 234, 244 – *Platow-Amnestie*, dass zur Ergründung des „Willens des Gesetzgebers“ nicht auf die Einzelwillen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten zurückgegriffen werden könne, ist insoweit zuzustimmen, wenn man „Einzelwillen“ wörtlich als etwas Isoliertes auffasst, also als noch unkoordiniertes Einzelinteresse des jeweiligen Abgeordneten.

den gemeinsam handelnden Gruppe von Menschen. Soll auf dieses Phänomen referiert werden, muss auf die Gruppe als Ganze Bezug genommen werden.<sup>71</sup> Hieraus ergibt sich dann aber ohne metaphysischen Zauber die Auflösung der vermeintlichen Spannung zwischen der mentalistischen Vokabel „Wille“ und dem Kollektivbegriff „Gesetzgeber“ bzw. „Verfassungsgesetzgeber“, und zwar ohne einen der Pole entschärfen zu müssen:<sup>72</sup> Der „Wille des Gesetzgebers/Verfassungsgesetzgebers“ bezeichnet einen spezifischen Zustand der „geteilten Absichten“, also die soeben erläuterte spezifische Konfiguration mentaler Einstellungen der die Gruppe „Gesetzgeber/Verfassungsgesetzgeber“ durch Handlungsvollzug aktualisierenden Einzelnen.

Wie dieser Zustand „geteilter Absichten“ konkret beschaffen sein muss, damit die Verabschiedung eines Verfassungstextes bzw. Gesetzestextes möglich wird, sich also Textgebung als kollektive Handlung des Verfassungs- bzw. Gesetzgebers aktualisieren kann, ergibt sich wie gezeigt aus den von den Beteiligten allgemein akzeptierten Verfahrensregeln, die eine praktische Koordination der textgestaltbezogenen Intentionen ermöglichen, und den Entscheidungsregeln, die das zu erreichende Mindestmaß an Koordination der Intentionen der Beteiligten vorgeben. Da die Entscheidungsregeln nur eine Abstimmung über den Text, nicht aber über Motive, Bedeutungszuschreibungen, etc. vorsehen, kann das *bloße Vorliegen eines verabschiedeten Textes* auch nur den zwingenden Rückschluss auf das Vorliegen „geteilter Absichten“ mit einer ausreichenden Anzahl ineinandergreifender Subpläne hinsichtlich der *Intention der Textgestalt* rechtfertigen. Diesbezüglich wird aber – und das ist die positive Kehrseite – auch *jeder* verabschiedete Gesetzes- bzw. Verfassungstext von einem so verstandenen empirischen „Willen des Gesetz-/Verfassungsgebers“ getragen. Dieser ist damit weder Fiktion noch Metapher. Er ist das empirische Fundament der Positivität des Gesetzesrechts.

Das im Rahmen der *genetischen Argumentation* verfolgte Rekonstruktionsziel des „Willens des Gesetzgeber“ bezieht sich hingegen wie festgestellt auf eine konkrete Regelungsentention des Gesetzestextes, die nicht explizit in der textlichen Fassung des Gesetzes Niederschlag gefunden hat.

Die Strukturanalyse ermöglicht es uns jetzt, den Bedeutungsgehalt präziser zu fassen, den der Begriff „Wille des Gesetzgebers“ in *diesem* Verwendungskontext annehmen muss, soll nicht schon dem abstrakten Aussagegehalt des genetischen Arguments eine unerfüllbare oder nicht kritisierbare Behauptung immanent sein: Das genetische Argument behauptet, dass es auch im Hinblick auf eine *bestimmte* Bedeutungszuschreibung, eine mit dem Text verbundene Regelungsentention, zu einer *Kongruenz* der

71 Vgl. hierzu nochmals M. Bratman, „Ich beabsichtige, das wir G-en“, in: H. B. Schmid/D. Schweikard (Hrsg.), *Kollektive Intentionalität* (Fn. 4) S. 336.

72 Vgl. demgegenüber aber auch den Ansatz bei F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik* (Fn. 5), Rdn. 361 f. mit Bezug auf *Mac Callum*, der genetische Argumentation von den Implikationen des Willensbegriffs ablöst und durch ein Agentenmodell ersetzt.

*auf die Bedeutungszuschreibung bezogenen Subpläne der die Verabschiedung des Textes tragenden Mehrheit von Abgeordneten gekommen ist.*

Die Strukturanalyse hat uns gezeigt, dass es zu einem solchen Ineinandergreifen der diesbezüglichen Subpläne nicht notwendigerweise kommen muss, damit die kollektive Handlung „Verabschiedung des Verfassungs-/Gesetzestextes“ Erfolg haben kann. Anders als eine auf den Verfassungs- bzw. Gesetzestext bezogene Begriffsverwendung von „Wille des Gesetzgebers“ muss daher auch eine Begriffsverwendung im Kontext des genetischen Arguments im Rahmen des Rekonstruktionsversuchs reflektieren, dass sie auf einen spezifischen, soeben näher bezeichneten empirischen Zustand „Geteilter Absichten“ verweist, der bei Verabschiedung des Textes vorgelegen haben *kann*, nicht aber vorgelegen haben *muss*. Hierdurch wird die Begründungslast des genetischen Arguments deutlich benannt und zugleich durch Verweis auf die spezifische Ausprägung des Zustands geteilter Absichten ein Maßstab für die Bewertung der Erfüllung der Begründungslast angegeben. Genetische Interpretation wird so kontrollierbar.

#### **D. Das Sättigungskriterium des genetischen Arguments und seine Folgen für den Stellenwert genetischer Argumentation**

Diese umfänglichere Bedeutungsexplikation des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ im Rahmen des genetischen Arguments war zur Erzielung von Klarheit über einen formalen rationalen *Behauptungsgehalt* genetischer Argumentation notwendig. Denn ohne Gewissheit über die Bedeutung des die argumentative Kraft fundierenden Behauptungsgehalts – was es bedeutet, dass die Interpretation G1 von G gelten soll, *weil dies der Wille des Gesetzgebers gewesen sei* – kann ein intersubjektives Bewertungskriterium genetischer Argumente nicht formuliert werden.

#### **I. Das Sättigungskriterium**

Nachdem sich für den Verwendungskontext genetischer Argumentationspraxis eine gehaltvolle Bedeutung des Begriffs „Wille des Gesetzgebers“ ohne verdächtige metaphysische Zusatzannahmen oder Selbstwiderspruch aufklären ließ, ist es jetzt möglich, die zu Beginn gestellte Frage nach dem Sättigungskriterium genetischer Argumentation zu beantworten, da wir diesem *Bedeutungsgehalt* den *Maßstab* gelingender Argumentation entnehmen können:

Das Argument, im Anwendungsfall von G solle der Interpretation G1 gefolgt werden, weil sich anhand der Gesetzesmaterialien rekonstruieren lasse, dass G1 dem „Willen des Gesetzgebers“ entspreche, kann dann als gesättigt gelten, wenn sich anhand der

Gesetzesmaterialien rekonstruieren lässt, dass zum Zeitpunkt der Abstimmung<sup>73</sup> über den Gesetzestext ein Zustand geteilter Absichten der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten vorgelegen hat, der sich dadurch auszeichnet, dass es hinsichtlich eines bestimmten mit dem Gesetzestext G verbundenen propositionalen Gehalts G1 zu einer *Kongruenz der auf die Bedeutungszuschreibung bezogenen Intentionen* einer nach den Verfahrensregeln für die Verabschiedung des Textes ausreichenden Mehrheit der Beteiligten gekommen ist. Wie lässt sich dieses Sättigungskriterium nun für die Argumentationspraxis konkret operationalisieren?

## II. Genetische Argumentation als Rekonstruktions-Narration

Klar dürfte sein, dass es niemals einen direkten Zugriff auf die spezifischen mentalen Gehalte der Beteiligten geben kann, deren Ineinandergreifen den spezifizierten Zustand „geteilter Absichten“ bilden. Es kann auch im Rahmen genetischer Argumentation stets nur versucht werden, diese anhand der Verfassungs- bzw. Gesetzesmaterialien zu *rekonstruieren*. Dies setzt freilich auch eine kritische Reflektion über die für die Rekonstruktion in Betracht kommenden alternativen Mittel voraus.<sup>74</sup>

Ob eine für die Sättigung des genetischen Arguments notwendige Rekonstruktion des so verstandenen „Willens des Gesetzgebers“ im Hinblick auf einen bestimmten Interpretationsvorschlag aussichtsreich oder auch nur möglich ist, hängt daher wesentlich von den zur Verfügung stehenden Materialien ab. Dies ist aber eine Frage der praktischen, nicht der theoretischen Möglichkeit. Sie wird sich nur kontextspezifisch beantworten lassen, kann für den gut dokumentierten Verfassungsgebungsprozess möglicherweise anders ausfallen als für das einfache Gesetzgebungsverfahren.

Darüber hinaus bleibt genetische Argumentation zudem nur als *Rekonstruktions-Narration* denkbar. Die hier vorgenommene Formulierung des Sättigungskriteriums weist darauf hin, dass es nie möglich sein wird, durch den bloßen Verweis auf ein singuläres Dokument aus den Gesetzesmaterialien – und sei es die Begründung des Gesetzentwurfs – die Anforderungen des Sättigungskriteriums zu erfüllen, ohne dass die übrigen einschlägigen Materialien daraufhin überprüft worden sind, ob sie der Aussage aus dem in Anspruch genommenen Dokument widersprechen.

73 Die Verabschiedung des Gesetzestextes ist nicht etwa deshalb der relevante Zeitpunkt für das Vorliegen der von der Mehrheit geteilten Bedeutungszuschreibungen, weil über sie mitabgestimmt würde – das ist gerade nach der GO-BT oder auch der GO des Parlamentarischen Rates nicht vorgesehen – sondern weil zu diesem Zeitpunkt das Willensbildungsverfahren hinsichtlich des Textes und der damit potentiell zu verbindenden Bedeutungszuschreibungen zeitlich endgültig abgeschlossen wird.

74 Vgl. beispielsweise aus der Diskussion um die nachträgliche Befragung von Bundestagsabgeordneten als Rekonstruktionsmittel kritisch H. Fleischer, Gesetzesauslegung durch Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087; siehe hierzu auch die beiden konkreten Anwendungsbeispiele bei C. Waldhoff, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: H. Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (Fn. 1), S. 76.

Genetische Argumentationspraxis wird sich neben den Materialien zudem auf eine Reihe von den einzelnen Anwendungsfall transzendierenden *Zusatzannahmen* stützen müssen, um das Erreichen ihres Rekonstruktionsziels plausibel zu machen. Bei diesen Zusatzannahmen kann es sich um heuristische Regeln oder Vermutungsregeln handeln, die im Einzelfall durch eine anhand der Materialien besser begründete Gegenarration widerlegt werden können. Welche Zusatzannahmen abstrakt akzeptiert oder zurückgewiesen werden, entscheidet maßgeblich darüber, ob und in welchem Umfang genetische Argumentation im Rechtssystem als spezifische Argumentationsform praktiziert werden kann.<sup>75</sup>

Die Anzahl und inhaltliche Art der für eine konkrete Argumentation notwendigen Zusatzannahmen hat Auswirkungen auf die *Sättigungsevidenz* der Rekonstruktionsarration. Der Begriff der *Sättigungsevidenz* verweist auf den empirie-unabhängigen Konstruktionsanteil der den argumentativen Aussagegehalt fundierenden Rekonstruktionsbehauptung. Mit der Anzahl der Zusatzannahmen und ihrem wachsenden Voraussetzungsreichtum sinkt die Gewissheit über das *tatsächliche* Vorliegen des rekonstruierten Phänomens und mit ihr die spezifische normative Kraft des genetischen Arguments.<sup>76</sup>

Das Sättigungskriterium ermöglicht es uns daher nicht nur, untaugliche von tauglichen genetischen Argumenten zu unterscheiden, also solche Argumente auszusortieren, die nicht einmal das adäquate Rekonstruktionsziel bei ihrer Materialauswertung anvisiert haben. Indem es zugleich transparent macht, welche und wie viele begründete Zusatzannahmen nötig sind, um aufgrund eines bestimmten Materialbefundes eine auf das Kriterium bezogene Rekonstruktions-Narration aufzubauen, stellt es

75 Die Zusatzannahmen bergen in sich die *Potentialität* des Kontrafaktischen. Je weitergehend abstrakte Zusatzannahmen innerhalb der Argumentform vom Rechtssystem grundsätzlich akzeptiert werden, desto eher mag aus der Rekonstruktion eine reine Konstruktion werden. Dennoch: Auch dieser Konstruktion liegt dann die *Idee* der Rekonstruktion zugrunde, von der sie Anleitung und Bewertungsmaßstab empfängt.

76 Zur Verdeutlichung: Unterstellen wir, es würde sich in den Protokollen des Plenums des Parlamentarischen Rates zum einen die Aussage finden „*Abgeordnete A der A-Fraktion: „Ich darf wohl für das ganze Haus sprechen, wenn ich festhalte, dass wir mit dem Artikel 2 Abs. 1 GG ein umfassendes Freiheitsrecht geschaffen haben. Selbst Spielen am Strande fällt jetzt unter Grundrechtsschutz!“*“ zum anderen lässt sich anhand der Protokolle belegen, dass die Sprecher der B, C und D Fraktion in ihren darauffolgenden Reden zustimmend auf das von A gegebene Beispiel Bezug nehmen. Das genetische Argument, Art. 2 Abs. 1 GG schütze „nach dem Willen des Gesetzgebers“ auch das Spielen am Strande, bedürfte hier zum Erfüllen des Sättigungskriteriums nur noch der *Zusatzannahme*, dass die übrigen Abgeordneten der Fraktionen die Auffassung ihrer jeweiligen Redner teilen, soweit sich in den Materialien keine gegenteiligen Anhaltspunkte finden lassen. Würden sich die Aussagen jedoch in den Protokollen des Grundsatzsausschusses bzw. Hauptausschusses finden, hingegen keinerlei diesbezügliche Aussagen in den Protokollen des Plenums, bedürfte es einer weiteren Zusatzannahme dahingehend, dass die übrigen Abgeordneten im Rahmen der Fraktionsitzungen durch ihre Vertreter und Redner in den Ausschüssen entsprechend über die Beratungen informiert worden sind und ihre Auffassung daraufhin entsprechend teilen. Auch im letzten Fall wird sich daher eine Rekonstruktions-Narration vorbringen lassen, durch die das Sättigungskriterium genetischer Argumentation erfüllt wird. Der Grad der Sättigungsevidenz des genetischen Arguments und damit seine normative Kraft werden jedoch geringer sein, als es im Falle einer Rekonstruktion anhand der zuerst geschilderten Materialkonstellation möglich gewesen wäre.

gleichzeitig einen weiteren Maßstab zur Bewertung der relativen Wichtigkeit genetischer Argumente bereit.

### III. Begründungsbedürftigkeit der normativen Relevanz des genetischen Arguments

Anders als eine Begriffsexplikation über einen verantwortungstheoretischen Intentionalitätsbegriff entkleidet die hier vorgenommene Explikation den Begriff „Wille des Gesetzgebers“ jeder rechtsexternen *normativen* Konnotation. Er verweist im Kontext genetischer Argumentation lediglich auf die Idee eines anhand der Gesetzesmaterialien rekonstruierbaren empirischen Zustandes „geteilter Absichten“ in dem oben spezifizierten Koordinationsumfang.

Die sozialontologische Rekonstruktion hat nun zudem darauf hingewiesen, dass es auf der Subplanebene der Verfahrens- und Entscheidungsregeln in der Regel nicht zu einer vollständigen Koordination der Intentionen der Beteiligten dahingehend kommt, dass der von einer Mehrheit von Abgeordneten geteilten Bedeutungszuschreibung *insoweit Relevanz* zukommen soll, dass diese Bedeutungszuschreibung als von allen *akzeptiert*<sup>77</sup> gelten soll. Ohne Anhaltspunkte für den gegenteiligen Sachverhalt – etwa aufgrund entsprechender Übereinkünfte in der Geschäftsordnung – kann daher aber auch nicht aufgrund eines *rechtsexternen Sachverhaltes* und *ohne weitere Begründung* gesagt werden, die *Bedeutungszuschreibungen, die von einer Mehrheit mit dem Text verbunden werden*, würden von allen Beteiligten – also dem Kollektiv – akzeptiert.

In der Rekonstruktion wird daher die handlungstheoretische Begründung für die in der Rechtstheorie immer vorhandene Intuition offenbar, dass eine rechtsintern vorgenommene Zurechnung der Bedeutungszuschreibung an den „Gesetzgeber“ als Kollektiv sich *nicht* in gleicher Weise anhand rechtsexterner Kriterien rechtfertigen lässt wie die Zurechnung des Gesetzestextes an das Kollektiv.

Das genetische Argument muss dementsprechend die falsche Präntention aufgeben und es muss einräumen, dass, wenn es vom „Willen des Gesetzgebers“ im Bezug auf eine bestimmte Bedeutungszuschreibung redet, dieser nur auf die gemeinsam geteilten, mit dem Text verbundenen Regelungsintentionen einer die Verabschiedung des Textes tragenden *Mehrheit von Abgeordneten* verweist. Warum eine so rekonstruierte geteilte Bedeutungszuschreibung der entsprechenden Mehrheit normativ relevant sein sollte, ist aufgrund der rechtsinternen Begründungszusammenhänge, die grundsätzlich eben nur dem Kollektiv „Gesetzgeber“ und seinen Handlungen normative Relevanz zusprechen, in der Tat gesondert begründungsbedürftig. Genetische Argumentation hat jedoch, will sie als rationale und damit sinnvolle eigenständige Argumentationsform Bestand haben, keine andere Wahl, als ihren Rekonstruktions-

77 Zum hier zugrunde gelegten Akzeptanzbegriff siehe unter II 3 b ii.

anspruch und damit den in der Argumentform bereits impliziten normativen Beachtungsanspruch entsprechend zu begrenzen.

#### IV. Genetische Argumentation als rationale Praxis

Steht sodann aber ein Maßstab zur Beurteilung und Kritik genetischer Argumente grundsätzlich zur Verfügung und verfängt sich das Argument nicht in einem formalen Selbstwiderspruch, können wir nunmehr aber auch unsere Eingangsfrage begründet bejahen: Genetische Argumentation ist unter den dargestellten Bedingungen als rationale Praxis grundsätzlich möglich.

In welchem *Umfang* genetische Argumentation jedoch als rationale Praxis im Bezug auf einen bestimmten Normgeber *konkret* möglich ist, lässt sich hingegen nicht mehr theoretisch und einheitlich für alle Normkomplexe angeben. Die Antwort hängt maßgeblich von der Verfasstheit des konkreten Normgebers, seinen Verfahrensregeln und insbesondere den im Laufe des Verfahrens generierten Materialien ab.<sup>78</sup> Unabhängig, wie gut und in welcher Tiefenschärfe der Willensbildungsprozess durch die Materialien im Einzelfall dokumentiert ist, offenbart das Sättigungskriterium jedoch auch, dass von überspannten Hoffnung an das Potential genetischer Argumentation für den Prozess der Rechtsanwendung Abstand zu nehmen ist.<sup>79</sup> In den allermeisten Fällen der Rechtsanwendung wird anhand Materialien eine entsprechende Rekonstruktion nicht gelingen.<sup>80</sup> Es gehört zur wohlverstandenen Praxis genetischen Argumentierens, dass sie *schweigt*, wo eine das Sättigungskriterium erfüllende Rekonstruktion nicht gelingt.<sup>81</sup>

Eine *Mikromethode* genetischer Argumentation, die im Bezug auf das hier dargelegte Sättigungskriterium konkrete heuristische Regeln und Maßstäbe zur rationalen (Selbst-)Kontrolle genetischen Argumentierens entwickelt, lässt sich daher immer nur für einen ganz konkreten Normgeber und den Kontext seiner Normproduktion

78 Es erscheint uns daher unwahrscheinlich, dass von einem Gleichlauf der Praxis genetischer Verfassungs- und genetischer Gesetzeskonkretisierung ausgegangen werden kann; so wohl aber *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 5), Rn. 360; *J. Müller*, Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1962, S. 471; *M. Übelacker*, Die genetische Auslegung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Kiel 1993, etwa S. 55, 67, 85 ff., 95; Eine Differenzierung zumindest angedeutet in BVerfGE 62, 1, 45 f. – *Bundestagsauflösung I*; klar differenzierend *W. Heun*, Original Intent – USA und Deutschland, AöR 116 (1991), S. 185 ff.

79 Vgl. auch *R. Poscher*, Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin (Fn. 8), S. 208 mit dem zutreffenden Hinweis, dass gerade für Zweifels- und Grenzfälle der Gesetzgeber oftmals keine feststellbaren empirischen Intentionen gebildet hat; ebenso *ders.*, Hermeneutics, Jurisprudence and Law, in: J. Malpas/H.-H. Gander (Hrsg.), The Routledge companion to hermeneutics, London 2015, S. 461.

80 Aus dem Misslingen der Rekonstruktion im Einzelfall darf und kann nicht vorschnell auf die prinzipielle Wertlosigkeit genetischer Argumentation geschlossen werden. Anders wohl *W. Heun*, Original Intent (Fn. 78), S. 201, mit der Einschätzung, dass sie im „entscheidenden Moment versagt“.

81 Beispielfähig insoweit BVerfGE 116, 24, 42 – *Erschlichene Einbürgerung*. „Ein klares, zumindest innerhalb der jeweiligen Mehrheiten einheitliches Verständnis des Entziehungverbots im Parlamentarischen Rat wird aus diesen Diskussionen nicht ersichtlich.“.

ausarbeiten. Diese konkreten Ausarbeitungen müssen hier zukünftigen Abhandlungen vorbehalten bleiben. Dass eine Ausarbeitung bzw. Ausformulierung solcher auf den konkreten Gesetzgebungs- bzw. Verfassungsgesetzgebungsprozess abgestimmten Regeln und Maßstäbe genetischen Argumentierens eine „lohnende Aufgabe für die Rechtswissenschaft“<sup>82</sup> sein könnte, wird nicht nur durch das neuerliche Interesse hinsichtlich des Umgangs mit Gesetzesmaterialien im Rechtsanwendungsprozess indiziert,<sup>83</sup> sondern gerade durch einen Blick auf die aktuelle Praxis genetischer Argumentation belegt: Genetische Argumentation mag zwar als *rationale* Praxis *möglich* sein, *wirklich* ist sie hingegen zu oft noch nicht.

82 H. Fleischer, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, AcP 211 (2011), S. 317 ff., 350; C. Waldhoff, Gesetzesmaterialien (Fn. 74), S. 92: „Wir brauchen nicht nur Reflektion über die Auslegung von Gesetzen, sondern als Teillelement derselben Reflektion über die sachgerechte Einbeziehung von Gesetzesmaterialien.“

83 Aus der Diskussion siehe nur die Beiträge in H. Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (Fn. 1), m.w.N.; sowie H. Fleischer., Rechtsvergleichende Beobachtungen Gesetzesmaterialien (Fn. 82), S. 317; ders., Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, in: M. Habersack/P. Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 75; siehe auch den Themenschwerpunkt in RabelsZ 78 (2014), S. 315 ff. mit rechtsvergleichenden Beiträgen zur Entstehung von Gesetzen als Forschungsfeld. Zur Wiederentdeckung in den USA P. Frickey, From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation, 77 Minnesota Law Review 1992, S. 241 ff.; J. Brudney, Below the Surface: Comparing Legislative History Usage By The House Of Lords And The Supreme Court, Washington University Law Review, Vol. 85 (2007), S. 1; R. Ekms, Legislative Intent (Fn. 5).